UNIVERSITÉ MONTESQUIEU – BORDEAUX IV

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D.41)

DOCTORAT en DROIT

Pauline GERVIER

**LA LIMITATION DES DROITS FONDAMENTAUX
CONSTITUTIONNELS PAR L'ORDRE PUBLIC**

Thèse dirigée par Monsieur le Professeur Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN

Soutenue le 5 décembre 2013

JURY :

Madame Nicole BELLOUBET

Professeur des Universités

Monsieur Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, *directeur de recherche*

Monsieur Jean MORANGE

Professeur à l'Université de Limoges, *rapporteur*

Monsieur Xavier PHILIPPE

Professeur à l'Université d'Aix Marseille, *rapporteur*

Monsieur David SZYMCAK

Professeur à l'Institut d'Études Politiques de Bordeaux

L'Université Montesquieu – Bordeaux IV n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je tiens ici à exprimer toute ma gratitude envers mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, pour son entière disponibilité, ses conseils toujours précieux et son soutien constant tout au long de ce travail de recherches.

J'exprime également ma profonde reconnaissance à l'égard de Maître Gérard Boulanger, ainsi que l'ensemble de son cabinet d'avocats, pour m'avoir accueillie au sein de sa structure, accordée continuellement sa confiance et prodiguée ses conseils lors de nos nombreuses conversations.

Mes remerciements s'adressent ensuite à l'ensemble des membres du C.E.R.C.C.L.E. et en particulier à Madame Martine Portillo, pour son aide et sa bonne humeur.

J'adresse aussi tous mes remerciements à ceux qui ont contribué à l'accomplissement de ce travail: Anna et Léa, pour leur soutien inoubliable, Véronique, Jean-Philippe, Louis-Marie, Marie-Odile, Nicolas P., Charles et Pierre pour leurs conseils et leurs relectures, ainsi que Nicolas B. et Eric, pour leurs concours.

Je remercie également tous mes amis qui ont toujours été présents au cours de ces années et sans qui cette thèse n'aurait pas été la même.

Mes derniers remerciements, mais aussi les plus forts, vont à mes parents et à ma famille, ainsi qu'à mon précieux acolyte : Baptiste.

SOMMAIRE

<i>Liste des principales abréviations.....</i>	<i>9</i>
INTRODUCTION	13
PREMIÈRE PARTIE : L'ORDRE PUBLIC ET LA DÉFINITION DES LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX.....	43
Chapitre 1 : Le fondement constitutionnel de l'ordre public, source des limites aux droits fondamentaux	45
Chapitre 2 : La concrétisation législative de l'ordre public : la détermination des limites aux droits fondamentaux	113
DEUXIÈME PARTIE : L'ORDRE PUBLIC ET L'IDENTIFICATION DES LIMITES AUX LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX.....	215
Chapitre 1 : L'identification des « limites aux limites » utilisées par le juge constitutionnel	217
Chapitre 2 : L'identification de « limites aux limites » potentielles pour le juge constitutionnel	341
TROISIÈME PARTIE : L'ORDRE PUBLIC ET LA REDÉFINITION DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LES LIMITES	439
Chapitre 1 : La redéfinition du champ de protection constitutionnelle des droits fondamentaux.....	441
Chapitre 2 : La redéfinition des conditions d'exercice des droits fondamentaux	511
CONCLUSION GÉNÉRALE	563
<i>Bibliographie.....</i>	<i>569</i>
<i>Index jurisprudentiel.....</i>	<i>627</i>
<i>Index des auteurs.....</i>	<i>643</i>
<i>Index thématique</i>	<i>647</i>
<i>Table des matières</i>	<i>653</i>

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.I.J.C.	Annuaire International de Justice Constitutionnelle
A.J.D.A.	Actualité juridique. Droit administratif
A.J. Pénal	Actualité Juridique Pénal
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
C.A.	Cour d'appel
C.A.A.	Cour administrative d'appel
C. cass., civ. 1^e	Première chambre civile de la Cour de cassation
C. cass., civ. 2^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
C. cass., civ. 3^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
C. cass., Ass. Plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
C. cass., crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C.E.	Conseil d'Etat
C.E., Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
C.E., Sect.	Section du contentieux du Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Cour Européenne des Droits de l'Homme
C.E.S.E.D.A.	Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile
chron.	chronique
C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés européennes
C.J.U.E.	Cour de Justice de l'Union européenne
coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusions
D.C.	Décision de Conformité du Conseil constitutionnel
dir.	direction
D.A.	Droit administratif
E.D.C.E.	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
fasc.	fascicule
G.A.C.E.D.H.	Les Grands Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme
G.A.J.A	Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
G.D.C.C.	Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel
J.C.P. A.	La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales
J.C.P. G.	La Semaine Juridique. Edition Générale
J.O.R.F.	Journal Officiel de la République française
J.O.U.E.	Journal Officiel de l'Union européenne
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.P.A.	Les Petites Affiches
n°	numéro

obs.	Observation
op. cit.	Opus citatum
ord. réf.	ordonnance de référé
p., pp.	page, pages
Préf.	préface
P.U.A.M.	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses Universitaires de France
Q.P.C.	Question prioritaire de constitutionnalité
R.A.	La Revue Administrative
R.D.P.	Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. Lebon	Recueil Lebon – Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux et du Tribunal des conflits
rééd.	réédition
réimp.	réimpression
Req.	requête
R.F.D.A.	Revue Française de Droit Administratif
R.F.D.C.	Revue Française de Droit Constitutionnel
R.I.D.C.	Revue Internationale de Droit Comparé
R.P.D.P.	Revue de droit Pénitentiaire de Droit Pénal
R.R.J.	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
R.S.C.	Revue de Sciences Criminelles
R.T.D. Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
R.T.D.H.	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
R.U.D.H.	Revue Universelle des Droits de l'Homme
spéc.	spécialement
T.A.	Tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
T.G.I.	Tribunal de Grande Instance
T.P.I.C.E.	Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes
trad.	traduction

*« Que veut, que cherche la Nation dans l'œuvre de la Constitution qu'elle attend de nous ?
La conciliation, la consolidation de l'ordre et de la liberté,
cet éternel problème que poursuivent depuis si longtemps les sociétés humaines ».*

(Citoyen ALCOCK, Débats de l'Assemblée nationale constituante,
Moniteur universel, J.O.R.F. du 5 septembre 1848, p. 2315).

INTRODUCTION

1. Ordre public et libertés entretiennent une relation aussi essentielle que périlleuse. Elle repose sur le postulat que les libertés ne sauraient prospérer sans la sauvegarde de l'ordre public qui, lui-même, a pour seul objet de protéger les libertés. Leur union implique un équilibre, tenant à ce que l'ordre public encadre l'exercice des libertés seulement lorsque leur protection l'exige. Cette relation de concert, dans laquelle l'existence de l'un ne tient qu'à la reconnaissance de l'autre, dévoile les désaccords potentiels entre ordre public et libertés. L'ordre public freine l'émancipation des libertés, de même que la consécration des libertés restreint les exigences de l'ordre public. Il résulte de cette corrélation une tension, inhérente à l'exercice même des libertés.

2. La dialectique de l'ordre public et des libertés est intrinsèquement liée à l'avènement des sociétés modernes. Les individus s'engagent dans une collectivité, afin d'obtenir une stabilité et une sécurité propices à l'épanouissement de leurs libertés. Dès le XVII^{ème} siècle, Hugo Grotius décrit ce besoin de l'homme « de vivre avec les êtres de son espèce, non pas dans une communauté banale mais dans un état de société paisible »¹. Dans la pensée des philosophes contractualistes, l'ordre public est ainsi au cœur de l'engagement en société. Selon John Locke, l'intérêt pour les hommes de se soumettre à un gouvernement réside dans la conservation de la liberté et de la propriété, afin d'« assurer la tranquillité de leur vie »². Pour Jean-Jacques Rousseau, les hommes n'ont d'autre choix que de conclure un contrat social, c'est-à-dire « cette forme d'association qui défend et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé »³.

3. Portée par le libéralisme issu de la Révolution française, la complémentarité de l'ordre public et des libertés en société apparaît avec éclat dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Les articles 4 et 5 symbolisent cette corrélation. La liberté est définie par rapport à autrui, tandis que l'ordre public est limité aux actions nuisibles à la

¹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. Pradier-Fodéré, 1625, rééd. par D. ALLAND et S. GOYARD-FABRE, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1999, spéc. p. 9.

² J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, traduction de D. Mazel, 1728, impr. Desveux, Paris, 1795, rééd. avec introduction, bibliographie, chronologie et notes de S. GOYARD-FABRE, Flammarion, Paris, 2^e édition, 1992, pp. 200 et s., spéc. p. 214.

³ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, rééd. avec présentation, notes, bibliographie et chronologie de B. BERNARDI, Flammarion, Paris, 2012, spéc. p. 52.

société. L'un, comme l'autre, contiennent les limites inhérentes à leur reconnaissance mutuelle. En définissant la liberté comme consistant à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas autrui, puis en proclamant que la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société, les articles 4 et 5 de la Déclaration révèlent tant l'interdépendance que la tension entre l'individu et la société. Ils témoignent de l'opposition au moins virtuelle entre la « sphère privée », dans laquelle chaque homme conserve l'exercice de ses droits naturels, et la loi positive, qui est cantonnée au champ de la « sphère publique »⁴.

4. Cette frontière, à la fois subtile et fragile, traverse la pensée juridique depuis la fin du XVIII^{ème} siècle. Où commencent les intérêts de la société ? « Quelle part de la vie humaine revient à l'individualité et quelle part à la société ? »⁵. Les débats de l'Assemblée constituante de 1848 illustrent singulièrement les interrogations liées à la conciliation entre les droits de l'individu et les droits de la société⁶. L'individualisme, défini par son plus petit dénominateur comme l'exaltation de l'individu⁷, soulève alors la question de savoir si les individus sont à la source du droit ou la fin du droit⁸.

5. Pourtant, au-delà des réflexions sur les rapports entre l'individu et l'Etat, l'idée que les libertés ne se définissent qu'en fonction du respect de l'ordre public est constante dans les sociétés libérales. La coexistence, l'interaction et la solidarité entre l'ordre public et les libertés sont mises en exergue tout au long du XX^{ème} siècle⁹. Il n'existe pas de liberté absolue, qui s'imposerait toujours et automatiquement sur les droits de la société. Il n'y a de liberté que

⁴ S. RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Editions Hachette, coll. Pluriel, Paris, 1988, p. 236.

⁵ J. S. MILL, *De la liberté*, 1859, traduit de l'anglais par F. Pataut, rééd. Presses pocket, Agora, Les classiques, Angleterre, 1990, p.133.

⁶ Voir notamment : Citoyen FRESNEAU, Débats de l'Assemblée nationale constituante, *Moniteur universel*, J.O.R.F. du 5 septembre 1848, p. 2322.

⁷ M. WALINE, *L'individualisme et le Droit*, Editions Domat-Montchrestien, 1949, rééd. Dalloz, Préf. F. Mélin-Soucramanien, Paris, 2007, p. 15.

⁸ Voir notamment : M. HAURIOU, *Principes du droit public*, 1910, rééd. Dalloz, préf. d'Olivier Beaud, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, 2010, dans lequel M. HAURIOU oscille entre une doctrine où l'individualisme est une théorie des sources du Droit et celle où l'individualisme est la finalité du Droit. *A contrario*, pour L. DUGUIT, l'individualisme est une doctrine qui assigne la sauvegarde des droits individuels comme finalité du droit objectif. Voir : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Le problème de l'Etat. La règle de droit*, Editions de Boccard, Paris, tome I, 3^e édition, 1927.

⁹ ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, 1925, p. 162 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Les libertés publiques*, Editions de Boccard, Paris, tome V, 2^e édition, 1925, pp. 2 et 6 ; J.-L. COSTA, *Liberté, ordre public et justice en France*, Fascicule 1, Les Cours de Droit, Université de Paris, Institut d'Etudes Politiques, Paris, 1964-1965, p. 33 ; A. EISMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Editions du Recueil Sirey, Paris, 8^e édition, 1927, tome 1, spéc. p. 600.

de libertés limitées. Celles-ci sont « conditionnées par leur usage social, leur utilisation dans l'ordre »¹⁰.

6. La corrélation entre l'ordre public et les libertés est une idée acquise. La question porte sur la mesure, le degré de limitation exigé et nécessaire, qui sont au cœur de cette corrélation. Il s'agit là d'une problématique sans cesse renouvelée. Après avoir posé les bases notionnelles de cette étude (§1), il convient d'identifier le renouvellement dont fait l'objet l'union entre l'ordre public et les libertés (§2) et les enjeux qu'elle soulève (§3).

§1. La corrélation entre l'ordre public et les libertés

7. L'union entre l'ordre public et les libertés implique de prime abord de définir les deux termes de la corrélation. Il s'agit, en particulier, de préciser la conception des libertés et celle de l'ordre public retenues dans le cadre de cette étude.

A) La conception retenue des libertés

8. Dans son acception la plus simple, la liberté constitue un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même ses comportements humains¹¹. Elle recouvre une pluralité de significations, selon la discipline envisagée. Au sens philosophique, elle renvoie à la maîtrise de soi et constitue le cœur des réflexions sur l'autodétermination. D'un point de vue social, la liberté peut être définie comme la part et la marge d'autonomie que la société reconnaît à l'individu, dans ses comportements, ses opinions et ses actions¹². La liberté philosophique diffère alors de la liberté juridique, dans la mesure où, dans ce dernier cas, la recherche porte sur la reconnaissance de la liberté dans l'organisation politique et sociale. La

¹⁰ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 4^e édition, 1972, p. 33.

¹¹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, P.U.F., Thémis, Paris, 9^e édition, 2003, tome 1, p. 5.

¹² B. PACTEAU, *Droit des libertés fondamentales*, cours de Licence 3 Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, année 2013-2014, p. 1.

liberté juridique correspond à celle où « l'individu se voit reconnaître par l'Etat le droit d'exercer une activité déterminée à l'abri des pressions extérieures »¹³.

9. Puisant ses racines dans les pensées antique et judéo-chrétienne, la liberté est d'abord conçue comme une liberté politique, propre au citoyen, puis étendue à une liberté de conscience et d'opinion, relative au libre arbitre individuel¹⁴. Pour Benjamin Constant, ces deux conceptions renvoient à la liberté des anciens, c'est-à-dire celle consistant à exercer collectivement la souveraineté, et à la liberté des modernes, constituée par la jouissance paisible de l'indépendance privée¹⁵.

10. Outre la découverte progressive de ses différents aspects, la liberté a été consacrée par strates successives. Suite aux Déclarations anglaises et américaines, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen offre une définition juridique de la liberté. En dépit d'une rupture entre 1875 et 1946, il est possible d'observer en France une continuité constitutionnelle de la proclamation de la liberté depuis 1789¹⁶. Cependant, à défaut d'organe à même de sanctionner la méconnaissance de la constitution, les droits et libertés proclamés étaient dépourvus de valeur de droit positif. La protection juridique de la liberté a alors été l'œuvre de la loi, notamment à travers les lois républicaines adoptées sous la III^{ème} République¹⁷, et celle des juridictions administratives et judiciaires. En cela, les libertés publiques correspondent aux droits de l'homme dont la reconnaissance et l'aménagement par l'Etat ont été insérés dans le droit positif¹⁸. Elles sont reconnues aux individus en vertu de la loi et protégées contre le pouvoir exécutif par les juridictions « ordinaires »¹⁹.

11. La consécration juridique des libertés résulte ensuite de leur reconnaissance à un niveau supra-législatif. Les droits fondamentaux visent « l'ensemble des droits et libertés

¹³ J. MORANGE, « Liberté », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 945-952, spéc. p. 946.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, Discours à l'Athénée royal, 1819.

¹⁶ J. RIVERO, « Les libertés », in L. FAVOREU (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1990, pp. 153-178.

¹⁷ Sur cette période, et notamment sur la question de l'« âge d'or » des libertés publiques sous la III^{ème} République, voir : J.-P. MACHELON, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Presses de la Fondation des sciences politiques, coll. Cahiers de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1976.

¹⁸ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, op. cit., tome 1, p. 8.

¹⁹ L. FAVOREU, « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *R.F.D.C.*, 1990, pp. 581-613, spéc. p. 588. Voir aussi : J. MORANGE, *Les libertés publiques*, P.U.F., coll. Que sais je ?, Paris, 8^e édition, 2007 ; T. LETERRE, « Les libertés publiques : fondements et transformations », *Cahiers français*, n° 296, pp. 3-10 ; O. DORD, « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », *Cahiers français*, n° 296, pp. 11-16.

reconnus aux personnes physiques comme aux personnes morales (de droit privé et de droit public) en vertu de la constitution, mais aussi des textes internationaux et protégés tant contre le pouvoir exécutif que contre le pouvoir législatif par le juge constitutionnel (ou le juge international) »²⁰.

12. Si la notion même de droits fondamentaux n'est pas définie en droit positif, la doctrine a progressivement dégagé des éléments de définition. En vertu de la théorie allemande des droits fondamentaux, ils constituent à la fois des droits subjectifs, opposables à l'Etat mais aussi des règles de droit objectif, comme principes de base de l'ordre juridique²¹. Outre leur valeur supra-législative, les droits fondamentaux comprennent les droits et principes qui protègent « un intérêt considéré comme primordial de la personne »²². Sans revenir sur le cheminement historique de la notion et les controverses auxquelles elle a donné lieu²³, les droits fondamentaux s'analysent donc d'un double point de vue, formel et matériel.

13. Ainsi entendus, les droits fondamentaux se différencient de la notion de liberté fondamentale inscrite à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative et définie par le juge administratif, dans le cadre du référé-liberté. Au sens de cet article, une liberté peut être fondamentale sans être constitutionnellement ou conventionnellement garantie²⁴. Aussi, la distinction entre les droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels repose sur la norme qui les consacre. Les premiers sont reconnus en vertu de la Constitution et protégés par

²⁰ L. FAVOREU, « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *op. cit.*, spéc. p. 588.

²¹ M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in M. WALINE (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1977, pp. 49-64, spéc. p. 50 ; C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 1997, spéc. pp. 116-129.

²² S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, Fondation Varenne, collection des thèses, Paris, 2007, spéc. pp. 19-20.

²³ L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1982 ; A. AUER, « Les droits fondamentaux et leur protection », *Pouvoirs*, n° 43, 1987, pp. 87-100 ; M.-L. PAVIA, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *L.P.A.*, 6 mai 1994, n° 54, pp. 6-13 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, chron., 1995, pp. 323-329 ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial, pp. 6-42 ; J. FAVRE et B. TARDIVEL, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" », *R.D.P.*, 2000, pp. 1411-1440 ; T. MEINDL, *La notion de droits fondamentaux dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2003 ; E. PICARD, « Droits fondamentaux », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 544-549.

²⁴ G. GLÉNARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 2008-2017. Voir sur ce point : O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Fondation Varenne, collection des thèses, Paris, 2007.

le juge constitutionnel tandis que les seconds sont consacrés au niveau supranational, c'est-à-dire international et régional²⁵.

14. Dans le cadre de cette étude, la conception retenue des libertés sera donc celle des droits fondamentaux, dans la mesure où la protection à un niveau supra-législatif, au regard des voies et mécanismes de garantie, s'avère la plus efficace²⁶. L'avènement d'une catégorie de droits et libertés qui s'imposent au législateur constitue en effet l'évolution la plus marquante de la protection des droits et libertés des cinquante dernières années²⁷.

15. Le choix a également été fait de circonscrire le sujet aux droits fondamentaux *constitutionnels*, précisément au regard de l'objet de l'étude. Le renforcement des exigences de l'ordre public dont il est question et, en particulier, la diversification des formes de terrorisme, heurte le droit constitutionnel²⁸. L'objectif du terrorisme est de déstabiliser l'État et, à travers lui, les principes régissant l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics inscrits dans la constitution. Le droit constitutionnel constitue alors un « point de passage obligé dans l'élaboration d'un droit national permettant d'assurer une juste et légitime conciliation entre les exigences de la lutte contre le terrorisme et la garantie des droits fondamentaux constitutionnellement reconnus »²⁹. Et ce, d'autant plus que le droit international demeure impuissant pour trouver une réponse appropriée³⁰. Dès lors, circonscrire le champ de l'étude aux droits fondamentaux constitutionnels s'impose au regard de la conception retenue de l'ordre public.

²⁵ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., pp. 30-49 ; N. ZINAMSGVAROV, *Droits fondamentaux constitutionnels et souveraineté de l'Etat français. Recherche sur la souveraineté de la Constitution française dans le système juridique national*, thèse dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2010, spéc. pp. 30-33.

²⁶ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, coll. Droit public science politique, 6^e édition, 2012, p. 61.

²⁷ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 26.

²⁸ T. RENOUX, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux – Rapport français », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 195-244, spéc. p. 195.

²⁹ *Idem*, p. 197.

³⁰ H. ASCENSIO, « Terrorisme et juridictions internationales », in *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales. Journée franco-allemande de la Société française pour le droit international*, Edition Pedone, Paris, 2004, pp. 271-282 ; P. TAVERNIER, « Compétence universelle et terrorisme », in *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales. Journée franco-allemande de la Société française pour le droit international*, Edition Pedone, Paris, 2004, pp. 237-252 ; J.-C. MONOD, « Vers un droit international d'exception ? », *Esprit*, 2002, pp. 173-193.

B) La conception retenue de l'ordre public

16. Définir l'ordre public constitue une tâche épineuse. La doctrine souligne de manière constante les difficultés à cerner juridiquement les contours de cette notion, au contenu insaisissable³¹.

a) Une notion ambiguë

17. Les prémices de l'ordre public remontent au VI^{ème} siècle, où il est assimilé aux « lois publiques » puis au « droit public » au sein du *Digeste*³². A la fin du XVIII^{ème} siècle, le projet de Code civil de l'an IV fait référence à la notion d'« ordre social », tandis que celui de l'an XII évoque de nouveau le « droit public »³³. De fait, sous l'Ancien Régime, la puissance souveraine est considérée comme l'auteur, la garante et le bénéficiaire de l'ordre social³⁴. Dans les provinces, l'intendant constitue le « garant de la sécurité, de l'ordre social et de l'ordre public »³⁵.

18. De manière explicite, l'expression « ordre public » émerge à la Révolution française. L'essoufflement des structures de l'Ancien Régime conduit la bourgeoisie à repenser le pouvoir et à formaliser le pacte social³⁶. La notion d'ordre public figure ainsi dans les deux

³¹ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Editions Matot-Braine, Reims, 1953, spéc. p. 19 ; P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1962, p. 2 ; G. BURDEAU, *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 3^e édition, 1980, tome I, vol. 1, p. 291 ; E. PICARD, *La notion de police administrative*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Paris, 1984, tome II, spéc. pp. 540-544 ; A. PLANTEY, « Définitions et principes de l'ordre public », in R. POLIN (dir.), *L'ordre public*, P.U.F., Paris, 1996, pp. 27-45, spéc. p. 27. Sur l'imprécision de l'ordre public dans son application concrète, voir notamment : J. MORANGE, « Les contrôles d'identité », *A.J.D.A.*, 20 décembre 1983, pp. 640-644, spéc. p. 642.

³² P. DEUMIER et T. REVET, « L'ordre public », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 1119-1122, spéc. p. 1119.

³³ *Ibidem*.

³⁴ A. PLANTEY, « Définition et principes de l'ordre public », *op. cit.*, spéc. p. 27.

³⁵ C. LECOMTE, « L'intendant : sentinelle de l'ordre public (XVII^e-XVIII^e siècle) », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 33-40, spéc. p. 34.

³⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, Paris, 1967, pp. 85 et s. ; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Gallimard, coll. Bibliothèques des histoires, Paris, 1975, p. 219 ; V. BLET-PFISTER, « L'ordre public (Fragments pour une étude sur l'appareil d'État) », in *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Teneur*, Université de droit et de la santé, coll. travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille, Lille, 1977, pp. 63-90, spéc. p. 64 ; P. DEUMIER et T. REVET, « L'ordre public », *op. cit.*, p. 1119.

instruments phares de la « modernité juridique »³⁷, que sont la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789³⁸ et le Code civil de 1804³⁹.

19. Depuis, l'ordre public surgit à chaque degré de la hiérarchie des normes⁴⁰ et se retrouve dans l'ensemble des branches du droit⁴¹. La pluralité des ancrages de l'ordre public dans l'ordre juridique illustre, à elle seule, son caractère essentiel. Il s'analyse comme une norme inhérente au Droit⁴². Cependant, cette notion ne fait pas l'objet de définition légale, c'est-à-dire d'un énoncé en droit positif⁴³. A l'image du constat du Doyen Georges Vedel à propos du droit, l'ordre public serait « indéfinissable mais présent »⁴⁴.

La double acception de la notion d'ordre public

20. L'indétermination de la notion d'ordre public provient des réalités diverses auxquelles elle renvoie. De manière générale, « est d'ordre public, ce qui est si important qu'est mise en question l'essence de la *société* ou de son *droit* »⁴⁵. Une première difficulté apparaît ici puisque s'opposent, en doctrine, les thèses unitaires et dualistes. Selon les premières, l'ordre public a une réelle unité conceptuelle. Il se définit comme l'ensemble des règles que les autorités publiques estiment indispensables pour sauvegarder la stabilité et les valeurs de la société⁴⁶. Au-delà de la diversité de ses expressions dans les branches du droit, la notion

³⁷ F. EWALD (dir.), *Naissance du Code civil. La raison du législateur. Travaux préparatoires du Code civil rassemblés par P.-A. FENET*, Flammarion, Paris, 1989, p. 9.

³⁸ En vertu de l'article 10 de la Déclaration, « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

³⁹ L'article 6 du Code civil dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

⁴⁰ E. PICARD, « Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 17-61, spéc. p. 32.

⁴¹ Le droit positif témoigne de la présence de la notion d'ordre public dans l'ensemble des disciplines juridiques. Voir : T. REVET (dir.), *L'Ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Paris, 1996 ; M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001 ; C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013.

⁴² E. PICARD, « Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 36.

⁴³ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, Paris, 1981, pp. 77-92, spéc. p. 87.

⁴⁴ G. VEDEL, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, n°11, 1990, pp. 67-71.

⁴⁵ Y. MENY et O. DUHAMEL, *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1992, p. 683 (souligné par nous).

⁴⁶ G. LEBRETON, « Ordre public », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, P.U.F., Quadrige, Paris, 2008, pp. 717-719.

d'ordre public est considérée comme une⁴⁷. Pour Paul Bernard, par exemple, il s'agit « toujours d'assurer le respect d'une exigence sociale fondamentale »⁴⁸.

21. A l'inverse, les thèses dualistes considèrent qu'il y a deux conceptions de l'ordre public⁴⁹. L'une, procédurale ou contentieuse, fait référence aux règles dont le caractère impératif s'impose à tous en vue de maintenir l'ordonnancement juridique général⁵⁰. Il s'agit de l'« ordre des comportements juridiques », c'est-à-dire des opérations juridiques⁵¹. La seconde, matérielle, renvoie, quant à elle, à la paix interne, à la sécurité qui permet à un groupe humain de former une société et d'exercer leurs libertés. L'ordre public désigne ici « pour un pays donné, à un moment donné, l'état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publiques ne sont pas troublées »⁵². Ainsi envisagé, l'ordre public est celui à la réalisation duquel contribue la police : il vise l'« ordre des comportements matériels »⁵³.

La conception matérielle de l'ordre public

22. Dans le cadre de cette étude, seule l'acception matérielle de l'ordre public sera examinée, précisément parce que c'est sous cet aspect que l'ordre public fait l'objet d'un renouvellement. Prise en ce sens, la notion doit là aussi être précisée. L'ordre public peut être défini comme l'absence de troubles au sein de la collectivité⁵⁴. Positivement, il signifie « l'établissement, dans la collectivité, des conditions qui assurent le plein épanouissement de

⁴⁷ Pour P. MALAURIE, « l'ordre public est un dans sa définition ; il est multiple dans ses applications ». Voir : P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, op. cit., p. 71. Pour P. BERNARD, « il s'agit toujours pour l'autorité administrative, comme pour le juge, de faire prévaloir un certain ordonnancement légal des faits ou des règles de droit, sur les troubles que la liberté ou l'autonomie des volontés pourraient lui apporter, de maintenir l'aménagement harmonieux que le législateur désire voir réaliser dans la vie sociale comme dans le droit ». Voir : G. PEQUIGNOT, « Préface », in P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., p. II.

⁴⁸ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., spéc. p. 281. Pour sa part, E. PICARD considère qu'« il y a certainement matière à une catégorie conceptuelle de l'ordre public », dans la mesure où le droit « a un esprit qui anime ses règles et ses catégories techniques ». Ainsi, la « pluralité des contenus » de l'ordre public postule la communauté, de sorte qu'il y aurait une « catégorie unitive d'ordre public ». Voir : E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », op. cit., pp. 20 et 22.

⁴⁹ J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, Paris, 1960, rééd. 2011, Dalloz, Paris, p. 473 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Quadrige, Paris, 9^e édition, 2011, pp. 714-715 ; Y. MENY et O. DUHAMEL, *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., p. 683 ; J. COMBACAU, « Conclusions générales », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 421 et s. ; C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1994, pp. 693-745, spéc. p. 695.

⁵⁰ Y. MENY et O. DUHAMEL, *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., spéc. p. 683.

⁵¹ J. COMBACAU, « Conclusions générales », op. cit., spéc. p. 422.

⁵² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 714.

⁵³ J. COMBACAU, « Conclusions générales », op. cit., spéc. p. 422.

⁵⁴ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., p. 76.

l'individu »⁵⁵. L'ordre public comprend alors les buts légalement visés par la police administrative, à savoir, à titre principal, la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques⁵⁶. Il bénéficie, par ricochet, d'une amorce de définition légale puisque ces objectifs correspondent à ceux de la police municipale, énoncés dans la loi du 5 avril 1884⁵⁷ et repris par l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

23. D'un point de vue matériel, l'ordre public entretient des liens étroits avec l'intérêt général, finalité de toute activité administrative⁵⁸. Cependant, l'ordre public s'en distingue⁵⁹, dans la mesure où il ne constitue qu'une catégorie spécifique de l'intérêt général⁶⁰.

24. De plus, l'ordre public dépasse la seule police administrative. Celle-ci « n'épuise pas l'essence de l'ordre public »⁶¹. Comme le relève Jean Combacau, l'ordre public comprend non seulement les figures de la police administrative mais aussi la loi pénale, puisque l'une et l'autre visent à mettre fin aux troubles⁶². L'ordre public constitue en effet un élément de définition du droit pénal⁶³. L'atteinte à l'ordre public, lors de la commission d'une infraction, constitue le fondement de l'application du droit pénal⁶⁴. Ainsi entendu, l'ordre public remplit des fonctions précises dans l'ordre juridique.

⁵⁵ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., spéc. p. 49.

⁵⁶ J. PETIT, « La police administrative », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2011, tome 2, pp. 5-44, spéc. pp. 9-10.

⁵⁷ Article 97 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale, in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat à partir de 1788*, tome 84, Editions Guyot et Scribe, Paris, 1884, pp. 99-148 ; P.-H. TEITGEN, *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, Paris, 1934 ; T. LE YONCOURT, « L'ordre public dans la loi de 1884 », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 41-58.

⁵⁸ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., pp. 146-147 et pp. 263-264.

⁵⁹ Ainsi, le Conseil d'Etat dénie la qualité de mesures de police à des décisions prises dans l'intérêt général et non pas en vue du maintien de l'ordre public. Voir notamment : C.E., sect., 19 avril 1992, *Aykan*, *Rec. Lebon*, p. 152. Voir : J. PETIT, « La police administrative », op. cit., spéc. p. 10 ; D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1977, spéc. pp. 159-166 et pp. 278-281 ; D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », *E.D.C.E.*, n° 50, 1999, pp. 361-374.

⁶⁰ D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux I, 1975, spéc. pp. 164-165 ; J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », *E.D.C.E.*, n° 50, 1999, pp. 375-386, spéc. p. 378. Voir aussi : M.-P. DESWARTES, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1993, n° 13, pp. 23-58.

⁶¹ S. ROLAND, « L'ordre public et l'Etat. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 9-20, spéc. p. 15. Voir également : E. PICARD, « Police », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 1163-1169, spéc. p. 1165.

⁶² J. COMBACAU, « Conclusions générales », op. cit., spéc. pp. 420-422.

⁶³ A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 287-296.

⁶⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. Manuel, Paris, 2^e édition, 2012, p. 1.

b) Des fonctions précises

25. L'apparition du concept d'ordre public tient avant tout à sa fonction dans l'ordre juridique. Il s'agit d'assurer la sauvegarde des droits et libertés de l'individu « lorsqu'ils ne disposent pas, par eux-mêmes, des moyens de s'auto-protéger ou de se réaliser »⁶⁵. En cela, l'ordre public comprend « un ensemble d'effets juridiques, nécessaires à l'accomplissement de sa fonction d'instrument de structuration et de cohésion sociales »⁶⁶. Son rôle consiste à justifier des restrictions aux droits et libertés afin d'assurer les conditions sociales de leur exercice. Néanmoins, l'ordre public implique de limiter leur exercice uniquement dans la mesure où cela est nécessaire à la protection même de l'ordre public qui garantit ces droits⁶⁷. Il s'agit d'un « ordre finalisé », lié à la construction de l'État libéral et indispensable à la garantie des droits⁶⁸.

26. L'analyse fonctionnelle de l'ordre public⁶⁹ explique pourquoi l'ordre public apparaît de manière concomitante à la proclamation des droits et libertés à la fin du XVIII^{ème} siècle. Elle révèle, par là même, la corrélation entre l'ordre public et les libertés⁷⁰. Cette idée illustre la continuité du droit⁷¹. Dès le début du XX^{ème} siècle⁷², le Conseil d'État pose le principe selon lequel les limitations apportées aux libertés par l'autorité de police ne sont légales que si le maintien de l'ordre public les rend nécessaires⁷³. Il en est de même dans le cadre du droit

⁶⁵ E. PICARD, « Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 48.

⁶⁶ P. DEUMIER et T. REVET, « L'ordre public », *op. cit.*, pp. 1119-1120.

⁶⁷ E. PICARD, « Police », *op. cit.*, spéc. p. 1165.

⁶⁸ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 7^e édition, 2012, p. 285.

⁶⁹ J. PETIT, « La police administrative », *op. cit.*, p. 10 ; F. TERRET, « Rapport introductif », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 3-12, spéc. p. 3. Sur la définition de la notion fonctionnelle : G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950, I, 851. Voir, *a contrario* : G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 641-656.

⁷⁰ E. PICARD, « Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, pp. 49-50.

⁷¹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, tome 1, p. 164.

⁷² Selon le Commissaire du gouvernement Corneille, « la liberté est la règle et la restriction de police l'exception ». Voir : Concl. Corneille sur C.E., 10 août 1917, *Baldy*, *Rec. Lebon*, p. 638. Voir aussi : C.E., 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec. Lebon*, p. 541 ; C.E., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec. Lebon*, p. 426.

⁷³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 15^e édition, 2001, pp. 699 et s.

communautaire⁷⁴, du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et, plus généralement, du droit international des droits de l'homme⁷⁵. Les droits supranationaux reconnaissent aux États membres la possibilité de limiter les droits fondamentaux par des impératifs d'ordre public dans la stricte mesure où ceux-ci l'exigent.

27. En droit constitutionnel, cette « conception circulaire »⁷⁶ de l'ordre public, défini comme « norme de nécessité »⁷⁷, découle de la Déclaration de 1789. Elle ne s'est imposée au législateur qu'à partir du moment où la Constitution a bénéficié d'une garantie juridictionnelle à même d'en sanctionner la méconnaissance. Dès ses premières décisions, le Conseil constitutionnel impose le respect de cette dialectique au législateur⁷⁸.

28. La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique permet ainsi d'expliquer pourquoi l'ordre public demeure une norme non écrite. Il comprend « toutes les exigences considérées comme les plus vitales au sein d'un ordre juridique »⁷⁹. En ce sens, l'ordre public est une question qui change⁸⁰. Comme le relève Nathalie Jacquinot, « la société évolue, ses valeurs changent, ce qu'elle ne tenait pour fondamental peut le devenir et l'ordre public s'adapte en conséquence [...] : s'il apparaît comme une notion fixe, quasi-intemporelle, c'est précisément parce qu'il a su évoluer avec elle »⁸¹.

⁷⁴ E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 55-74, spéc. p. 59 ; B. GENEVOIS, « Remarques sur l'ordre public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 405-414 ; M. GAUTIER, « L'ordre public », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2010, pp. 317-329 ; O. DUBOS, « Police administrative et droit communautaire : kaléidoscope », *D.A.*, 2007, pp. 20-25.

⁷⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 11^e édition, 2012, pp. 218-241. Voir aussi : O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Editions Pedone, Paris, 2004.

⁷⁶ A. HAQUET, « Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ? », in *Constitution et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2008, pp. 237-243, spéc. p. 238.

⁷⁷ E. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., p. 543 ; E. PICARD, « Police », op. cit., p. 1165.

⁷⁸ Voir notamment : Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec. p. 43, cons. 3.

⁷⁹ E. PICARD, « Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », op. cit., p. 60.

⁸⁰ P. MALAURIE, « Rapport de synthèse », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 105-111, spéc. pp. 107-111.

⁸¹ N. JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, thèse dactylographiée, Université d'Aix-Marseille III, 2000, p. 68.

§2. La traduction de la corrélation entre l'ordre public et les libertés

29. Par la fonction qu'il remplit dans l'ordre juridique, l'ordre public est une notion circonstancielle et tributaire des données factuelles⁸². Il constitue l'une des « notions à contenu variable » identifiées par Chaïm Perelman⁸³, si bien que sa substance s'enrichit au gré de l'évolution des réalités sociales. Ainsi, la traduction de la corrélation entre l'ordre public et les libertés se transforme.

A) Le renouvellement des exigences de l'ordre public dans l'ordre juridique français

30. La jurisprudence administrative témoigne de l'élargissement de l'ordre public au cours du XX^{ème} siècle⁸⁴. En plus de « l'ordre matériel et extérieur »⁸⁵ qui est, d'ores et déjà, hétérogène⁸⁶ puisqu'il comprend la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques mais aussi le bon ordre⁸⁷, l'ordre public vise de nouvelles exigences. Tel est le cas de la moralité publique⁸⁸, avec la reconnaissance de la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public⁸⁹ et, plus largement, de la protection des individus contre eux-mêmes⁹⁰. En

⁸² E. PICARD, « Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 23.

⁸³ C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre National de recherche logique, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 363-374, spéc. p. 363.

⁸⁴ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 26-44. Voir aussi : A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1974, spéc. p. 212.

⁸⁵ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 1933, p. 549.

⁸⁶ B. BONNET, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 117-139, spéc. pp. 121-130.

⁸⁷ Article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales. Pour R. CHAPUS, « l'ordre public inclut un certain bon ordre (matériel et extérieur), qui ne se confond pas purement et simplement avec la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques ». Voir : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 706. Voir aussi : B. BONNET, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », *op. cit.*, spéc. pp. 127-130.

⁸⁸ Selon le Commissaire du Gouvernement Guldner, la moralité publique se définit comme le minimum d'« idées morales communément admises à un moment donné par la moyenne des citoyens ». Voir : concl. sur C.E., 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, *Rec. Lebon*, p. 700. Sur ce point : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 706-711.

⁸⁹ C.E., Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Rec. Lebon*, p. 372, concl. P. Frydman. Voir : G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 353-367.

cela, le contenu de l'ordre public est perpétuellement déterminé par les autorités étatiques. L'ordre public est par définition l'ordre de l'État, c'est-à-dire « l'ordre tel que les autorités de l'État en délimitent les contours »⁹¹. C'est à lui que revient le devoir de maintenir la paix dans la société.

31. Le dernier quart du XX^{ème} siècle marque à la fois un renforcement et un renouvellement des exigences de l'ordre public dans l'ordre juridique français. Comme le relève Didier Truchet, le « thème de la sécurité ne cesse de s'enrichir pour répondre à la demande sociale », de sorte qu'aujourd'hui, « tout se passe comme si une obligation de sécurité non exclusive mais générale pesait sur l'État »⁹². L'État apparaît tenu d'assurer de façon quasi-absolue la sécurité, entendue comme « une absence de risques autres que ceux que chacun entend personnellement courir »⁹³.

32. Cette évolution se retrouve, de prime abord, dans les textes de lois. Depuis 1995, le législateur qualifie la sécurité de « droit fondamental » et précise qu'il s'agit d'« un devoir pour l'Etat, qui veille [...] au maintien de la paix et de l'ordre public »⁹⁴. Sans être un droit subjectif proprement dit⁹⁵, ce « droit programmatique » prolonge non seulement la jurisprudence administrative qui fait peser sur l'autorité de police une obligation d'intervention pour garantir l'ordre public⁹⁶ mais implique, aussi, des mutations dans le

⁹⁰ G. ARMAND, « L'ordre public de protection individuelle », *R.R.J.*, 2004, pp. 1583-1643 ; G. MORANGE, « Réflexions sur la notion de sécurité publique », *Recueil Dalloz*, chron., 1977, pp. 61-66.

⁹¹ S. ROLAND, « L'ordre public et l'Etat. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », *op. cit.*, spéc. p. 17.

⁹² D. TRUCHET, *Le droit public*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, Paris, 2^e édition, 2010, p. 62.

⁹³ D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 299-316, spéc. pp. 299-300.

⁹⁴ Article 1^{er} de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *J.O.R.F.* n° 20 du 24 janvier 1995, p. 1249 ; article 1^{er} de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *J.O.R.F.* n° 266 du 16 novembre 2001, p. 18215 ; article 1^{er} de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *J.O.R.F.* n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761.

⁹⁵ M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité" ? », *R.S.C.*, 2009, pp. 273-296 ; P. JOURDAIN, « Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité ? », in M. NICOD (dir.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, L.G.D.J., Presses de l'Université Toulouse I, Paris, Toulouse, 2008, pp. 77-83. Voir aussi : J. PARARAS, « Le droit à la sécurité », in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 879-898.

⁹⁶ V. TCHEN, *La notion de police administrative. De l'état du droit aux perspectives d'évolution*, Rapport au Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, Les travaux du centre d'études et de prospective, La documentation française, Paris, 2007, pp. 104-109. Voir : D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », *op. cit.*, pp. 301 et s. ; F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 71-76.

champ du droit pénal⁹⁷. Face à cette revendication, le droit et, en tout premier lieu, la loi, tentent d'y répondre.

a) *Le renforcement des exigences de l'ordre public défini par le législateur*

33. Si le maintien de l'ordre public est un devoir constant de l'État, il constitue une préoccupation prioritaire du législateur depuis les années 1970. Pour faire face au sentiment d'insécurité et à l'évolution de la criminalité mis en exergue par le rapport du Ministre de la Justice, Alain Peyrefitte, en 1977⁹⁸, le législateur est intervenu à maintes reprises.

34. Trois étapes peuvent être identifiées. Le début des années 1980 est marqué par la volonté du pouvoir politique de donner des fondements juridiques stables et larges à un ensemble de pratiques policières, telles que les contrôles d'identité⁹⁹. Dans la seconde moitié de la décennie, les attentats terroristes survenus sur le territoire français engendrent une réaction législative importante, afin de répondre à l'émergence d'« une nouvelle violence »¹⁰⁰ et à la diversification des formes de terrorisme¹⁰¹. Les années 1990 se caractérisent alors par

⁹⁷ J. DANET et S. GRUNVALD, « Le droit à la sécurité et le risque au cœur d'un nouveau droit pénal ? », in E. CADEAU (dir.), *Perspectives du droit public. Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin*, Lexis Nexis, Paris, 2004, pp. 197-206 ; C. MASCALA, « Les fonctions sécuritaires de la peine », in M. NICOD (dir.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, L.G.D.J., Presses de l'Université Toulouse I, Paris, Toulouse, 2008, pp. 107-112 ; J.-J. GLEIZAL, « La réforme des dispositifs de sécurité en France », *R.S.C.*, 2002, pp. 900-905.

⁹⁸ A. PEYREFITTE (dir.), *Réponses à la violence*, Rapport au Président de la République présenté par le Comité d'étude sur la violence, la criminalité et la délinquance, La documentation française, Paris, 1977, pp. 28 et s. et pp. 49 et s. Voir aussi : P. ROBERT, « Une généalogie de l'insécurité contemporaine », *Esprit*, 2002, pp. 35-58, spéc. pp. 40-43. Pour P. PORTIER, si la « passion sécuritaire » à partir des années 1970 est une réalité, elle est, avant tout, « un legs de l'histoire longue de l'Occident ». Voir : P. PORTIER, « Les trois âges de la sécurité », in P. PORTIER (dir.), *La sécurité, Revue juridique de l'Ouest*, numéro spécial, 2002, pp. 13-21, spéc. p. 13.

⁹⁹ Par exemple, la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (*J.O.R.F.* du 3 février 1981, p. 415) confère un fondement juridique à la pratique des contrôles administratifs d'identité. Sur ce point : J. MORANGE, « Les vérifications d'identité », *A.J.D.A.*, 20 juin 1981, pp. 285-291 ; J. PRADEL, « La loi du 2 février 1981 dite "sécurité et liberté" et ses dispositions de procédure pénale », *op. cit.*, spéc. p. 111 ; J. RIVERO, « Libertés publiques 1981-1983 : Essai de bilan », *A.J.D.A.*, 20 décembre 1983, pp. 635-639.

¹⁰⁰ J. ROBERT, « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », *R.D.P.*, 1986, pp. 1651-1666.

¹⁰¹ R. SCHMELCK et G. PICCA, « L'Etat face au terrorisme », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, pp. 53-64 ; A. PLANTEY, « Le terrorisme contre les droits de l'homme », *R.D.P.*, 1985, pp. 5-13 ; H. LAURENS, « Le terrorisme comme personnage historique », in H. LAURENS et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, coord. H. JABER, CNRS Editions, Paris, 2010, pp. 9-66.

l'adoption d'un arsenal de prérogatives conférées à la police administrative et à la police judiciaire, dans le cadre de leurs missions respectives¹⁰².

35. Pour autant, c'est précisément depuis le début du XXI^{ème} siècle que le législateur redéfinit profondément les exigences de l'ordre public, sous l'impulsion de deux types de facteurs. En premier lieu, l'émergence d'un terrorisme mondial, suite aux attentats du 11 septembre 2001 survenus aux Etats-Unis, conduit les Etats à réagir à cette menace latente. Au regard de la complexité et de l'hétérogénéité de ce « crime non ordinaire »¹⁰³, le terrorisme pose de véritables défis aux démocraties, tant sur le plan du droit interne¹⁰⁴ que du droit international¹⁰⁵. En second lieu, le renouvellement des formes traditionnelles de délinquance

¹⁰² Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *J.O.R.F.* n° 200 du 29 août 1993, p. 12196 ; Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 3 du 4 janvier 1993, p. 215 ; Loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité, *J.O.R.F.* n° 184 du 11 août 1993, p. 11303 ; Loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 27 du 2 février 1994, p. 1803 ; Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *J.O.R.F.* n° 20 du 24 janvier 1995, p. 1249 ; Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *J.O.R.F.* n° 170 du 23 juillet 1996, p. 11104 ; Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, *J.O.R.F.* n° 1 du 1^{er} janvier 1997, p. 9 ; Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, *J.O.R.F.* n° 97 du 25 avril 1997, p. 6268.

¹⁰³ M. DELMAS-MARTY, « Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale de valeurs ? », *op. cit.*, spéc. p. 165. Voir aussi : F. THUILLIER, « La menace terroriste : essai de typologie », *Revue politique et parlementaire*, 2004, pp. 37-47 ; H. LAURENS, « Le terrorisme comme personnage historique », *op. cit.*, pp. 9 et s. ; L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « Le problème de la définition du terrorisme », in D. VANDERMEERSH et L. HENNEBEL (dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 17-59 ; E. HUGUES, « La notion de terrorisme en droit international : en quête d'une définition juridique », *Journal de droit international*, 2002, n° 3, pp. 753-771.

¹⁰⁴ L. JOSPIN, E. BALLADUR, V. GISCARD D'ESTAING et R. HUE, « La lutte contre le terrorisme est un impératif commun aux démocraties. Séance de l'Assemblée nationale du 3 octobre 2001 », in J. GARRIGUES (dir.), *Les grands discours parlementaires de la V^e République*, Préf. J.-L. DEBRÉ, Armand Colin, Paris, 2006, pp. 365-371 ; M.-O. PADIS, « Sécurité et terrorisme : un défi pour la démocratie », *Esprit*, 2006, pp. 67-69.

¹⁰⁵ A. PANYARACHUN (dir.), *Un monde plus sûr : notre affaire à tous*, Rapport du groupe des personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, O.N.U., 2004 ; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Assessing Damage, Urging Action*. Report of the Eminent Jurists Panel on terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, I.C.J., Genève, Suisse, 2009 ; T. DELPECH, N. GNESOTTO et P. HASSNER, « Face aux nouvelles menaces, quelle coalition antiterroriste ? », *Esprit*, 2001, pp. 49-66.

et de criminalité¹⁰⁶, conjugué à leur augmentation constante¹⁰⁷, incite le pouvoir politique à repenser les dispositifs de maintien de l'ordre public¹⁰⁸.

36. Dès lors, la première décennie du XXI^{ème} siècle se caractérise par une multiplication des dispositions législatives visant à répondre à ces évolutions de fait¹⁰⁹. Il s'agit d'« adapter les outils juridiques des services de l'État à la réalité des problèmes de délinquance et d'insécurité »¹¹⁰, mais aussi de « renforcer l'efficacité de notre droit pénal et de notre procédure pénale face à certaines formes spécifiques de délinquance ou de criminalité »¹¹¹. Depuis le début des années 2000, plus d'une vingtaine de lois ont été adoptées pour répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public. Le Conseil constitutionnel ayant été saisi de manière quasi-systématique par l'opposition parlementaire, sa jurisprudence offre des clés de lecture essentielles à ce sujet.

b) Le renouvellement des exigences de l'ordre public saisi par le Conseil constitutionnel

37. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les considérations d'ordre public sont d'abord saisies par la catégorie juridique des objectifs de valeur constitutionnelle¹¹². Ces derniers constituent des impératifs liés à la vie en société, qui s'imposent au législateur et qui

¹⁰⁶ H. MOUTOUH, « La loi et l'ordre », *Dalloz*, chron., 2000, pp. 163-170, spéc. p. 166.

¹⁰⁷ DIRECTION CENTRALE DE LA POLICE JUDICIAIRE, *Rapport sur la criminalité et la délinquance constatées en France – Année 2012*, La documentation Française, Paris, 2013 ; A. BAUER (dir.), *La criminalité en France*, Rapport de l'Observatoire Nationale de la Délinquance 2010, Editions du CNRS, Paris, 2011.

¹⁰⁸ SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DE LA DÉFENSE NATIONALE (dir.), *Livre Blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, La Documentation Française, Paris, 2006 ; M. GAUDIN et A. BAUER (dir.), *Livre Blanc sur la sécurité publique*, La Documentation française, Paris, 2011 ; M. GAUDIN et A. BAUER, *Vers une plus grande efficacité du service public de sécurité au quotidien*, La Documentation française, Paris, 2008 ; J.C. MALLET (dir.), *Défense et sécurité nationale : le Livre blanc*, La Documentation française, Paris, 2008 ; J.-M. GENHENNO (dir.), *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, La Documentation française, Paris, 2013.

¹⁰⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Paris, 2006, pp. 259-260.

¹¹⁰ D. VAILLANT, *Projet de loi relatif à la sécurité quotidienne*, Débats, Assemblée nationale, 31 octobre 2001.

¹¹¹ D. PERBEN, *Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la société*, Exposé des motifs, Assemblée nationale, 9 avril 2003.

¹¹² Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48, cons. 5. Sur la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle, voir : P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Paris, 2006 ; B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *R.F.D.C.*, 1995, n° 21, pp. 48-77 ; A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 687-701 ; F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2005, pp. 675-684.

visent à mettre en œuvre les droits et libertés de valeur constitutionnelle¹¹³. Les impératifs d'ordre public sont compris dans deux objectifs liés à la « préservation de l'ordre public »¹¹⁴ : la sauvegarde de l'ordre public¹¹⁵ et la recherche des auteurs d'infractions¹¹⁶.

38. Parallèlement, le Conseil constitutionnel se réfère à la notion plus large d'« exigences de l'ordre public ». Apparue dans la décision du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration¹¹⁷, cette expression ne correspond pas, juridiquement, à un objectif de valeur constitutionnelle. Elle comprend néanmoins les objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions¹¹⁸ ainsi que la possibilité, pour le législateur, de « prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables »¹¹⁹. En d'autres termes, la notion d'« exigences de l'ordre public », au sens de la jurisprudence constitutionnelle, englobe à la fois la dimension policière de l'ordre public, composée des objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, et la dimension pénale, liée à la détermination des infractions et de leurs peines.

39. Si cette « jonglerie » des formules jurisprudentielles¹²⁰ ne semble guère être gage de prévisibilité des décisions juridictionnelles, elle témoigne de l'adaptation permanente du contenu de l'ordre public. En particulier, de nouvelles composantes de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public apparaissent dans la jurisprudence depuis la fin des années 1990, afin de rendre compte de l'évolution des nécessités sociales.

¹¹³ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 428 ; R. BADINTER et B. GENEVOIS, « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 317-335, spéc. p. 321 ; P. MAZEAUD, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », 8^e séminaire des cours constitutionnelles, Everan, 2003, p. 3, [www.conseilconstitutionnel.fr].

¹¹⁴ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *Rec.* p. 170, cons. 4.

¹¹⁵ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *précitée*, cons. 5.

¹¹⁶ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 3.

¹¹⁷ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *Rec.* p. 224, cons. 56, 60, 87 et 116. Voir aussi : décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 23 ; décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, *Rec.* p. 87, cons. 17 ; décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, *Rec.* p. 122, cons. 75.

¹¹⁸ Décision n° 93-325 D.C. du 13 mars 1993, *précitée*, cons. 25 et 87 ; décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 17.

¹¹⁹ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 23.

¹²⁰ F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1993, p. 53. Voir aussi : A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 309-318, spéc. p. 317.

40. De même, la décision du 7 octobre 2010 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public enrichit la signification de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. En plus du développement du volet matériel de l'ordre public, celui-ci comprend désormais les « exigences minimales de la vie en société »¹²¹, déterminées par le législateur. Cette nouvelle composante, liée à l'idée républicaine du « vivre ensemble », élargit la notion d'ordre public¹²².

41. En définitive, une nouvelle architecture des exigences de l'ordre public résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce constat met de nouveau en lumière une problématique inhérente aux fins du Droit¹²³, tenant à l'équilibre entre ses fins individuelles et ses fins sociales.

B) Les incertitudes pesant sur le processus de limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public

42. La conception renouvelée de l'ordre public conduit à s'interroger sur ses implications dans l'ordre juridique. Dans la mesure où la fonction de l'ordre public réside dans la limitation de l'exercice des droits et libertés afin d'assurer leur coexistence en société, il convient de préciser le processus de limitation.

43. Il s'agit, dans le cas français, d'un mécanisme incertain. L'expression « limitation » n'apparaît ni dans la Constitution, ni dans la loi et ne fait, *ipso facto*, l'objet d'aucune définition en droit positif. A la différence de plusieurs constitutions étrangères, qui prévoient les conditions dans lesquelles les droits reconnus peuvent être restreints¹²⁴, la Constitution

¹²¹ Décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, *Rec.* p. 276, cons. 4-5. Voir : L. FAVOREU, L. PHILIP, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e édition, Paris, 2013, pp. 455-461.

¹²² B. BONNET, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », *op. cit.*, p. 137 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 314-315.

¹²³ M. WALINE, *L'individualisme et le Droit*, *op. cit.*, spéc. pp. 31 et s.

¹²⁴ Notamment : article 19 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; article 53-1 de la Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978 ; article 1^{er} de la Charte Canadienne des droits et libertés du 29 mars 1982 ; article 36 de la Constitution de la République d'Afrique du Sud du 10 décembre 1996 ; Article 18 §2 de la Constitution de la République Portugaise du 2 avril 1976 ; article 31 de la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997 ; Article 36 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999.

française est dépourvue de clause explicite de limitation des droits et libertés. Elle relève des constitutions qui reconnaissent uniquement une compétence générale au profit du législateur, pour mettre en œuvre les droits garantis¹²⁵.

44. Cette différence d'approche peut s'expliquer par l'histoire constitutionnelle. Dans les constitutions comme celle de la France, de l'Irlande ou de l'Autriche, l'organisation des droits et leur interprétation sont consubstantielles à leur mise en œuvre¹²⁶. A l'inverse, en Allemagne, au Canada ou en Afrique du Sud, les constituants estiment nécessaire de prévoir des clauses de limitation et d'interprétation des droits, afin de se prémunir contre les excès du passé¹²⁷.

45. La problématique de la limitation des droits et libertés n'est toutefois pas ignorée du contentieux constitutionnel. La richesse sémantique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à travers les notions de gêne¹²⁸, limitation¹²⁹, restriction¹³⁰, conditions d'exercice de la liberté¹³¹, mise en cause¹³² ou encore d'atteinte¹³³, témoigne de l'acuité du processus de limitation mais aussi de l'incertitude qui entoure cette question.

46. Cela s'observe également à travers la multiplication des instruments du contrôle de constitutionnalité mobilisés lors de l'examen des limites aux droits et libertés. Tel est le cas du développement des « limites aux limites » aux droits fondamentaux. Cette notion a été dégagée par la doctrine à partir de la théorie allemande des droits fondamentaux¹³⁴. Les

¹²⁵ C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 1995, pp. 152-154.

¹²⁶ X. PHILIPPE, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud africaine de 1996 », in *Liber Amicorum J.-C. Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 897-926, spéc. p. 898.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec. p. 15, cons. 56.

¹²⁹ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *précitée*, cons. 13. Voir aussi : décision n° 79-105 D.C. du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33, cons. 1 ; Décision n° 80-117 D.C. du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, Rec. p. 42, cons. 4.

¹³⁰ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 70.

¹³¹ Décision n° 86-216 D.C. du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 135, cons. 14 ; Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 16.

¹³² Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale*, Rec. p. 217, cons. 3.

¹³³ Décision n° 86-213 D.C. du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat*, Rec. p. 120, cons. 24 ; Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 18 ; Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Rec. p. 89, cons. 13.

¹³⁴ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 90 et 163.

« limites aux limites » désignent les « bornes qui s'imposent au législateur »¹³⁵, c'est-à-dire les contraintes constitutionnelles auxquelles le législateur est spécifiquement soumis lors de la détermination des limites aux droits et libertés.

47. Par exemple, l'article 19 de la Loi Fondamentale allemande énonce une triple contrainte tenant à l'interdiction de légiférer pour un cas particulier, à l'obligation d'énoncer le droit fondamental faisant l'objet de la législation ou de la réglementation dérivée et à l'interdiction de porter atteinte à la substance d'un droit fondamental. A celles-ci, s'ajoutent les « limites aux limites » développées par la Cour constitutionnelle¹³⁶.

48. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les « limites aux limites » aux droits fondamentaux découlent de l'œuvre prétorienne du juge, à défaut de clause explicite de limitation. En cela, la question de la limitation des droits et libertés apparaît occultée par le mécanisme de conciliation, qu'il appartient au législateur d'effectuer¹³⁷. La faible intelligibilité du processus de limitation est d'autant plus problématique que ce dernier subit des transformations dues au renouvellement de l'ordre public. Ce constat explique les difficultés à définir la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public.

a) Les incertitudes liées à la notion de limitation

49. Dans sa signification générale, la limitation s'entend comme « l'action de limiter », c'est-à-dire « l'opération consistant à fixer, par une règle, une limite à ce qui est permis »¹³⁸. Ce processus entretient des rapports étroits avec plusieurs notions.

50. De prime abord, la limitation est intimement liée à la question du domaine de protection des droits et libertés¹³⁹. Celui-ci se définit comme « l'ensemble des situations de fait dans lesquelles une personne pourra soit faire usage des libertés qui lui sont garanties, soit

¹³⁵ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 1997, spéc. pp. 124-128 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 496 et s.

¹³⁶ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., pp. 127-128.

¹³⁷ Selon sa position de principe, « considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré ». Voir : décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *précitée*, cons. 3.

¹³⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 614.

¹³⁹ C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme », op. cit., spéc. p. 29.

exiger les créances qui lui sont reconnues »¹⁴⁰. La délimitation du champ d'application matériel d'un droit fondamental se distingue alors des limitations permises au sein de son champ d'application¹⁴¹. La délimitation, ou encore la démarcation, se traduit par « un encadrement du droit dans sa définition, alors que la limitation concerne les pouvoirs reconnus à la puissance publique pour organiser et mettre en œuvre ce droit »¹⁴². Cependant, cette distinction demeure poreuse¹⁴³, d'autant plus que la Constitution française ne contient pas de catalogue précis de droits fondamentaux.

51. La limitation peut également se confondre avec la notion de réglementation. Georges Burdeau employait, par exemple, les deux notions de manière indifférenciée¹⁴⁴. Si la réglementation et la limitation ont toutes deux pour objet de définir les conditions d'exercice des droits et libertés, les mesures « limitatives » tendent exclusivement à restreindre leur exercice¹⁴⁵. La limitation ne constitue qu'un aspect de la réglementation. Comme le souligne Gregorio Peces Barba Martinez, « réglementer signifie développer, orienter mais aussi limiter »¹⁴⁶.

52. Les mesures limitatives se distinguent des mesures de concrétisation des droits, qui encadrent leur exercice de manière à les favoriser, mais aussi des mesures d'aménagement, qui introduisent les droits dans la vie juridique pour qu'ils puissent effectivement être exercés¹⁴⁷. La limitation a, quant à elle, une influence directe sur le champ d'application matériel d'un droit. Elle engendre une restriction des prérogatives reconnues à ses bénéficiaires. Le droit canadien illustre cette distinction. La Cour suprême retient la

¹⁴⁰ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 201.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² X. PHILIPPE, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud-africaine de 1996 », op. cit., spéc. p. 902.

¹⁴³ G. PECES BARBA MARTINEZ, *Théorie Générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2004, pp. 427 et s. ; J. DE WAAL, I. CURRIE et G. ERASMUS, *The Bill of Rights Handbook*, JUTA, 3^e édition, Le Cap, 2000, spéc. pp. 132-146 ; S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 202 ; B. SLATTERY, « The pluralism of the Charter : revisiting the Oakes Test », in L. B. TREMBLAY et G. C. N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. OAKES*, Editions Thémis, Montréal, 2009, pp. 13-35, spéc. p. 23.

¹⁴⁴ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, op. cit., p. 30.

¹⁴⁵ Pour J. M. M. CARDOSO DA COSTA, elles engendrent un « raccourcissement du contenu constitutionnel du droit ». Voir : J. M. M. CARDOSO DA COSTA, « Les conditions de la limitation des droits fondamentaux dans le droit et la justice constitutionnelle portugaise », in *Mélanges Pavle Nikolic, Constitution lex superior*, Editions Association de droit constitutionnel de Serbie, Belgrade, 2004, pp. 67-77, spéc. p. 73.

¹⁴⁶ G. PECES BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 433.

¹⁴⁷ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2001, p. 113.

qualification de limitation à un droit garanti uniquement lorsque la mesure restreint sa portée. A défaut, les critères inscrits à l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés, relatifs aux conditions de limitation, n'ont pas vocation à s'appliquer¹⁴⁸.

53. Ainsi envisagée, la limitation entretient des liens étroits avec plusieurs techniques juridiques. Il en est ainsi de la restriction, considérée comme « l'action de réduire un droit ou une liberté et le résultat de cette action »¹⁴⁹. La restriction constitue une règle de droit, généralement inscrite dans une norme initiale. Elle peut aussi prendre la forme d'une exception prévue par la règle générale, ou résulter d'un processus de dérogation.

54. A ce sujet, la distinction entre les notions de dérogation et d'exception est complexe¹⁵⁰. Comme le relève Aude Rouyère, la dérogation et l'exception ne se situent pas au même niveau par rapport à la règle initiale : « une *summa divisio* doit être établie entre la règle – comportant un principe, éventuellement assorti d'exceptions – et les cas de dérogations à cette règle »¹⁵¹. Tandis que l'exception est un cas soumis à un régime particulier¹⁵², la dérogation vise à écarter l'application d'une règle dans un cas particulier¹⁵³. Elle se distingue de l'exception par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire¹⁵⁴. Lorsqu'elles restreignent la portée ou le champ d'application d'un droit garanti, les exceptions et les dérogations peuvent constituer des techniques de limitation des droits et libertés.

55. Par ailleurs, la limitation doit être distinguée des mesures restreignant la portée d'un droit mais qui sont dépourvues de justification légitime. La limitation se définit uniquement par rapport à un but visé par la Constitution¹⁵⁵. Il s'agit d'une « restriction justifiable »¹⁵⁶. En ce sens, la limitation se différencie de la notion d'atteinte à un droit garanti. Le degré de restriction porté à l'exercice de la liberté peut en effet transformer « la nature de la mesure d'une simple limite autorisée et légale à une restriction excessive, qui entache la loi

¹⁴⁸ J. WOEHLING, « La Cour Suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *R.T.D.H.*, 1993, pp. 379-410.

¹⁴⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 912.

¹⁵⁰ A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux I, 1993, tome 1, spéc. pp. 69-74 et pp. 185-188.

¹⁵¹ *Idem*, p. 186.

¹⁵² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., pp. 423-424.

¹⁵³ *Idem*, p. 332.

¹⁵⁴ A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., pp. 183 et 188.

¹⁵⁵ R. ALEX, *A theory of constitutional rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University, Oxford, 2002, p. 182.

¹⁵⁶ J. DE WAAL, I. CURRIE et G. ERASMUS, *The Bill of Rights Handbook*, op. cit., p. 133; X. PHILIPPE, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud africaine de 1996 », op. cit., spéc. p. 909.

d'inconstitutionnalité et l'acte administratif d'illégalité »¹⁵⁷. Cette distinction est d'autant plus essentielle que la notion d'atteinte a été explicitement institutionnalisée par le Constituant, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. La justification de la limitation fait donc partie intégrante de sa définition. En son absence, elle devient une atteinte à un droit garanti et une mesure non conforme à la Constitution.

56. En définitive, on retiendra comme définition du processus de limitation l'opération qui consiste à restreindre, par une règle de droit, la portée ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté garanti, dans un but prévu par le Constituant.

b) Les incertitudes liées à la mise en œuvre de la limitation

57. La conception renouvelée de l'ordre public soulève la question du cadre temporel dans lequel s'inscrit la limitation des droits fondamentaux. Selon la distinction traditionnelle, le pouvoir politique concrétise les exigences de l'ordre public soit, en temps normal, en adoptant des lois ordinaires, soit, en période exceptionnelle, à travers le recours à des régimes d'exception. Dans son acception stricte, l'état d'exception est « entendu comme un moment pendant lequel les règles de droit prévues pour des périodes de calme sont transgressées, suspendues ou écartées pour faire face à un péril »¹⁵⁸.

58. En matière de droits fondamentaux, ces deux circonstances appellent des réponses différentes. En temps ordinaire, les exigences de l'ordre public engendrent une limitation des droits et libertés, à travers le recours à des restrictions. En cas de circonstances exceptionnelles, les exigences de l'ordre public se traduisent par la suspension de droits et libertés garantis en temps normal mais aussi par des dérogations, afin de rétablir l'ordre menacé¹⁵⁹. La période normale implique donc, classiquement, la mise en œuvre d'un processus de limitation des droits fondamentaux.

¹⁵⁷ W. SABETE, « Limitations aux droits », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, P.U.F., coll. Quadriga, Paris, 2008, pp. 658-662, spéc. p. 658.

¹⁵⁸ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 29-37.

¹⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 1989, pp. 17-27 et pp. 497-506 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 218-248 ; P. WACHSMANN, « Les limitations à l'exercice des droits et l'étendue du contrôle juridictionnel », *R.U.D.H.*, 1991, pp. 289-295 ; G. GONZALEZ, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 93-100 ; N. BONBLED et C. ROMAINVILLE, « Etats d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise », *A.I.J.C.*, 2008, pp. 429-459, spéc. p. 431.

59. Le renouvellement des exigences de l'ordre public dans l'ordre juridique français conduit à nuancer cette distinction. Pour y répondre, le pouvoir politique modifie l'ordonnancement juridique, à travers l'adoption de lois ordinaires. Il ne mobilise pas, à l'exception de la mise en œuvre de l'état d'urgence en 2005¹⁶⁰, les régimes d'exception prévus sur le plan constitutionnel et infra-constitutionnel¹⁶¹. Pourtant, le début du XXI^{ème} siècle constitue une période particulière. Pour Michel Rosenfeld, cet état de fait se situe à mi-chemin entre une situation de crise et une situation normale, et peut être qualifié de « temps de stress »¹⁶².

60. Cette situation spécifique se manifeste dans l'ordre juridique. Le législateur ordinaire mobilise de plus en plus le processus de dérogation. Or, ce dernier caractérise l'organisation des contextes exceptionnels proprement dits¹⁶³. En la matière, la dérogation consiste à substituer à la légalité normale une légalité exceptionnelle adaptée aux circonstances¹⁶⁴. En outre, le législateur recourt à des mesures temporaires alors qu'elles relèvent, par nature, des régimes d'exception¹⁶⁵. Il résulterait du recours à ces techniques un développement des régimes exceptionnels en période normale¹⁶⁶. Ce constat remettrait en cause la distinction entre la concrétisation de l'ordre public en période normale et celle en période exceptionnelle.

¹⁶⁰ L'état d'urgence, prévu par la loi du 3 avril 1955, a été appliqué du 8 novembre 2005 au 3 janvier 2006, suite aux violences urbaines survenues en France. Voir : R. DRAGO, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *R.D.P.*, 1955, pp. 670-708 ; C. GAUTHIER, « La loi de 1955, "simple voile" ou "véritable viol" des libertés ? », *J.C.P. A.*, 2005, pp. 1760-1764 ; F. ROLIN, « L'état d'urgence », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008 : 50^e anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 611-619 ; P. CAILLE, « L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *R.D.P.*, 2007, pp. 323-353 ; N. JACQUINOT, « Le juge administratif et le juge constitutionnel face à l'état d'urgence », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 730-746.

¹⁶¹ F. SAINT-BONNET, « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », *R.D.P.*, 1998, pp. 1699-1718 ; G. LEBRETON, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 81-92. Sur la théorie des circonstances exceptionnelles, voir : L. NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1962 ; A. MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles », in *Mélanges Achille Mestre, L'évolution du droit public*, Sirey, Paris, 1956, pp. 413-428 ; C. DENIZEAU, « La théorie des circonstances exceptionnelles », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Etudes, Paris, 2010, pp. 423-451.

¹⁶² M. ROSENFELD, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in M. DELMAS-MARTY et H. LAURENS (dir.), *Terrorismes, Histoire et droit*, coord. H. JABER, CNRS éditions, Paris, 2010, pp. 219-289. Voir aussi : M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, La couleur des idées, Seuil, Paris, 2010, p. 9.

¹⁶³ A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., pp. 203-209, spéc. p. 206.

¹⁶⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 242.

¹⁶⁵ Pour le Conseil d'Etat, les mesures prises sur le fondement de pouvoirs exceptionnels ont des « effets par nature limités dans le temps et l'espace ». Voir : C.E., ord. référé, 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, *Rec. Lebon*, p. 562.

¹⁶⁶ G. ARMAND, « Régimes légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnels en période normale », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 113-122, spéc. p. 114.

61. Le renforcement des exigences de l'ordre public dans l'ordre juridique, comme les incertitudes pesant sur le processus de limitation des droits fondamentaux constitutionnels, invitent à réfléchir aux enjeux de la corrélation entre l'ordre public et les libertés.

§3. Les enjeux de la corrélation entre l'ordre public et les libertés

62. Le processus de limitation constitue un point névralgique entre l'ordre public et les libertés. Malgré cette position centrale, peu d'études en France portent sur la limitation des libertés proprement dite. Pourtant, cette analyse revêt un intérêt à la fois théorique et pratique.

A) Objectifs de la recherche

63. L'objectif poursuivi par cette recherche consiste à faire progresser la réflexion sur la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public. En particulier, cette étude a pour objet de mesurer le renouvellement des exigences de l'ordre public dans l'ordre juridique et leur impact sur les droits et libertés garantis par la Constitution.

64. Plusieurs raisons conduisent à examiner le processus de limitation. Il s'agit, de prime abord, d'une question essentielle pour la théorie générale des droits et libertés. L'étude du régime de limitation permet de déterminer à quelles conditions sont subordonnées les restrictions qui leur sont apportées. Cela revient à mesurer l'efficacité de la protection des droits et libertés reconnus dans l'ordre juridique. Parallèlement, cette analyse permet de mieux appréhender l'ordre public lui-même. Comme le relève Etienne Picard, il apparaît « plus significatif, pour comprendre l'ordre public, de faire ressortir non pas son contenu ou ses buts immédiats, mais les conditions dans lesquelles il est susceptible de restreindre la liberté des sujets ou leurs autres droits »¹⁶⁷.

65. Réfléchir sur la limitation des droits fondamentaux est également nécessaire. En droit français, ce mécanisme est peu déterminé. Que ce soit à propos de la notion de limitation ou de sa mise en œuvre, des incertitudes pèsent sur les implications des exigences de l'ordre

¹⁶⁷ E. PICARD, « Police », *op. cit.*, spéc. p. 1165.

public sur l'exercice des droits garantis. En doctrine, la limitation est examinée à propos du régime de tel ou tel droit fondamental¹⁶⁸, ou lors de la thématique de la réglementation des droits et libertés¹⁶⁹. Le processus de limitation est peu abordé en tant que tel¹⁷⁰, contrairement aux travaux menés à l'étranger¹⁷¹. A cet égard, Constance Grewe observe qu'à la différence du droit européen, « il n'existe pas, en droit français, de véritable théorie des restrictions aux droits fondamentaux »¹⁷².

66. Or, la prévisibilité du processus de limitation des droits et libertés est capitale. La détermination des limites constitue, en elle-même, un élément de sécurité juridique¹⁷³. Les déplacer conduit à redéfinir les conditions d'exercice des droits et libertés garantis. Améliorer la compréhension du mécanisme de limitation participe donc à une plus grande lisibilité de l'organisation des droits et libertés et de la protection dont ils bénéficient.

67. Pour y répondre, l'étude se focalisera sur le droit positif français et la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, afin de concrétiser les exigences de l'ordre public, le législateur adopte des dispositions dont la grande majorité est contrôlée par le juge constitutionnel. En cela, la jurisprudence du Conseil constitue un terreau fertile pour appréhender la limitation des droits fondamentaux par l'ordre public. De même, l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010 a ouvert un champ de recherche particulièrement fécond. Cette voie juridictionnelle offre des perspectives permettant, notamment, de distinguer davantage les notions de limitation et d'atteinte à un droit garanti. Il s'agira donc de participer à cet effort de systématisation, tendant à « ramener à des lignes simples le chaos des espèces », c'est-à-dire à « ramener la pluralité des solutions

¹⁶⁸ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, P.U.F., Thémis, Paris, tome 2, 7^e édition, 2003 ; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 6^e édition, 2009 ; R. LETTERON, *Libertés publiques*, Dalloz, Précis de droit public et de sciences politiques, Paris, 9^e édition, 2012 ; C. DENIZEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, coll. Dyna'sup, Paris, 2^e édition, 2012.

¹⁶⁹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey Université, Dalloz, Paris, 8^e édition, 2009, pp. 176 et s. ; J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 1, *op. cit.*, pp. 175-195.

¹⁷⁰ Seuls les ouvrages que dirigeaient J. RIVERO et L. FAVOREU abordent la limitation des droits fondamentaux en tant que telle. Voir : J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 1, *op. cit.*, pp. 164-175 ; L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 162-164.

¹⁷¹ Notamment en Allemagne, au Canada et en Afrique du Sud. Voir : R. ALEX, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.* ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2001 ; L. B. TREMBLAY et G. C. N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. OAKES*, Editions Thémis, Montréal, 2009 ; J. DE WAAL, I. CURRIE et G. ERASMUS, *The Bill of Rights Handbook*, *op. cit.*

¹⁷² C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 2004, pp. 26-32, spéc. p. 30.

¹⁷³ J. RIVERO, « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », in J. RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, 2^e édition, 1987, pp. 154-163, spéc. p. 157.

données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux »¹⁷⁴.

68. Par ailleurs, des incursions pourront être faites en droit conventionnel des droits de l'homme, lorsque cela apparaît nécessaire à la démonstration. Si cette recherche porte sur le processus de limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, il ne pouvait pas être totalement fait abstraction des systèmes de protection conventionnels, notamment de la Convention européenne des droits de l'homme. Les droits et libertés garantis par la Constitution et la Convention, mais aussi les instruments de protection juridictionnelle, présentent des analogies qui confèrent à la comparaison un intérêt scientifique indéniable¹⁷⁵.

69. Des parallèles avec les droits étrangers pourront également être faits, afin de mettre en perspective la démonstration. Le recours au droit comparé est ici envisagé comme une méthode, consistant « à étudier en parallèle des règles et institutions juridiques pour les éclairer par ce rapprochement »¹⁷⁶. Cet examen, non systématique, est nécessaire puisque, comme la France, plusieurs pays occidentaux mettent en œuvre des mesures visant à répondre au renforcement des exigences de l'ordre public. L'étude de l'impact de ces dispositifs sur l'exercice des droits et libertés permettra d'éclairer le droit positif.

B) Problématique

70. Cette recherche conduit à s'interroger sur la traduction de la corrélation entre l'ordre public et les libertés dans l'ordre juridique français. Comment le législateur parvient-il à concilier les intérêts des bénéficiaires des droits fondamentaux constitutionnels, d'un côté et les intérêts de la société, de l'autre ? Comment le juge constitutionnel appréhende la corrélation entre l'ordre public et les libertés et protège, en la matière, les droits fondamentaux constitutionnels ? Il s'agit, en somme, de se demander dans quelle mesure, et

¹⁷⁴ J. RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *Recueil Dalloz*, 1951, chron., XXIII, pp. 99-102, spéc. p. 99.

¹⁷⁵ D. SZYMCAK, *Convention européenne des droits de l'homme et juge constitutionnel*, Bruylant, coll. Publications de l'institut international des droits de l'homme, Bruxelles, 2006, pp. 185 et s. ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 403-417, spéc. p. 404 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., thémis droit, Paris, 3^e édition, 2011, pp. 563-566.

¹⁷⁶ J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Rivero, Les Cours du Droit, Paris, 1954-1955, p. 6.

sous quelles conditions, le législateur restreint l'exercice des droits constitutionnellement garantis pour répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public.

C) Plan de l'étude

71. Pour répondre à cette problématique, il convient de suivre le déroulement logique du processus de limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public. En s'intéressant, dans un premier temps, à la définition des limites aux droits garantis, l'étude démontre que le législateur bénéficie de fondements pluriels, dans la Constitution, pour restreindre les droits fondamentaux. La concrétisation législative de l'ordre public permet d'identifier la particularité, à la fois formelle et matérielle, du régime de limitation des droits fondamentaux propre aux exigences de l'ordre public.

72. Ce constat implique, dans un second temps, d'étudier les contraintes constitutionnelles auxquelles est soumis le législateur lors de la détermination des limites aux droits garantis. Au regard de son objet, cette analyse appelle des développements plus substantiels. Il s'agit non seulement d'identifier les « limites aux limites » aux droits fondamentaux utilisées par le Conseil constitutionnel mais aussi de mener une réflexion prospective, en les confrontant avec les exigences mobilisées en droit européen et en droit comparé pour en mesurer l'effectivité. L'identification de « limites aux limites » génériques et spécifiques dans la jurisprudence constitutionnelle démontre à la fois une précision des critères du contrôle de constitutionnalité et un affaiblissement de son intensité, qui invitent à s'interroger sur l'insertion d'une clause explicite de limitation des droits fondamentaux dans la Constitution.

73. La conciliation des exigences de l'ordre public et des libertés opérée par le législateur, puis contrôlée par le Conseil constitutionnel, implique, dans un troisième temps, d'examiner les conséquences du processus de limitation. L'étude révèle que la concrétisation législative de l'ordre public conduit le juge à redéfinir la protection constitutionnelle des droits fondamentaux et engendre une redéfinition des conditions d'exercice des droits et libertés en droit positif. Ainsi, l'analyse fait apparaître un processus global et durable de limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, au-delà des seules circonstances conjoncturelles provoquant le renouvellement des exigences de l'ordre public.

74. Au regard de ces réflexions, le plan de l'étude s'articulera en trois parties : *l'ordre public et la définition des limites aux droits fondamentaux* (Partie I), *l'ordre public et l'identification des « limites aux limites » aux droits fondamentaux* (Partie II), puis *l'ordre public et la redéfinition des droits fondamentaux par les limites* (Partie III), afin d'examiner, dans son ensemble, le processus de limitation.

PREMIÈRE PARTIE

L'ORDRE PUBLIC ET LA DÉFINITION DES LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX

75. Avant d'analyser la détermination des limites aux droits fondamentaux visant à concrétiser les exigences de l'ordre public, il convient d'appréhender le fondement constitutionnel de cet impératif de la vie en société. C'est en effet à partir de celui-ci que le législateur est compétent pour définir les restrictions à l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis (**Chapitre 1**). Cette étape préliminaire apparaît d'autant plus nécessaire que la pluralité des ancrages de l'ordre public à la Constitution, progressivement découverts par le Conseil constitutionnel, permet d'expliquer le renouvellement de la définition des limites aux droits fondamentaux (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 – LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE L'ORDRE PUBLIC, SOURCE DES LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX

76. La question du fondement constitutionnel de l'ordre public divise la doctrine. Si certains auteurs rattachent cette notion à une ou plusieurs dispositions de la Constitution, d'autres soutiennent qu'elle relève d'une certaine « idée du droit ». L'ordre public irriguerait l'ensemble de la Constitution et ne bénéficierait pas de base textuelle précise. Il convient d'examiner ces controverses et de rechercher les fondements potentiels de l'ordre public au sein de la Constitution. S'il résulte de l'analyse un rattachement ténu de l'expression « ordre public » au texte constitutionnel (**Section 1**), cette absence de consécration explicite est compensée par la permanence d'ancrages relatifs à la dialectique de l'ordre public et des libertés (**Section 2**). L'ordre public bénéficie de fondements pluriels dans la Constitution, dégagés par le Conseil constitutionnel afin de saisir la diversité de ses composantes. Les assises textuelles de l'ordre public s'analysent comme autant de sources, à la disposition du législateur, pour limiter les droits et libertés garantis.

SECTION 1. LA FRAGILITÉ DU RATTACHEMENT DE L'ORDRE PUBLIC À LA CONSTITUTION

77. S'interroger sur le rattachement de l'ordre public à la Constitution implique de se demander dans quelle mesure l'expression « ordre public » a été appréhendée par les constituants. L'histoire constitutionnelle française et le droit positif laissent entrevoir une consécration discrète de la *notion* d'ordre public. A première vue, cette prudence témoigne d'un paradoxe. L'ordre public, inhérent au concept de droit, relève de l'essence même de la société¹⁷⁷. Or, la constitution a pour objet de poser les bases du « contrat social ». L'absence de l'expression « ordre public » se justifie pourtant à la lumière des débats parlementaires et des travaux préparatoires des Constitutions françaises. Ces derniers mettent en évidence les craintes des constituants à consacrer cette notion, au regard de sa plasticité. La menace d'une utilisation arbitraire de l'ordre public par les gouvernants expliquerait sa faible reconnaissance au sein du texte constitutionnel (§1).

78. Par conséquent, il n'est pas surprenant que la *fonction* de l'ordre public apparaisse peu dans la Constitution. Assurer le respect de l'ordre public impose et justifie l'adoption de restrictions aux droits garantis. L'ordre public remplit une « fonction immédiate », qui est celle de limiter l'exercice des droits et libertés¹⁷⁸. Comme le relève Pierre de Montalivet, il s'agit d'une norme permissive, puisque l'ordre public octroie à l'autorité compétente une faculté de limiter¹⁷⁹. Une perspective de droit comparé permet de rendre compte des différentes conceptions des limites aux droits fondamentaux. Plusieurs constitutions et instruments conventionnels de protection des droits de l'homme identifient le rôle de limitation des libertés joué par l'ordre public. D'autres, comme la Constitution française, ne le mentionnent pas de manière explicite. L'identification de la fonction de l'ordre public dans la constitution est donc plus ou moins aisée selon la conception de la limitation retenue par les constituants (§2).

¹⁷⁷ E. PICARD, « Introduction générale: La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *op. cit.*, spéc. pp. 34-36.

¹⁷⁸ S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, t. 125, 2005, spéc. pp. 173 et s. ; M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public, Etude de droit comparé interne*, P.U.F., coll. Les grandes thèses du droit français, Paris, 2001, pp. 25 et s.

¹⁷⁹ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 399 et s.

§1. L'identification de la notion d'ordre public

79. Sur les quinze constitutions qu'a connues la France depuis la période révolutionnaire, seules trois font expressément référence à la notion d'ordre public et, de façon plus indirecte, à des notions voisines telles que « les lois de police », la « sécurité publique » ou encore la « sécurité matérielle » (A). La Constitution de la V^{ème} République s'inscrit dans cette continuité, puisqu'elle ne comprend pas de disposition explicite permettant de rattacher la notion d'ordre public au texte constitutionnel (B).

A) La faible consécration de l'ordre public dans l'histoire constitutionnelle

80. L'expression « ordre public » fait son apparition dans la Constitution du 3 septembre 1791. Ce texte est précédé de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, qui la mentionne une fois à l'article 10, à propos de la liberté d'opinion. Ce constat peut sembler de prime abord étrange, dans la mesure où l'idée de ne pas consacrer les libertés en termes absolus transparaît des travaux de l'Assemblée Constituante de 1789.

81. Les freins à l'exercice de la Liberté résultent de nombreux articles. L'article premier, qui pose le principe selon lequel les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, ajoute aussitôt que « les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur *l'utilité commune* » ; l'article 4 définit la liberté de manière négative, comme consistant « à pouvoir faire *tout ce qui ne nuit pas à autrui* » ; l'article 7 dispose quant à lui que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans *les cas déterminés par la Loi et selon les formes qu'elle a prescrites* » ; l'article 9 proclame la présomption d'innocence de tout homme à moins qu'il soit « jugé indispensable de l'arrêter » ; enfin, l'article 11 exclut de l'exercice de la libre communication des pensées « *les abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* » et en vertu de l'article 17, la « *nécessité publique, légalement constatée* » peut être un motif pour priver l'exercice du droit de propriété.

82. La Déclaration de 1789 illustre le souci des constituants d'inscrire les limites possibles à l'exercice des libertés. Comme le souligne Jean-Paul Costa, « passer sans nuances d'une absence de liberté de principe à une liberté de principe totale, c'est-à-dire sans freins, c'eût été impossible dans le contexte modéré de juillet-août 1789 mais c'eût été aussi contraire à la

pensée profonde des hommes les plus influents de la Constituante »¹⁸⁰. Il est donc *prima facie* surprenant que la notion d'ordre public, comme frein à l'exercice des libertés, ne soit mentionnée qu'une seule fois dans la Déclaration.

83. Qui plus est, l'inscription de l'expression « ordre public » à l'article 10 de la Déclaration ne s'est pas faite sans controverses. Disposant que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi », cette disposition a soulevé « les passions les plus effrénées »¹⁸¹. Ainsi que l'indiquent les archives parlementaires, il était difficile de concevoir, à cette époque, des limites à ce droit si sacré¹⁸². Certains membres de l'Assemblée proposent, par exemple, de ne retenir aucune limite expresse à la liberté religieuse¹⁸³. La référence à l'ordre public n'a été retenue qu'à la suite de la proposition de Virieu, consistant à différencier la liberté de pensée, qui relève du for intérieur et ne peut être qu'illimitée, et la liberté de manifester ses opinions, pouvant être limitée en cas de trouble à l'ordre public¹⁸⁴.

84. Toutefois, cette adjonction n'a pas fait l'unanimité. Il est soutenu qu'« en voyant dans la manifestation des pensées une chose infiniment dangereuse », cette formule renvoie au « langage tenu par les intolérants, qui se sont faits accorder cette puissance d'inspection qui, durant tant de siècles, a soumis et enchaîné la pensée »¹⁸⁵. Malgré de vives critiques, la notion d'ordre public est inscrite à l'article 10 de la Déclaration, à l'issue d'un compromis manifeste¹⁸⁶.

85. Outre la référence à l'ordre public dans la Déclaration de 1789, la Constitution du 3 septembre 1791 mentionne elle-même la notion de « lois de police ». En vertu du titre I, la Constitution « garantit [...] comme droits naturels et civils [...] la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police ». L'idée de frein à l'exercice de cette liberté, au regard des exigences de l'ordre public, transparaît de la

¹⁸⁰ J.-P. COSTA, « Article 4 », in G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyses et commentaires*, Economica, Paris, 1993, pp. 101-113, spéc. p. 103.

¹⁸¹ S. RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Editions Hachette, coll. Pluriel, Paris, 1988, p. 236.

¹⁸² MIRABEAU, *Archives Parlementaires*, p. 473.

¹⁸³ A cet égard, l'avocat lorrain MAILLOT proposait la rédaction selon laquelle « nul homme ne peut être inquiété dans ses opinions religieuses ». Voir : S. RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, *op. cit.*, p. 236.

¹⁸⁴ VIRIEU propose la formule suivante : « pourvu qu'il ne trouble point l'ordre public établi par la loi ». Voir : S. RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, *op. cit.*, p. 236.

¹⁸⁵ Pasteur RABAUT SAINT ETIENNE, *A.P.*, p. 478.

¹⁸⁶ S. RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, *op. cit.*, p. 246.

disposition. En revanche, les constitutions suivantes font peu de place à la notion d'ordre public, si ce n'est celles qui renvoient à la Déclaration de 1789, telles que les Constitutions du 14 janvier 1852 et du 27 octobre 1946¹⁸⁷. Seul l'article 4 du Préambule de la Constitution du 4 novembre 1848 mentionne expressément l'ordre public. Il énonce que « la République (...) a pour principes la Liberté, l'Egalité et la Fraternité ; elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété et l'Ordre public »¹⁸⁸. Inscrite au frontispice de cette Constitution, la notion d'ordre public y occupe une place essentielle puisque située au même plan que les valeurs fondatrices française, comme la Liberté et l'Égalité.

86. Par ailleurs, sans consacrer à proprement parler l'expression « ordre public », l'article 8 de la Constitution de la Seconde République se réfère à la notion de « sécurité publique ». Relatif au droit de s'associer, au droit de pétition et au droit de manifester, il dispose dans son second alinéa que « l'exercice de ces droits n'a pour limites que les droits ou la liberté d'autrui et la *sécurité publique* ». Là encore, le recours à ce pilier classique de l'ordre public suscite d'âpres débats. Le citoyen Tranchand souhaite la suppression de cette expression, au regard du champ illimité des possibles qu'elle recouvre. Il considère que « la sécurité publique est de plusieurs espèces [...], elle se trouve dans des situations diverses. Il y a la sécurité publique menacée, compromise, il y a la sécurité détruite, anéantie : laquelle de ces sécurités publiques sera la limite à poser aux droits dont il s'agit ? »¹⁸⁹. Se cache la crainte que l'autorité, dans l'appréciation de cette notion, soit « investie du pouvoir arbitraire le plus complet »¹⁹⁰ pour limiter les droits consacrés. Tranchand propose alors de remplacer cette rédaction par la formule selon laquelle « les droits dont il s'agit n'auront d'autres limites que les lois répressives »¹⁹¹. Cet amendement est rejeté par l'Assemblée constituante.

87. Les discussions suscitées par la rédaction de l'article 8 de la Constitution de 1848 révèlent que l'inscription de notions relatives à l'ordre public au sein du texte constitutionnel ne s'impose pas d'elle-même. Si un consensus existe sur la nécessaire limitation des droits et libertés par les exigences de l'ordre public, la reconnaissance explicite de l'ordre public, en

¹⁸⁷ L'article premier de la Constitution du 14 janvier 1852 énonce que la Constitution « reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des français ». Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose quant à lui que le peuple français « réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 ».

¹⁸⁸ J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Editions Flammarion, Paris, 2006, spéc. p. 263.

¹⁸⁹ Citoyen TRANCHAND, Séance du 20 septembre 1848, *J.O.R.F.* du 21 septembre 1848, n° 265, *Moniteur Universel*, p. 2525.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

raison de sa flexibilité, fait craindre le retour aux pratiques de l'Ancien Régime, que les constituants ont pour objectif de faire disparaître¹⁹².

88. Suite à la Constitution de la Seconde République, l'expression « ordre public » ne réapparaît pas au sein d'un texte constitutionnel. Seul le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la *sécurité matérielle*, le repos et le loisir »¹⁹³, peut être mentionné. Or, la sécurité matérielle, qui renvoie au bien-être de tous, ne se confond pas, *a priori*, avec la notion d'ordre public retenue en droit public français. Les débats relatifs à la Déclaration universelle des droits de l'homme apportent un éclairage pertinent sur ce point. Pour le délégué français, le « bien-être de tous » ne comprend pas la notion d'ordre public qui, « en droit français, a un sens juridique précis », correspondant à « la sécurité, la tranquillité et la moralité »¹⁹⁴.

89. En définitive, les constituants ont été assez réticents à inscrire la notion d'ordre public au sein du texte constitutionnel. Lorsque l'ordre public est expressément consacré, il ne constitue pas le fondement des limites à l'ensemble des droits et libertés, mais seulement à une, telle que l'article 10 de la Déclaration de 1789, ou plusieurs, comme l'article 8 de la Constitution du 4 novembre 1848. Cette faible reconnaissance de l'ordre public se retrouve dans la Constitution de la V^{ème} République.

B) La consécration étroite de l'ordre public en droit constitutionnel positif

90. Au sein du bloc de constitutionnalité, la notion d'ordre public apparaît dans deux dispositions. Néanmoins, ni l'une, ni l'autre, ne constituent un fondement solide et général à la limitation des droits fondamentaux au nom des exigences de l'ordre public.

91. L'article 10 de la Déclaration de 1789 envisage les troubles à l'ordre public comme une limite à la manifestation de la liberté d'opinion. La notion d'ordre public a pu être

¹⁹² F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution : 1848, Histoire des Constitutions de la France*, Fayard, Paris, 1998, spéc. p. 71.

¹⁹³ Souligné par nous.

¹⁹⁴ A. VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Société d'Études Morales, Sociales et Juridiques, Louvain, 1964, p. 267 ; O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Editions Pedone, Paris, 2004, pp. 82 et s.

interprétée comme « dépassant le seul cadre de la liberté d'opinion »¹⁹⁵, au regard notamment du Préambule de la Constitution du 8 novembre 1848. Cependant, l'article 10 n'a jamais été considéré par le Conseil constitutionnel comme un fondement général aux limites aux droits fondamentaux autres que la liberté d'opinion et religieuse.

92. La notion d'ordre public est également inscrite à l'article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958, suite à la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. Cette disposition est relative à l'habilitation par la loi de domaines de compétences à certaines collectivités territoriales, dans des matières pouvant relever du domaine de la loi¹⁹⁶. L'article 73 ne paraît donc pas pouvoir servir de fondement à la limitation des droits fondamentaux au nom des impératifs de l'ordre public.

93. Outre ces dispositions, le onzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 fait référence à la « sécurité matérielle » des individus. Comme l'envisage une partie de la doctrine, cet alinéa pourrait constituer un fondement matériel à l'adoption de limites aux droits et libertés garantis. Telle était la position de François Luchaire, qui déduisait de cette disposition l'objectif de valeur constitutionnelle de sécurité des personnes et des biens¹⁹⁷. Il s'appuyait sur la décision du 22 juillet 1980 relative à la loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, dans laquelle le Conseil constitutionnel reconnaît le caractère de principe de valeur constitutionnelle à la protection de la sécurité des personnes et des biens et à la protection de la santé¹⁹⁸. Le rapprochement de ces deux objectifs témoignait, selon lui, « d'une allusion indirecte à l'alinéa 11 du Préambule de 1946 »¹⁹⁹.

94. De même, Pierre de Montalivet précise que si la sécurité matérielle revêt une dimension sociale, la protection de la sécurité est l'une des composantes de la sauvegarde de l'ordre public. En ce sens, le onzième alinéa du Préambule pourrait constituer un fondement

¹⁹⁵ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 91.

¹⁹⁶ Article 73 de la Constitution, introduit par l'article 9 de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *J.O.R.F.* n° 75 du 29 mars 2003, p. 5568 : « Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi. Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la *sécurité et l'ordre publics*, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral » (souligné par nous).

¹⁹⁷ F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, pp. 367 et s. ; F. LUCHAIRE, note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances, *Recueil Dalloz*, 1985, pp. 361-367, spéc. p. 365.

¹⁹⁸ Décision n° 80-117 D.C. du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, *Rec.* p. 42, cons. 4.

¹⁹⁹ F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, op. cit., spéc. p. 367.

partiel de cet objectif²⁰⁰. Cependant, les décisions ultérieures du Conseil constitutionnel ne confirment pas cette analyse. Le Conseil ne s'est jamais fondé sur le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 pour admettre la possibilité de restreindre les droits fondamentaux au nom des impératifs de l'ordre public.

95. Le Conseil n'envisage pas, non plus, cette disposition comme le fondement textuel de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Dans la décision du 25 juillet 1991 relative à la loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'accord de Schengen, le Conseil se fonde sur cet objectif, « qui implique notamment que soit assurée la protection des personnes »²⁰¹, pour examiner l'article 2 de la Convention. Les auteurs de la saisine invoquaient l'alinéa 11 du Préambule pour contester la constitutionnalité de cette disposition, estimant que la « perméabilité des frontières » y portait atteinte. Le Conseil considère ce moyen inopérant, au motif que le onzième alinéa est « sans rapport avec l'article 2 de la Convention »²⁰². En dépit d'un possible rapprochement avec la notion d'ordre public, le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ne constitue donc pas un fondement à la limitation des droits fondamentaux au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public²⁰³.

96. Enfin, les objectifs de valeur constitutionnelle en matière d'ordre public consacrés par le Conseil, à savoir la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, ne bénéficient pas de fondement exprès dans la Constitution. Pour une partie de la doctrine, la sauvegarde de l'ordre public ne dispose pas de source textuelle explicite²⁰⁴. Dans la décision fondatrice du 27 juillet 1982 relative à la loi sur la communication audiovisuelle²⁰⁵, le Conseil ne rattache nullement cet objectif de valeur constitutionnelle à une disposition de la

²⁰⁰ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 92.

²⁰¹ Décision n° 91-294 D.C. du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, Rec. p. 91, cons. 17.

²⁰² *Idem*, cons. 16-18.

²⁰³ J.-M. LARRALDE, « La constitutionnalisation de l'ordre public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 213-245, spéc. pp. 225-226.

²⁰⁴ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, t. 287, 1997, p. 40 ; C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., spéc. p. 709 ; J.-M. LARRALDE, « La constitutionnalisation de l'ordre public », op. cit., p. 226 ; S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 88 et s. ; M. AMELLER, in « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/principi.pdf.

²⁰⁵ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48, cons. 5.

Constitution²⁰⁶. Il en est de même de la recherche des auteurs d'infractions, puisqu'aucun article ne mentionne cette exigence explicitement²⁰⁷.

97. L'histoire constitutionnelle française et le droit positif illustre par conséquent la faiblesse des références à l'ordre public, susceptibles de constituer des fondements à la limitation de l'exercice des droits garantis. Cette démarche d'identification de l'ordre public est d'autant plus délicate que la conception de la limitation des droits et libertés n'est envisagée qu'implicitement en droit constitutionnel français.

§2. *L'identification de la fonction de l'ordre public*

98. L'assise libérale des sociétés démocratiques repose sur l'idée qu'aucun droit ne peut être conçu en termes absolus. Les exigences de la vie en société, et particulièrement celles inhérentes à l'ordre public, impliquent des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux nécessaires à la protection même de l'ordre général qui garantit ces droits²⁰⁸. Comme le souligne Pierre Bon, l'ordre public « remplit une fonction bien précise, qui est de ne limiter les libertés que lorsque ce dernier l'exige et de ne les limiter que dans l'exacte proportionnalité à laquelle la protection de ce dernier l'exige »²⁰⁹. Sa reconnaissance constitutionnelle confère une faculté aux autorités compétentes pour restreindre l'exercice des droits et libertés. Il convient en cela de rechercher dans quelle mesure les constituants reconnaissent et consacrent cette fonction.

99. Si le principe de la « liberté limitée » est partagé par la majorité des pays libéraux, les modalités constitutionnelles de la limitation peuvent diverger sensiblement d'une constitution à l'autre. Par exemple, la Loi Fondamentale allemande et les Constitutions sud-africaine et canadienne prévoient et encadrent étroitement la possibilité pour le législateur d'apporter des

²⁰⁶ A. WERNER, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 117-136, spéc. p. 124.

²⁰⁷ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 93 et s.

²⁰⁸ E. PICARD, « Police », *op. cit.*, spéc. p. 1165.

²⁰⁹ P. BON, *La police municipale*, Thèse dactylographiée, Bordeaux I, 1975, spéc. p. 226.

restrictions aux droits et libertés²¹⁰. En revanche, certaines constitutions reconnaissent seulement une compétence d'attribution au législateur en matière de mise en œuvre des droits fondamentaux, comme les Constitutions française et italienne²¹¹.

100. Cette différence d'approche est à mettre en relation avec la conception des limites aux droits fondamentaux retenue par les constituants. Les travaux de Robert Alexy offrent un éclairage intéressant sur ce point. Il considère que « le concept de limite à un droit semble présupposer qu'il y ait deux choses : un droit et une limite, entre lesquelles il y a un certain type de relation, à savoir une relation de limitation »²¹². Deux types de relation peuvent être identifiées : la « théorie externe », selon laquelle la limite est extérieure au droit, puis la « théorie interne », en vertu de laquelle le droit est uniquement envisagé de manière limitée.

101. Le choix de la première ou de la seconde relation apparaît déterminant pour identifier le fondement constitutionnel de la limitation des droits fondamentaux. Si la fonction de l'ordre public résulte de la théorie externe, elle est davantage implicite et confondue avec le contenu du droit dans la théorie interne. La théorie externe est principalement retenue en droit conventionnel des droits de l'homme et, dans une certaine mesure, en droit constitutionnel comparé (A). *A contrario*, le droit constitutionnel français relève davantage de la théorie interne de la limitation (B).

A) La « théorie externe » de la limitation, exclue en droit constitutionnel français

102. En vertu de la théorie externe de la limitation, le droit et la limite sont conçus comme deux objets distincts. Il y a *le droit* en lui-même, qui n'est pas limité, puis « ce qui reste du droit une fois qu'une mesure limitative a été appliquée », à savoir le *droit limité*²¹³. Si cette théorie admet que, dans un État de droit, les droits sont principalement des droits limités, elle insiste sur le fait que ces derniers sont concevables sans limites. La « relation de limitation »

²¹⁰ En droit constitutionnel canadien, « la seule existence d'une clause limitative expresse dans la Charte canadienne des droits et libertés marque une volonté, de la part des constituants, de rompre avec le passé pour se rattacher à cette nouvelle génération de déclaration de droits, qui prévoient spécifiquement les conditions auxquelles il est permis de restreindre les droits et libertés garantis ». Voir : A. MOREL, « La recherche d'un équilibre entre les pouvoirs législatifs et judiciaire – essai de psychologie judiciaire », in A. de MESTRAL, S. BIRKS, M. BOTHE et autres (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Édition Yva Blais Inc, Québec, 1986, pp. 116-135, spéc. p. 116.

²¹¹ C GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., pp. 152 et s.

²¹² R. ALEXI, *A theory of constitutional rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University, 2002, pp. 178 et s. (traduit par nos soins).

²¹³ R. ALEXI, *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 179 (traduit par nos soins).

intervient uniquement lorsque le droit doit être concilié avec les libertés d'autrui et des impératifs d'intérêt général. Les limites à l'exercice des droits, énoncés dans un premier temps en termes absolus, sont identifiées et précisées. Cette théorie se retrouve particulièrement au sein des instruments conventionnels de protection des droits de l'homme (a), et en droit constitutionnel comparé (b).

a) Le choix de la « théorie externe » en droit conventionnel des droits de l'homme

103. La « théorie externe » de la limitation des droits et libertés est partagée par plusieurs instruments conventionnels de protection des droits de l'homme. Adoptés suite à la seconde Guerre Mondiale, ceux-ci encadrent la faculté des États à restreindre l'exercice des droits fondamentaux, soit à travers des clauses spécifiques de limitation (1), soit au sein d'une clause générale de limitation (2). Dans les deux cas, l'ordre public est mentionné comme une limite à l'exercice des droits proclamés. Cette notion apparaît donc dans le jeu de la limitation, c'est-à-dire de l'ingérence possible de l'État dans le champ d'application matériel des droits reconnus.

1) L'identification de la fonction de l'ordre public dans les clauses spécifiques de limitation

104. La clause spécifique de limitation, ou la « clause de sauvegarde »²¹⁴, est contenue dans la disposition consacrant un droit en particulier. Elle se retrouve majoritairement en droit conventionnel. La Convention Européenne des Droits de l'homme proclame le droit garanti puis encadre les limites qui peuvent lui être apportées. Par exemple, l'alinéa 1 de l'article 8 de la Convention prévoit que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». L'alinéa 2 précise alors qu'« il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, [...] à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales [...] ». La rédaction de cet article se décompose, comme le suggère la théorie externe, en deux temps : l'exposé du droit en terme absolu, puis le droit tel qu'il peut être limité.

²¹⁴ X. PHILIPPE, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud africaine de 1996 », *op. cit.*, p. 902.

105. Parmi les limites énumérées dans le second paragraphe, les exigences de l'ordre public sont identifiées sous les notions voisines de « sécurité nationale », « défense de l'ordre » et de « prévention des infractions pénales ». Il en est de même des articles 9, 10 et 11 de la Convention. L'alinéa 1 reconnaît et définit le droit, tandis que l'alinéa 2 précise les possibilités de restriction de ces droits, dans lequel l'ordre public est envisagé comme une limite à leur exercice. La fonction de l'ordre public peut toutefois ne viser qu'un droit précis et non l'ensemble des prérogatives offertes par un article. L'ordre public n'est alors envisagé comme une limite au droit à un procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention qu'à l'égard de la publicité des débats et de l'audience²¹⁵.

106. La dialectique de la théorie externe de la limitation se vérifie non seulement dans les articles relatifs aux droits pouvant faire l'objet de *restrictions*, mais également au sein de ceux protégeant des droits sous réserve d'*exceptions* définies par la Convention²¹⁶. En particulier, l'article 5 § 1 détermine les exceptions à l'exercice du droit à la liberté et à la sûreté. La fonction de limitation de l'ordre public est ici envisagée différemment de celle retenue dans les articles 8 à 11 de la Convention, puisque cet article énumère les cas dans lesquels une privation de liberté est admise. L'ordre public est non seulement envisagé comme une limite à l'exercice de ce droit mais est aussi défini. Contrairement aux articles 8 à 11, qui font référence à des notions voisines de l'ordre public, l'ordre public est ici « concrétisé », sous forme d'exceptions prédéfinies. Le champ des limites admises au nom de l'ordre public est déterminé et davantage contraignant, afin de mettre en avant leur « caractère exceptionnel »²¹⁷.

107. La conception externe des limites aux droits fondamentaux se mesure pareillement au sein du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ses articles 12, 14, 18, 19, 21 et 22, relatifs à la liberté de circulation et d'aller et venir²¹⁸, à la publicité de la justice²¹⁹, à la

²¹⁵ F. SUDRE, J.-P. MARGENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 5^e édition, 2011, pp. 370 et s.

²¹⁶ M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 11 et s. et pp. 497 et s.

²¹⁷ F. SUDRE, J.-P. MARGENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 204 et s.

²¹⁸ L'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 22000 A (XXI) et entré en vigueur le 23 mars 1976 précise dans son troisième alinéa que les droits mentionnés « ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques [...] » (souligné par nous).

liberté de pensée, de conscience et de religion²²⁰, à la liberté d'opinion et d'expression²²¹, à la liberté de réunion²²² et à la liberté syndicale²²³, en témoignent. Dans ces six articles, le Pacte définit les droits et leurs implications dans les premiers alinéas puis prévoit et encadre la faculté pour les États de restreindre leur exercice. L'ordre public est, ici encore, identifié comme une limite expresse à ces droits. Ce procédé se retrouve à l'identique dans le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966²²⁴. Comme l'indique Frédéric Sudre, « les textes conventionnels relatifs aux droits civils et politiques énoncent dans des termes similaires, habituellement au §2 de la plupart des articles formulant ces droits, une clause générale autorisant l'État à restreindre l'exercice du droit proclamé »²²⁵.

108. La fonction de limitation de l'ordre public s'identifie d'autant mieux dans les articles contenant une clause de limitation spécifique à un droit protégé que le champ d'application matériel du droit est délimité. Or, la distinction entre la délimitation du domaine protégé d'un droit fondamental et les limitations permises dans son champ d'application n'est pas toujours aisée²²⁶. La question se pose, par exemple, à propos de l'article 2 de la Convention

²¹⁹ L'article 14 stipule que le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de *l'ordre public* ou de la sécurité nationale dans une société démocratique (souligné par nous).

²²⁰ Selon l'article 18, « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion [...]. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la *sécurité*, de *l'ordre* et de la *santé publique*, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui » (souligné par nous).

²²¹ L'article 19 du même pacte prévoit dans son alinéa 3 que « l'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires [...] b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de *l'ordre public*, de la santé ou de la moralité publiques. (souligné par nous).

²²² L'article 21 du Pacte stipule que « le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la *sûreté publique*, de *l'ordre public* ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui » (souligné par nous).

²²³ En vertu de l'article 22, « 1. Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts. 2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la *sûreté publique*, de *l'ordre public*, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui [...] » (souligné par nous).

²²⁴ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté le 16 décembre 1966 par l'assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) et entré en vigueur le 3 janvier 1976. L'article 8 du Pacte, relatif à la liberté syndicale, précise que « l'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui ».

²²⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, op. cit., p. 210.

²²⁶ G. PECES BARBA MARTINEZ, *Théorie Générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 427 ; J. DE WAAL, I. CURRIE et G. ERASMUS, *The Bill of Rights Handbook*, op. cit., pp. 132-146 ; S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 202 ; B. SLATTERY, « The pluralism of the Charter : revisiting the Oakes Test », op. cit., p. 23.

européenne des droits de l'homme relatif au droit à la vie²²⁷. Le second paragraphe envisage-t-il des possibilités de restrictions du droit à la vie ou bien délimite-t-il son contenu même, protégé par la Convention ?

109. Les deux interprétations ont été envisagées. Pour plusieurs membres de la doctrine, la Convention prévoit minutieusement les cas dans lesquels il peut y avoir des limites au droit à la vie, c'est-à-dire une faculté d'ingérence de l'État dans le domaine protégé de ce droit²²⁸. Pour d'autres, l'article 2 §2 apporterait seulement des « tempéraments », une « souplesse » à ce droit intangible²²⁹. Il aurait pour fonction de délimiter la portée de l'article 2 §1²³⁰. Le second paragraphe de cet article définirait le champ d'application matériel du droit à la vie et ne constituerait pas un fondement à la limitation de ce droit.

110. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, une solution intermédiaire est permise. Certes, ce paragraphe délimite le domaine protégé du droit à la vie, puisqu'est défini la notion « mort »²³¹. Toutefois, cet article admet des exceptions, minutieusement précisées, au respect du droit à la vie, rendues « absolument nécessaires » pour des motifs inhérents à l'ordre public. Dans l'affaire *Mc Cann et al c/ Royaume-Uni* du 27 septembre 1995, la Cour souligne que les critères relatifs aux exceptions de l'article 2 §2 sont sans commune mesure avec ceux insérés dans les articles 8 à 11. Elle vérifie que l'intervention de l'État ait été rendue absolument nécessaire pour déterminer si la force utilisée à l'occasion d'une opération anti-terroriste a été faite en violation de l'article 2²³². Dès lors, cette disposition constitue un fondement à la limitation d'un droit ou à la non violation de ce droit, pour des motifs d'ordre public. De façon implicite, la fonction de l'ordre public se dégage de cet article.

²²⁷ L'article 2 de la Convention stipule que : « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. 2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans le cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

²²⁸ F. SUDRE, J.-P. MARGENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 117.

²²⁹ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 2^e édition, Paris, 2012, pp. 88 et s.

²³⁰ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 246.

²³¹ Article 2 alinéa 2 : « La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans le cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire [...] ».

²³² C.E.D.H., Gr. Ch., *McCann et al. c/ Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, req. n° 18984/91, § 149. Sur cette affaire : F. SUDRE, J.-P. MARGENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 122.

111. Il n'en est pas de même de l'article 4 de la Convention relatif à la prohibition de l'esclavage et du travail forcé. Le paragraphe 3 délimite uniquement son domaine protégé. Comme le relève la Cour dans l'affaire *Van der Musselle c/ Belgique* du 23 novembre 1983, le paragraphe 3 « n'a point pour rôle d'autoriser à "limiter" l'exercice du droit garanti par le paragraphe 2, mais de "délimiter" le contenu même de ce droit : il forme un tout avec le paragraphe 2 et mentionne ce qui "n'est pas considéré" comme "travail forcé ou obligatoire". Il contribue de la sorte à l'interprétation du paragraphe 2 »²³³.

112. A l'exception des dispositions relatives aux droits qualifiés d'intangibles, pour lesquels des doutes existent, la fonction de limitation inhérente à l'ordre public se dégage des clauses spécifiques de limitation, contenues dans les articles relatifs à un droit protégé. Tel est également le cas des instruments conventionnels des droits de l'homme qui ont opté pour une clause générale de limitation.

2) L'identification de la fonction de l'ordre public dans une clause générale de limitation

113. La dialectique de la théorie externe de la limitation peut être envisagée à travers une clause générale de limitation, relative à l'ensemble des droits proclamés. A ce titre, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient une clause « transversale » ou « horizontale »²³⁴. Elle dispose que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »²³⁵. Les droits et leurs limites sont envisagés successivement. Parmi les objectifs, l'ordre public est identifié comme une limite à l'exercice des droits proclamés par la Charte,

²³³ C.E.D.H., *Van der musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, requête n° 8919/80, § 38.

²³⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes », in L. BURGORGUE, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 658-688, spéc. p. 661.

²³⁵ Article 52 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne, adoptée le 7 décembre 2000, *J.O.C.E.*, 18 décembre 2000, 2000/C 364/01.

au regard des dispositions du Traité de Lisbonne qui confèrent une valeur juridique à la Charte²³⁶.

114. Tel est aussi le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'article 29 §2 prévoit une clause générale de limitation des droits, dans laquelle l'ordre public figure comme une des limites possibles à leur exercice²³⁷. Ce procédé s'analyse dans des termes quasiment similaires dans la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe²³⁸, la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple²³⁹ et la Convention interaméricaine des droits de l'homme²⁴⁰. L'identification de la fonction de l'ordre public, tenant à la limitation des droits et libertés garantis, au sein des instruments conventionnels des droits de l'homme se révèle donc facilitée. La définition du droit et des limites qui peuvent lui être apportées sont distinctes et précisées. Cette dialectique se mesure en droit constitutionnel comparé.

b) L'illustration de la théorie externe en droit constitutionnel comparé

115. Plusieurs constitutions contiennent des dispositions dans lesquelles le droit fondamental est défini de manière absolue puis, tel qu'il peut être limité. Deux cas de figure peuvent être identifiés.

116. Dans la même veine que le second groupe d'instruments conventionnels de protection des droits de l'homme, certaines constitutions contiennent une clause générale de limitation des droits garantis, dans laquelle la fonction de limitation de l'ordre public apparaît

²³⁶ A ce titre, l'article I-5, §1 du traité relatif aux « relations entre l'Union et les États membres » vise « les intérêts essentiels de la sécurité », tandis que les articles III-133, §3 et III-154 établissent une liste spécifique d'objectifs ordonnés autour de la notion d'ordre public. Sur ce point : L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes », *op. cit.*, p. 661.

²³⁷ L'article 29 §2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, stipule que « dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ».

²³⁸ En vertu de l'article G de la Charte sociale européenne adoptée par le Conseil de l'Europe le 18 octobre 1961 et révisée le 3 mai 1996, « les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en œuvre, et l'exercice effectif de ces droits et principes, tel qu'il est prévu dans la partie II, ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non spécifiées dans les parties I et II, à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs ».

²³⁹ Article 27 §2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, adoptée par l'Organisation de l'Unité Africaine.

²⁴⁰ Article 32 §2 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969.

expressément. Cette première catégorie de constitutions comprend, entre autres, celles de la Pologne²⁴¹ et de la Confédération Suisse²⁴².

117. Dans un second groupe de constitutions, une clause générale de limitation est inscrite sans, pour autant, que l'ordre public ne soit explicitement visé comme une limite aux droits reconnus. Par exemple, la Constitution sud-africaine consacre et définit un certain nombre de droits puis encadre, à l'article 36, la limitation de ces derniers²⁴³. Comme le précise Xavier Philippe, cette méthode implique une « double lecture »²⁴⁴ : celle de l'article protégeant le droit et celle de la clause générale relative aux modalités de limitation.

118. La Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne²⁴⁵, la Constitution du Royaume d'Espagne²⁴⁶, la Charte canadienne des droits et libertés de 1982²⁴⁷ ainsi que la Constitution de la République portugaise de 1976²⁴⁸ retiennent également ce procédé. La

²⁴¹ En Pologne, l'article 31 de la Constitution dispose que « L'exercice des libertés et des droits constitutionnels ne peut faire objet que des seules restrictions prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires, dans un État démocratique, à la *sécurité et à l'ordre public*, à la protection de l'environnement, de la santé et de la morale publiques ou des libertés et des droits d'autrui. Ces restrictions ne peuvent porter atteinte à l'essence des libertés et des droits ».

²⁴² L'article 36 intitulé « restriction des droits fondamentaux » de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 fait uniquement référence à l'intérêt public et non à l'ordre public proprement dit. Ce dernier dispose que « Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un *intérêt public* ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé. L'essence des droits fondamentaux est inviolable ».

²⁴³ L'article 36 de la Constitution sud-africaine dispose que « les droits contenus dans la Déclaration des droits ne peuvent être limités qu'aux termes d'une loi d'application générale pour autant que la limitation soit raisonnable et justifiée dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, en prenant en considération l'ensemble des facteurs pertinents, incluant : la nature du droit ; l'importance et le but de la limitation ; la nature et l'étendue de la limitation ; la relation entre la limitation et son but ; et l'existence de moyens moins restrictifs pour atteindre ce but ». Sur cet article, voir : J. DE WAAL, I. CURRIE et G. ERASMUS, *The Bill of Rights Handbook*, *op. cit.*, pp. 133-153 ; X. PHILIPPE, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud africaine de 1996 », *op. cit.*, pp. 897-926.

²⁴⁴ X. PHILIPPE, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud africaine de 1996 », *op. cit.*, p. 902.

²⁴⁵ Article 19 de la Loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.

²⁴⁶ Article 53, alinéa 1 de la Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978.

²⁴⁷ L'article 1^{er} de la Charte canadienne des droits et libertés du 29 mars 1982 « garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Sur cet article, voir : J. WOERHLING, « La Cour Suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *R.T.D.H.*, 1993, pp. 379-410 ; L.-B. TREMBLAY et G.-C.-N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. OAKES*, *op. cit.*

²⁴⁸ Selon l'article 18 alinéas 2 et 3 de la Constitution de la République Portugaise du 2 avril 1976, « La loi ne peut restreindre les droits, libertés et garanties que dans les cas expressément prévus dans la Constitution, ces restrictions devant se limiter au nécessaire pour préserver d'autres droits ou intérêts constitutionnellement protégés. Les lois restrictives des droits, libertés et garanties doivent revêtir un caractère général et abstrait et ne peuvent avoir d'effet rétroactif ni diminuer l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels ».

clause générale définit les conditions de limitation des droits, proclamés auparavant en termes absolus dans une disposition spécifique. Par cette rédaction, le constituant traduit « explicitement l'arbitrage que le législateur doit réaliser entre la protection des droits et libertés et des exigences relevant de l'intérêt collectif », grâce à l'énoncé de principes directeurs²⁴⁹.

119. Néanmoins, l'ordre public n'est nullement ignoré. En plus d'une clause générale de limitation, ces constitutions prévoient des clauses spécifiques à un droit déterminé, dans lesquelles l'ordre public est envisagé comme une limite à son exercice. Outre la clause générale inscrite à l'article 18, la Constitution portugaise prévoit dans ses articles 27 et 34, relatifs au droit à la liberté et au droit à l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, leur définition puis les limites qu'il est possible de leur apporter eu égard aux exigences, fortement détaillées, de l'ordre public. De même, outre la clause générale inscrite à l'article 19 de la Loi fondamentale allemande, celle-ci définit, dans ses articles 10, 11 et 13 relatifs au secret des correspondances, à la liberté de circulation et d'établissement et à l'inviolabilité du domicile, ces droits tels qu'ils peuvent être limités. Les exigences de l'ordre public sont rigoureusement précisées, de manière spécifique au droit protégé.

120. Un constat similaire peut être établi à la lecture de la Constitution du Royaume d'Espagne. L'article 16 dispose, dans un second alinéa, que la liberté religieuse « n'a pour seule limitation, dans ses manifestations, que celle qui est nécessaire au maintien de l'ordre public protégé par la loi ». Aussi, à propos du droit de réunion, le texte constitutionnel prévoit que les autorités ne pourront interdire les réunions « que si des raisons fondées permettent de prévoir que l'ordre public sera perturbé, mettant en danger des personnes ou des biens »²⁵⁰. Ainsi, le fondement constitutionnel des limites aux droits fondamentaux est précisé au sein de ces deux dispositions.

121. La dialectique de la théorie externe de la limitation ne se retrouve guère en droit constitutionnel français. La seule disposition qui relèverait de cette conception serait l'article 8 de la Constitution du 4 novembre 1848, puisqu'il y est expressément prévu la définition du droit de s'associer puis sa limite au nom de la sécurité publique. Cependant, cette conception n'a pas été reprise par la suite, les constituants français optant davantage pour la théorie interne de la limitation.

²⁴⁹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 478 et 484.

²⁵⁰ Article 21 de la Constitution du Royaume d'Espagne, précitée.

B) *La « théorie interne » de la limitation, retenue en droit constitutionnel français*

122. En vertu de cette théorie, il n'y aurait pas « deux choses, un droit et sa limite, mais seulement une, un droit qui a un certain contenu »²⁵¹. L'idée de limitation serait « remplacée » par celle de l'étendue du droit. La limite ferait partie intégrante du droit proclamé. La définition du droit ou de la liberté comprend à la fois ses implications, en termes de facultés d'agir et de champ d'application matériel, et ses limites. A l'inverse de celle présente au sein de la « théorie externe », la relation de limitation relève ici de la définition même du droit fondamental. Cette théorie s'analyse peu dans les constitutions et instruments internationaux de protection des droits de l'homme adoptés après la Seconde guerre mondiale. La volonté de réaffirmer les droits fondamentaux et d'encadrer la faculté de les restreindre y était prégnante. La théorie interne de la limitation trouve, en revanche, un écho significatif en droit constitutionnel français.

123. Deux caractéristiques tendent à le démontrer. Sur le plan substantiel, l'histoire constitutionnelle française et la Constitution du 4 octobre 1958 révèlent que la limite est implicitement considérée comme faisant partie intégrante de la proclamation du droit reconnu (a). Sur le plan de la compétence, les constituants n'ont cessé de confier au législateur la mise en œuvre des droits fondamentaux, comprenant à la fois la définition des prérogatives *et* la détermination des limites (b). Cette conception de la relation de limitation permet d'expliquer l'identification délicate de l'ordre public comme fondement exprès des limites aux droits fondamentaux.

a) La limite, partie intégrante de la consécration du droit fondamental

124. La théorie interne de la limitation s'analyse dès la lecture de la Déclaration de 1789. Comme le soulignait Jean Rivero, en définissant à l'article 4 de la Déclaration la liberté comme le pouvoir de « faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », les constituants « ont fait de la limite dans laquelle ils l'enfermaient, un élément de sa définition »²⁵².

125. Cette dialectique transparaît de plusieurs dispositions de la Déclaration. Elle garantit que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu *que dans les cas déterminés par la*

²⁵¹ R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 179 (traduit par nos soins).

²⁵² J. RIVERO, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », *op. cit.*, spéc. p. 11.

Loi et selon les formes qu'elle a prescrites » (article 7), proclame la présomption d'innocence de tout homme à moins qu'il soit « jugé indispensable de l'arrêter » (article 9), et consacre la liberté d'opinion et religieuse « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public » (article 10)²⁵³. Les libertés proclamées ne sont ainsi définies qu'au regard des limites que la loi est habilitée à leur apporter dans les conditions autorisées par la Déclaration.

126. Stéphane Rials relève que, dans ce texte, « l'invocation des droits de l'homme semble ne jouer que le rôle de détour fondateur ou, si l'on préfère, d'opérateur des droits du citoyen »²⁵⁴. Les droits des individus, antérieurs et supérieurs à toute autorité, ne sont envisagés qu'à travers leur exercice au sein de la société.

127. La théorie interne de la limitation s'illustre singulièrement dans les dispositions fondatrices de la liberté d'opinion de la Déclaration de 1789. Celles-ci n'en énoncent le principe qu'en précisant, aussitôt, qu'elle ne peut être exercée que dans certaines limites. Comme il a déjà été indiqué, la rédaction des articles 10 et 11 a été farouchement contestée. Le pasteur Rabaut Saint Etienne proposait, par exemple, de proclamer le principe sans mentionner la faculté de le restreindre. Il considérait que « placer à côté de la liberté de la presse les bornes que l'on voudrait y mettre, ce serait faire une déclaration des devoirs au lieu d'une Déclaration des droits »²⁵⁵.

128. Pour Michel Troper, la formulation adoptée vise « en réalité à répondre à l'avance à cette objection : plutôt que d'énoncer successivement le principe, puis les limites au principe, l'article 11 commence par exprimer le fondement (la libre communication est un des droits les plus précieux) avant de définir le contenu du principe qui en découle. Il consiste dans la faculté de parler, d'écrire et d'imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté »²⁵⁶. Et de préciser que « la responsabilité n'est donc pas une limite externe au principe ; elle en fait partie : le principe est la liberté de s'exprimer dans certaines limites. En d'autres termes, on ne doit pas dire que le principe connaît des limites ou des exceptions, mais que, en France, la garantie de la liberté d'expression est dans le type des limites qui lui sont fixées par la Déclaration »²⁵⁷. Cette observation se vérifie également à propos de l'article 10 de la Déclaration. Pour Xavier Philippe, « on se trouve bien face à une règle de fond

²⁵³ Souligné par nous.

²⁵⁴ S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 353.

²⁵⁵ R. SAINT ETIENNE, *A.P.*, p. 478.

²⁵⁶ M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 1999, n° 6, pp. 1239-1255, spéc. pp. 1241-1242.

²⁵⁷ *Ibidem*.

représentée par la liberté d'opinion et à une condition réglant son exercice : la manifestation de cette liberté et les exigences liées à l'ordre public »²⁵⁸.

129. Les travaux de l'Assemblée constituante en 1848 témoignent également de cette vision de la liberté et de ses limites. Dans un « esprit généreux mais utopique »²⁵⁹, les constituants sont marqués par le souci de trouver « des moyens de donner corps » aux libertés²⁶⁰. L'idée de consacrer dans la Constitution des droits en termes absolus, avec l'inévitable conséquence de leur limitation sur le plan législatif et réglementaire, est exclue. Les débats relatifs à l'opportunité d'adopter un Préambule l'illustrent²⁶¹. Le citoyen Alcock souligne qu'« après ces larges et magnifiques promesses du préambule, viendra la législation positive qui sera forcée de limiter ces droits, ces libertés si imprudemment prodiguées ; et cette législation pourra paraître comme un démenti donné à la Constitution elle-même »²⁶².

130. Certains membres de l'Assemblée mettent en exergue les inconvénients à consacrer les droits des citoyens d'un côté et de l'autre, les restrictions qui peuvent leur être apportées. Les débats parlementaires montrent la volonté de définir le droit ou la liberté comme un tout. Le citoyen Levet déclare que « l'esprit s'habitue à voir séparément d'un côté les droits fondés sur la nature ; de l'autre les limites que l'intérêt de la société leur impose : de là une disposition toute naturelle à ne voir dans ces limites qu'une atteinte portée à ces droits ». Il plaide pour, qu'au contraire, « un peuple ne connaisse ses droits que par la disposition même qui les limite et les garantit »²⁶³. A l'exception de l'article 8 relatif aux libertés d'association et de manifestation, la rédaction finale de la Constitution du 4 novembre 1848 illustre ainsi la dialectique interne de la limitation²⁶⁴.

131. Cette relation du droit et de ses limites transparaît, par ailleurs, des travaux préparatoires à l'élaboration de la Constitution de la V^{ème} République. Cette question est soulevée lors des débats relatifs à la définition du domaine de compétence du législateur. En 1958, l'objectif des constituants consistait à délimiter les domaines de la loi et du règlement

²⁵⁸ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, P.U.A.M., coll. Sciences et droit administratifs, Paris, 1990, spéc. p. 84.

²⁵⁹ P. PACTET et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Sirey université, Editions Dalloz, Paris, 32^e édition, 2013, p. 274.

²⁶⁰ J. RIVERO, « Les libertés », in L. FAVOREU (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, op. cit., spéc. p. 155.

²⁶¹ F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution, 1848*, op. cit., pp. 55 et s.

²⁶² Citoyen ALCOCK, Séance du mardi 5 septembre 1848, *J.O.R.F.* du 6 septembre 1848, *Moniteur universel*, p. 2315.

²⁶³ Citoyen LEVET, Séance du mardi 5 septembre 1848, *J.O.R.F.* du 6 septembre 1848, *Moniteur universel*, p. 2330.

²⁶⁴ F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution, 1848*, op. cit., pp. 55 et s.

afin de tirer les conséquences des délégations incessantes sous la IV^{ème} République et de rompre avec le régime d'assemblée²⁶⁵.

132. La question se posait de savoir dans quelle mesure le législateur devait définir les « garanties », « fondamentales » ou non, accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés. Il s'agissait de déterminer si la formule, adoptée par l'avant-projet de Constitution du 19 juillet 1958 et retenue dans la version définitive du 4 octobre 1958, selon laquelle la loi fixe les règles concernant les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », impliquait l'idée de définition des libertés²⁶⁶.

133. Pour Marcel Waline, cette formule signifiait que « le principe de toute limitation nouvelle aux libertés publiques des citoyens » appartenait à la loi²⁶⁷. Définir les garanties fondamentales à l'exercice des libertés publiques comprend la fixation des limites. François Luchaire considérait que les garanties et les limites étaient indissociables²⁶⁸, puisque « les limites apportées à certaines libertés deviennent des garanties de l'exercice des autres libertés »²⁶⁹. La limitation est donc envisagée comme faisant partie intégrante de la définition et de la mise en œuvre des droits fondamentaux. Le texte de 1958 témoigne de la continuité constitutionnelle de cette dialectique.

134. La conception des limites aux droits et libertés retenue par les Constituants depuis 1789 expliquerait l'identification délicate de l'ordre public dans la Constitution, comme source des limites aux droits fondamentaux. Dans son ouvrage sur *L'individualisme et le Droit*, Marcel Waline relevait que : « les libertés publiques ont toutes une limite implicite : le respect de l'ordre public ; [...] on ne connaîtra donc que des libertés limitées »²⁷⁰. Cette caractéristique substantielle du droit positif français se combine, par ailleurs, avec un élément inhérent à la compétence. Les constituants envisagent le législateur comme l'autorité à même de définir les droits et libertés garantis, ainsi que leurs limites.

²⁶⁵ M. JANOT, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La documentation française, Paris, 1988, vol. 2, pp. 261 et s.

²⁶⁶ Voir notamment les débats entre M. TEITGEN et M. WALINE lors de la séance du comité consultatif constitutionnel du 7 août 1958, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., vol. 2, pp. 266 et s.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, op. cit., p. 366.

²⁶⁹ *Idem*, p. 83.

²⁷⁰ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Editions Domat-Montchrestien, 1949, rééd. Dalloz, Paris, Préf. F. Mélin-Soucramanien, 2007, p. 379.

b) Le rôle prépondérant du législateur dans la définition du droit fondamental

135. L'analyse des constitutions françaises et, en particulier, des déclarations des droits les précédant, démontre qu'il ne revient pas à l'œuvre constituante d'organiser matériellement l'exercice des droits et libertés mais seulement de les proclamer. En 1789, l'Assemblée constituante avait pour but de rompre avec les abus de l'Ancien Régime. Selon les termes du Préambule, il s'agissait d'exposer et de constater les droits individuels « attachés à la seule qualité d'homme » et qui « ne dérivent pas d'une autorité quelconque »²⁷¹. L'Assemblée n'entendait pas créer des droits, ni organiser leur exercice concret, à la différence des déclarations américaines, davantage « conçues pour être invoquées devant les Tribunaux par les citoyens lésés »²⁷². C'est pourquoi, si la Déclaration apparaît « universaliste quant à sa portée », elle est « abstraite dans son expression »²⁷³ et peu pourvue de « prescriptions juridiques ayant l'efficacité d'une règle de droit positif »²⁷⁴.

136. En revanche, les constituants entendaient confier la mission de définition de l'exercice des droits et libertés au législateur et ce, dès la Déclaration de 1789. Pour le Doyen Georges Vedel, la Déclaration est pensée comme un ensemble de règles dont le respect devait être assuré par les représentants de la Nation eux-mêmes²⁷⁵. Lors des débats relatifs à l'adoption de la Déclaration, il y a « une véritable obsession moins du fond que de la compétence »²⁷⁶. La loi, expression de la volonté générale, est considérée comme « ontologiquement libératrice et créatrice de bonheur »²⁷⁷. Elle représente *la* garantie contre l'arbitraire. Comme l'indique Stéphane Rials, « la seule garantie d'un bon droit – d'un bon fond – semble gésir dans

²⁷¹ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1^{re} édition, Editions Sirey, 1949, réédition présentée par G. Carcassonne et O. Duhamel, Dalloz, Paris, 2002, p. 180.

²⁷² Sur ce parallèle entre les déclarations des droits américaines et la Déclaration de 1789 : J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 25.

²⁷³ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 180.

²⁷⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, Paris, tome 2, 1922, p. 581. Pour A. EISMEIN, la Déclaration s'apparente à un texte « dogmatique », une « déclaration de principes ». Voir : A. EISMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., pp. 554-555.

²⁷⁵ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. « Recherches politiques », Paris, 1989, pp. 35-64, spéc. p. 36.

²⁷⁶ Pour S. RIALS, « les questions qui préoccupent le plus l'opinion et ses représentants sont probablement davantage de compétence que de fond et plus de fond que de procédure ou de forme ». Voir : S. RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, op. cit., p. 373.

²⁷⁷ *Idem*, p. 372.

l'exaltation d'un certain type de volonté – d'une bonne compétence – porteuse, intrinsèquement de raison »²⁷⁸.

137. Il n'est question, dans la Déclaration, que de « bornes déterminées *par la loi* » (article 4), de définition par la loi des « actions nuisibles à la société » (article 5), de répression du « trouble à l'ordre public établi *par la loi* » (article 10), de sanction de « l'abus de liberté *dans les cas déterminés par la loi* » (article 11), de « nécessité publique *légalement* constatée », source de privation du droit de propriété (article 17). Jacques Chevallier relève que les douze occurrences de la loi dans la Déclaration de 1789 tendent à lui conférer un statut ambigu vis-à-vis des droits proclamés. La loi a non seulement « pour fonction d'assurer leur garantie effective », mais aussi de fixer « des limites à leur exercice »²⁷⁹.

138. Au-delà de cette ambiguïté, ce serait davantage la profonde ambivalence de la loi que les rédacteurs de la Déclaration ont souhaité mettre en exergue. Elle est à la fois conçue comme un « outil de contrainte sociale, de limitation de la capacité d'auto-détermination de chacun » et comme une « garantie que ces contraintes [...] sont le fruit d'une volonté démocratiquement exprimée »²⁸⁰. C'est à la loi qu'il revient de définir l'ordre public comme source de limites aux droits reconnus et non à la Constitution, dont la mission consiste seulement à proclamer les droits et libertés.

139. L'habilitation du législateur par les constituants pour définir et mettre en œuvre les droits et libertés se retrouve, sans discontinuité, dans les quinze constitutions qui suivent la Déclaration de 1789²⁸¹. Dans le projet de constitution du 19 avril 1946, il est inscrit que « les conditions d'exercice de la liberté sont définies par la loi »²⁸². Certes, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ne retient pas une telle formule. Toutefois, l'alinéa 7 relatif au droit de grève dispose que ce droit « s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

²⁷⁸ *Idem*, p. 374.

²⁷⁹ J. CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », in G. KOUBI, J. CHEVALLIER et autres (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, coll. Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, P.U.F., Paris, 1996, pp. 13-36, spéc. p. 31.

²⁸⁰ J.-P. COSTA, « Article 4 », in G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyses et commentaires*, *op. cit.*, spéc. p. 105 (souligné par nous).

²⁸¹ Titre 1, 3^e alinéa, 6^e de la Constitution du 3 septembre 1791 ; articles 4 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de la Constitution de l'an I du 24 juin 1793 ; articles 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Constitution du 5 fructidor an III du 22 août 1795 ; article 4 de la Charte du 4 juin 1814 ; articles 2 et 3 de la Constitution du 4 novembre 1958 ; Constitution du 14 janvier 1852 ; alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

²⁸² Adopté par l'Assemblée constituante par 309 voix contre 249, ce texte fut rejeté par référendum le 5 mai 1946.

140. Dans la Constitution du 4 octobre 1958, c'est encore à la loi qu'il revient, et de manière plus générale cette fois, de fixer « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », en vertu de l'article 34. L'exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958 illustre cette fonction de la loi. La mission du Parlement est « de contrôler la politique gouvernementale et de consentir les limitations nécessaires aux droits fondamentaux des citoyens »²⁸³.

141. La signification du rôle de la loi entre les constitutions antérieures à 1958 et celle de 1958 est cependant différente. Les premières témoignent d'une confiance absolue dans la loi pour définir les droits et leurs limites. *A contrario*, la Constitution de 1958 a pour objet de cantonner matériellement la loi à des domaines prédéfinis, tels que la détermination des limites aux droits, et non plus de lui assigner la définition illimitée des droits. Dans les deux cas néanmoins, le rôle de la loi explique l'absence de la notion d'ordre public, comme de l'intérêt général, dans les textes constitutionnels. Guillaume Merland démontre que le silence délibéré de la notion d'intérêt général dans le Préambule de la Constitution de 1946 repose sur l'idée que la loi ne peut poursuivre d'autre but que l'intérêt général. Le silence de la Constitution de 1958 s'inscrit, quant à lui, « en réaction à cette appropriation par le législateur de la notion d'intérêt général »²⁸⁴.

142. Il n'en résulte pas moins une continuité constitutionnelle de l'idée que ce n'est pas aux constituants de définir et de mettre en œuvre les droits et libertés, mais bien au législateur d'y procéder²⁸⁵. Ce dernier est officiellement habilité à préciser le contenu du droit, envisagé comme un tout, en fonction des exigences de la vie en société. Il lui revient de déterminer les garanties fondamentales, d'en indiquer les modalités d'exercice mais aussi d'identifier et de fixer les limites nécessaires. Dès lors, il appartient au législateur de définir les exigences de l'ordre public et par là même les limites à l'exercice des droits proclamés par la Constitution.

143. Cette conception des droits et de leurs limites a d'ailleurs été défendue lors des débats relatifs à l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme. Les représentants français étaient partisans de l'énumération des droits dans la Convention et non de leur

²⁸³ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., vol. 1, p. 524.

²⁸⁴ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 121, Paris, 2004, spéc. p. 44.

²⁸⁵ B. GENEVOIS, « Le Préambule et les droits fondamentaux », in D. MAUS, L. FAVOREU et J.-L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, P.U.A.M., Paris, 1992, pp. 483-498, spéc. p. 485.

définition, soutenue par la Grèce, la Norvège, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. La proposition britannique visait à déterminer les limitations applicables à chacun des droits et à établir une sorte de « codification internationale », comportant toutes les modalités et toutes les conditions d'exercice, dans chaque pays, des libertés reconnues²⁸⁶. A l'inverse, Pierre-Henri Teitgen défendait l'idée d'établir une liste de libertés, accompagnée de leur définition générale, et de laisser à chaque État le soin de fixer « les conditions selon lesquelles ces libertés garanties seront exercées sur le territoire »²⁸⁷.

144. En droit constitutionnel français, la limite aux droits et libertés garantis n'a cessé d'être envisagée comme partie intégrante de leur définition. Cela s'analyse sur le plan substantiel, au stade de la proclamation des droits et libertés, et sur le plan de la compétence législative, lors de leur mise en œuvre. Cette conception de la limitation explique l'identification délicate de la fonction de l'ordre public dans la Constitution. La limitation des droits fondamentaux au nom de cet impératif transparaît néanmoins du texte constitutionnel. Bien que ni la notion, ni sa fonction, y apparaissent formellement, le Conseil constitutionnel rattache l'ordre public à plusieurs dispositions de la Constitution, sources de limitation des droits et libertés garantis.

²⁸⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, *Recueil des Travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'homme*, M. Nijhoff, La Haye, 1977, vol. IV, pp. 247-248.

²⁸⁷ P.-H. TEITGEN, in CONSEIL DE L'EUROPE, *Recueil des Travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'homme*, M. Nijhoff, La Haye, 1975, vol. I, p. 277.

SECTION 2. LA PLURALITÉ DES ANCRAGES DE L'ORDRE PUBLIC DANS LA CONSTITUTION

145. La Constitution du 4 octobre 1958 est souvent présentée comme un texte imprécis. Au regard des formulations générales qu'elle contient, la Constitution serait « un lieu de conflit de normes » et « offrirait, par nature, matière à interprétation »²⁸⁸. Malgré le flou des textes qui place le juge dans une position peu confortable, le Conseil constitutionnel recourt à plusieurs méthodes pour interpréter la Constitution. Pour le Doyen Georges Vedel, en plus de la lecture littérale, il peut se révéler indispensable d'utiliser le critère de la cohérence, qui découle de la logique d'ensemble du texte, c'est-à-dire de la structure objective de la Constitution et de son esprit²⁸⁹.

146. L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle permet de démontrer que le Conseil retient ces deux méthodes d'interprétation pour rattacher l'ordre public à la Constitution et reconnaître la compétence du législateur pour déterminer des limites aux droits et libertés garantis. Ces ancrages sont de deux ordres, à la fois formels (§1) et matériels (§2).

§1. Les ancrages formels de l'ordre public dans la Constitution

147. Dans les Constitutions françaises, le rôle de la loi est prépondérant dans la définition des droits et libertés proclamés. Nombre de dispositions du bloc de constitutionnalité renvoient à la loi pour en déterminer les contours. Deux catégories de normes peuvent, en particulier, être identifiées.

²⁸⁸ Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 1995, n° 21, pp. 9-46, spéc. p. 12.

²⁸⁹ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, p. 45. Par exemple, le Conseil a mobilisé cette méthode pour déterminer si le Préambule de la Constitution de 1958 conférait une valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789. Aucune disposition de la Constitution ne comportait une interdiction de censurer l'inconstitutionnalité des lois méconnaissant les droits et libertés de la Déclaration de 1789. La seule lecture littérale du texte pouvait soulever des doutes sur cette interprétation, dans la mesure où le Préambule de la Constitution de 1958 « proclame solennellement son *attachement* aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 ».

148. D'une part, les « clauses générales de compétence législative » réservent à la loi la faculté de définir les conditions d'exercice des droits fondamentaux. Ce ne sont pas des règles de fond mais des « normes de compétence »²⁹⁰, à savoir des « normes d'habilitation ». Il s'agit de réserves de loi, dans la mesure où elles confient « en exclusivité la réglementation d'une matière à la loi »²⁹¹. Les clauses générales de compétence législative ne visent pas un droit fondamental déterminé, mais l'ensemble des droits garantis.

149. D'autre part, il est possible d'identifier des « réserves spécifiques de compétence législative ». Elles font partie intégrante d'une disposition qui consacre et protège un droit ou une liberté et habilite le législateur à en définir les conditions d'exercice. Si ces réserves impliquent que cette faculté est réservée au seul législateur, elles constituent également des normes de fond puisqu'elles sont inhérentes au droit garanti. Ainsi entendues, les réserves spécifiques de compétence législative, comme la clause générale, se distinguent des « réserves d'ingérence législative » analysées en droit constitutionnel allemand. Ces dernières renvoient aux dispositions dans lesquelles il est exclusivement prévu la faculté de *limiter* le champ d'application matériel des droits fondamentaux²⁹².

150. Le Conseil constitutionnel s'appuie tant sur une clause générale que sur des réserves spécifiques pour fonder la compétence du législateur, en matière de limitation des droits au nom des exigences de l'ordre public. La première repose sur l'article 34 de la Constitution (A). Les secondes relèvent de la Déclaration de 1789 et du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (B).

A) La clause générale de compétence législative

151. Dès ses premières décisions, le Conseil constitutionnel consacre l'article 34 de la Constitution comme le fondement de la compétence du législateur en matière de limitation des droits et libertés. De prime abord, cette interprétation peut surprendre. L'article 34 constitue, avant tout, une règle de répartition des compétences, entre la Constitution et la loi puis entre cette dernière et le règlement²⁹³. L'origine de cette disposition tient à des motifs

²⁹⁰ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 40.

²⁹¹ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Bibliothèque des thèses, Paris, 2006, spéc. p. 435.

²⁹² D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., pp. 138 et s.

²⁹³ M. VERPEAUX, « La liberté », op. cit., p. 147 ; P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., pp. 40 et s.

politiques²⁹⁴. En 1958, la volonté des Constituants de délimiter matériellement le domaine de la loi par rapport à celui du règlement était prégnante, afin de mettre fin au régime d'assemblée des Républiques précédentes²⁹⁵. Les travaux préparatoires à l'élaboration de la Constitution de la V^{ème} République²⁹⁶ démontrent que l'objet de l'article 34 n'était pas d'établir un fondement constitutionnel exprès à la limitation des droits et libertés, mais de définir la compétence résiduelle du législateur.

152. Il n'en demeure pas moins que les Constituants ont confié à la loi un certain nombre de matières limitativement énumérées, dont celle de fixer les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Outre les incertitudes relatives à la notion de « garanties fondamentales » soulevées par cet article²⁹⁷, s'est posée la question de savoir ce qu'elle recouvrait précisément. Est-ce uniquement fixer des garanties proprement dites ? Est-ce aussi définir les facultés d'agir et la mise en œuvre concrète des droits et libertés protégés ? Est-ce une habilitation du législateur pour restreindre leur exercice et leurs garanties?²⁹⁸.

153. Le Conseil constitutionnel a progressivement précisé les prérogatives confiées au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution. Cette disposition habilite non seulement le législateur à définir les droits reconnus et développer les garanties inhérentes à leur

²⁹⁴ J. SOUBEYROL, « La définition de la loi et la Constitution de 1958 », *A.J.D.A.*, 1960, pp. 123-129, spéc. p. 123.

²⁹⁵ Voir notamment les propos de R. JANOT, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 261 et s ; D. LATOURNERIE, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, vol. 3, pp. 96 et s. ; M. GULDNER, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, vol. 3, pp. 100 et s.

²⁹⁶ Toutefois, pour certains auteurs, les *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* ne sont pas des travaux préparatoires au sens juridique du terme, dans la mesure où ils éclairent la volonté des rédacteurs et non de leurs auteurs, le peuple français. Voir : G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, spéc. p. 44 ; Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 25.

²⁹⁷ F. LUCHAIRE, « Observations sur l'avant projet de Constitution du 29 juillet 1958 », in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, vol. 1, p. 532 ; M. TEITGEN, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, vol. 2, p. 266 ; Président LATOURNERIE, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, vol. 3, p. 104.

²⁹⁸ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 266 et s.

exercice effectif²⁹⁹, mais aussi à les concilier avec des impératifs d'intérêt général de valeur constitutionnelle³⁰⁰. L'interprétation retenue par le Conseil fait ainsi « produire à cette clause de compétence législative des effets extrêmement étendus »³⁰¹.

154. En particulier, l'article 34 de la Constitution constitue l'ancrage à partir duquel le Conseil dégage la mission de conciliation du législateur, entre l'exercice des droits garantis et les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions (a). Si l'article 34 ne constitue pas à proprement parler *le fondement* de ces objectifs de valeur constitutionnelle³⁰², il apparaît comme le *vecteur* permettant au Conseil de préciser leur contenu et leurs composantes respectives (b).

a) L'article 34 de la Constitution, fondement de la mission de conciliation du législateur

155. Les conflits de normes étant inhérents à tout système juridique³⁰³, lorsque le respect de deux normes contradictoires n'est pas simultanément possible, il convient de les concilier, c'est-à-dire de « les appliquer partiellement l'une et l'autre »³⁰⁴. En contentieux constitutionnel, ces conflits interviennent notamment entre les droits et libertés garantis et les objectifs de valeur constitutionnelle. Ces derniers peuvent s'analyser comme des normes de conciliation. Ils constituent une « permission donnée au législateur de limiter les droits et

²⁹⁹ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78, cons. 36. A propos de l'article 11 de la Déclaration de 1789, le Conseil considère que « le principe ainsi proclamé ne s'oppose point à ce que le législateur, compétent aux termes de l'article 34 de la Constitution pour fixer "les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", édicte des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer » (souligné par nous). Cette faculté d'aménager « positivement » les droits fondamentaux ressort également de la décision n° 82-144 D.C. du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, Rec. p. 61, cons. 8-9.

³⁰⁰ F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *A.J.D.A.*, 20 juin 1979, pp. 3-16, spéc. p. 16. La polyvalence de l'article 34 de la Constitution résulte particulièrement de la décision n° 2012-647 D.C. du 28 février 2012 relative à la *loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* (Rec. p. 139). Le Conseil constitutionnel considère que « sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer : qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers » (cons. 5, souligné par nous).

³⁰¹ P. WACHSMANN, note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances*, *A.J.D.A.*, 20 juin 1985, pp. 362-365, spéc. p. 364.

³⁰² Sur l'absence de rattachement des objectifs de valeur constitutionnelle à l'article 34 de la Constitution, voir : P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., pp. 39-42.

³⁰³ G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Recueil Dalloz*, chron., 1991, pp. 265-269.

³⁰⁴ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », op. cit., spéc. p. 49.

libertés constitutionnels au nom de la réalisation de ces objectifs »³⁰⁵. Ils justifient ainsi des restrictions aux droits et libertés garantis³⁰⁶.

156. A ce sujet, la conciliation doit être distinguée de la notion de limitation. En doctrine, la première notion a pu être mobilisée uniquement pour analyser les conflits de droits et libertés entre eux. La seconde se rapporterait « aux hypothèses dans lesquelles un objectif, constitutionnel ou non, permet de restreindre la portée d'un droit ou d'une liberté constitutionnels »³⁰⁷. Pour Sébastien Platon, la limitation vise la « faculté, la marge de manœuvre accordée à l'État dans le but de lui permettre d'assurer sa fonction de sauvegarde de l'intérêt général ». Quant à la conciliation, elle constitue une « nécessité juridique liée à la confrontation entre des droits fondamentaux »³⁰⁸.

157. L'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel de la conciliation diffère de cependant cette approche. Dans la jurisprudence, la conciliation a trait à la confrontation de principes de valeur constitutionnelle, qu'ils soient des objectifs ou des droits. La limitation, quant à elle, constitue le résultat de la conciliation. C'est bien parce que l'exercice d'un droit et la poursuite d'un objectif ne peuvent coexister simultanément qu'il revient au législateur de les concilier, ce qui engendre la limitation de l'exercice de l'un et la poursuite de l'autre. Pour Nicolas Molfessis, l'opération de conciliation entre deux principes de valeur constitutionnelle aboutit « à une limitation d'un des deux principes en opposition »³⁰⁹. La limitation n'est donc pas uniquement inhérente à la poursuite d'un objectif de valeur constitutionnelle. La conciliation entre deux droits peut aboutir, de la même manière, à limiter l'un des deux.

158. L'opération de conciliation étant précisée, la question se pose de savoir sur quel fondement elle repose. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a énoncé la mission de conciliation confiée au législateur, avant de se référer explicitement à l'article 34 de la Constitution.

159. Dans la décision du 22 juillet 1980 relative à la loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, le Conseil s'appuie seulement sur l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 pour préciser cette opération. Il considère qu'en vertu de

³⁰⁵ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., pp. 400 et s. ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, op. cit., p. 293.

³⁰⁶ J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *R.D.P.*, 1991, pp. 327-337, spéc. p. 331.

³⁰⁷ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 475.

³⁰⁸ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 610.

³⁰⁹ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., p. 32.

cette disposition, « les constituants ont entendu habiliter le législateur à tracer les limites au droit de grève en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte »³¹⁰. En l'occurrence, l'article 34 a pu apparaître comme un fondement subsidiaire à la réserve de compétence législative spécifique au droit de grève. Puisqu'une disposition prévoit la compétence du législateur pour réglementer le droit protégé, la référence à l'article 34 de la Constitution semblait vaine.

160. Par la suite, le Conseil a énoncé la conciliation entre principes antagonistes dans des termes implicites sans indiquer le fondement sur lequel repose cette mission. Dans la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi *sécurité et liberté*, le Conseil précise que « la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public [...] sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle » et considère que « la gêne que l'application des dispositions » contestées « peut apporter à la liberté d'aller et de venir n'est pas excessive »³¹¹. La mission de conciliation confiée au législateur entre ces objectifs et la liberté d'aller et venir découle implicitement de ce considérant, puisqu'elle aboutit à une restriction de l'exercice de ce droit. Or, le Conseil ne se réfère à aucune disposition de la Constitution. En plus d'être subsidiaire en présence d'une réserve spécifique de compétence législative, la référence à l'article 34 pouvait apparaître superflue.

161. Le Conseil ne confirme pourtant pas cette première approche. Il rattache, en second lieu, l'opération de conciliation à l'article 34 de la Constitution. Dès la décision du 27 juillet 1982 relative à la loi sur la communication audiovisuelle, il s'appuie sur cette disposition, en plus de l'article 11 de la Déclaration de 1789 relatif à la libre communication des pensées et des opinions, pour fonder la mission de conciliation du législateur. Après avoir rappelé les termes de l'article 34, le Conseil considère « *qu'ainsi*, il appartient au législateur de concilier l'exercice de la liberté de communication [...] avec les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels »³¹². Ce considérant de principe est repris, dans des termes quasiment similaires, dans ses décisions ultérieures³¹³.

³¹⁰ Décision n° 80-117 D.C. du 22 juillet 1980, *précitée*, cons. 4.

³¹¹ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 56 (souligné par nous).

³¹² Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *précitée*, cons. 4 (souligné par nous).

³¹³ Décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 18, cons. 26 ; Décision n° 96-378 D.C. du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, *Rec.* p. 99, cons. 27.

162. Mais c'est surtout dans la décision du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie que le Conseil rattache clairement la conciliation entre l'exercice des droits et libertés garantis et la sauvegarde de l'ordre public à l'article 34 de la Constitution. Selon son raisonnement, « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, *dans le cadre de cette mission*, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public »³¹⁴.

163. Le Conseil constitutionnel reconnaît ici que cette compétence générale s'exerce même à défaut d'être prévue expressément par la Constitution³¹⁵. L'article 34 de la Constitution constitue « le titre donnant compétence au législateur pour opérer la conciliation entre des principes constitutionnels contradictoires » et restreindre l'exercice des droits garantis³¹⁶. L'ordre public semble ainsi inclus dans l'article 34 de la Constitution, qui fonde la compétence législative en matière de libertés³¹⁷.

164. La consécration du fondement de la compétence du législateur pour concilier des principes constitutionnels est d'autant plus remarquable dans cette décision qu'elle intervient pour justifier la faculté du législateur d'instaurer des régimes d'exception. Nonobstant les articles 36 et 16 de la Constitution relatifs à l'état de siège et les pouvoirs de crise du président de la République, le Conseil considère que le législateur peut lui-même adopter des régimes exceptionnels, en vertu de l'article 34 de la Constitution³¹⁸. Ce serait finalement de manière incidente que le fondement constitutionnel de la limitation des droits fondamentaux en temps normal ait été, ici, précisé.

³¹⁴ Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *précitée*, cons. 4 (souligné par nous).

³¹⁵ L. FAVOREU, L. PHILIP et autres, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1988, 4^e édition, pp. 665-675, spéc. p. 671.

³¹⁶ P. WACHSMANN, note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances, *op. cit.*, spéc. p. 364 ; P. TERNEYRE, « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », in P. BON (dir.), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1992, p. 35.

³¹⁷ J.-M. LARRALDE, « La constitutionnalisation de l'ordre public », *op. cit.*, spéc. pp. 226 et s.

³¹⁸ Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *précitée*, cons. 4 : « Considérant que, si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ; qu'ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui d'ailleurs a été modifiée sous son empire ».

165. La doctrine n'a pas manqué de soulever l'« interprétation extensive » de l'article 34 de la Constitution³¹⁹. François Luchaire s'est interrogé sur le point de savoir « par quel tour de passe-passe une disposition qui donne compétence au législateur pour fixer "les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" peut être interprétée comme permettant au législateur de limiter ces libertés »³²⁰.

166. Néanmoins, l'interprétation de l'article 34 de la Constitution est conforme à la tradition républicaine, selon laquelle seule la loi peut porter atteinte aux droits garantis. Dans ses fonctions à la fois contentieuses³²¹ et consultatives³²², le Conseil d'État considère que la détermination du régime des droits et libertés appartient au législateur. Comme l'indiquait le Doyen Maurice Hauriou, « est et doit être du domaine de la loi toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation de l'État importante pour la garantie d'une liberté »³²³. Lors des débats tenus au sein de la Commission constitutionnelle du Conseil d'État, le Président Latournerie s'appuyait sur la jurisprudence constante de la juridiction administrative pour interpréter l'article 34 de la Constitution et considérer que relève du domaine de la loi « tout ce qui a trait aux sujétions imposées aux citoyens »³²⁴. De même, pour Jean Waline, la notion de garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés implique la détermination des limites³²⁵.

167. Il apparaît donc logique que l'opération de conciliation entre deux principes de valeur constitutionnelle relève de la compétence du législateur. Rattacher cette mission à l'article 34 de la Constitution paraît justifié sur les plans historique et téléologique. Et ce, tant en temps normal qu'en période de circonstances exceptionnelles, puisque les garanties visées par cette

³¹⁹ P. WACHSMANN, note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances, *op. cit.*, p. 364. Voir aussi : C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 723. Sur ce « déplacement du seuil de la compétence du législateur » en cas de circonstances exceptionnelles, voir : X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, p. 196.

³²⁰ F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, *op. cit.*, pp. 82-83.

³²¹ C.E., 4 mai 1906, *Sieur Babin*, *Rec. Lebon*, p. 362 ; C.E., 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et de tramways*, *Rec. Lebon*, p. 431.

³²² C.E., avis n° 60.497 du 6 février 1953, in Y. GAUDEMET, T. DAL FARRA, F. ROLIN, B. STIRN et M. LONG (dir.), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, Paris, 3^e édition, 2008, pp. 83-88.

³²³ M. HAURIOU, *Précis de Droit administratif et de droit public*, Edition Sirey, 12^e édition, 1933, réimp. 2002, P. Delvolvé et F. Moderne, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, 2002, p. 566.

³²⁴ Président Latournerie, séance de la commission constitutionnelle du Conseil d'État des 25 et 26 août 1958, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, vol. 3, pp. 104-105.

³²⁵ J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, Paris, 24^e édition, 2012, p. 351.

disposition « peuvent être différentes si se constatent des menaces de troubles »³²⁶. Depuis ses décisions fondatrices en 1982 et 1985, le Conseil constitutionnel rattache la mission de conciliation du législateur, entre la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions *et* le respect des droits et libertés protégés, à l'article 34 de la Constitution³²⁷.

168. En dernier lieu, les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ne sont pas l'unique ancrage, au sein de l'article 34 de la Constitution, sur lequel s'appuie le Conseil pour dégager la conciliation incombant au législateur. Il considère que « le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions; [...] *qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public [...] et la recherche des auteurs d'infractions [...] et d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* »³²⁸.

169. Le Conseil se fonde implicitement sur l'alinéa 3 de l'article 34 de la Constitution, selon lequel la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leurs sont applicables et la procédure pénale, pour définir la mission de conciliation du législateur en la matière.

170. L'article 34 de la Constitution constitue par conséquent le fondement par lequel le Conseil constitutionnel rattache la mission de conciliation du législateur et l'autorise à restreindre l'exercice des droits et libertés au nom des exigences de l'ordre public. Il s'agit, par là même, d'une disposition permettant au juge constitutionnel de préciser les différents impératifs de l'ordre public, en particulier sous leur aspect matériel.

³²⁶ F. LUCHAIRE, note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances, *op. cit.*, spéc. p. 365.

³²⁷ Décision n° 86-217 D.C. du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 141, cons. 4 ; Décision n° 89-248 D.C. du 17 janvier 1989, *précitée*, cons. 26 ; Décision n° 96-378 D.C. du 23 juillet 1996, *précitée*, cons. 27 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 20 ; Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 76 ; Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, *Rec.* p. 70, cons. 22 ; Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, *Rec.* p. 179, cons. 22-24 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, *Rec.* p. 122, cons. 69 ; Décision n° 2012-652 D.C. du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, *Rec.* p. 158, cons. 7.

³²⁸ Décision n° 2012-223 Q.P.C. du 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia*, *Rec.* p. 126, cons. 4-5 ; Décision n° 2012-257 Q.P.C. du 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autre*, *Rec.* p. 298, cons. 4-5 (souligné par nous).

b) L'article 34 de la Constitution, vecteur de développement des composantes de l'ordre public « matériel »

171. L'article 34 de la Constitution constitue, à double titre, le vecteur à partir duquel le Conseil constitutionnel définit le contenu de l'ordre public matériel. Cette disposition lui permet de déterminer les composantes des objectifs de préservation de l'ordre public (1) et de préciser la notion d'« exigences de l'ordre public » (2).

1) Le développement des composantes des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public

172. Le rattachement des objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et de leurs composantes à des dispositions de la Constitution s'est fait en plusieurs étapes dans la jurisprudence constitutionnelle. Dans la décision du 27 juillet 1982 relative à la loi sur la communication audiovisuelle, le Conseil qualifie explicitement la sauvegarde de l'ordre public d'objectif de valeur constitutionnelle³²⁹. En revanche, bien que la recherche des auteurs d'infractions soit évoquée à plusieurs reprises depuis la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi *sécurité et liberté*³³⁰, celle-ci n'est qualifiée d'objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil qu'en 1995, dans la décision portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité intérieure³³¹.

173. La question se pose de savoir sur quelle base textuelle le Conseil s'appuie pour dégager et définir les objectifs de préservation de l'ordre public³³². Cette détermination est essentielle, puisque « le pouvoir de création normatif qui est le sien lui impose de déterminer avec clarté et précision les principes auxquels il assigne valeur constitutionnelle »³³³.

174. Comme indiqué précédemment, il n'existe pas, dans la Constitution, de dispositions qui consacrent ces deux objectifs. En dépit de tentatives doctrinales, le Conseil ne les rattache pas, non plus, à des clauses de fond ayant un lien avec l'ordre public. Pour plusieurs auteurs,

³²⁹ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *précitée*, cons. 4.

³³⁰ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 62 ; Décision n° 86-211 D.C. du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, Rec. p. 120, cons. 3 ; Décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, *précitée*, cons. 5.

³³¹ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 3-4.

³³² *Idem*, cons. 4.

³³³ C. FRANCK, note sous décision n° 80-127 D.C., 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *J.C.P. G.*, 1981, 19701.

la sauvegarde de l'ordre public pourrait être reliée à l'intérêt général³³⁴ ou à la continuité de l'État³³⁵. Dans la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi *sécurité et liberté*, la prévention des atteintes à l'ordre public, comme la recherche des auteurs d'infractions, sont qualifiées de « fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle »³³⁶.

175. Dans la décision du 12 mai 2010 portant sur la loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, le Conseil constitutionnel établit également un lien explicite entre l'intérêt général et l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, justifiant des limites à la liberté d'entreprendre³³⁷. Néanmoins, si cet objectif se rattache *conceptuellement* à la préservation de l'intérêt général³³⁸, qui « joue en quelque sorte le rôle de principe matriciel » et de clause générale implicite³³⁹, cette qualification ne constitue pas un *fondement constitutionnel* proprement dit.

176. Par ailleurs, l'objectif de sauvegarde de l'ordre public pourrait se rattacher à certaines dispositions de la Constitution, telles que l'article 2³⁴⁰, l'article 12 de la Déclaration de 1789³⁴¹ ou l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946³⁴². Cependant, le Conseil ne s'est jamais appuyé sur ces dispositions pour dégager le fondement textuel de cet objectif de valeur constitutionnelle.

177. Il n'a jamais confirmé, non plus, les tentatives de rattachement de l'objectif de recherche des auteurs d'infractions à certaines dispositions de la Constitution. Pour François Luchaire, cet objectif pouvait trouver un ancrage aux articles 7 et 8 de la Déclaration de 1789 relatifs à la légalité des délits et des peines³⁴³. Selon Pierre de Montalivet, les articles 5 et 7 de la Déclaration seraient deux fondements possibles, dans la mesure où ils habilitent le

³³⁴ J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », *op. cit.*, p. 378 ; G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, spéc. pp. 125-131 ; C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 704.

³³⁵ J.-P. MARKUS, « La continuité de l'État en droit public interne », *R.D.P.*, 1999, pp. 1067-1107, spéc. pp. 1082-1083.

³³⁶ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 58.

³³⁷ Décision n° 2010-605 D.C. du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, *Rec.* p. 78, cons. 23-25. Voir également : Décision n° 2012-652 D.C. du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, *Rec.* p. 158, cons. 7 et 8.

³³⁸ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, spéc. p. 128.

³³⁹ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, p. 245.

³⁴⁰ B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 1999, pp. 25-34, spéc. p. 31.

³⁴¹ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 92.

³⁴² F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 367.

³⁴³ F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2005, p. 675-684, spéc. p. 677.

législateur à prohiber certains comportements, ce qui suppose la recherche de leurs auteurs³⁴⁴. Toutefois, le Conseil « n'indique pas ce qui lui a permis d'admettre l'existence » de ces objectifs de valeur constitutionnelle³⁴⁵.

178. A défaut de clauses de fond, les objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions ainsi que leurs composantes trouveraient un ancrage, par ricochet, à l'article 34 de la Constitution. C'est ce qui peut se déduire des décisions du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1982 et du 25 janvier 1985, respectivement relatives aux lois sur la liberté de communication et l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie³⁴⁶. Le Conseil constitutionnel dégage de l'article 34 la mission de conciliation confiée au législateur entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des libertés. C'est donc à l'occasion du rattachement de l'opération de conciliation à cette disposition que le Conseil crée et précise cet objectif de valeur constitutionnelle.

179. Comme le relève le Président Bruno Genevois, « au lieu de se référer directement à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public pris en tant que règle de fond », le Conseil « se réfère aux dispositions de l'article 34 qui définissent la compétence du législateur en matière de libertés publiques »³⁴⁷. Dans la décision du 18 janvier 1995, c'est aussi lors de la définition de la mission de conciliation appartenant au législateur que le Conseil consacre la recherche des auteurs d'infractions d'objectif de valeur constitutionnelle³⁴⁸.

180. Cette disposition apparaît ainsi comme le vecteur de consécration des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public et du développement de leurs composantes. Lors de l'examen de la conciliation effectuée par le législateur, le Conseil saisit le renouvellement des impératifs de l'ordre public et définit le contenu des objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions. Plusieurs techniques peuvent être mobilisées.

181. En premier lieu, c'est en définissant l'opération de conciliation dans la décision du 18 janvier 1995 que le Conseil détermine la première composante de l'objectif de sauvegarde de

³⁴⁴ P DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 93-94.

³⁴⁵ J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *op. cit.*, spéc. p. 334.

³⁴⁶ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *précitée*, cons. 4 ; Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *précitée*, cons. 4.

³⁴⁷ B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, *op. cit.*, p. 293 ; C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. 723.

³⁴⁸ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 3-4.

l'ordre public³⁴⁹, à savoir la sécurité des personnes et des biens³⁵⁰. Dans la décision du 16 juin 1999 relative à la loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière, il considère que cet objectif inclut également la prévention des atteintes à l'intégrité physique des personnes. Le Conseil indique que « la prévention des atteintes à l'ordre public, *notamment* d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, et la recherche des auteurs d'infractions sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre *ces* objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties »³⁵¹. Le Conseil ne consacre pas ici un nouvel objectif proprement dit, mais bien une composante de l'objectif de prévention d'atteintes à l'ordre public.

182. La précision des composantes des deux objectifs de valeur constitutionnelle peut intervenir, en second lieu, lors du résultat de la conciliation opérée par le législateur. Le Conseil précise les composantes de l'objectif considéré lors de l'examen, en l'espèce, de la conciliation. Dans la décision du 20 novembre 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil considère que la lutte contre l'immigration irrégulière « participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui est une exigence de valeur constitutionnelle »³⁵². Il conclut que « la loi déferée opère, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »³⁵³.

183. A propos de mesures restreignant l'exercice du droit d'asile, le Conseil indique que « le législateur a voulu concilier le respect du droit d'asile et, en évitant des demandes de caractère dilatoire, la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement, qui *participe* de la sauvegarde de l'ordre public »³⁵⁴. Dans la décision du 15 novembre 2007 portant sur la loi relative à l'immigration, il s'appuie, là aussi, sur la conciliation opérée par le législateur pour préciser que la sauvegarde de l'ordre public inclut la lutte contre la fraude³⁵⁵.

³⁴⁹ Ou de prévention des atteintes à l'ordre public, les deux expressions étant employées de manière indifférenciée. Voir : Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 62 ; Décision 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 20.

³⁵⁰ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 3.

³⁵¹ Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *précitée*, cons. 2 (souligné par nous).

³⁵² Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 23. Dans le même sens, décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, *Rec.* p. 252, cons. 64.

³⁵³ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 23.

³⁵⁴ *Idem*, cons. 57 (souligné par nous).

³⁵⁵ Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 11.

184. En troisième lieu, en s'appuyant à la fois sur la définition de la mission de conciliation et sur son résultat, le Conseil dégage deux composantes de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. Dans la décision du 19 janvier 2006 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme, le Conseil rappelle « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre d'une part *la prévention des atteintes à l'ordre public* [...] et d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ». Il précise « *qu'en l'espèce* », le législateur a assorti la disposition législative contestée de « limitations et précautions [...] propres à assurer la conciliation qui lui incombe entre d'une part le respect de la vie privée des personnes et la liberté d'entreprendre des opérateurs et d'autre part, *la prévention des actes terroristes* »³⁵⁶.

185. Si le Conseil ne consacre pas un nouvel objectif de valeur constitutionnelle, il découle de cette décision que la prévention des actes terroristes participe désormais à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public³⁵⁷. Cette technique se retrouve dans la décision du 21 février 2008, relative à la loi sur la rétention de sûreté. Il résulte de ses considérants 13 et 22 que la prévention de la récidive participe de l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public³⁵⁸.

186. En plus de constituer le vecteur à partir duquel le Conseil constitutionnel indique les composantes des objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, l'article 34 de la Constitution permet au Conseil de préciser la notion, plus large, d'« exigences de l'ordre public ».

2) La précision des « exigences de l'ordre public »

187. L'interprétation de la notion d'ordre public retenue par le Conseil constitutionnel dépasse les deux objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions. La notion d'« exigences de l'ordre public », apparue dans la décision du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration³⁵⁹, vise un

³⁵⁶ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 9-10 (souligné par nous).

³⁵⁷ F. ROLIN et S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *A.J.D.A.*, 15 mai 2006, pp. 975-982.

³⁵⁸ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 13 : « ...il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre d'une part *la prévention des atteintes à l'ordre public* nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » et cons. 22 : « le législateur a assorti la procédure de placement en rétention de sûreté de garanties propres à assurer la conciliation qui lui incombe entre d'une part, la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire et d'autre part, *l'objectif de prévention de la récidive poursuivi* » (souligné par nous).

³⁵⁹ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 56, 60, 87 et 116.

contenu plus large. Elle correspond non seulement aux deux objectifs de préservation de l'ordre public³⁶⁰, mais aussi à la possibilité, pour le législateur, « de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ». De façon constante, le Conseil considère qu'« il lui incombe d'assurer *ce faisant* la conciliation des exigences de l'ordre public et de la garantie des libertés constitutionnellement protégées »³⁶¹.

188. Fondement de la mission de conciliation confiée au législateur, l'article 34 de la Constitution apparaît comme le vecteur de développement des exigences de l'ordre public. Dans la décision du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure, le Conseil précise, à propos de l'examen du délit de racolage passif, que les exigences de l'ordre public comprennent « la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques »³⁶². Dans la décision du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes, le Conseil constitutionnel considère que l'infraction contestée, consistant à réprimer le fait de participer sciemment à un groupement en vue de la préparation de violences volontaires, « répond à *l'exigence d'ordre public de lutte contre les violences* faites aux personnes et les dommages causés aux biens perpétrés par des personnes réunies en groupe »³⁶³.

189. Le recours à la notion d'exigences de l'ordre public permet au Conseil constitutionnel d'englober non seulement la branche policière de l'ordre public mais aussi, et surtout, sa branche pénale. La qualification de l'ordre public d'« objectif » puis d'« exigence » dans la jurisprudence constitutionnelle illustre, par là même, la « transcendance » de cette notion³⁶⁴.

190. La mission de conciliation du législateur constitue ainsi l'ancrage à partir duquel le Conseil précise les composantes de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, ainsi que les exigences de l'ordre public susceptibles de limiter l'exercice des droits garantis. Dès lors, les impératifs de l'ordre public s'enracinent progressivement dans la Constitution, à travers les dispositions relatives à la compétence du législateur. Outre l'article 34, le Conseil constitutionnel s'appuie sur une deuxième catégorie d'ancrages formels, contenus dans les réserves spécifiques de compétence législative.

³⁶⁰ *Idem*, cons. 87 ; Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 17.

³⁶¹ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 23 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 60 ; Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, *Rec.* p. 70, cons. 4 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 75 (souligné par nous).

³⁶² Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 60-61.

³⁶³ Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 6.

³⁶⁴ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 318.

B) *Les réserves spécifiques de compétence législative*

191. A la différence de la clause générale contenue dans l'article 34 de la Constitution, les réserves spécifiques de compétence législative sont insérées dans des dispositions de fond relatives à un ou plusieurs droits et libertés déterminés. Elles s'en rapprochent néanmoins dans la mesure où ces dispositions habilitent le seul législateur à définir l'exercice de ces droits. Les réserves spécifiques de compétence législative autorisent le législateur à restreindre le champ d'application matériel du droit protégé, notamment pour répondre aux impératifs d'ordre public.

192. Les réserves spécifiques de compétence législative se retrouvent principalement dans la Déclaration de 1789. En vertu de l'article 10, « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation *ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». Conformément à l'article 11, « tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, *sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». De plus, l'article 7 dispose que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu *que dans les cas déterminés par la Loi* et selon les formes qu'elle a prescrites » ; l'article 8 précise que la « *loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* » et selon l'article 9, « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement *réprimée par la loi* ». Dans une moindre mesure, des réserves spécifiques de compétence législative figurent au sein du Préambule de la Constitution de 1946. L'alinéa 7 précise que le droit de grève « s'exerce dans le cadre *des lois qui le réglementent* ».

193. Deux catégories de réserves spécifiques peuvent être identifiées. Sur le fondement des articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789 et de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, le législateur est habilité à définir, réglementer et limiter l'exercice *d'un droit spécifiquement protégé* (a). Quant aux articles 7, 8 et 9 de la Déclaration, ils se présentent davantage comme des exceptions *au principe général de liberté* (b). Selon l'analyse de Jacques Chevallier, la loi peut fixer des limites à l'exercice de la Liberté en vertu de ces articles, puisqu'ils autorisent l'édiction d'incriminations et de pénalités³⁶⁵. Le Conseil constitutionnel se fonde sur ces deux types de réserves spécifiques de compétence législative pour déterminer les ancrages de l'ordre public dans la Constitution.

³⁶⁵ J. CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », *op. cit.*, spéc. p. 31.

a) Les réserves de compétence législative, sources de restrictions à l'exercice de droits déterminés

194. Les réserves spécifiques de compétence législative, contenues dans les articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789 et l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, sont autant de fondements à partir desquels le Conseil rattache la mission de conciliation entre l'exercice de ces droits et les exigences de l'ordre public. Ces dispositions sont complémentaires à l'article 34 de la Constitution, notamment lorsqu'un droit ou une liberté spécifique est mise en cause par le législateur. Dans les décisions relatives à la liberté de communication, le Conseil s'appuie à la fois sur l'article 11 de la Déclaration de 1789 et l'article 34 de la Constitution pour préciser la mission de conciliation incombant au législateur entre l'exercice de cette liberté et les principes de valeur constitutionnelle³⁶⁶, tels que l'objectif de sauvegarde de l'ordre public³⁶⁷.

195. Dans la décision du 28 février 2012 relative à la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, le Conseil se réfère également à ces deux articles, pour considérer qu'il est loisible au législateur « d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers »³⁶⁸.

196. La notion d'« abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » inscrite à l'article 11 de la Déclaration habilite par là même le législateur à restreindre l'exercice de la liberté d'expression pour des motifs d'ordre public. Elle se différencie de l'« abus de droit » prévue à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, au sens de la Convention, cette dernière n'a pas pour objet de « conférer aux États une compétence de limitation des droits et libertés conventionnels »³⁶⁹. Pour la Cour, l'abus de droit en matière de

³⁶⁶ Décision n° 94-345 D.C. du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, Rec. p. 106, cons. 4-6.

³⁶⁷ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *précitée*, cons. 5 ; Décision n° 86-217 D.C. du 18 septembre 1986, *précitée*, cons. 7-8 ; Décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989, *op. cit.*, cons. 26 ; Décision n° 96-378 D.C. du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, Rec. p. 99, cons. 27.

³⁶⁸ Décision n° 2012-647 D.C. du 28 février 2012, *précitée*, cons. 5.

³⁶⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 541-566, spéc. p. 546. Voir également : A. SPIELMANN, « La convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 673-686 ; G. COHEN-JONATHAN, « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 517-543.

liberté d'expression ne relève pas du domaine protégé de ce droit. Celui-ci lui est « extérieur » et délimite son champ d'application matériel³⁷⁰. Stéphane Van Drooghenbroeck insiste sur le point que la liberté d'expression « revendiquée à dessein liberticide devra être considérée comme n'étant pas couverte par l'article 10 §1 de la Convention et [...] les limitations dont elle fera l'objet ne seront pas comptables des conditions de validité énoncées par le paragraphe 2 de cette disposition »³⁷¹.

197. Il en est autrement de l'abus de droit prévu à l'article 11 de la Déclaration de 1789. Le Conseil considère que c'est un fondement à partir duquel le législateur est habilité à restreindre l'exercice de la liberté d'expression. Il vérifie ainsi que les limites qui lui sont apportées sont conformes à la Constitution.

198. Dans la décision du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure, le Conseil se réfère aux seuls articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789 pour dégager la mission de conciliation incombant au législateur et examiner la disposition législative réprimant les outrages à l'hymne national et au drapeau tricolore³⁷². Les réserves de compétence législative contenues dans les articles 10 et 11 de la Déclaration constituent des assises textuelles aux exigences de l'ordre public, lorsqu'il s'agit de limiter l'exercice des libertés que ces dispositions protègent.

199. Par ailleurs, l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatif au droit de grève est la seule disposition de ce texte comprenant une référence explicite à la compétence du législateur pour réglementer l'exercice des droits reconnus³⁷³. Certes, cette disposition n'habilite pas directement le législateur à limiter l'exercice du droit de grève.

³⁷⁰ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., pp. 611-612.

³⁷¹ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », op. cit., p. 546.

³⁷² Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, précitée, cons. 101-103.

³⁷³ Les différents droits proclamés semblent rédigés en termes absolus : l'alinéa 4 dispose que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République », l'alinéa 5 précise que « chacun a le droit d'obtenir un emploi » et il résulte de l'alinéa 6 que « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Pour autant, l'habilitation du législateur pour encadrer l'exercice des droits proclamés au lendemain de la seconde Guerre Mondiale n'est pas si lointaine, notamment lorsque le Préambule précise que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » (alinéa 10), que cette même Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » (alinéa 11) ou encore « garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture » (alinéa 13) (souligné par nous).

Toutefois, cette faculté a été reconnue par le Conseil d'État puis le Conseil constitutionnel. Réglementer inclut la possibilité de limiter³⁷⁴.

200. Dans l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950, le Conseil d'État considère que la reconnaissance du droit de grève « ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public »³⁷⁵. En dépit de la « rédaction elliptique »³⁷⁶ de l'alinéa 7 du Préambule et de référence expresse à l'ordre public, le législateur est ici habilité à restreindre l'exercice du droit de grève.

201. Le Conseil constitutionnel retient une interprétation similaire à celle du Conseil d'État. Il se livre à une interprétation exégétique du septième alinéa du Préambule pour en préciser le sens, en recherchant l'intention des constituants³⁷⁷. Dans la décision du 25 juillet 1979 portant sur la loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, le Conseil indique qu'« en édictant cette disposition, les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte »³⁷⁸.

202. Au titre des objectifs de sauvegarde de l'intérêt général, le Conseil reconnaît la continuité du service public³⁷⁹, ainsi que la protection de la santé et la sécurité des personnes et des biens³⁸⁰. Ce dernier, composante de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, trouve donc une assise textuelle dans la réserve de compétence législative inscrite à l'alinéa 7 du

³⁷⁴ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., pp. 382-383. Voir aussi : G. PECES BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 433.

³⁷⁵ C.E., Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. Lebon, p. 426 (souligné par nous) ; R.D.P., 1950, pp. 691-709, concl. Gazier, note M. Waline.

³⁷⁶ B. MATHIEU, « Le droit constitutionnel de la grève », *A.I.J.C.*, 1997, pp. 310-336, spéc. p. 310.

³⁷⁷ Pour une critique du recours à l'exégétique comme méthode d'interprétation, voir : G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., spéc. pp. 69 et s. ; M. TROPER, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 235-245 ; Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », op. cit., spéc. p. 25.

³⁷⁸ Décision n° 79-105 D.C. du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33, cons. 6.

³⁷⁹ *Idem*, cons. 1.

³⁸⁰ Décision n° 80-117 D.C. du 22 juillet 1980, *précitée*, cons. 4 : « considérant que, notamment, s'agissant de la détention et de l'utilisation de matières nucléaires, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue de d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ».

Préambule de la Constitution de 1946. Bien que le Conseil ne pose pas « l'exigence d'une compétence initiale de la loi »³⁸¹ en matière de réglementation du droit de grève, le législateur est habilité à concilier ce droit avec la sauvegarde de l'ordre public et à fixer des limites à son exercice.

203. Sources de restriction pour des droits déterminés, les réserves de compétence législatives contenues dans le texte constitutionnel peuvent également être le fondement de limites au principe général de Liberté.

b) Les réserves de compétence législative, sources de restrictions à l'exercice de la Liberté

204. Les réserves de compétence législative contenues au sein des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 revêtent une signification différente de précédentes. Elles autorisent le législateur à apporter des restrictions à l'exercice de la Liberté, spécifiquement en matière répressive, et encadrent, dans le même temps, le législateur. Comme le souligne Marie-Caroline Vincent-Legoux, la sauvegarde de l'ordre public contenue implicitement dans ces dispositions constitue un fondement aux mesures restrictives pouvant être prononcées en cours de procédure pénale, mais aussi aux sanctions pénales³⁸². Parallèlement, l'expression « *que dans les cas déterminés par la loi* » inscrite à l'article 7 de la Déclaration signifie que « la détention est l'exception » et « qu'elle doit être prévue précisément par la loi »³⁸³.

205. Ces dispositions sont à la fois des normes « protectrices », puisqu'elles constituent en elles-mêmes des droits-garanties en matière répressive³⁸⁴, et des « normes d'habilitation »³⁸⁵, dans la mesure où elles autorisent le législateur à restreindre l'exercice de la Liberté.

206. Dans la décision du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le Conseil vise les articles 7, 8 et 9 mais aussi 6 et 16 de la Déclaration et l'article 66 de la Constitution afin d'énoncer son considérant de principe, relatif à la conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs

³⁸¹ L. JANICOT, « Le Préambule de la Constitution de 1946 et la loi », in Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Editions Panthéon Assas, L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 45-59, spéc. p. 53.

³⁸² M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, op. cit., pp. 40 et s.

³⁸³ L. PHILIP, « Les libertés (Débats) », in L. FAVOREU (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1990, pp. 161-169, spéc. p. 162.

³⁸⁴ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., spéc. pp. 401-413.

³⁸⁵ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, op. cit., spéc. p. 435.

d'infractions et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties³⁸⁶. Il s'appuie à la fois sur l'article 34 de la Constitution et les articles 7 et 8 de la Déclaration pour considérer que, « compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public », il appartient au législateur de « fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits [...] »³⁸⁷.

207. Les réserves de compétence législative prévues aux articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 constituent des assises textuelles à partir desquelles le législateur peut concrétiser les exigences de l'ordre public, sources de limites au principe général de Liberté. Dans la décision du 2 mars 2004, le Conseil précise « qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que le législateur peut prévoir des mesures d'investigations spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs [...] »³⁸⁸. De ces dispositions, le Conseil en déduit des règles juridiques précises³⁸⁹.

208. Par ailleurs, l'habilitation du législateur pour définir les exigences de l'ordre public sur le fondement de ces réserves de compétence législative résulte des décisions mobilisant le principe de nécessité des peines, inscrit à l'article 8 de la Déclaration de 1789. Depuis la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi *sécurité et liberté*³⁹⁰, le Conseil considère que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » et précise qu'il ne lui « appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur *en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par lui* »³⁹¹. En conférant au seul législateur la faculté de définir la nécessité des peines et ainsi, les mesures privatives de liberté, l'article 8 apparaît comme une norme d'habilitation.

209. Les exigences de l'ordre public s'enracinent dans la Constitution à travers ses dispositions formelles, à savoir la clause générale et les réserves spécifiques de compétence législative. Néanmoins, ces ancrages ne permettent pas, à eux seuls, de saisir l'ensemble des

³⁸⁶ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 3-4.

³⁸⁷ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 5 ; Décision n° 98-399 D.C. du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, Rec. p. 245, cons. 7 ; Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 8.

³⁸⁸ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 6.

³⁸⁹ Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *op. cit.*, spéc. pp. 13 et s.

³⁹⁰ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 12-13.

³⁹¹ Par exemple : décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 14 (souligné par nous).

fondements sur lesquels s'appuie le Conseil constitutionnel pour préciser les exigences de l'ordre public, sources de limites aux droits fondamentaux.

§2. Les ancrages substantiels de l'ordre public dans la Constitution

210. Le Conseil constitutionnel rattache le renouvellement des exigences de l'ordre public non seulement à des clauses de compétences, mais aussi à partir de clauses de fond de la Constitution. Comme le souligne Christophe Vimbert, le Conseil a « puisé directement dans la prééminence de l'ordre public », cette fois comme règle de fond, « l'habilitation du législateur à intervenir pour restreindre une liberté constitutionnelle »³⁹². En particulier, le Conseil s'appuie sur la conception consubstantielle de l'ordre public et des libertés, ancrée dans la Constitution (A) et sur des clauses substantielles (B), pour préciser la compétence du législateur en la matière, en dépit de référence expresse à l'ordre public.

A) L'interprétation constructive de la consubstantialité de l'ordre public et des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel

211. L'analyse de la jurisprudence démontre que la consubstantialité de l'ordre public et des droits fondamentaux mise en avant par le Conseil constitutionnel lui permet de « hisser » la notion d'ordre public au plus haut rang de la hiérarchie des normes (a). Il en déduit la compétence du législateur pour déterminer des limites à l'exercice des droits et libertés garantis (b).

a) La justification de la constitutionnalisation de l'ordre public

212. Dès ses premières décisions, le Conseil constitutionnel souligne la nécessaire poursuite, par le législateur, d'objectifs en matière d'ordre public pour assurer l'exercice des

³⁹² C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 723.

droits et libertés garantis. Ce faisant, il consacre et justifie la valeur constitutionnelle de l'ordre public et de ses composantes. Quatre étapes peuvent être identifiées.

213. Dans un premier temps, le Conseil met en exergue la conception consubstantielle de l'ordre public et des droits fondamentaux pour justifier la valeur constitutionnelle de l'objectif de sécurité des personnes et des biens. Dans la décision du 22 juillet 1980 portant sur la loi relative à la protection et au contrôle des matières nucléaires, il considère que « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle »³⁹³.

214. Or, le Conseil se fonde uniquement sur l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, qui prévoit la compétence du législateur pour réglementer l'exercice de ce droit. Autrement dit, si l'alinéa 7 constitue le *fondement* en vertu duquel le législateur est compétent pour fixer des limites à l'exercice du droit de grève, c'est bien la nécessité d'assurer la protection de la sécurité des personnes et des biens pour l'exercice effectif des droits garantis qui *justifie* la valeur constitutionnelle de cette composante de l'ordre public.

215. Dans un second temps, le Conseil met de nouveau en avant la consubstantialité de l'ordre public et des droits fondamentaux pour reconnaître, implicitement, la valeur constitutionnelle de deux composantes de l'ordre public. Dans la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi *sécurité et liberté*, il précise que « la recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont *nécessaires à la mise en œuvre* de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle »³⁹⁴. Le Conseil considère que l'exercice des libertés, consacrées sur le plan constitutionnel, ne saurait prospérer sans l'adoption de mesures ayant pour but la recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public, même si celles-ci apportent des restrictions à ces libertés.

216. Certes, cette « remarque générale »³⁹⁵ est imprécise. Le Conseil n'identifie pas les principes et droits de valeur constitutionnelle auxquels il fait référence³⁹⁶. Au surplus, il ne se

³⁹³ Décision n° 80-117 D.C. du 22 juillet 1980, *précitée*, cons. 4 (souligné par nous).

³⁹⁴ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 56 (souligné par nous).

³⁹⁵ L. PHILIP, « La décision sécurité et liberté des 19 et 20 janvier 1981 », *R.D.P.*, 1981, pp. 651-685, spéc. p. 673.

fonde sur aucune disposition de la Constitution. Pour autant, les composantes de l'ordre public visées par le Conseil tendent à accéder au rang constitutionnel, au regard du but que la Constitution leur assigne : la mise en œuvre des droits et principes de valeur constitutionnelle. C'est bien parce que le Conseil considère ces objectifs « coextensifs » à la Constitution elle-même, qu'il les élève au rang de norme de valeur constitutionnelle³⁹⁷.

217. Le Conseil constitutionnel met en exergue, dans un troisième temps, les deux « aspects » de la consubstantialité de l'ordre public et des libertés afin de justifier l'adoption par le législateur de limites à l'exercice des droits fondamentaux. En effet, bien que la poursuite d'objectifs en matière d'ordre public soit nécessaire à l'exercice de la liberté, les limites qui en découlent ne doivent pas, en contrepartie, dépasser cette nécessité. Dans la décision du 27 juillet 1982 relative à la loi sur la communication audiovisuelle, il s'appuie sur ce raisonnement pour *justifier* la consécration de la sauvegarde de l'ordre public comme objectif de valeur constitutionnelle, alors que ce sont les articles 34 de la Constitution et 11 de la Déclaration de 1789 qui servent de *fondements* à la compétence du législateur pour concilier l'exercice des droits garantis avec cet objectif.

218. Le Conseil considère que la réglementation contestée, « qui répond dans des circonstances données à la sauvegarde de l'ordre public, *ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à garantir l'exercice d'une liberté* »³⁹⁸. Il appartient ainsi au législateur de « concilier l'exercice de la liberté de communication avec les objectifs de valeur constitutionnelle », tels que la sauvegarde de l'ordre public³⁹⁹. Comme le relève Véronique Champeil-Desplats, le Conseil affine dans cette décision « les standards qui expriment l'exigence de conciliation »⁴⁰⁰.

219. Dans un dernier temps, c'est dans la décision du 25 janvier 1985 relative à la loi sur l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie que la consubstantialité transparait le plus, dans la mesure où il est clairement établi un « couplage entre l'ordre et la liberté »⁴⁰¹. Là encore, la

³⁹⁶ *Ibidem* ; C. FRANCK, note sous décision n° 80-127 D.C., 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes », *op. cit.*

³⁹⁷ C. FRANCK, « L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature », *J.C.P. G.*, 1986, I, 3256.

³⁹⁸ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *précitée*, cons. 4.

³⁹⁹ *Idem*, cons. 5 (souligné par nous).

⁴⁰⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus politicum*, vol. IV, 2012, pp. 51-72, spéc. p. 71.

⁴⁰¹ F. LUCHAIRE, note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances, *op. cit.*, spéc. p. 365. Voir aussi : P. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1987, pp. 1489-1515, spéc. p. 1496.

consubstantialité sert à *justifier* la constitutionnalisation de la sauvegarde de l'ordre public, tandis que l'article 34 de la Constitution constitue le *fondement* de la compétence du législateur pour concilier ces principes antagonistes. Le Conseil considère qu'en vertu de cet article, « il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public *sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* »⁴⁰².

220. Si l'article 4 de la Déclaration de 1789 n'est pas visé en l'espèce, la référence aux libertés d'autrui et à l'idéologie libérale résultent manifestement de ce considérant. Puisque la préservation des libertés d'autrui, protégées sur le plan constitutionnel, implique nécessairement la sauvegarde de l'ordre public, celui-ci acquiert la même valeur normative, afin d'assurer l'exercice des libertés. Comme le constate Patrick Wachsmann, « la référence aux droits d'autrui sert de justification, et non à proprement parler de fondement, à la constitutionnalisation de l'ordre public »⁴⁰³. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'ordre public et de ses composantes constitue en cela un « phénomène inévitable »⁴⁰⁴, car seule une norme de même valeur normative que les droits et libertés peut justifier des restrictions à leur exercice⁴⁰⁵.

221. La consubstantialité de l'ordre public et des droits fondamentaux, inhérente au texte constitutionnel, justifie par conséquent la constitutionnalisation de l'ordre public. Logiquement, le Conseil s'appuie sur cette dialectique pour reconnaître l'ordre public comme une « limite immanente » aux droits fondamentaux, c'est-à-dire sans se référer à des clauses de la Constitution.

⁴⁰² Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *précitée*, cons. 4. Ce considérant est repris de manière constante par le Conseil constitutionnel. Par exemple : Décision n° 2012-279 Q.P.C. du 5 octobre 2012, *M. Jean-Claude P.*, Rec. p. 514, cons. 14.

⁴⁰³ P. WACHSMANN, note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *op. cit.*, spéc. p. 363.

⁴⁰⁴ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt après », *op. cit.*, p. 698.

⁴⁰⁵ F. LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 215-233, spéc. p. 223. Sur ce point et pour une critique de cette objection : G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 109.

b) La reconnaissance de l'ordre public comme « limite immanente » aux droits fondamentaux

222. La notion de « limites immanentes » aux droits fondamentaux a été dégagée en droit constitutionnel allemand. Dans la Loi Fondamentale, les droits consacrés ne sont pas tous assortis d'une « réserve d'ingérence législative »⁴⁰⁶. Ce constat a conduit la Cour Constitutionnelle à admettre la possibilité d'apporter des limites à leur exercice, au regard de la « collision » entre droits fondamentaux ou entre un droit fondamental et d'autres principes constitutionnels⁴⁰⁷. Pour ce faire, la Cour retient une interprétation extensive des normes constitutionnelles. Elle prend en compte « tous les biens juridiques protégés par la Loi Fondamentale », afin d'autoriser le législateur à limiter l'exercice des droits et libertés dépourvus de réserves d'ingérence législative⁴⁰⁸.

223. En ce sens, les « limites immanentes » peuvent être définies, selon David Capitant, comme « les limites applicables à tous les droits fondamentaux qui, au contraire des réserves d'ingérence législative, ne sont pas exprimées expressément dans le texte constitutionnel. Ces limites sont "immanentes" au droit en cause dans la mesure où elles existent indépendamment de toute précision expresse »⁴⁰⁹.

224. En droit constitutionnel français, il a pu être observé qu'au regard de la clause générale de compétence législative contenue à l'article 34 de la Constitution, la question de limites immanentes aux droits fondamentaux ne se posait pas⁴¹⁰. Cette disposition autorise en effet le législateur à limiter l'exercice des droits garantis et constitue le fondement à partir duquel le Conseil constitutionnel rattache la mission de conciliation du législateur et consacre les objectifs en matière d'ordre public.

225. Pour autant, le Conseil ne se fonde pas systématiquement sur cette disposition. S'il a pu être souligné que cette hypothèse est plutôt rare⁴¹¹, elle se vérifie toutefois à bien des égards. Dans plusieurs décisions, le Conseil ne se fonde ni sur l'article 34, ni sur aucune autre

⁴⁰⁶ Tels que l'article 3 alinéa 1 de la Loi Fondamentale relatif au principe d'égalité ; l'article 4 alinéa 1 relatif à la liberté de croyance, de conscience et de profession de foi ; l'article 4 alinéa 3 relatif au droit à l'objection de conscience ; l'article 5 alinéa 3 relatif à la liberté de l'art, de la science, de la recherche et de l'enseignement supérieur ; l'article 8 alinéa 1 relatif à la liberté de réunion paisible et sans armes et l'article 16 alinéa 2 relatif à l'interdiction de l'extradition des allemands.

⁴⁰⁷ Sur le fondement de ces limites immanentes et les thèses abandonnées : D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., pp. 147 et s.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 152.

⁴¹⁰ *Idem*, p. 155.

⁴¹¹ L. JANICOT, « Le Préambule de la Constitution de 1946 et la loi », op. cit., spéc. p. 48, note n° 17.

disposition de la Constitution, pour définir la conciliation incombant au législateur en vue de l'examen des limites apportées aux droits et libertés⁴¹².

226. Dans la décision du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, il considère, par exemple, « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, et les exigences de la liberté individuelle et du droit à une vie familiale normale », sans se référer à la moindre disposition constitutionnelle⁴¹³.

227. Même si l'article 34 constitue le vecteur à partir duquel le Conseil précise les composantes de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, il peut en dégager certaines sans se référer à cet article et en dehors du considérant de principe relatif à l'opération de conciliation. Dans la décision du 25 juillet 1991 relative à la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen, le Conseil souligne que la protection des personnes constitue une composante de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, sans s'appuyer sur un article de la Constitution⁴¹⁴.

228. De la même manière, à propos d'une disposition examinée dans la décision du 16 juillet 1996 relative à la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme, il précise que « le législateur a pu, compte tenu de l'*objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme*, prévoir la possibilité pour une durée limitée pour l'autorité administrative de déchoir la nationalité de ceux qui l'ont acquise »⁴¹⁵. Bien qu'il ait été soutenu que le Conseil avait consacré ici un nouvel objectif de valeur constitutionnelle⁴¹⁶, le renforcement de la lutte contre le terrorisme constitue davantage, au regard de son objet, une composante de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public⁴¹⁷.

229. Au regard de ces décisions, il est possible de considérer que le Conseil fonde les objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public sur l'ensemble de la

⁴¹² Décision 93-323 D.C. du 5 août 1993, *précitée*, cons. 5 et 9 ; Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 3 ; Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 11 et 16 ; Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *précitée*, cons. 2 ; Décision 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 60 ; Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 9.

⁴¹³ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 19.

⁴¹⁴ Décision n° 91-294 D.C. du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, *Rec.* p. 91, cons. 17.

⁴¹⁵ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 23 (souligné par nous).

⁴¹⁶ B. MATHIEU, in B. MATHIEU, S. AIVAZZADEH, M. VERPEAUX, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.*, 29 novembre 1996, n° 144, pp. 5-9, spéc. p. 7.

⁴¹⁷ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 275.

Constitution et, en particulier, sur les dispositions écrites qui consacrent les droits et libertés⁴¹⁸. L'ordre public relèverait « de l'évidence ou de l'immanence, c'est-à-dire de la nature même des choses »⁴¹⁹. Il trouverait sa source dans une certaine « idée de droit »⁴²⁰. Comme le souligne Shirley Leturcq, le Conseil constitutionnel fait ici prévaloir l'esprit sur la lettre du texte de la Constitution⁴²¹. Au regard de la jurisprudence constitutionnelle, c'est donc eu égard à la consubstantialité de l'ordre public et des libertés inhérente à la Constitution, dans son ensemble, que le Conseil reconnaît qu'aucun droit fondamental ne peut être exercé en termes absolus.

230. Tel est le cas du droit à une vie familiale normale, inscrit au dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. En vertu de cet alinéa, « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Dans la décision du 13 août 1993, le Conseil s'appuie exclusivement sur cette disposition pour contrôler la constitutionnalité des articles relatifs aux conditions d'exercice du regroupement familial. Or, l'alinéa 10 ne contient pas de réserve autorisant explicitement le législateur à y apporter des restrictions. Le Conseil constitutionnel considère qu'« *il résulte de cette disposition* que les étrangers, dont la résidence en France est stable et régulière, ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs *sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public* et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle »⁴²².

231. Ce raisonnement se retrouve dans les décisions du 3 septembre 1986 portant sur la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France⁴²³, du 15 décembre 2005 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006⁴²⁴, mais aussi du 20 juillet 2006 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration⁴²⁵. Après avoir rappelé le

⁴¹⁸ *Idem*, pp. 91 et 93.

⁴¹⁹ C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 693-745, spéc. p. 709.

⁴²⁰ Pour E. PICARD, l'ordre public « apparaît comme une norme générale et abstraite qui habite l'idée de droit au même titre que le primat de liberté ». Voir : E. PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 541.

⁴²¹ S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. p. 90.

⁴²² Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 69-70 (souligné par nous).

⁴²³ Décision n° 86-216 D.C. du 3 septembre 1986, *précitée*, cons. 17-18.

⁴²⁴ Décision n° 2005-528 D.C. du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, *Rec.* p. 157, cons. 13-14.

⁴²⁵ Décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, *Rec.* p. 79, cons. 13.

dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil précise « qu'il appartient toutefois au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public [...] et le droit de mener une vie familiale normale »⁴²⁶. Le Conseil déduit uniquement de cette disposition la possibilité pour le législateur d'apporter des restrictions à l'exercice de ce droit, au nom de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public.

232. Il en est de même du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, en vertu duquel « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ». Le Conseil constitutionnel conclut à la possibilité pour la loi d'en réglementer les conditions d'exercice, en vue « de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »⁴²⁷. Après avoir rappelé la valeur constitutionnelle du droit d'asile, le Conseil en précise la signification « *sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public* »⁴²⁸. Là encore, c'est seulement à partir de cette disposition que le Conseil déduit la faculté pour le législateur d'apporter des restrictions à l'exercice de ce droit, pour répondre à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public.

233. La conception de l'exercice des droits et libertés retenue par le Conseil constitutionnel s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence du Conseil d'État. Dès l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950, la juridiction administrative considère à propos du droit de grève que sa reconnaissance « ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit *comme à tout autre* en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public »⁴²⁹. Nonobstant la référence à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil d'État précise ici qu'aucun droit n'est absolu et qu'il doit y être apporté des restrictions lorsque les exigences de l'ordre public l'imposent.

234. Ce faisant, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel s'appuient sur la volonté des Constituants pour considérer que l'ordre public est une « limite immanente » aux droits fondamentaux. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 sur la loi relative au développement des institutions représentatives du personnel⁴³⁰, Léo Hamon souligne que « c'est l'absolutisation du droit de grève » qui est condamnée par le Conseil

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 81.

⁴²⁸ *Idem*, cons. 84 (souligné par nous).

⁴²⁹ C.E., Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *précité* (souligné par nous).

⁴³⁰ Décision n° 82-144 D.C. du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, *Rec.* p. 61.

constitutionnel, « [...] *comme l'aurait été celle de tout autre droit*, car en définitive, c'est l'absolutisation qui est, par nature, contraire aux « grands principes » de la Constitution »⁴³¹. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Dehaene*, le Commissaire du Gouvernement Gazier soutient la même idée. Il précise qu'« admettre sans restriction la grève des fonctionnaires, ce serait [...] consacrer officiellement la notion d'un État à éclipses. Une telle solution est radicalement contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit public »⁴³².

235. En définitive, l'ordre public apparaît comme une « limite immanente » aux droits fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. A travers ses décisions, le Conseil considère, sur la base d'une interprétation systématique de la Constitution⁴³³, qu'aucun droit garanti ne peut être exercé de manière absolue. Malgré l'absence de clause explicite de limitation des droits et libertés dans le texte constitutionnel, chaque droit est relatif, fonction des exigences de l'ordre public définies par le législateur.

236. Comme le soulignait le Doyen Louis Favoreu, « aucune liberté fondamentale n'a de caractère absolu, en ce sens qu'elles sont toutes susceptibles d'être conciliées avec une autre liberté fondamentale, ou avec des principes ou objectifs de valeur constitutionnelle »⁴³⁴. Pour corroborer et appuyer la compétence du législateur en la matière, le Conseil peut se fonder sur certaines clauses substantielles.

B) L'interprétation constructive de clauses substantielles par le Conseil constitutionnel

237. Afin de préciser les contours de la notion d'ordre public et l'étendue de la compétence du législateur pour limiter l'exercice des droits garantis, le Conseil se fonde sur deux dispositions substantielles de la Déclaration de 1789. La première vise à consolider la compétence du législateur pour concrétiser l'ordre public « matériel » (a) ; la seconde, à établir un fondement à l'ordre public « immatériel » (b).

⁴³¹ L. HAMON, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Droit Social*, 1983, n° 3, pp. 155-162, spéc. p. 162 (souligné par nous).

⁴³² F. GAZIER, concl. sur C.E., Ass., *Dehaene*, précité, *R.D.P.*, 1950, pp. 702-709.

⁴³³ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 153.

⁴³⁴ L. FAVOREU, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989, pp. 123-144, spéc. p. 138.

a) L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, fondement complémentaire de la compétence du législateur

238. Dans l'histoire constitutionnelle française, « ne pas nuire à autrui » et respecter « les droits d'autrui » apparaissent comme *les* limites matérielles à l'exercice de la liberté en société. Proposé par le député Alexandre De Lameth, l'article 4 de la Déclaration de 1789 prévoit que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, 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. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Mentionnée dans les Constitutions du 3 septembre 1791, du 24 juin 1793 puis du 22 août 1795⁴³⁵, la limite consistant à ne pas nuire à autrui constitue un élément de continuité constitutionnelle.

239. Cependant, l'article 4 de la Déclaration de 1789 n'est pas exempt d'ambiguïté. Jean-Paul Costa s'interroge sur la signification du verbe nuire et se pose la question de savoir s'il s'agit de « faire du tort à quelqu'un » ou « le gêner »⁴³⁶. Pour Jean Rivero, ce qui nuit à autrui, « c'est ce qui compromet la jouissance de ses droits »⁴³⁷, à savoir « les actes qui portent atteinte aux droits des autres »⁴³⁸.

⁴³⁵ La Constitution du 3 septembre 1791 dispose dans son titre I que « le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice de droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société ». De même, il ressort de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de la Constitution de l'An I du 24 juin 1793 que « la liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui ; elle a pour principe la nature, pour règle la justice, pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : *Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qui te soit fait* ». La Constitution du 5 fructidor an III consacre la même idée à deux reprises : « La liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui » au titre des droits ; « Tous les devoirs de l'Homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les cœurs : Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fit. Faites constamment aux autres le bien que voudriez en recevoir » au titre des devoirs. Aussi, le 24 août 1789, le duc de Lévis propose d'introduire cette formule au sein de l'article 11 de la Déclaration de 1789, comme suit : « Tout homme ayant le libre exercice de sa pensée a le droit de manifester ses opinions, sous la seule condition de ne *pas nuire à autrui* » (souligné par nous). L'expression sera toutefois substituée par l'exception « sauf à répondre des abus de cette liberté, dans les cas prévus par la loi ». Voir : *A.P.*, p. 482.

⁴³⁶ J.-P. COSTA, « Article 4 », in G. CONAC, M. DENENE et G. TEBOUL, *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Histoire, Analyse et commentaires*, Economica, Paris, 1993, pp. 101-113, spéc. p. 102.

⁴³⁷ J. RIVERO, « Les limites de la liberté », *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 189-194, spéc. p. 189.

⁴³⁸ J. RIVERO, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », *R.E.D.P.*, 1990, vol. 2, n° 1, pp. 11-17, spéc. p. 11.

240. En l'absence de contenu précis⁴³⁹, la formulation de l'article 4 a pu être qualifiée de « formule creuse »⁴⁴⁰. Pour le Doyen Georges Vedel, cette disposition est « peu opératoire », puisque « le terme "nuire" suppose que l'on sait dans quels cas l'atteinte aux intérêts d'autrui est légitime et dans quels cas elle est illégitime »⁴⁴¹. La Constitution habilite, certes, le législateur à définir ce qui nuit à autrui et guide son action, mais l'étendue de sa compétence apparaît très large. L'interprétation de cette disposition peut ainsi aboutir à des résultats variables dans le temps. Par exemple, le travail des enfants, « allègrement admis jadis comme ne nuisant pas à autrui, a pu, par l'effet de la loi, être plus tard interdit »⁴⁴².

241. En dépit de sa rédaction imprécise, cette disposition constitue l'un des ancrages de l'ordre public et l'une des sources de limitation des droits et libertés garantis. Si l'article 4 de la Déclaration définit la Liberté dans sa « dimension horizontale »⁴⁴³ et concerne les rapports entre individus, « ce qui nuit à autrui » est relié à l'ordre public. Le respect de l'ordre public participe, en effet, à la protection des libertés d'autrui⁴⁴⁴. Le rapprochement des articles 4 et 5 de la Déclaration met « à jour l'équation "société" = "autrui" », c'est-à-dire « la réduction de la société à une somme d'individus définitivement irréductibles »⁴⁴⁵. Aux yeux des rédacteurs de la Déclaration, les intérêts de la société et de l'individu sont confondus. La dialectique de l'ordre public et des libertés se déduit de ces articles, l'ordre public n'ayant comme fin exclusive que la protection des droits et libertés. En ce sens, l'article 4 contient presque, en lui seul, « toutes les bases du principe de conciliation des droits »⁴⁴⁶.

⁴³⁹ G. VEDEL, Rapport des séances des 19 et 20 janvier 1981 relatives à la décision n° 80-127 D.C., Sécurité et Liberté, in B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU et X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 362-399, spéc. p. 375.

⁴⁴⁰ A ce titre, J.-M. DENQUIN considère qu'« elle ne résout rien sur le plan de la théorie et la pratique l'ignore superbement. En effet, ma liberté de posséder un bien nuit à autrui, puisqu'elle ruine sa liberté de le posséder. Je dois donc y renoncer. Mais autrui ne peut en profiter, puisque c'est alors ma liberté qui serait lésée ». Voir : J.-M. DENQUIN, « Sur les conflits de libertés », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, pp. 545-561, spéc. p. 546.

⁴⁴¹ *Ibidem* ; G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989, pp. 35-64, spéc. p. 36.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ M. FROMONT, « Débats », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989, pp. 89-96, spéc. p. 92.

⁴⁴⁴ Pour P. MALAURIE, « la liberté, impliquant le respect de la liberté d'autrui, implique, par conséquent, l'ordre public ». Voir : P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, op. cit., p. 13.

⁴⁴⁵ S. RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, op. cit., p. 397.

⁴⁴⁶ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, P.U.F., Paris, 1995, pp. 63 et s.

242. Une telle interprétation de l'article 4 de la Déclaration de 1789 transparaît de deux décisions du Conseil constitutionnel. Dans la décision du 3 septembre 1986 sur la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, le Conseil considère qu'il résulte des dispositions de l'article 4, « rapprochées des articles 34 et 66 de la Constitution, qu'il revient au législateur de déterminer, compte tenu de l'intérêt public, les conditions d'exercice de la liberté ; qu'il utilise valablement ces prérogatives en permettant, sous des garanties suffisantes, de procéder à l'expulsion d'étrangers dont la présence constitue une menace pour l'ordre public »⁴⁴⁷. En l'espèce, le Conseil se réfère à l'article 4 et aux libertés d'autrui pour justifier l'adoption par le législateur d'une mesure visant à assurer le respect de l'ordre public, « démembrement » de l'intérêt général⁴⁴⁸.

243. De même, dans la décision du 7 octobre 2010 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, le Conseil se fonde sur l'article 4 de la Déclaration pour examiner l'incrimination ainsi créée, dont l'objectif est justement de sauvegarder de l'ordre public⁴⁴⁹.

244. Même s'il n'est pas expressément visé par cette disposition, l'ordre public trouve donc un ancrage à l'article 4 de la Déclaration. Celui-ci constitue un fondement complémentaire de la compétence du législateur en matière de définition des limites aux droits et libertés garantis. Il en est de même de l'article 5 de la Déclaration.

b) L'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, fondement de l'ordre public « immatériel »

245. Présenté et adopté par l'Assemblée constituante le 21 août 1789, l'article 5 de la Déclaration de 1789 consacre la « dimension verticale » de la liberté, c'est-à-dire les rapports entre l'État et l'individu⁴⁵⁰. Il y est solennellement proclamé que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». A travers cette directive adressée au législateur, reprise en des termes quasiment identiques dans les Constitutions du 3 septembre

⁴⁴⁷ Décision n° 86-216 D.C. du 3 septembre 1986, *précitée*, cons. 13-14 (souligné par nous).

⁴⁴⁸ J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », *op. cit.*, spéc. p. 378.

⁴⁴⁹ Décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010, *précitée*, cons. 3-4.

⁴⁵⁰ Pour reprendre les termes de M. FROMONT relatifs à la « dimension horizontale » de la Liberté consacrée à l'article 4 de la Déclaration. Voir : M. FROMONT, in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, *op. cit.*, p. 75.

1791⁴⁵¹ et du 24 juin 1793⁴⁵², la référence à l'ordre public est patente. Ce qui nuit à la société renvoie aux atteintes portées à l'ordre public et aux libertés⁴⁵³. De plus, selon Robert Badinter, l'ordre public n'a pas seulement une fonction répressive, mais aussi une fonction expressive des « valeurs reconnues par la conscience collective »⁴⁵⁴.

246. L'article 5 de la Déclaration apparaît comme un fondement possible à l'adoption de limites à l'exercice des droits et libertés⁴⁵⁵. Toutefois, le Conseil constitutionnel mobilise peu cette disposition⁴⁵⁶. Cette attitude du juge n'est pas injustifiée, car l'article 34 de la Constitution représente d'ores et déjà un fondement général à la compétence du législateur pour restreindre l'exercice des droits garantis. L'article 5 de la Déclaration présente pourtant un intérêt non négligeable, eu égard aux exigences renouvelées de l'ordre public.

247. A ce sujet, la volonté du législateur en 2010 d'interdire le port d'une tenue visant à dissimuler le visage dans l'espace public a suscité nombre d'interrogations quant au fondement juridique sur lequel il pouvait adopter une telle incrimination. Si le respect de la dignité humaine et le principe de laïcité ont été examinés puis écartés, l'ordre public a été considéré comme « le moins risqué » par la mission d'information parlementaire⁴⁵⁷, puis comme le « seul fondement possible » par le Conseil d'État⁴⁵⁸.

248. La question se posait de savoir si celui-ci constituait un fondement suffisant et surtout, sur quelle assise textuelle l'ordre public pouvait reposer. A première vue, le législateur pouvait se fonder sur l'article 34 de la Constitution pour opérer la conciliation entre les exigences de l'ordre public et l'exercice des droits et libertés garantis. Néanmoins, le problème se posait en des termes différents dans le cadre de l'interdiction du voile intégral

⁴⁵¹ Titre I de la Constitution du 3 septembre 1791 : « La loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société ».

⁴⁵² Article 4 de la Constitution de l'An I : La loi « ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société ; elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible ».

⁴⁵³ G. CARCASSONNE, « Les interdits et la liberté d'expression », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2012, pp. 55-65, spéc. p. 65 ; A. CERF, « Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 63-83, spéc. p. 65.

⁴⁵⁴ R. BADINTER, « Présentation du projet de réforme du Code Pénal », Dalloz, Paris, 1989, spéc. p. 10.

⁴⁵⁵ F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *op. cit.*, p. 7.

⁴⁵⁶ Outre la décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010, précitée, le Conseil constitutionnel ne s'est référé qu'une seule fois à l'article 5 de la Déclaration, de manière incidente, dans la décision n° 2000-426 D.C. du 30 mars 2000 à propos de la loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice (Rec. p. 62, cons. 5).

⁴⁵⁷ E. RAOULT, *Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, n° 2262, Assemblée Nationale, 2010, pp. 173 et s.

⁴⁵⁸ CONSEIL D'ÉTAT, Section du rapport et des études, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010, voir : [http://www.conseil-État.fr/cde/media/document/avis/etude_vi_30032010.pdf], spéc. p. 24.

dans l'espace public, puisque cette limite ne se rattache à aucune composante de l'ordre public jusque là consacrée par le juge constitutionnel.

249. Certes, le Conseil aurait pu, sur le fondement de l'article 34, dégager une nouvelle composante, comme il l'a fait dans ses décisions précédentes. Toutefois, il semblait délicat de justifier une limite d'ordre général à la Liberté uniquement sur le fondement d'une disposition relative à la compétence du législateur pour fixer les règles inhérentes « aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». L'équation "limite = garantie"⁴⁵⁹ était insuffisante à l'appui de cette interdiction, au regard de son champ d'application et de l'objectif poursuivi par le législateur. Comme l'indiquait Jean Rivero, si « la tâche est facile » pour définir les exigences de l'ordre public lorsque les atteintes aux droits des autres « n'ont d'autre motif que la volonté de nuire », il en est autrement « lorsque l'acte, même s'il risque de nuire, peut se prévaloir d'un mobile différent », tel que « la libre diffusion des pensées et des opinions »⁴⁶⁰.

250. Dans son avis du 25 mars 2010, le Conseil d'État constate « qu'aucun fondement juridique incontestable ne peut être invoqué à l'appui d'une prohibition du port du voile intégral en tant que tel »⁴⁶¹. Il considère que « l'ordre public, limité à ses composantes traditionnelles, ne pourrait pas [...] autoriser une interdiction générale » de la dissimulation du visage dans les lieux publics, qui ne saurait « reposer que sur une conception de l'ordre public définie, plus largement, comme le socle d'exigences réciproques et de garanties fondamentales de la vie en société »⁴⁶².

251. Ce sont donc bien les intérêts de la société, et non plus seulement les libertés d'autrui, qui fondent l'interdiction envisagée. La société est en quelque sorte « désolidarisée » de la référence aux droits d'autrui. Outre le respect de ces derniers, les exigences de la société imposent « à chacun des devoirs singuliers » et rappellent que les individus n'ont « pas que des droits »⁴⁶³. Le Conseil d'État conclut en ce sens, lorsqu'il évoque une « définition positive de l'ordre public, non plus seulement comme "rempart" contre les abus procédant de

⁴⁵⁹ F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, op. cit., p. 367.

⁴⁶⁰ J. RIVERO, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », op. cit., spéc. p. 11.

⁴⁶¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, op. cit., p. 17 ; R. HANICOTTE, « Belphégor ou le fantôme du Palais Royal. L'avis du Conseil d'État sur le voile intégral », *J.C.P. A.*, n° 16, 19 avril 2010, pp. 45-48.

⁴⁶² CONSEIL D'ÉTAT, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, op. cit., p. 17.

⁴⁶³ D. DE BECHILLON, « Voile intégral : Eloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *R.F.D.A.*, 2010, n° 3, pp. 467-471, spéc. p. 470.

l'exercice sans limites des libertés, mais comme le socle d'exigences fondamentales garantissant leur exercice »⁴⁶⁴.

252. S'il semblait acquis que seule cette « conception renouvelée de l'ordre public »⁴⁶⁵ était à même de justifier l'interdiction générale de dissimuler son visage dans l'espace public, l'incertitude du fondement textuel sur lequel celle-ci pouvait reposer persistait. A cet égard, deux décisions du Conseil constitutionnel laissaient entrevoir l'élargissement de la notion d'ordre public vers ce volet « immatériel ». Dans la décision du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil se fonde sur l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 pour considérer que l'exercice du regroupement familial doit respecter les « conditions d'une vie familiale normale *qui sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie* »⁴⁶⁶. La sauvegarde de l'ordre public inclurait les conditions d'exercice de la vie familiale en France⁴⁶⁷.

253. Dans la décision du 9 novembre 1999 sur la loi relative au pacte civil de solidarité, le Conseil se fonde sur l'article 2 de la Déclaration de 1789⁴⁶⁸. Il souligne que la condition prévue par l'article L. 515-3 du Code civil relatif à la déclaration du pacte civil de solidarité au greffe du Tribunal d'instance vise « à assurer le respect des règles d'ordre public régissant le droit des personnes, *au nombre desquelles figure, en particulier, la prohibition de l'inceste* »⁴⁶⁹.

254. La conception de l'ordre public retenue dans ces deux décisions outrepassait celle classiquement envisagée. Elle vise, plus largement, les exigences minimales de la vie en société. Néanmoins, les fondements à partir desquels le Conseil justifie dans ces décisions cette conception élargie de l'ordre public ne sont pas relatifs à la Liberté en général, mais à une liberté en particulier: le respect de la vie privée dans la décision de 1999, le droit de mener une vie familiale normale, dans la décision de 1993.

255. Or, comme le relève le Conseil d'État, la volonté du législateur d'interdire le port d'une tenue visant à dissimuler le visage dans tout l'espace public restreint plusieurs libertés : la liberté personnelle, le droit au respect de la vie privée, la liberté d'aller et venir, la liberté

⁴⁶⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, op. cit., p. 27.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 26.

⁴⁶⁶ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, précitée, cons. 70-77, spéc. cons. 77.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ Décision n° 99-419 D.C. du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116, cons. 73.

⁴⁶⁹ *Idem*, cons. 74.

du commerce et de l'industrie et la liberté de manifester ses opinions religieuses⁴⁷⁰. La conception « élargie » de l'ordre public, jusque là esquissée par le Conseil, ne constituait donc pas un ancrage assez englobant pour justifier l'interdiction envisagée.

256. Dans la décision du 7 octobre 2010 portant sur loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, le Conseil constitutionnel s'appuie en conséquence sur l'article 5 de la Déclaration de 1789. Combiné aux articles 4 et 10, cette disposition permet d'asseoir une conception renouvelée de l'ordre public. Elles offrent « une voie jurisprudentielle nouvelle »⁴⁷¹. L'article 5 consacre « un ensemble, qui ne peut être qu'assez indéterminé de droits de la société, du corps social »⁴⁷². La protection de la société justifie l'adoption de limites générales à l'exercice de plusieurs droits fondamentaux. Elle constitue, par là même, un puissant vecteur d'extension de la compétence du législateur⁴⁷³.

257. Le législateur n'est plus seulement habilité, en vertu de l'article 34 de la Constitution, à définir l'ordre public « matériel », mais aussi à déterminer, sur la base de l'article 5 de la Déclaration, l'ordre public « social »⁴⁷⁴, « positif et substantiel »⁴⁷⁵. Celui-ci serait fondé sur des valeurs inscrites dans la Constitution, telles que la liberté et l'égalité⁴⁷⁶.

258. Dans ces conditions, la branche immatérielle de l'ordre public⁴⁷⁷ peut être définie comme « le socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société qui [...] sont à ce point fondamentales qu'elles conditionnent l'exercice des autres libertés et qu'elles imposent d'écarter, si nécessaire, les effets de certains actes guidés par la

⁴⁷⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, op. cit., pp. 22-23.

⁴⁷¹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Marianne dévoilée (libres propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 validant la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public) », *Société, Droit et religion*, Etude des signes religieux dans l'espace public, C.N.R.S. Editions, n° 2, 2011, pp. 73-82, spéc. p. 77. Voir également : A. LEVADE, « Epilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *J.C.P. G.*, n° 43, 25 octobre 2010, pp. 1978-1981.

⁴⁷² M. VERPEAUX, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 2373-2377, spéc. p. 2376.

⁴⁷³ D. DE BÉCHILLON, « Voile intégral : Eloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », op. cit., spéc. p. 470, pour qui « l'ordre public redéfini de la sorte n'a tout simplement pas de contenu, ou si l'on veut être plus exact, il est à tous. [...] La compétence reconnue au législateur [...] pourrait virtuellement recouvrir toutes les limitations de libertés qu'il pourrait juger bon d'imposer ».

⁴⁷⁴ M. ALLIOT-MARIE, Séance du 14 septembre 2010, compte rendu intégral, 2^e session extraordinaire de 2009-2010, *J.O.R.F.*, Sénat, mercredi 15 septembre 2010, p. 6732.

⁴⁷⁵ F. DIEU, « Le droit de dévisager et le droit d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *J.C.P. A.*, 29 novembre 2010, n° 48, pp. 35-42, spéc. p. 35.

⁴⁷⁶ B. MATHIEU, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur le "voile intégral" », *J.C.P. G.*, n° 42, 18 octobre 2010, pp. 1930-1932.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

volonté individuelle »⁴⁷⁸. Ainsi envisagé, l'article 5 représente une « véritable clause générale de l'ordre public social », habilitant le législateur à se dresser contre les actions nuisibles à la société⁴⁷⁹.

259. Le Conseil constitutionnel retient une interprétation constructive de la Constitution afin de préciser les ancrages de l'ordre public. Qu'elles soient inscrites dans le texte ou qu'elles se dégagent de l'esprit de la Constitution, les clauses de compétence et les clauses substantielles découvertes par le Conseil sont autant de fondements autorisant le législateur à restreindre l'exercice des droits garantis, pour répondre aux exigences de l'ordre public. L'ordre public s'enracine donc progressivement dans la Constitution. Il bénéficie, désormais, de rattachements multiples au texte constitutionnel.

⁴⁷⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, *op. cit.*, spéc. p. 26. *Contra*, pour un fondement reposant sur une « conception élargie et restaurée de la citoyenneté » : F. SAINT BONNET, « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa. Réflexions sur la mort au monde et l'incarcération volontaire », *Jus politicum*, vol IV, 1012, pp. 173-203.

⁴⁷⁹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Marianne dévoilée (libres propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 validant la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public) », *op. cit.*, spéc. p. 78.

Conclusion du Chapitre 1 de la Première Partie

260. À première vue, la Constitution du 4 octobre 1958 contient peu de dispositions reconnaissant l'ordre public comme source de limites aux droits et libertés garantis. La faible consécration de cette notion et de sa fonction dans la Constitution française s'explique pour des raisons historiques et téléologiques. A ce sujet, la Constitution a toujours été conçue comme un texte visant à consacrer les droits et libertés, leur définition appartenant au législateur. La mise en œuvre des droits fondamentaux est envisagée comme un tout, comprenant la fixation des garanties et des limites à leur exercice, de sorte que le processus de limitation ne résulte pas explicitement de la Constitution. Lors de la définition des droits et libertés de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur de déterminer les exigences de l'ordre public, sources de limites aux droits fondamentaux.

261. Pour autant, la Constitution comprend plusieurs dispositions auxquelles le Conseil constitutionnel rattache l'ordre public et sa fonction de limitation des droits garantis. L'article 34 de la Constitution constitue le fondement principal de la conciliation confiée au législateur, entre les exigences de l'ordre public et les droits fondamentaux. A partir de cette clause générale, combinée aux dispositions protégeant un droit déterminé et comprenant des réserves spécifiques de compétence législative, le Conseil précise et développe les composantes de l'ordre public « matériel ». La dialectique de l'ordre public et des droits fondamentaux justifie la constitutionnalisation de l'ordre public et la possibilité, pour le législateur, d'apporter des limites à tous les droits garantis.

262. Le Conseil se réfère également à des clauses substantielles pour rattacher la mission de conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits fondamentaux à la Constitution. L'article 4 de la Déclaration de 1789 appuie l'habilitation du législateur, tandis que l'article 5 de cette Déclaration étend l'objet de sa compétence. Il peut dorénavant déterminer la branche immatérielle de l'ordre public.

263. Le renforcement des exigences de l'ordre public pris en compte par le législateur conduit, par conséquent, le Conseil constitutionnel à préciser les fondements et les composantes de l'ordre public, aux dimensions désormais plurielles⁴⁸⁰. Ses normes de

⁴⁸⁰ A. GAILLET, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », *Société, Droit et religion*, Etude des signes religieux dans l'espace public, C.N.R.S. Editions, n° 2, 2011, pp. 47-71, spéc. p. 70.

rattachement à la Constitution constituent autant de sources de limitation des droits fondamentaux. Leur identification se révèle essentielle, puisqu'elle permet d'appréhender le renouvellement de la concrétisation législative de l'ordre public dans l'ordre juridique.

CHAPITRE 2 – LA CONCRÉTISATION LÉGISLATIVE DE L'ORDRE PUBLIC : LA DÉTERMINATION DES LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX

264. Comme l'a mis en évidence Jean Rivero, la détermination des limites aux droits fondamentaux est liée à la définition de leurs statuts juridiques⁴⁸¹. Au sens strict, les droits fondamentaux se définissent comme des permissions d'agir, dans la mesure où ils autorisent certains comportements humains, y compris lorsqu'ils sont formulés négativement⁴⁸². Conformément à l'article 34 de la Constitution et à chaque disposition relative à un droit ou une liberté, le législateur est habilité à déterminer leurs conditions d'exercice. Il précise les exigences de l'ordre public nécessaires à la vie en société, en les traduisant en règles juridiques. Lors de la « concrétisation-détermination législative » du droit fondamental⁴⁸³, il revient au législateur de définir les permissions garanties aux bénéficiaires, mais aussi les interdictions et les obligations qui s'imposent à eux. Concrétiser l'ordre public implique ainsi, pour le législateur, de déterminer des limites aux droits et libertés garantis.

265. Conformément à la définition retenue dans cette étude, les limites désignent des prescriptions juridiques ayant pour objet de restreindre la portée ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté garanti. Leur appréhension est indispensable puisque modifier les limites, au gré des exigences de l'ordre public, conduit à redéfinir les conditions d'exercice des droits et libertés. A cet égard, la pluralité des composantes de l'ordre public matériel et immatériel se traduit par deux phénomènes dans l'ordre juridique. Le renforcement des exigences de l'ordre public engendre un renouvellement formel (**Section 1**) ainsi qu'une diversification matérielle (**Section 2**) des limites aux droits fondamentaux.

⁴⁸¹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 1, *op. cit.*, pp. 164 et s. ; J. MORANGE, « Les limites de la liberté », in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et F. MELLERAY (dir.), *Le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2012, pp. 75-89, spéc. pp. 78-79.

⁴⁸² L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁸³ *Idem*, pp. 91-92.

SECTION 1. LE RENOUVELLEMENT FORMEL DES LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX

266. Sous son volet formel, l'analyse des limites aux droits fondamentaux implique de s'interroger sur la procédure et la forme en vertu desquelles celles-ci sont déterminées. Traditionnellement, la définition des restrictions imposées aux citoyens revient à la loi, dans les systèmes de droit de la famille romano-germanique⁴⁸⁴. Ancrée dans la Déclaration de 1789 puis relayée par la tradition républicaine⁴⁸⁵, l'idée que la définition des limites aux droits et libertés est « réservée » à la loi constitue un élément de la continuité constitutionnelle⁴⁸⁶ et de la pensée juridique⁴⁸⁷. Garantie démocratique que les restrictions apportées à la sphère individuelle sont adoptées par les représentants de la Nation, cette institution s'impose dès le début du XX^{ème} siècle⁴⁸⁸. Bien qu'elle ne bénéficie pas de force obligatoire avant 1958⁴⁸⁹, elle signifie que la loi définit le principe de la restriction et le règlement, ses modalités d'application⁴⁹⁰.

267. Cette répartition des compétences fut malmenée par le « parlementarisme absolu » des III^{ème} et IV^{ème} Républiques⁴⁹¹. De plus, l'avènement d'une répartition non plus verticale, mais horizontale, entre les domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 a pu s'analyser comme une rupture de cette continuité. Il n'en a pourtant pas été

⁴⁸⁴ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Précis, Paris, 11^e édition, 2002, spéc. p. 85.

⁴⁸⁵ C.E., 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et de tramways*, concl. Romieu, *Rec. Lebon*, p. 131, spéc. pp. 133-134 ; C.E., 4 mai 1906, *Sieur Babin*, *Rec. Lebon*, p. 363 ; C.E., avis du 1^{er} juin 1948 relatif à la loi du 13 avril 1928, *E.D.C.E.*, 1956, pp. 78-79 ; C.E., Avis n° 60.497, 6 février 1953, in Y. GAUDEMET et autres, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, Paris, 3^e édition, 2008, pp. 83-88.

⁴⁸⁶ L. FAVOREU, « La loi », in L. FAVOREU (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 : journée d'études des 16-17 mars 1989*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Aix en Provence, 1990, pp. 79-101.

⁴⁸⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, La Théorie générale de l'État*, Edition de Boccard, Paris, tome III, 3^e édition, Paris, 1930, spéc. pp. 639 et s. ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Edition Sirey, Paris, 12^e édition, 1933, réimp. P. Delvolvé et F. Moderne, Dalloz, Paris, 2002, pp. 563 et s., spéc. p. 566. Voir aussi : O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Tome 1^{er}, V. Giard et E. Brière, bibliothèque internationale de droit public, Paris, 1903, spéc. p. 83 ; M. FROMONT, « République Fédérale d'Allemagne : L'État de Droit », *R.D.P.*, 1984, pp. 1203-1226, spéc. p. 1208.

⁴⁸⁸ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Paris, 1997, p. 26 et p. 210 ; M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op. cit.*, p. 380.

⁴⁸⁹ M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1992, pp. 141 et s.

⁴⁹⁰ *Ibidem*. Pour M. HAURIOU, les dispositions réglementaires sont « destinées à faciliter l'application des lois en les munissant d'une glose complémentaire dotée elle-même d'une force exécutoire ». Voir : M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 2^e édition, 1929, p. 442.

⁴⁹¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931, chap. II, n° 34 et 24.

ainsi puisque, selon la formule de Jean Rivero, « la révolution n'a pas eu lieu »⁴⁹². Comme le démontre Catherine Teitgen-Colly, toute la jurisprudence constitutionnelle a tendu « à substituer à la répartition horizontale des compétences que la Constitution établissait une répartition verticale dans la ligne de la tradition constitutionnelle française, fondée sur la distinction entre la "mise en cause" des règles ou principes fondamentaux relevant du législateur et "leur mise en œuvre" relevant de la compétence réglementaire »⁴⁹³.

268. Toutefois, des difficultés d'interprétation subsistent. Selon le critère jurisprudentiel retenu, il convient de « rechercher au cas par cas, les dispositions qui, par l'importance de leur incidence, ont un caractère déterminant à l'égard de la règle ou du principe intéressé, et celles qui ne présentent pas de caractère déterminant »⁴⁹⁴. La ligne de partage entre la loi et le règlement reste donc malléable⁴⁹⁵. S'il ne saurait être question ici de résumer l'évolution de la répartition des compétences entre la loi et le règlement et les réflexions auxquelles elle a donné lieu⁴⁹⁶, il importe d'en dresser les traits caractéristiques. Il s'agit, en particulier, d'analyser la répartition des compétences portant sur la détermination des limites aux droits fondamentaux, inhérentes aux exigences renouvelées de l'ordre public.

269. L'étude met en évidence deux mouvements. Sur le plan organique, le renforcement des exigences de l'ordre public crée un renouvellement de la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et réglementaire dans la définition des limites aux droits

⁴⁹² J. RIVERO, « Rapport de synthèse », in L. FAVOREU (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes*, Economica, P.U.A.M., Paris, 1978, pp. 261-273, spéc. p. 263.

⁴⁹³ C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, pp. 153-259, spéc. pp. 165-167. Pour A.-H. MESNARD, il ressort de l'« esprit de la Constitution » que la mise en cause relève du législateur. Voir : A.-H. MESNARD, « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires », *A.J.D.A.*, 1970, pp. 259-282, spéc. p. 259.

⁴⁹⁴ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Editions Panthéon Assas, Paris, 2007, p. 53 et s.

⁴⁹⁵ J.-P. CAMBY, « 34/37 : Des frontières perméables », *R.D.P.*, 2002, n° 1/2, pp. 279-297.

⁴⁹⁶ Outre les ouvrages généraux de droit administratif, constitutionnel et de jurisprudence constitutionnelle, de nombreuses études approfondissent cette question. Voir : L. FAVOREU (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes*, op. cit. ; J. SOUBEYROL, « La définition de la loi et la Constitution de 1958 », *A.J.D.A.*, 1960, pp. 123-129 ; P. DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la Ve République », *J.C.P. G.*, 1958, chron., pp. 1469-1470 ; A.-G. COHEN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *R.D.P.*, 1963, pp. 744-758 ; F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *A.J.D.A.*, 1979, pp. 3-16 ; M. de VILLIERS, « La jurisprudence de "l'état de la législation antérieure" », *A.J.D.A.*, 1980, pp. 387-397 ; G. SACCONI, « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire », *A.I.J.C.*, 1985, pp. 169-182 ; M. FRANGI, *Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Paris, 1992, spéc. pp. 24 et s. ; A.-S. OULD BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Paris, 1987, spéc. pp. 132 et s.

fondamentaux (§1). Sur le plan purement formel, il est possible d'observer des formes de « dissémination » de l'ancrage des limites dans l'ordre juridique français. De la sorte, les régimes de limitation des fondamentaux en temps normal et les régimes d'exception ne paraissent plus si distincts qu'auparavant (§2).

§1. Le renforcement des exigences de l'ordre public, vecteur de renouvellement de la définition organique des limites aux droits fondamentaux

270. La question de la délimitation des compétences entre la loi et le règlement se pose depuis le début du XX^{ème} siècle⁴⁹⁷. Les incertitudes résident à la fois sur la distinction entre les domaines de la loi et du pouvoir réglementaire d'exécution, qui complète la loi en vertu d'une habilitation législative, mais aussi entre la loi et le pouvoir réglementaire autonome.

271. Cependant, les restrictions apportées aux droits et libertés semblent faire l'unanimité à ce sujet. Dégagé par le Conseil d'État, l'élément de répartition reposerait sur l'effet juridique de la norme⁴⁹⁸. Dans les arrêts du 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériels pour chemins de fer et de tramways*⁴⁹⁹, puis du 4 mai 1906, *Sieur Babin*, le Commissaire du Gouvernement Romieu considère que « relèvent par leur nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité sans aucun lien contractuel »⁵⁰⁰. Il précise que le législateur peut déléguer au pouvoir réglementaire la définition de leur champ d'application et que « c'est, en principe, le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers »⁵⁰¹. Ces indications demeurent précieuses pour comprendre la répartition des compétences en matière de définition des limites aux droits fondamentaux.

272. Ces arrêts signifient, en premier lieu, que le législateur détermine le principe de la restriction à l'exercice des droits et libertés et peut confier au pouvoir réglementaire la

⁴⁹⁷ M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, op. cit., pp. 141 et s., spéc. p. 143.

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 143.

⁴⁹⁹ C.E., 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et de tramways*, précité.

⁵⁰⁰ C.E., 4 mai 1906, *Sieur Babin*, précité, spéc. p. 363.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

fixation des modalités d'application. Cette répartition verticale des compétences entre la loi et le règlement d'exécution est reprise par le Conseil constitutionnel. Ce dernier considère que « l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », tandis qu'il relève « de la compétence du pouvoir réglementaire, la détermination des mesures d'application des règles posées par le législateur »⁵⁰². Le législateur dispose d'une compétence de principe dans la « mise en cause » des dispositions constitutionnelles, alors que le pouvoir réglementaire est cantonné à leur « mise en œuvre »⁵⁰³. Il en découle une répartition « en profondeur » des compétences, selon l'importance de la question traitée⁵⁰⁴. Il y a donc une *compétence partagée dans la définition des limites* aux droits et libertés.

273. Les précisions énoncées par le Commissaire du Gouvernement Romieu posent, en second lieu, les prémices du pouvoir réglementaire autonome⁵⁰⁵. Cantonné à la sphère administrative en 1906, celui-ci s'émancipe dès 1919. Le Conseil d'État reconnaît au chef de l'État la faculté, « en dehors de toute délégation législative, et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer les mesures de police s'appliquant sur l'ensemble du territoire »⁵⁰⁶. Il en résulte une compétence propre au profit du président de la République et concurrente à celle du pouvoir législatif, en matière de détermination des limites aux droits fondamentaux inhérentes aux exigences de l'ordre public⁵⁰⁷. Nonobstant les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 et des critiques doctrinales⁵⁰⁸, les attributions de police générale du chef

⁵⁰² Décision n° 91-304 D.C. du 15 janvier 1992, *Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 18, cons. 8 ; Décision n° 2001-450 D.C. du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, Rec. p. 82, cons. 24-25 ; Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 31.

⁵⁰³ J. TREMEAU, *La réserve de loi, compétence législative et Constitution*, op. cit., p. 328 ; A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 51 et s. ; L. FAVOREU, (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes*, op. cit.

⁵⁰⁴ L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *R.F.D.A.*, 1987, pp. 871-884, spéc. p. 878.

⁵⁰⁵ J. TREMEAU, *La réserve de loi, compétence législative et Constitution*, op. cit., pp. 212 et s.

⁵⁰⁶ C.E., 8 août 1919, *Labonne*, Rec. Lebon, p. 737 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 19^e édition, 2013, pp. 219-222.

⁵⁰⁷ Et ce, en dépit de tout fondement juridique. Voir : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, L'organisation politique de la France*, Fontemoing, Paris, tome IV, 2^e édition, 1924, pp. 727 et s. ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à une théorie générale de l'État*, Sirey, Paris, tome 1, 1920, pp. 637 et s., spéc. p. 655.

⁵⁰⁸ L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif », in *L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 237-255 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil d'État et la Constitution », *R.A.*, 1979, pp. 141-145.

du gouvernement lui sont reconnues tant par le Conseil d'État⁵⁰⁹ que le Conseil constitutionnel⁵¹⁰. Il y a donc une *compétence ou une initiative partagée dans la détermination des limites* aux droits et libertés.

274. Ce double partage des compétences est pourtant loin d'être évident. Le contenu de la distinction entre la « mise en cause » d'un droit fondamental et sa « mise en œuvre » reste délicat à identifier⁵¹¹. Au regard de la translation générale de compétence observée dans la jurisprudence du Conseil⁵¹², le législateur est de plus en plus habilité, au même titre que le pouvoir réglementaire, à mettre en œuvre les règles constitutionnelles⁵¹³. De plus, le critère de répartition entre la loi et le pouvoir réglementaire autonome est incertain. Depuis la décision du 30 juillet 1982 relative à la loi sur les prix et les revenus, l'intervention du législateur dans le domaine réglementaire ne constitue pas une inconstitutionnalité⁵¹⁴. Comme l'indiquait le Doyen Louis Favoreu, une loi peut intervenir en matière de police administrative, en vertu du titre de compétence que lui confère l'article 34⁵¹⁵. La répartition constitutionnelle et jurisprudentielle des compétences demeure donc empirique et perméable⁵¹⁶.

275. La concrétisation législative de l'ordre public et de ses composantes apporte un éclairage sur cette répartition. L'analyse du droit positif révèle une extension du domaine de la loi en matière de *détermination* des limites aux droits fondamentaux, au détriment du pouvoir réglementaire autonome (A). En revanche, un rétrécissement de l'étendue de la compétence du législateur apparaît s'agissant de la *fixation du champ d'application* des limites, au profit du pouvoir réglementaire d'exécution (B).

⁵⁰⁹ C.E., Ass., 13 mai 1960, *SARL « Restaurant Nicolas »*, *Rec. Lebon*, p. 324 ; C.E., 2 mai 1973, *Association culturelle des Israélites nord-africains de Paris*, *Rec. Lebon*, p. 313 ; C.E., 17 février 1978, *Comité pour léguer l'esprit de la Résistance*, *Rec. Lebon*, p. 82 ; C.E., 22 décembre 1978, *Union des chambres syndicales d'affichage*, *Rec. Lebon*, p. 530.

⁵¹⁰ Décision n° 87-149 L. du 20 février 1987, *Nature juridique de dispositions du code rural et de divers textes relatifs à la protection de la nature*, *Rec.* p. 22, cons. 7 ; Décision n° 2000-434 D.C. du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, *Rec.* p. 107, cons. 19.

⁵¹¹ J. TREMEAU, *La réserve de loi, compétence législative et Constitution*, *op. cit.*, pp. 335 et s.

⁵¹² L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, pp. 17-30, spéc. p. 24 ; L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1988, p. 65 ; A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 54 et s.

⁵¹³ Le Conseil constitutionnel considère en effet qu'il appartient « tant au législateur qu'au gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives », les modalités de mise en œuvre des principes constitutionnels. Voir notamment : Décision n° 86-225 D.C. du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, *Rec.* p. 13, cons. 17.

⁵¹⁴ Décision n° 82-143 D.C. du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, *Rec.* 57, cons. 11.

⁵¹⁵ L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif », *op. cit.*, spéc. p. 253.

⁵¹⁶ G. DRAGO, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *R.D.P.*, 2006, pp. 45-64, spéc. pp. 48-49 ; J.-P. CAMBY, « 34/37 : des frontières perméables », *op. cit.*

A) L'extension du domaine de la loi dans la détermination des limites

276. L'extension du domaine législatif se manifeste *prima facie* en matière de police administrative. En effet, en matière pénale et de police judiciaire, le principe est *a priori* clair quant à la détermination des limites aux droits fondamentaux. L'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant « la détermination des crimes et délits », « les peines qui leur sont applicables » ainsi que la procédure pénale. Le législateur dispose du « monopole exclusif de création, de modification et d'abrogation des règles de procédure pénale »⁵¹⁷. Lorsque les exigences de l'ordre public conduisent les pouvoirs publics à intervenir dans ce domaine, ils recourent nécessairement à la voie législative.

277. S'agissant des mesures de police administrative, la matière est partagée entre les pouvoirs législatif et exécutif. Le Conseil constitutionnel considère que « l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef de gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement, en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative »⁵¹⁸.

278. A cet égard, le renforcement des exigences de l'ordre public contraint le législateur à intervenir dans des champs nouveaux, au regard de l'incidence de la mesure sur les droits et libertés garantis (a). Le domaine du pouvoir réglementaire autonome se réduirait alors en « peau de chagrin »⁵¹⁹. Si celui-ci conserve un pré-carré, la nature duale de l'ordre public permet de préciser la ligne de partage entre la loi et le règlement (b).

a) L'extension du domaine législatif liée à l'incidence de la mesure sur les droits fondamentaux

279. L'expansion du domaine législatif se manifeste à deux niveaux. D'une part, le renforcement des exigences de l'ordre public dans leurs acceptions matérielles conduit le législateur à intervenir pour combler des vides juridiques et légiférer dans des domaines qui faisaient l'objet, auparavant, de réglementations parcellaires. Il est possible d'analyser un

⁵¹⁷ R. GASSIN, « La règle de procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc. Les droits et le droit*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 363-377, spéc. p. 363. Voir également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : Décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990, *Loi sur la réglementation des télécommunications*, Rec. p. 91, cons. 7 ; Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.*, Rec. p. 220, cons. 7.

⁵¹⁸ Décision n° 87-149 L du 20 février 1987, *Nature juridique de dispositions du code rural et de divers textes relatifs à la protection de la nature*, Rec. p. 22, cons. 7.

⁵¹⁹ L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, spéc. p. 880.

transfert de domaines de compétences du pouvoir réglementaire vers le pouvoir législatif (1). D'autre part, l'intervention de la loi se révèle indispensable pour déroger à des principes généraux du droit dégagés par la juridiction administrative, afin de concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public (2).

280. Ces deux tendances confirment le monopole de la loi dans la détermination des limites lorsque celles-ci « exigent » davantage des droits fondamentaux et requièrent de déroger à des principes qui s'imposent au pouvoir réglementaire. Les exigences de l'ordre public étant plus contraignantes pour l'exercice des droits et libertés, il revient à la loi de déterminer les mesures qui concrétisent ces exigences, conformément à la tradition républicaine.

1) La translation de domaines de compétences du pouvoir réglementaire vers le pouvoir législatif

281. Le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le législateur à intervenir dans de nouveaux domaines, afin de déterminer lui-même les limites à l'exercice des droits et libertés garantis.

282. Les dispositions relatives à la vidéosurveillance témoignent de cette translation de compétences. Avant l'entrée en vigueur de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995⁵²⁰, les systèmes de vidéosurveillance des bâtiments publics et de la voie publique étaient principalement le fait de pratiques à l'initiative des autorités locales ou de réglementations éparses⁵²¹.

283. La loi du 21 janvier 1995 a non seulement eu pour objet de remédier à cet état de fait mais aussi d'étendre la possibilité de recourir à cette mesure de contrainte. Dorénavant, le

⁵²⁰ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, J.O.R.F. n° 20 du 24 janvier 1995, p. 1249.

⁵²¹ F. SELIMANN et M. DREYFUS-SCHMIDT, *Proposition de loi relative à la vidéosurveillance de la voie et des lieux publics*, J.O. doc. Sénat, seconde session ordinaire 1992-1993, n° 311 ; P. MASSON, *Rapport parlementaire fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'Administration générale sur le projet de loi d'orientation et de programmation relatif à la sécurité*, J.O. doc. Sénat, seconde session ordinaire 1993-1994, n° 564, spéc. p. 7, pp. 43 et 48 ; G. LEONARD, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de loi adopté par le Sénat d'orientation et de programmation relatif à la sécurité*, J.O. doc. A.N., 1994, n° 1531, spéc. p. 15 ; J.-F. BRISSON, « La surveillance des espaces publics », *Droit Administratif*, Décembre 2005, pp. 7-13, spéc. p. 9 ; J.-P. THERON, « Chronique de législation, Sécurité. Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Commentaire portant sur les dispositions relatives à la vidéosurveillance et aux manifestations sur la voie publique », *A.J.D.A.*, 20 mars 1995, pp. 207-211, spéc. p. 208.

législateur habilite le Préfet à autoriser l'installation de systèmes de vidéosurveillance assurant l'enregistrement et la transmission d'images prises sur la voie publique, dans des lieux déterminés et à des fins précises. Le législateur a « légalisé » la vidéosurveillance, afin d'en étendre l'autorisation sur l'ensemble du territoire et d'en élargir progressivement le champ d'application⁵²².

284. La détermination des fichiers de police connaît une évolution similaire le plan organique. L'état du droit a longtemps reposé, à titre principal, sur l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Cette disposition autorise le pouvoir réglementaire, sous forme d'habilitation générale, à créer des traitements automatisés de données⁵²³. Néanmoins, en 2009, un rapport d'information parlementaire démontre qu'un quart des fichiers de police, y compris à finalité judiciaire, est dépourvu de base légale⁵²⁴.

285. De plus, cet état du droit s'est révélé insuffisant face au renforcement des exigences de l'ordre public. Cette évolution factuelle conduit le législateur à créer, lui-même, des traitements automatisés de données nominatives. Bien que leur détermination relevait dans une large mesure du pouvoir réglementaire, elle appartient désormais davantage au législateur, conformément à l'article 34 de la Constitution. Cette extension de l'intervention de la loi se traduit par deux configurations.

286. La première hypothèse consiste pour le législateur à créer un traitement automatisé de données, en lui conférant une base légale propre, en marge du régime défini à l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978. La loi définit directement le principe d'un nouveau traitement automatisé de données nominatives à des fins déterminées et confie la mise en œuvre de ce fichier au pouvoir réglementaire. A ce titre, les fichiers de police judiciaire trouvent

⁵²² Article 10 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, modifié par les articles 1 et 2 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *J.O.R.F.* n° 2 du 24 janvier 2006, p. 1129.

⁵²³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite "Foyer", relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.* du 7 janvier 1978 p. 227.

⁵²⁴ Soit 14 fichiers de police sur les 58 recensés. Voir : D. BATHO et J. A. BENISTI, *Rapport déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale sur les fichiers de police*, 24 mars 2009, spéc. p. 46. Voir également : A. BAUER (dir.), *Mieux contrôler la mise en œuvre des dispositifs pour mieux protéger les libertés*, Rapport remis au Ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales par le groupe de contrôle des fichiers de police et de gendarmerie, décembre 2008.

logiquement, au regard de l'article 34 de la Constitution, leur base juridique dans la loi et sont insérés au sein du Code de procédure pénale⁵²⁵.

287. Par exemple, le législateur a créé le Fichier national automatisé des empreintes génétiques en 1998⁵²⁶, le Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles en 2004⁵²⁷, ainsi que les fichiers « SALVAC » et « ANACRIM » en 2005⁵²⁸. La voie législative a également été choisie en 2006, pour créer un traitement automatisé de contrôle des données signalétiques des véhicules, à des fins judiciaires⁵²⁹.

288. Il en est de même pour les fichiers de police à finalité administrative. La loi autorise dorénavant directement le maire à créer des fichiers relatifs aux demandes de validation d'attestation d'accueil des étrangers sur le territoire de la commune, afin de lutter contre les détournements de procédure, et contenant les empreintes digitales et la photographie des ressortissants étrangers non ressortissants de l'Union européenne⁵³⁰. La loi pose le principe du traitement de données, en lui conférant une base légale propre, puis habilite le pouvoir réglementaire à en définir les modalités⁵³¹.

289. La seconde hypothèse consiste pour le législateur à conférer à un fichier, créé par le pouvoir réglementaire sur le fondement de la loi du 6 janvier 1978, une base légale spécifique. A ce sujet, l'article 21 de la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure « légalise » le fichier d'antécédents judiciaires « STIC »⁵³², créé par le décret du 5 juillet 2001 en application

⁵²⁵ J. BOYER, « Fichiers de police judiciaire et normes constitutionnelles: quel ordre juridictionnel ? (commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure) », *L.P.A.*, 22 mai 2003, n° 102, pp. 4-19.

⁵²⁶ Article 28 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *J.O.R.F.* n° 139 du 18 juin 1998, p. 9255.

⁵²⁷ Article 48 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *J.O.R.F.* n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567.

⁵²⁸ Le logiciel d'analyse criminelle (A.N.A.C.R.I.M.) et le système d'analyse et de liens de la violence associée au crime (S.A.L.V.A.) ont été créés par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *J.O.R.F.* n° 289 du 13 décembre 2005, p. 19152.

⁵²⁹ Article 8 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁵³⁰ Les articles 7, 11 et 12 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 (*précitée*), codifiés aux articles L. 611-3 à L. 611-5 et L. 611-6 du Code de procédure pénale créent respectivement les fichiers F.N.A.D. (fichier des non-admis), E.L.O.I. (fichier relatif aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement) et V.I.S.A.B.I.O. (fichier relatif aux étrangers sollicitant la délivrance d'un visa), les deux premiers ayant à la fois une finalité administrative et judiciaire. Voir : J. JULIEN-LAFERRIERE, « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », *A.J.D.A.*, 9 février 2004, pp. 260-270, spéc. p. 266.

⁵³¹ En l'occurrence, le décret n° 2005-937 du 2 août 2005 a été pris en application de l'article L. 211-7 du C.E.S.E.D.A.

⁵³² Article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *J.O.R.F.* n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761.

de l'article 31 alinéa 3 de la loi de 1978⁵³³. De même, l'article 23 de la loi du 18 mars 2003 confère une base légale propre au fichier des personnes recherchées, créé par l'arrêté du 15 mai 1996⁵³⁴.

290. Cette translation de domaines de compétences du règlement vers la loi en matière de fichiers de police judiciaire s'observe également pour les fichiers de police administrative. Ainsi, l'article 7 de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme donne une base législative au Fichier national transfrontières. Ayant pour objet la lutte contre l'immigration clandestine et la prévention des actes de terrorisme, il avait été créé par l'arrêté du 29 août 1991⁵³⁵.

291. Ce phénomène, « favorable » à la loi, tend à répondre à la préoccupation des parlementaires de hisser au niveau législatif les fichiers de police⁵³⁶, pour des raisons « d'acceptabilité sociale » et de sécurité juridique⁵³⁷. La loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011 complète ce processus,

⁵³³ Système de traitement des infractions constatées, créé par le décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001 pris pour l'application des dispositions du 3^e alinéa de l'article 31 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et portant création d'un système de traitement des infractions caractérisées, *J.O.R.F.* n° 155 du 6 juillet 2001, p. 10779.

⁵³⁴ Arrêté du 15 mai 1996 relatif au fichier des personnes recherchées géré par le ministère de l'intérieur et le ministère de la Défense, N.O.R. : INTD900737A, abrogé au 31 mai 2010, par l'arrêté du 28 mai 2010 portant abrogation de l'arrêté du 15 mai 1996, *J.O.R.F.* n° 0123 du 30 mai 2010, p. 9767.

⁵³⁵ Article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁵³⁶ Le rapport d'information sur les fichiers de police propose que tout fichier de police soit désormais directement créé par une loi, afin de mettre fin à l'« ambiguïté du cadre juridique actuel ». Voir : D. BATHO et J.-A. BENISTI, *Rapport déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale sur les fichiers de police*, 24 mars 2009, *précité*, qui a abouti à une proposition de loi relative aux fichiers de police le 7 mai 2009, n° 1659, finalement rejetée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 24 novembre 2009 : [http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/fichiers_de_police.asp]. Voir également l'article 29 *bis* de la proposition de loi de M. Wachsmann relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité de la loi, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 2 décembre 2009, et partiellement inséré à l'article 54 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011. Voir : D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Les vicissitudes du "fichage" », *A.J.D.A.*, 18 octobre 2010, pp. 1930-1937, spéc. p. 1931. Voir enfin, le dernier rapport parlementaire en la matière, qui met en avant le faible suivi des recommandations établies en 2009 : D. BATHO et J.-A. BENISTI, *Rapport d'information n° 4113 déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en œuvre des conclusions de la mission d'information sur les fichiers de police*, Assemblée Nationale, 21 décembre 2011.

⁵³⁷ D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Les vicissitudes du "fichage" », *op. cit.*, spéc. p. 1931 ; V. GAUTRON, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *A.J. Pénal*, 2007 pp. 57-61 ; V. GAUTRON, « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *A.J. Pénal*, 2010, pp. 266- 269.

puisque'elle abroge les articles 21 à 25 de la loi du 18 mars 2003 et les codifie à l'article 230-6 et suivants du Code de procédure pénale⁵³⁸.

292. Si l'extension du domaine de la loi en la matière est patente, il n'en résulte pas moins une forme d'éclatement du droit des fichiers et une diversification des configurations normatives⁵³⁹. Parallèlement à ces deux hypothèses, le législateur continue d'autoriser le pouvoir réglementaire, sur le fondement de la loi du 6 janvier 1978, à créer et mettre en œuvre des fichiers de police.

293. Par exemple, l'article 4 de la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel crée un nouvel article 26-5 dans la loi de 1978. Celui-ci autorise par arrêté du Ministre compétent, pris après avis motivé de la Commission Nationale Informatique et Libertés, les traitements de données personnelles mis en œuvre pour le compte de l'État, « qui intéressent la sûreté, la défense, la sécurité publique et qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales »⁵⁴⁰. De même, les fichiers de prévention des atteintes à la sécurité publique⁵⁴¹ et des enquêtes administratives liées à la sécurité publique⁵⁴² ont été créés par la voie réglementaire, sur le fondement de l'article 26, II de la loi du 6 janvier 1978.

294. L'extension du domaine de la loi s'analyse, en dernier lieu, dans des champs propres à un droit fondamental, tel que le droit de grève. La détermination des limites à son exercice, eu égard aux nécessités de l'ordre public, constitue un domaine régulé dans une large mesure par le pouvoir réglementaire autonome. Nonobstant les décisions du Conseil constitutionnel qui

⁵³⁸ Article 11 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *J.O.R.F.* n° 0062 du 15 mars 2011 p. 4582. A la suite de l'adoption de ces dispositions, trois décrets d'application relatifs aux fichiers de police ont été publiés au Journal officiel : le décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires, qui fusionne les fichiers S.T.I.C. et J.U.D.E.X. dans un traitement d'antécédents judiciaires (T.A.J.), puis le décret n° 2012-687 du 7 mai 2012 relatif à la mise en œuvre de logiciels et de rapprochement judiciaire à des fins d'analyse criminelle et le décret n° 2012-689 du 7 mai 2012 relatif aux conditions de mise en œuvre des fichiers d'analyse sérielle et des logiciels de rapprochement judiciaire. Sur ce point, V. GAUTRON, « Dernière salve liberticide avant une refonte de la législation des fichiers de police ? », *Blog Dalloz*, Actualité, 18 mai 2012.

⁵³⁹ D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Les vicissitudes du "fichage" », *op. cit.*, spéc. p. 1931.

⁵⁴⁰ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.* n° 182 du 7 août 2004, p. 14063.

⁵⁴¹ Décret n° 2009-1249 du 16 octobre 2009 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la prévention des atteintes à la sécurité, *J.O.R.F.* du 18 octobre 2009, texte n° 6.

⁵⁴² Décret n° 2009-1250 du 16 octobre 2009 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatif aux enquêtes administratives liées à la sécurité publique, *J.O.R.F.* du 18 octobre 2009, texte n° 7.

confie ce domaine à la loi⁵⁴³, le Conseil d'État considère, depuis l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950⁵⁴⁴, qu'« en l'absence de la complète législation annoncée par la Constitution, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit [...] en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public »⁵⁴⁵. À défaut de détermination législative suffisamment aboutie, il revient au pouvoir réglementaire autonome de fixer, à titre supplétif, les limites à l'exercice du droit de grève⁵⁴⁶.

295. Pourtant, le législateur intervient de plus en plus en la matière. La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, crée de nouvelles limites à l'exercice de ce droit⁵⁴⁷. Eu égard aux exigences renforcées de l'ordre public, le pouvoir législatif détermine davantage de limites à l'exercice du droit de grève.

296. Le pouvoir réglementaire cède donc du terrain dans la détermination des limites à l'exercice des droits et libertés garantis, eu égard au renouvellement des exigences de l'ordre public. Ce constat est d'autant plus avéré que le recours à la voie législative est indispensable pour déroger à des principes généraux du droit.

2) *L'intervention de la loi pour déroger à des principes généraux du droit*

297. Dès le début du XX^{ème} siècle, la juridiction administrative a, dans le silence de la loi, encadré les prérogatives de l'administration en matière de police administrative. Le Conseil d'État a consacré plusieurs principes généraux du droit dans le domaine des sujétions imposées aux citoyens pour des motifs d'ordre public. Toutefois, à défaut de « pendants » inscrits dans la Constitution de 1958, ces derniers n'ont qu'une valeur « supra-décrétale » et « infra-législative »⁵⁴⁸. Seule une loi peut écarter l'application d'un principe général du

⁵⁴³ Décision n° 79-105 D.C. du 25 juillet 1979, *précitée*, cons. 6.

⁵⁴⁴ C.E., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *précité*.

⁵⁴⁵ C.E., 11 juin 2010, *Syndicat Sud R.A.T.P.*, req. n° 333262.

⁵⁴⁶ C.E., Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, req. n° 123912, *Rec. Lebon*, p. 90 ; C.E., 1^{er} décembre 2004, *Onesto et autres*, req. n° 260551 ; Concl. F. Lenica sur C.E., 11 juin 2010, *Syndicat Sud R.A.T.P.*, *précité*, *A.J.D.A.*, 20 septembre 2010, pp. 1719-1722.

⁵⁴⁷ Loi n° 2007-1124 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, *J.O.R.F.* n° 193 du 22 août 2007, p. 13956.

⁵⁴⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, n° 140, pp. 111 et s.

droit⁵⁴⁹. Pour poursuivre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le législateur a, en particulier, dérogé à deux principes généraux du droit administratif. Il en résulte un élargissement du domaine législatif, en matière de détermination des limites aux droits garantis.

298. Le premier principe général du droit repose sur l'interdiction de recourir d'office, par voie administrative, à l'exécution d'une décision de la puissance publique. Selon le Commissaire du Gouvernement Romieu, « c'est un principe fondamental de notre droit public que l'Administration ne doit pas mettre d'elle-même la force publique en mouvement pour assurer *manu militari* les actes de puissance publique et qu'elle doit tout d'abord s'adresser à l'autorité judiciaire qui constate la désobéissance, punit l'infraction, et permet l'emploi des moyens matériels de coercition »⁵⁵⁰. De manière exceptionnelle, il est possible de procéder à l'exécution d'office. Celle-ci se définit comme un « moyen empirique justifié légalement, à défaut d'autre procédé, par la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi »⁵⁵¹.

299. Ce procédé n'est autorisé que dans de strictes conditions, définies par le juge administratif⁵⁵², ou lorsque la loi, elle-même, autorise l'administration à y recourir dans des domaines déterminés. Il a été considéré très tôt que seul le législateur est compétent pour ce faire. Dans l'arrêt *Barinstein* du 30 octobre 1947, le Tribunal des conflits considère qu'« en raison des atteintes portées aux libertés publiques, un décret ne peut instituer un tel mécanisme »⁵⁵³. Dans la mesure où l'exécution d'office permet à l'administration d'obtenir l'application de ses décisions sans autorisation juridictionnelle préalable⁵⁵⁴, il ne revient qu'à la loi de l'autoriser et d'en déterminer les domaines d'application.

⁵⁴⁹ C.E., Ass., *Dame David*, 4 octobre 1974, *Rec. Lebon*, p. 464.

⁵⁵⁰ Concl. Romieu sur T.C., 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint Just*, *Rec. Lebon*, p. 713.

⁵⁵¹ *Ibidem*. Sur la notion et le mécanisme de l'exécution d'office : N. FERREIRA, « La notion d'exécution d'office », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1999, n° spécial, pp. 41-44 ; H. MASUREL, « L'exécution d'office des mesures de police administrative », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1999, n° spécial, pp. 39-40 ; P.-L. FRIER, « L'exécution d'office : principe et évolutions », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1999, n° spécial, pp. 45-48.

⁵⁵² O. DUPOND, « Les conditions de légalité de l'exécution forcée par la voie administrative », *R.D.P.*, 1925, pp. 347-412 ; J. BARTHELEMY, « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *R.D.P.*, 1912, pp. 505-540. Pour une critique de ces conditions, voir : H. BERTHELEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *R.D.P.*, 1902, pp. 209-227, spéc. pp. 226-227, pour lequel toute mesure d'exécution par la voie administrative est illégale, sauf les cas où la loi l'a prévue et réglementée. *A contrario*, M. HAURIOU voit dans l'exécution forcée un privilège traditionnel et normal du pouvoir exécutif. Voir : M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 5^e édition, 1943, pp. 9-10.

⁵⁵³ T.C., 30 octobre 1947, *Barinstein*, *Rec. Lebon*, p. 511.

⁵⁵⁴ N. FERREIRA, « La notion d'exécution d'office », *op. cit.*, spéc. p. 42.

300. Si l'intervention de la loi en la matière était rare et cantonnée aux situations de crise⁵⁵⁵, celle-ci devient plus fréquente. Elle s'étend désormais à la période normale⁵⁵⁶. Pour répondre à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, le pouvoir législatif autorise l'administration à recourir à l'exécution forcée, qui implique l'appui de la force pour contraindre à exécuter⁵⁵⁷.

301. A ce titre, les articles 9 et 9-1 de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, modifiée par la loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance, autorisent le Préfet à procéder, après mise en demeure et sans autorisation juridictionnelle, à l'évacuation forcée des résidences mobiles des gens du voyage illégalement stationnées⁵⁵⁸. Cette mesure de police exorbitante⁵⁵⁹, au regard de la restriction qu'elle apporte à l'exercice de la liberté d'aller et venir, ne peut être déterminée que par le législateur. Ce dernier étend ainsi son champ d'intervention pour concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public⁵⁶⁰.

302. Le second principe du droit administratif auquel le législateur déroge afin de répondre aux exigences de l'ordre public repose sur l'interdiction de déléguer les pouvoirs de police administrative à une personne privée. Fondé sur la prohibition faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel⁵⁶¹, ce principe traduit l'idée que les pouvoirs de police sont inaliénables et imprescriptibles⁵⁶², au regard de leur nature spécifique⁵⁶³. Consacré

⁵⁵⁵ A l'instar de la loi n° 55-383 du 3 avril 1955, instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, *J.O.R.F.* du 7 avril 1955, p. 3479.

⁵⁵⁶ Sur l'« explosion des cas d'exécution d'office législative », voir : P.-L. FRIER, « L'exécution d'office : principe et évolutions », *op. cit.*, spéc. p. 46.

⁵⁵⁷ En ce sens, l'« exécution forcée » se distingue de l'« exécution d'office », qui implique « que l'administration se substitue à l'intéressé » (...). Il s'agit d'un procédé « de substitution ou d'équivalence et non d'emploi de la force à proprement dite ». Voir : N. FERREIRA, « La notion d'exécution d'office », *op. cit.*, spéc. p. 43 ; J. RIVERO, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 83-84 ; C. SIRAT, « L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative », *J.C.P. G.* 1958.I.1440.

⁵⁵⁸ Loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, *J.O.R.F.* n° 155 du 6 juillet 2000, p. 10189 ; modifiée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *J.O.R.F.* n° 56 du 7 mars 2007, p. 4297.

⁵⁵⁹ O. LE BOT, « Constitutionnalité de la procédure spécifique d'évacuation des gens du voyage », *Constitutions*, n° 4, octobre-décembre 2010, pp. 601-604, spéc. p. 602.

⁵⁶⁰ Un dispositif similaire figurait à l'article 90 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (*J.O.R.F.* n° 62 du 15 mars 2011, p. 4582). Aux termes de cet article, « lorsqu'une installation illicite en réunion sur un terrain appartenant à une personne publique ou privée en vue d'y établir des habitations comporte de graves risques pour la salubrité, la sécurité ou la salubrité publiques », le préfet pouvait procéder à l'évacuation forcée des lieux, sauf opposition du propriétaire ou du titulaire du droit d'usage, lorsque la mise en demeure de quitter les lieux n'a pas été suivie d'effet et n'a pas fait l'objet d'un recours suspensif. Cet article a été déclaré contraire à la Constitution : Décision n° 2011-625 D.C. du 14 mars 2011, *précitée*, cons. 51-56.

⁵⁶¹ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique contractuelle », *A.J.D.A.*, 1965, p. 3.

⁵⁶² Concl. Tardieu sur C.E., 6 décembre 1907, *Compagnie du Nord et autres*, *Rec. Lebon*, p. 915.

⁵⁶³ E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *R.F.D.A.*, juillet-août 2009, pp. 767-776, spéc. pp. 771 et s.

par le Conseil d'État en 1932⁵⁶⁴ et confirmé régulièrement depuis lors⁵⁶⁵, il impose à l'autorité de police d'exercer elle-même ce pouvoir « sans avoir la possibilité de se décharger de sa mission sur une personne privée »⁵⁶⁶. À défaut, le juge prononce la nullité d'un tel contrat. Il est donc de principe que « l'état du droit interdit à toute personne publique détentrice d'un pouvoir de police de déléguer son exercice à une personne de droit privé », sauf si un texte législatif l'y autorise⁵⁶⁷. Seul le législateur est compétent pour déroger à ce principe.

303. Il est possible d'observer une multiplication des lois autorisant la participation des personnes privées à des missions de police administrative. Comme le remarque Jacques Petit, « face à l'augmentation contemporaine de la délinquance et de l'insécurité », la puissance publique ne suffit plus à assurer les tâches de maintien de l'ordre⁵⁶⁸. Le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le législateur à déroger à ce principe et à déterminer un certain nombre de limites à l'exercice des droits garantis.

304. Désormais, le législateur autorise certaines personnes privées à procéder à la visite de « bagages, fret, colis postaux, véhicules » et des bagages à main⁵⁶⁹. Elles sont également habilitées à effectuer des palpations de sécurité sur les personnes⁵⁷⁰, dans le secteur aéroportuaire⁵⁷¹ et à l'entrée des enceintes accueillant des manifestations sportives, récréatives ou culturelles de plus de 1500 spectateurs⁵⁷².

305. Outre la participation du secteur privé à la mission de préservation de la sécurité publique⁵⁷³, le législateur autorise des personnes privées à exercer des missions de

⁵⁶⁴ C.E., Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec. Lebon*, p. 595.

⁵⁶⁵ C.E., Sect., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, *Rec. Lebon*, p. 301 ; C.E., 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton*, *Rec. Lebon*, p. 175 ; C.E., 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, *Rec. Lebon*, p. 969.

⁵⁶⁶ E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *op. cit.*, spéc. p. 769.

⁵⁶⁷ T.A. Marseille, 25 janvier 2007, *Société Port Saint Pierre Loisirs*, req. n° 0402388 ; T.A. Versailles, 17 janvier 1986, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne*, *Rec. Lebon*, p. 303.

⁵⁶⁸ J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Mélanges Jacques Moreau. Les collectivités locales*, Economica, Paris, 2003, pp. 345-360, spéc. p. 346.

⁵⁶⁹ Article 15 de la loi n° 89-467 du 10 juillet 1989 tendant à renforcer la sécurité des aéroports et du transport aérien et modifiant diverses dispositions du Code de l'aviation civile, *J.O.R.F.* du 11 juillet 1989, p. 8672 ; article 28 de la loi n° 96-151 du 26 février 1996, *J.O.R.F.* du 27 février 1996, p. 3094.

⁵⁷⁰ Article 25 et 27 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *J.O.R.F.* n° 266 du 16 novembre 2001, p. 18215.

⁵⁷¹ Voir également la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports (*J.O.R.F.* n° 93 du 21 avril 2005, p. 6969), qui précise dans son article 6 qu'un cahier des charges fixe les conditions dans lesquelles la société Aéroports de Paris assure les services publics liés aux aéroports qu'elle exploite et exécute les missions de police administrative, sous l'autorité des titulaires du pouvoir de police.

⁵⁷² Article 96 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁵⁷³ J.-F. BRISSON, « La surveillance des espaces publics », *D.A.*, décembre 2005, pp. 7-13, spéc. p. 8 ; F. NICOUD, « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *R.D.P.*, 2006, n° 5, pp. 1247-1273.

surveillance des biens publics, de surveillance de la voie publique de façon exceptionnelle⁵⁷⁴ et d'exploitation des systèmes de vidéosurveillance dans les lieux soumis à des risques d'attaques terroristes⁵⁷⁵. Certes, ces habilitations législatives concernent seulement les activités matérielles de police et non la compétence normative des autorités de police⁵⁷⁶. Néanmoins, le droit positif témoigne d'un développement conséquent des dérogations à ce principe général du droit, ce qui élargit le domaine de la loi en matière de détermination des limites aux droits fondamentaux.

306. Une répartition verticale entre la loi et le pouvoir réglementaire s'observe donc pour concrétiser les exigences de l'ordre public. Le législateur intervient davantage, lorsque la mesure entraîne une restriction plus importante qu'auparavant à l'exercice des droits garantis, ou lorsque la voie législative est indispensable pour déroger à un principe général du droit. Cependant, le critère de l'« importance de la mesure » ne permet pas d'appréhender, à lui seul, la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire autonome. Un second élément peut être avancé : la nature de l'ordre public.

b) Le partage des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire autonome, fondé sur la nature de l'ordre public

307. Si, face à des circonstances de fait, les exigences de l'ordre public se sont renforcées, elles se sont également complexifiées, rendant nécessaire une réaction immédiate et technique du pouvoir politique. A cet égard, le pouvoir exécutif dispose d'un pouvoir réglementaire indépendant de la loi, lui permettant de déterminer des limites aux droits fondamentaux, alors que la restriction apportée à leur exercice justifierait leur « éligibilité » au rang législatif.

⁵⁷⁴ Article 3 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transports de fonds, *J.O.R.F.* du 13 juillet 1983, p. 2155.

⁵⁷⁵ Articles 1 et 2 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁵⁷⁶ E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *op. cit.*, spéc. p. 772 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, P.U.F., coll. Thémis, Paris, 5^e édition, 2013, pp. 322-324. Pour autant, l'article 3 de la loi n° 92-190 du 26 février 1992 impose de relativiser cette affirmation. Il dispose que la société de transports chargée d'acheminer les étrangers demandeurs d'asile est exemptée de sanctions même si l'admission de ces derniers en France est refusée, à condition que cette demande ne soit pas « manifestement infondée ». Or, comme le souligne F. JULIEN LAFERRIERE, celle-ci devra inexorablement être conduite à intervenir dans la procédure d'admission et ainsi la faire participer à l'exercice du pouvoir de police. Voir : F. JULIEN-LAFERRIERE, « De l'application des accords Schengen au statut des "zones d'attente" : chronique d'une loi annoncée », *A.J.D.A.*, 20 octobre 1992, pp. 656-671, spéc. p. 661.

308. Le pouvoir réglementaire autonome conserve un pré-carré⁵⁷⁷, qui repose sur la justification des attributions confiées au pouvoir exécutif en la matière (1). Toutefois, l'analyse des domaines législatif et réglementaire laisse entrevoir une répartition des compétences fondée sur la nature de la composante de l'ordre public poursuivie (2). Le critère de l'« importance de la mesure » apparaît donc relayé par celui fondé sur la nature, matérielle ou immatérielle, de l'ordre public, dans les matières où les voies législative et réglementaire entrent en concurrence.

1) La justification du pouvoir réglementaire autonome

309. Que ce soit dans le cadre de la jurisprudence *Dehaene* ou de la jurisprudence *Labonne*⁵⁷⁸, la justification du pouvoir réglementaire autonome en matière d'ordre public repose sur l'idée que le pouvoir exécutif doit pouvoir réagir face à des circonstances appelant une réponse rapide. Comme le soulignait Georges Burdeau, le pouvoir exécutif est responsable de l'ordre et doit pouvoir empêcher les troubles⁵⁷⁹. Il est possible de préciser davantage cette justification, qui explique son maintien sous la V^{ème} République en dépit de fondement constitutionnel certain.

310. Dans le cas de la jurisprudence *Dehaene*, le caractère supplétif de l'intervention du pouvoir réglementaire constitue la justification principale du recours à cette voie, à défaut d'intervention du législateur. Sur le fondement de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil d'État admet que la réglementation du droit de grève et la détermination des limites à son exercice soient confiées au gouvernement, faute de législation complète. En dépit de la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs complétant le cadre législatif du droit de grève, le Conseil d'État réitère sa jurisprudence.

311. Nonobstant l'article 34 de la Constitution de 1958 et la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁵⁸⁰, il considère qu'« en l'état de la législation », « les organes chargés de la direction d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité » peuvent « *déterminer les limitations* qui doivent être

⁵⁷⁷ L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, p. 871 et s.

⁵⁷⁸ C.E., 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité ; C.E., 8 août 1919, *Labonne*, précité.

⁵⁷⁹ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 4^e édition, 1972, p. 36.

⁵⁸⁰ L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif », *op. cit.*, pp. 239 et s.

apportées à l'exercice du droit de grève dans l'établissement en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux *nécessités de l'ordre public* »⁵⁸¹. Critiqué dès l'origine⁵⁸² et générant des situations paradoxales⁵⁸³, le maintien de ce pouvoir réglementaire autonome continue de s'imposer, pour des raisons pragmatiques⁵⁸⁴.

312. En ce qui concerne la jurisprudence *Labonne*, la justification des attributions de police générale reconnue au chef du gouvernement depuis 1919 repose sur les atouts que représenterait la voie réglementaire par rapport à la voie législative. Outre la plus grande réactivité du pouvoir réglementaire, « c'est la nature technique du contenu du règlement qui justifie sa possible édicition »⁵⁸⁵. Pour Jérôme Trémeau, « l'idée sous-jacente réside dans la meilleure position de l'Exécutif, par rapport aux organes législatifs, pour opérer des arbitrages techniques. Lui seul dispose des capacités pour recueillir l'ensemble des données propres aux problèmes techniques et pour en faire la synthèse »⁵⁸⁶.

313. C'est pourquoi, en dépit, là encore, de l'article 34 de la Constitution, le Conseil d'État maintient cette jurisprudence sous la V^{ème} République. Il consacre, selon René Chapus, un pouvoir réglementaire autonome « à double titre », « exercé tant en marge de la législation que de la Constitution »⁵⁸⁷.

314. Au titre de ses attributions de police générale, le Premier Ministre a par exemple interdit, par décret du 19 juin 2009, la dissimulation du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique et créé un nouvel article au sein du Code Pénal⁵⁸⁸. De même, le Conseil

⁵⁸¹ C.E., 11 juin 2010, *Syndicat Sud R.A.T.P.*, précité (souligné par nous): « qu'il en résulte que ni les dispositions précitées du code du travail, pour la généralité des services publics, ni celles de la loi du 21 août 2007, pour les services publics de transport terrestre qu'elle régit, ne constituent l'ensemble de la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution ; considérant qu'en l'absence de la complète législation annoncée par la Constitution, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ». Dans le même sens : C.E., 19 janvier 1962, *Bernadet*, *Rec. Lebon*, p. 49 ; C.E., 18 mars 1956, *Hublin*, *Rec. Lebon*, p. 117 ; C.E., 9 juillet 1965, *Pouzens*, *Rec. Lebon*, p. 421.

⁵⁸² A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1953, pp. 193-194 ; M. WALINE, *Droit administratif*, Sirey, Paris, 9^e édition, 1963, pp. 123-124.

⁵⁸³ Le Doyen L. FAVOREU soulignait par exemple que le maintien d'une telle situation n'est pas satisfaisante voire « surréaliste », dans la mesure où « les personnels de la radio et de la télévision verront l'exercice ou l'interdiction du droit de grève réglementé par une loi votée par le Parlement tandis que ceux de la météorologie nationale seront astreints à se conformer à une instruction de leur directeur ». Voir : L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif », *op. cit.*, p. 242.

⁵⁸⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 459.

⁵⁸⁵ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, *op. cit.*, pp. 51 et s.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 459.

⁵⁸⁸ Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique, *J.O.R.F.* n° 0141 du 20 juin 2009, p. 10067.

d'État considère de manière constante que « l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement et qu'il appartient dès lors au Premier ministre, en vertu des articles 21 et 37 de la Constitution, de prendre des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire et justifiées par les nécessités de l'ordre public »⁵⁸⁹.

315. Le chef du gouvernement a pu « sans méconnaître la loi ni en altérer la portée », prendre un arrêté fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif et déterminer une nouvelle limite à l'exercice des droits, à savoir l'interdiction d'aménager des emplacements réservés aux fumeurs dans les établissements d'enseignement⁵⁹⁰. Les pouvoirs de police générale reconnus au Premier Ministre lui permettent, « dans le cadre fixé par le législateur », « de prendre les dispositions nécessaires et si besoin de les adapter »⁵⁹¹.

316. En raison des données techniques dont le pouvoir exécutif dispose, ce dernier est considéré comme mieux placé pour déterminer, eu égard aux exigences de l'ordre public, des limites à l'exercice des droits garantis. Le Conseil constitutionnel considère, de même, que « l'article 34 de la Constitution ne prive pas le chef du gouvernement des attributions de police générale qu'il exerce en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative »⁵⁹². A cet égard, il est compétent pour déterminer des mesures de sécurité prévues par une disposition législative du Code rural⁵⁹³, « qui ont pour objet de garantir la sécurité des personnes lors du déroulement d'actions de chasse ou de destructions d'animaux nuisibles »⁵⁹⁴.

317. Pour autant, la reconnaissance d'une telle compétence divise la doctrine⁵⁹⁵. Si, pour le Doyen Léon Duguit, la jurisprudence *Labonne* se fonde sur une règle coutumière⁵⁹⁶, Jérôme

⁵⁸⁹ C.E., Sect., 19 mars 2007, *Madame X et autres*, req. n° 300467, 300500, 300680, 300681, 300683, 300898. Voir aussi : C.E., 25 septembre 2013, *Société Rapidépannage 62*, req. n° 363184, dans lequel le Conseil d'État rappelle qu'il appartient au premier ministre, au titre de ses pouvoirs de police générale, « d'adopter par voie réglementaire les mesures propres à assurer la sécurité des personnes sur les autoroutes et les ouvrages d'art concédés du réseau routier national ». Voir : J.-M. PASTOR, « La sécurité des personnes sur les autoroutes relève du pouvoir réglementaire du premier ministre », *A.J.D.A.*, 7 oct. 2013, p. 1888.

⁵⁹⁰ Décret n° 2006-1386 du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, *J.O.R.F.* n° 265 du 16 novembre 2006, p. 17249.

⁵⁹¹ C.E., Sect., 19 mars 2007, *Madame X et autres*, précité.

⁵⁹² Décision n° 2000-434 D.C. du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, *Rec.* 107, cons. 19.

⁵⁹³ Articles L. 222-13 et 14 de l'ancien Code rural, désormais insérés à l'article L. 424-15 du Code de l'environnement par l'ordonnance n° 2000-918 du 18 septembre 2000, relative à la partie législative du Code de l'environnement.

⁵⁹⁴ Décision n° 2000-434 D.C. du 20 juillet 2000, précitée, cons. 19.

⁵⁹⁵ L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif », *op. cit.*, pp. 249 et s.

Tremeau constate qu'elle est « contra constitutionem » au regard de l'article 4 de la Déclaration de 1789⁵⁹⁷. Jean-Louis Costa considère quant à lui que les pouvoirs de police générale reconnus au pouvoir exécutif reposent sur la lecture combinée du Préambule et de l'article 2 de la Déclaration de 1789. Les actes de l'Exécutif pouvant « être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique », à savoir, selon l'article 2, « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », il en résulte que « le pouvoir de décision attribué au gouvernement a [...] pour objet de garantir les libertés. Et c'est précisément parce que les libertés ne peuvent être que limitées, qu'il a aussi pour objet d'assurer l'ordre public »⁵⁹⁸.

318. Pour d'autres, le chef du gouvernement détiendrait ses attributions de police générale sur le fondement des articles 21 et 37 de la Constitution⁵⁹⁹. Le Président Bruno Genevois estime qu'elles seraient fondées sur l'article 21 car il confie au pouvoir exécutif la mission d'exécuter les lois⁶⁰⁰. Les Constitutions antérieures à celle de 1875 consacrent d'ailleurs un pouvoir réglementaire à cette fin⁶⁰¹, qui confirmerait l'idée d'une permanence des pouvoirs de l'Exécutif⁶⁰². L'exécution des lois implique en effet « des pouvoirs propres et une compétence générale qui s'exerce en vertu de la Constitution » et comporte « le maintien de l'ordre par l'usage des pouvoirs de police, notamment sous la forme réglementaire »⁶⁰³.

319. Ces tentatives de rattachement n'ont trouvé d'échos exprès ni dans la jurisprudence du Conseil d'État, ni dans celle du Conseil constitutionnel⁶⁰⁴. Il est donc possible de considérer avec le Doyen Louis Favoreu qu'il s'agit d'« un pouvoir réglementaire autonome par

⁵⁹⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, L'organisation politique de la France*, tome IV, *op. cit.*, p. 728.

⁵⁹⁷ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, *op. cit.*, p. 381.

⁵⁹⁸ J.-L. COSTA, *Liberté, ordre public et justice en France*, Les Cours du Droit, Fasc. 1, Université de Paris, Institut d'Etudes Politiques, 1964-1965, p. 74.

⁵⁹⁹ B. PACTEAU, note sous C.E., 22 janvier 1982, *Association Auto défense et autres*, *Recueil Dalloz*, 1982, pp. 495-496.

⁶⁰⁰ B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁰¹ Article 144 de la Constitution de l'an III ; article 44 de la Constitution de l'an VIII ; article 14 de la Charte de 1814.

⁶⁰² J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, *op. cit.*, pp. 386 et s. ; M. MIGNON, « Une création continue du droit public français : le pouvoir réglementaire de l'Exécutif », *E.D.C.E.*, 1950, p. 145, pour lequel « la mission de maintien de l'ordre, de la salubrité, de la sécurité et de la tranquillité publiques fut très tôt reconnue comme la plus traditionnelle et permanente du Gouvernement », de sorte que le pouvoir réglementaire autonome apparaît comme une « création continue du droit public français ».

⁶⁰³ G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., Paris, 1980, t. 2, pp. 129-176, spéc. p. 154.

⁶⁰⁴ Le Conseil constitutionnel ne rattache la reconnaissance du pouvoir réglementaire de police au profit du pouvoir exécutif à aucun fondement textuel. Voir : Décision n° 87-149 L. du 20 février 1987, *précitée*, cons. 7.

détermination jurisprudentielle, maintenu par le Conseil d'État après 1958, en marge de la Constitution »⁶⁰⁵. Cette compétence reconnue au pouvoir exécutif lui permet de déterminer des limites aux droits et libertés, pouvant contenir un degré de restriction similaire à celui des limites déterminées par le législateur. Ce serait *in fine* en fonction de la nature de l'ordre public que la ligne de partage, entre la loi et le pouvoir réglementaire, pourrait être dégagée.

2) *L'ébauche d'une précision du domaine du pouvoir réglementaire autonome vis-à-vis du domaine de la loi*

320. Le constat a été fait d'une détermination partagée des limites aux droits fondamentaux, afin de concrétiser les exigences de l'ordre public. Le droit positif révèle une extension du domaine de la loi au regard du degré de restriction apporté aux droits et libertés visés. Le pouvoir exécutif demeure, quant à lui, compétent pour déterminer des limites lorsque les nécessités de l'ordre public l'exigent. Il en résulte une « concurrence » entre les deux voies normatives. Cela se mesure, en particulier, à propos des incriminations punies de peines contraventionnelles.

321. Les interdictions relatives à la dissimulation du visage sur la voie publique constituent des exemples significatifs de la concurrence entre la loi et le règlement. Par décret du 19 juin 2009, le pouvoir exécutif a créé l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique. Il punit une telle interdiction d'une amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe⁶⁰⁶. L'article R. 645-14 du Code pénal interdit « le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public ».

322. Parallèlement, le législateur a créé, le 11 octobre 2010, l'incrimination selon laquelle « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». La

⁶⁰⁵ L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif », *op. cit.*, p. 251.

⁶⁰⁶ Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique, *précité*. Il est créé, au chapitre V du titre IV du livre IV du Code pénal une section X « De la dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique ».

méconnaissance de cette interdiction est alors punie d'une amende prévue pour les contraventions de deuxième classe⁶⁰⁷.

323. En ce sens, le pouvoir réglementaire détermine une limite à l'exercice des droits fondamentaux punie d'une amende plus importante que celle définie par le législateur. Le décret prévoit une amende de cinquième classe, tandis que l'interdiction prévue par la loi relève des amendes de seconde classe. Or, le degré de restriction apparaît plus élevé dans le cadre de la loi du 11 octobre 2010, puisque l'interdiction s'applique à l'ensemble de l'espace public. L'incrimination de dissimulation illicite du visage, prévue par le décret du 19 juin 2009, n'est applicable quant à elle qu'au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation. Au regard de la proximité de ces deux incriminations, ce constat révèle une concurrence entre les voies réglementaire et législative.

324. Le critère de partage entre la loi et le règlement reposerait sur la nature de l'ordre public. Dans le cadre du décret, c'est un impératif d'ordre public « matériel », à savoir le maintien de la sécurité publique, qui justifie la détermination de l'incrimination. Au contraire, dans le cadre de la loi du 11 octobre 2010, c'est l'ordre public sous l'angle « immatériel » qui est poursuivi par le législateur⁶⁰⁸. Le législateur peut, certes, déterminer des incriminations punies de peines contraventionnelles pour des impératifs d'ordre public matériel au même titre que le pouvoir exécutif, en vertu de ses attributions de police générale⁶⁰⁹. Néanmoins, seul le législateur semble en mesure de déterminer des incriminations liées à des impératifs d'ordre public « immatériel ».

325. L'étude de la détermination des limites aux droits garantis visant à concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public démontre que la répartition des compétences est avant tout pragmatique et empirique. Deux critères cumulatifs tendent cependant à clarifier la ligne de partage entre la loi et le règlement. Le degré de restriction porté aux droits garantis explique l'extension du domaine de la loi en la matière. La nature, matérielle ou immatérielle, de l'ordre public indique quant à elle la répartition entre la loi et le règlement dans des secteurs concurrentiels.

⁶⁰⁷ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *J.O.R.F.* n° 0237 du 12 octobre 2010, p. 18344.

⁶⁰⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, *op. cit.*, p. 17. Voir : *infra*, n° 251.

⁶⁰⁹ Les articles L. 2212-2 et L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales habilitent en effet respectivement le Maire et le Préfet à exercer des pouvoirs de police administrative générale à l'échelon local, et à interdire la dissimulation du visage dans certains lieux publics exposés à des risques avérés pour l'ordre public matériel, en fonction de circonstances locales particulières dûment justifiées et sous réserve que la mesure soit proportionnée à ces risques.

326. Par ailleurs, la détermination des limites aux droits fondamentaux n'est pas le seul terrain où la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif subit une influence du renforcement des exigences de l'ordre public. La fixation du champ d'application des limites déterminées par le législateur démontre, elle aussi, que la frontière s'est déplacée.

B) Le rétrécissement du domaine de la loi dans la fixation du champ d'application des limites

327. La question de la définition organique des limites aux droits fondamentaux renvoie non seulement au degré de détermination par le législateur, mais aussi au « degré de régulation » dans la définition de la limite, au regard de ce que le législateur peut éluder en le concédant au pouvoir réglementaire d'exécution⁶¹⁰. Il s'agit d'analyser « en profondeur » l'étendue du domaine de la loi en la matière. Au fil de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a précisé la réserve de loi vis-à-vis du domaine du règlement. Il distingue la « mise en cause » des droits fondamentaux, qui relève du législateur, et la « mise en œuvre » des règles posées le législateur et confiée pouvoir réglementaire⁶¹¹. Si cette distinction repose sur un principe *a priori* clair, son contenu demeure incertain⁶¹². S'agissant de la mise en œuvre des limites visant à concrétiser les exigences de l'ordre public, il importe de s'interroger sur les éléments relevant de la loi et ceux qui appartiennent au pouvoir réglementaire.

328. L'analyse des domaines législatif et réglementaire montre que le « critère domanial » demeure pertinent⁶¹³. Le degré de régulation du législateur est plus important dans certaines matières que dans d'autres (a). Néanmoins, ce dernier apparaît dépassé. Même au sein des matières où le degré de définition de la limite par le législateur est étendu eu égard à l'article 34 de la Constitution, le pouvoir législatif confie, en raison de la complexification des

⁶¹⁰ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, op. cit., pp. 46 et s.

⁶¹¹ Décision n° 89-269 D.C. du 22 janvier 1990, précitée, cons. 20 et 26 ; Décision n° 90-283 D.C. du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec. p. 11, cons. 36 ; Décision n° 91-304 D.C. du 15 janvier 1992, précitée, cons. 8 ; Décision n° 2001-450 D.C. du 11 juillet 2001, précitée, cons. 25 ; Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, précitée, cons. 31 ; Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, précitée, cons. 3 et 4 ; Décision n° 88-157 L. du 10 mai 1988, précitée, cons. 1.

⁶¹² J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, op. cit., p. 335.

⁶¹³ Pour D. DE BÉCHILLON, si la définition de la loi n'est pas exclusivement domaniale, elle conserve une composante domaniale, de sorte que « la définition de la loi peut et doit toujours être donnée en relation avec ses trois composantes organique, formelle et domaniale ». Voir : D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., pp. 57 et s., spéc. p. 80.

exigences de l'ordre public, un nombre important de modalités d'application au pouvoir réglementaire. La répartition des compétences reposerait donc aussi sur la composante de l'ordre public poursuivie (b).

a) L'étendue de la compétence législative à géométrie variable selon le domaine de la limite

329. La catégorisation des réserves de loi en fonction du degré de régulation du législateur repose sur la distinction entre la « réserve absolue » et la « réserve relative »⁶¹⁴. Tandis que la première correspond à une régulation législative totale d'une matière, la seconde exige seulement que le pouvoir législatif en détermine les éléments fondamentaux. La fixation des modalités de mise en œuvre peut être confiée au pouvoir réglementaire.

330. La matière pénale constitue, sur le plan historique, une réserve de loi absolue⁶¹⁵. A l'inverse, la police administrative relève davantage d'une réserve de loi relative, au regard de la compétence technique du pouvoir réglementaire pour en définir les modalités concrètes. La matière pénale implique ainsi une régulation législative plus complète que la police administrative, car même pour les réserves de loi absolues, il subsiste un espace normatif pour le règlement⁶¹⁶. S'agissant de la concrétisation des exigences de l'ordre public, la différence de réserves de loi, selon la matière visée, demeure pertinente pour appréhender la ligne de partage entre la loi et le règlement d'exécution.

331. Tout d'abord, les modalités d'application des limites aux droits garantis ne sont pas définies par la même autorité normative *selon la finalité poursuivie*. Par exemple, à propos des fichiers de police déterminés par le législateur, la nature des informations enregistrées, la durée de leur conservation, les conditions de mise à jour des informations enregistrées ainsi que la liste des autorités qui y ont accès sont définies par un décret en Conseil d'État, lorsque les fichiers poursuivent une finalité administrative. Tel est le cas du fichier relatif aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement et de celui relatif aux étrangers

⁶¹⁴ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, op. cit., pp. 46 et s.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ *Ibidem*.

sollicitant la délivrance d'un visa, créés par la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration⁶¹⁷.

332. Au contraire, ces modalités sont strictement définies par le législateur lorsqu'il s'agit d'un fichier de police judiciaire. S'agissant du fichier judiciaire national des auteurs d'infractions sexuelles, le législateur définit à la fois la nature des informations conservées, la durée de conservation des données, les conditions d'accès et d'effacement des informations nominatives et les personnes qui y ont accès⁶¹⁸.

333. Une telle dialectique se retrouve à propos des moyens de contrainte. En matière de visites, de perquisitions et de saisies ayant pour objet la recherche et la constatation d'infractions déterminées, il appartient au législateur de préciser le lieu, la période, le déroulement et les modalités de l'enquête préliminaire⁶¹⁹. A l'inverse, dans le cadre de mesures de police administrative, telles que l'inspection visuelle et la fouille de bagage à main ou les palpations de sécurité, le législateur ne prévoit pas de tels éléments. Il confie au pouvoir réglementaire la définition de la durée des opérations et du lieu dans lesquels de tels contrôles peuvent être effectués⁶²⁰.

334. Ensuite, *la matière* sur laquelle porte la limite à l'exercice des droits et libertés entre en ligne de compte pour déterminer la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il appartient au législateur de définir les modalités de mise en œuvre des traitements de données nominatives portant sur des infractions, condamnations et mesures de sûreté, alors même que la finalité poursuivie par le

⁶¹⁷ Article 8 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée*, créant un fichier national automatisé nominatif des personnes qui sont interdites d'acquisition d'armes et de détention d'armes (inséré à l'article 19-1 du décret du 18 avril 1939). De même, les articles 7, 11 et 12 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *précitée*, précise, pour les fichiers F.N.A.D. (fichier des non-admis), E.L.O.I. (fichier relatif aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement) et V.I.S.A.B.I.O. (fichier relatif aux étrangers sollicitant la délivrance d'un visa), qu'un décret en Conseil d'État définit « la durée de conservation et les conditions de mise à jour des informations enregistrées, les modalités d'habilitation des personnes qui seront amenées à consulter ces fichiers ainsi que, le cas échéant, les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer leur droit d'accès » (souligné par nous). Voir : F. JULIEN-LAFERRIERE, « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », *op. cit.*, spéc. pp. 265-266.

⁶¹⁸ L'article 48 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *précitée*, relatif au « fichier judiciaire national des auteurs d'infractions sexuelles » et inséré aux articles 706-53-1 et suivants du Code de procédure pénale.

⁶¹⁹ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 18, dans laquelle l'article 10 de la loi du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme a été déclaré contraire à la Constitution précisément sur ce motif.

⁶²⁰ Article 96 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, modifiant la loi du 12 juillet 1983, *précitées*. Il en est de même des perquisitions justifiées par l'urgence, prévues par l'article 3 de la loi du 18 mars 2003, qui modifie l'article L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales : l'arrêté du préfet fixe la nature des prestations requises, la durée de la mesure de réquisition ainsi que les modalités de son application.

fichier est à la fois préventive et répressive. A ce titre, l'article 9, 3° de la loi du 6 janvier 1978, créé par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, disposait que de tels traitements pouvaient être mis en place par des personnes morales victimes d'infractions ou agissant pour le compte desdites victimes, pour les stricts besoins de la prévention et de la lutte contre la fraude. Or, dans la mesure où la loi ne fixait pas les modalités de mise en œuvre de tels traitements⁶²¹, cet article a été déclaré contraire à la Constitution, « eu égard à la matière concernée »⁶²². Cette décision signifie, *a contrario*, qu'un tel fichier, portant sur une matière autre que pénale, n'aurait pas encouru la censure du juge constitutionnel.

335. Selon la matière dans laquelle s'inscrit la limite à l'exercice des droits fondamentaux, la voie normative pour concrétiser les exigences de l'ordre public est donc différente. Néanmoins, même en matière pénale, où le degré de régulation législative est important, des différences peuvent s'analyser, en fonction de la composante de l'ordre public poursuivie.

b) L'étendue du domaine de la loi précisée en fonction de la composante de l'ordre public poursuivie

336. Si le critère domanial reste le facteur déterminant pour appréhender la répartition verticale des compétences entre la loi et le pouvoir réglementaire d'exécution, il doit être complété par celui lié à la composante de l'ordre public poursuivie. En effet, le degré de définition législative des modalités d'application des limites en matière pénale varie désormais selon la composante des objectifs de préservation de l'ordre public poursuivie. Le domaine de la loi connaît un rétrécissement, puisque seules certaines limites font l'objet d'une définition quasi-intégrale par la loi. Si le législateur définit amplement les modalités d'application de certaines incriminations, il confie une partie de la mise en œuvre des mesures pénales au pouvoir réglementaire, selon l'objectif poursuivi.

⁶²¹ Telles que l'objet et les conditions du mandat, les infractions auxquelles s'applique le terme de « fraude », le partage et la cession des données traitées ainsi que la durée de conservation des données.

⁶²² Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 12. Voir : D. BOTTEGHI et A. LALLET, « Les vicissitudes du fichage », *op. cit.*, spéc. p. 1932.

337. Les mesures déterminées sur le fondement de l'objectif de prévention de la récidive, telles que la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté⁶²³, font l'objet d'une définition presque totale par le législateur. Il en est de même des limites à l'exercice des droits et libertés prises sur le fondement de l'objectif de prévention des actes de terrorisme, comme les mécanismes de vidéosurveillance⁶²⁴. Les modalités d'application des mesures adoptées sur le fondement de l'objectif, plus englobant, de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, ne font l'objet, quant à elles, que d'une définition partielle par le législateur. Par exemple, ce dernier renvoie au décret le soin de préciser la durée de conservation des informations enregistrées dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques, alors qu'il s'agit d'un fichier de police judiciaire⁶²⁵.

338. De même, la loi renvoie au décret la définition de modalités de mise en œuvre de fichiers de police judiciaire, tels que le système de traitements des infractions constatées. Le pouvoir réglementaire définit la liste des contraventions visées, la durée de conservation des informations enregistrées, les modalités d'habilitation des personnes ainsi que les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer leur droit d'accès⁶²⁶. La définition de ce fichier se rapproche du degré de régulation législative existant pour les fichiers de police administrative. Ce rétrécissement du domaine de la loi s'explique d'autant plus que le système de traitements des infractions constatées, était, avant la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, entièrement défini par décret.

339. Ainsi, quand bien même un fichier est créé « pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales »⁶²⁷, le législateur confie à un décret en Conseil d'État la définition des catégories de données, la durée de leur conservation et la nature des communications que des opérateurs de télécommunications doivent conserver avant de les effacer.

340. Au regard de la complexification des exigences de l'ordre public, le législateur confie davantage d'éléments de mise en œuvre des limites aux droits et libertés au pouvoir réglementaire, y compris en matière pénale. L'étendue du domaine de la loi tend à

⁶²³ Article 1^{er} de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *J.O.R.F.* n° 0048 du 26 février 2008, p. 3266; Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*.

⁶²⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁶²⁵ Article 706-54, dernier alinéa du Code de procédure pénale ; Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 18.

⁶²⁶ Ancien article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précité*, désormais inséré à l'article 630-2 du Code de procédure pénale.

⁶²⁷ Articles L. 32-3-1 et L. 32-3-2 du Code des postes et télécommunications.

s'amoinrir, puisque le degré de régulation législative ne dépend plus seulement de la matière concernée, mais aussi de la composante de l'ordre public poursuivie. L'influence du renforcement des exigences de l'ordre public sur la définition des limites aux droits et libertés s'observe donc particulièrement sur le plan organique. Leur ancrage dans l'ordre juridique démontre, également, de nouvelles configurations normatives.

§2. Le renforcement des exigences de l'ordre public, vecteur de dissémination des limites aux droits fondamentaux dans l'ordre juridique

341. Dans l'ordre juridique français, les exigences de l'ordre public se sont non seulement renforcées, mais aussi renouvelées, comme en témoigne la multiplication des composantes de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public dans la jurisprudence constitutionnelle. Cette diversification des composantes de l'ordre public conduit à s'interroger sur leur concrétisation formelle dans l'ordre juridique. La question se pose, en particulier, d'un rapprochement entre le régime de limitation des droits fondamentaux en temps normal et les régimes d'exception, prévus sur les plans constitutionnel et infra-constitutionnel.

342. L'étude de la concrétisation législative de l'ordre public conduit à répondre négativement à cette question. Il semble subsister une différence formelle, en droit français, entre le régime de limitation et les régimes d'exception (A). Néanmoins, pour déterminer la limitation des droits et libertés en temps normal, le législateur emprunte désormais des techniques similaires à celles des régimes d'exception (B). L'analyse des ancrages des limites dans l'ordre juridique dévoile leur dissémination, au regard de la multiplication des régimes visant à répondre aux composantes de l'ordre public.

A) La spécificité formelle du régime de limitation des droits fondamentaux vis-à-vis des régimes d'exception

343. Les exigences de l'ordre public se traduisent en principe différemment en période exceptionnelle et en temps normal. Les mesures prises sur le fondement d'un « régime légal »

ou constitutionnel « de pouvoirs exceptionnels »⁶²⁸ ont des « effets par nature limités dans le temps et l'espace »⁶²⁹, puisqu'ils ont pour objet de répondre à des circonstances déterminées. En temps normal, les mesures adoptées par le législateur sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, ou une disposition consacrant un droit fondamental, sont intégrées dans l'ordonnancement juridique. Elles modifient le droit commun et ne sont pas conditionnées à des contraintes temporelles ou spatiales : elles revêtent un caractère permanent. En ce sens, la mise en vigueur des régimes d'exception se substitue partiellement à l'application du « droit commun des libertés fondamentales », pour un temps et/ou un lieu déterminé⁶³⁰, tandis que le régime des limites aux droits garantis, en temps ordinaire, s'inscrit dans le droit commun.

344. La distinction formelle entre ces deux régimes tendrait à s'amenuiser en droit positif, sous l'influence de la concrétisation renouvelée des exigences de l'ordre public. Pour Gilles Armand, « on a assisté, en France, au développement de régimes exceptionnels en période normale »⁶³¹. Ces derniers se rapprocheraient des régimes de pouvoirs exceptionnels proprement dit, à travers la mise en place d'un « droit dérogatoire » du droit commun, propre à la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée⁶³². Qui plus est, le plan Vigipirate, dont la base légale réside dans les articles L. 1111-2 et L. 2141-3 du Code de la Défense⁶³³, est en vigueur en France depuis les attentats du 11 septembre 2001⁶³⁴, alors qu'il est

⁶²⁸ Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, Rec. p. 33, cons. 4.

⁶²⁹ C.E., ord. référé, 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, Rec. Lebon, p. 562.

⁶³⁰ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, P.U.F., Léviathan, Paris, 2011, pp. 99-109, spéc. p. 105. Pour M. TROPER, la suspension des droits pendant l'état d'exception « n'est jamais que partielle. Dire qu'on suspend le droit tout entier voudrait dire qu'il n'y a plus de règles sur le droit de propriété ou sur la filiation. Une telle situation ne se produit jamais. Aucun état d'exception, aucune révolution, aussi radicale soit-elle, n'a jamais pris ni ne prendra jamais une telle mesure ».

⁶³¹ G. ARMAND, « Régimes légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnels en période normale », *C.R.D.F.*, Presses Universitaires de Caen, n° 6, 2007, pp. 113-122, spéc. p. 114.

⁶³² C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *R.S.C.*, juillet/septembre 2003, pp. 644-654 ; D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynold Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, pp. 53-69, spéc. p. 59.

⁶³³ Le plan Vigipirate résulte d'une instruction ministérielle du 7 février 1978 du Secrétariat général de la défense nationale, classée confidentielle. Il a pour base légale l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation générale de la défense, qui a été abrogée par l'ordonnance n° 2004-1347 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du Code de la défense. Les dispositions qui fondent désormais le Plan Vigipirate sont donc les articles L. 1111-2 et L. 2141-3 du Code de la Défense.

⁶³⁴ L'application du plan Vigipirate résulte de la circulaire VIGIPIRATE 2003 n° 10100 SGDN/PSE/PPS/CD du 17 mars 2003, non publiée : [<http://www.gouvernement.fr/gouvernement/qu-est-ce-que-le-plan-vigipirate>]. Voir : F. EPINETTE, « Vigipirate », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 337-352.

expressément subordonné à la condition de « menaces »⁶³⁵. Il en résulterait une proximité notable entre les régimes d'exception et le régime de limitation des droits fondamentaux en temps ordinaire.

345. Cette confusion est en partie confirmée par le législateur lui-même. Dans l'exposé des motifs de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, il est précisé qu'« eu égard au niveau élevé et *exceptionnel* de la menace terroriste, certaines dispositions nouvelles revêtent également un caractère *exceptionnel* »⁶³⁶. Pour Giorgio Agamben, l'ampleur et la rigueur du développement d'un droit dérogatoire du droit commun tendrait à l'avènement d'un état d'exception qui deviendrait un paradigme normal de gouvernement⁶³⁷, permanent⁶³⁸, où l'exception deviendrait la règle.

346. Pourtant, il semble que la confusion provient elle-même de l'ambiguïté du mot « exception ». La concrétisation législative de la prévention des actes terroristes est significative des interrogations soulevées à ce sujet. Michel Troper définit l'état d'exception comme « une situation dans laquelle, en invoquant l'existence de circonstances exceptionnelles particulièrement dramatiques et la nécessité d'y faire face – on songe par exemple à une catastrophe naturelle, une guerre, une insurrection, *des actes terroristes*, ou une épidémie –, on suspend provisoirement l'application des règles qui régissent ordinairement l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics et l'on en applique d'autres, évidemment moins libérales, qui conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux »⁶³⁹.

347. Selon cette définition, la concrétisation de la lutte contre le terrorisme serait constitutive d'une législation d'exception. Or, dans l'ordre juridique français, les mesures adoptées pour répondre à cette exigence ne sont pas, formellement, la conséquence de la mise

⁶³⁵ En vertu de l'article L. 1111-2, « le pouvoir exécutif, dans l'exercice de ses attributions constitutionnelles, prend les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs définis à l'article L. 1111-1. *En cas de menaces*, ces mesures peuvent être soit la mobilisation générale, soit la mise en garde définis à l'article L. 2141-1, soit des dispositions particulières [...]. *En cas de menace* portant notamment sur une partie du territoire [...], des décrets pris en conseil des ministres peuvent ouvrir au Gouvernement tout ou partie des droits définis à l'article L. 2143-3 » (souligné par nous).

⁶³⁶ L. BETEILLE, *Rapport n° 61 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi présentée par M. Hubert Haenel, visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Sénat, 29 octobre 2008, p. 7 (souligné par nous).

⁶³⁷ G. AGAMBEN, *L'état d'exception, Homo Sacer*, Traduit de l'italien par J. Gayraud, Seuil, Paris, 2003, pp. 9 et s.

⁶³⁸ P. HASSNER, « L'état d'exception permanent », *Le Monde*, 24 juin 2003.

⁶³⁹ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, spéc. p. 99 (souligné par nous).

en vigueur d'un régime d'exception, pris sur le fondement des articles 16 ou 36 de la Constitution relatifs aux pouvoirs de crise du président de la République et à l'état de siège. La « particularité de la législation française » en la matière réside dans le fait « qu'elle ne constitue pas une législation d'exception, mais qu'elle s'inscrit dans le droit commun »⁶⁴⁰.

348. Pour Michel Troper, une telle confusion découle des différentes significations que l'on attache au mot *exception* : « Parfois, l'état d'exception est un ensemble de règles exceptionnelles [...] justifiées par leur finalité, qui est le retour à la normale, tandis que dans d'autres cas, on est simplement en présence de règles différentes pour situation différente »⁶⁴¹.

349. François Saint-Bonnet souligne également cette double acception. Dans son sens classique, « l'état d'exception est entendu comme un moment pendant lequel les règles sont transgressées, suspendues ou écartées pour faire face à un péril », par définition temporaire. Dans une seconde acception, plus récente – et soutenue par Giorgio Agamben –, « l'état d'exception consiste en une modification en profondeur de certains systèmes juridiques pour faire face à certains périls durables tels que le terrorisme »⁶⁴². Or, l'état d'exception, « dans sa rigueur terminologique, juridique et logique », « ne peut être entendu que dans la première acception, la seule dans laquelle existe une véritable *exception* par rapport à un temps de calme et à un droit des périodes dites "normales" »⁶⁴³.

350. L'étude des limites aux droits fondamentaux relatives aux exigences de l'ordre public conduit à partager cette analyse et à ne retenir que l'acception classique de l'état d'exception. Celui-ci renvoie en effet à « la situation qu'une autorité compétente décide de qualifier d'état d'exception. [...] Il est toujours défini et qualifié par le droit, et constitue la mise en œuvre d'une régime juridique que l'on substitue à un autre conformément à une norme juridique supérieure »⁶⁴⁴. Pour concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public, le législateur ne s'appuie pas sur les fondements, constitutionnels ou législatifs, qualifiés de régimes

⁶⁴⁰ F. ROLIN et S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *A.J.D.A.*, 15 mai 2006, pp. 975-982, spéc. p. 976 ; A. MARSAUD, *Rapport n° 2681 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 2615 après déclaration d'urgence, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Assemblée Nationale, 16 novembre 2005, spéc. pp. 7 et s ; J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, États-Unis, Allemagne*, Thèse dactylographiée, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2010, t. 1, pp. 310 et s.

⁶⁴¹ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, p. 101.

⁶⁴² F. SAINT BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *C.R.D.F.*, Presses Universitaires de Caen, n° 6, 2007, pp. 29-37, spéc. p. 29.

⁶⁴³ *Ibidem*.

⁶⁴⁴ M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op. cit.*, spéc. p. 102 et p. 105.

d'exception, à l'instar de l'article 16 ou 36 de la Constitution ou de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

351. De plus, les limites aux droits et libertés déterminées par le législateur s'inscrivent dans la durée et ne sont pas « exceptionnelles ». Elles ne constituent pas, formellement, une exception par rapport à un « temps de calme et un droit des périodes dites normales »⁶⁴⁵. Au contraire, elles constituent ce droit « des périodes normales ». Elles sont revêtues d'un caractère permanent et ne sont pas enserrées dans des conditions temporelles et/ou spatiales caractéristiques des régimes d'exception. Les limites n'ont pas vocation à disparaître une fois que les circonstances justifiant leur adoption se dissipent, dans la mesure où elles s'inscrivent dans la durée et sont ancrées dans l'ordre juridique. Les limites modifient le droit commun, à savoir un nombre important de codes et de lois, dans des domaines variés. La limitation des droits fondamentaux s'inscrit donc dans la loi et pénètre l'ensemble de l'ordre juridique.

352. Par exemple, la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme modifie huit codes⁶⁴⁶ et onze lois⁶⁴⁷. Quant à la loi d'orientation et de programmation pour la

⁶⁴⁵ F. SAINT BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, spéc. p. 29.

⁶⁴⁶ Code des assurances, Code de l'aviation civile, Code civil, Code pénal, Code des postes et communications électroniques, Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France, Code de procédure pénale et le Code monétaire et financier.

⁶⁴⁷ La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ; l'ordonnance n° 58-1309 du 23 décembre 1958 relative à l'usage des armes et à l'établissement de barrages de circulation par le personnel de police ; la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité ; la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives ; la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques ; la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité intérieure ; la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne ; la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ; la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Voir : M.-H. GALMARD, « Vers une nouvelle approche du phénomène terroriste ? Apports de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives aux contrôles transfrontaliers », *Revue Pénitentiaire de Droit Pénal*, 2007, n° 1, pp. 5-28.

performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011⁶⁴⁸ elle modifie vingt-quatre codes et dix-sept lois⁶⁴⁹.

353. Il n'y a pas, formellement, une suspension de l'application du droit commun pour y substituer un « autre droit », justifié par des circonstances déterminées et par nature temporaire, mais une modification du droit commun. Le législateur le confirme, à propos de l'introduction de dispositions à titre temporaire dans l'ordre juridique, pour répondre à l'objectif de prévention des actes de terrorisme. Leur caractère temporaire ne s'explique pas « par la nature même de ces dispositions » : elles « ne constituent nullement des mesures d'exception qui n'auraient vocation à s'appliquer que pour un laps de temps déterminé afin de faire face à un "pic" d'activités terroristes. Au contraire, elles répondent aux mutations du terrorisme et à l'évolution des technologies »⁶⁵⁰.

354. S'il est exact de considérer, avec Gilles Armand, que le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le législateur à développer un droit dérogatoire du droit commun⁶⁵¹, le régime de limitation des droits fondamentaux demeure différent de celui des régimes

⁶⁴⁸ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *J.O.R.F.* n° 0062 du 15 mars 2011, p. 4582.

⁶⁴⁹ Code pénal, code de procédure pénale, Code de l'action sociale et des familles, Code civil, Code général des collectivités territoriales, Code des communes, Code des communes de la Nouvelle Calédonie, Code de la construction et de l'habitation, Code de la défense, Code des douanes, Code des douanes de Mayotte, Code de l'éducation, Code de l'environnement, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Code général des impôts et Livre des procédures fiscales, Code monétaire et financier, Code des ports maritimes, Code des postes et des communications électroniques, code de la propriété intellectuelle, code de la route, code de la santé publique, Code de la sécurité sociale, Code du sport, Code des transports, Code du travail ; Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, loi n° 71-569 du 15 juillet 1971 relative au territoire des T.A.A.F., loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et aux libertés des communes, des départements et des régions, loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité, loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, ordonnance n° 2000-371 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Wallis et Futuna, ordonnance n° 2000-372 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour en Polynésie française, ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte ; ordonnance n° 2002-388 du 20 mars 2002 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Nouvelle Calédonie, loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. Sur ces modifications : *Droit pénal*, juillet-août 2011, pp. 15-24.

⁶⁵⁰ C. BODIN, *Rapport n° 1263 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1233 adoptée par le Sénat visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Assemblée Nationale, 19 novembre 2008, p. 6.

⁶⁵¹ G. ARMAND, « Régimes légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnels en période normale », *op. cit.*, spéc. p. 114.

d'exception. Les mesures ne sont pas justifiées par des circonstances exceptionnelles, mais prises pour concrétiser des exigences précises de l'ordre public, telles que l'objectif de prévention des actes de terrorisme. A la différence des régimes d'exception, il n'y a donc pas de substitution d'un corps de règles par un autre, au regard de circonstances particulières, mais eu égard à des composantes de l'ordre public déterminées. Ces distinctions pourraient être illustrées comme telles :

	RÉGIMES D'EXCEPTION	RÉGIME DE LIMITATION DES DROITS FONDAMENTAUX
<i>Fondements</i>	Articles 16 et 36 de la Constitution Loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence	Article 34 de la Constitution et dispositions consacrant un droit fondamental
<i>Justifications</i>	Circonstances de temps et de lieu déterminées	Composantes des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public
<i>Techniques</i>	<p>Substitution du droit commun par un corps de règles spécifiques pour répondre à des circonstances déterminées</p> <p>Introduction de règles temporaires pour répondre à des circonstances déterminées</p>	<p>Introduction de nouvelles normes dans l'ordre juridique</p> <p>Substitution du droit commun par un corps de règles spécifiques pour concrétiser une ou des composantes des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public</p> <p>Introduction de règles temporaires à titre d'expérimentation pour concrétiser une ou des composantes des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public</p>
<i>Effets dans l'ordre juridique</i>	<p>Suspension partielle de l'application du droit commun</p> <p>Caractère provisoire</p>	<p>Modification du droit commun et introduction de régimes dérogatoires du droit commun</p> <p>Caractère permanent</p>

355. En droit comparé, une telle distinction se vérifie également bien qu'elle soit plus délicate à identifier. Aux États-Unis, les mesures adoptées suite aux attentats du 11 septembre 2001 résultent de la mise en vigueur d'un état d'exception. L'article 1, section 9 de la Constitution des États-Unis habilite, implicitement, le Congrès à prendre des dispositifs exceptionnels pour restaurer l'ordre. Il y est inscrit que « le privilège de l'ordonnance de *l'habeas corpus* ne pourra être suspendu, *sauf* dans les cas de rébellion ou d'invasion, si la sécurité publique l'exige »⁶⁵².

356. Suite à la déclaration de l'état d'urgence nationale le 14 septembre 2001, le Président des États-Unis a sollicité le Congrès en vertu de cette habilitation constitutionnelle, pour déclarer la guerre contre un ennemi non clairement identifié⁶⁵³, lequel l'a autorisé lors de l'adoption d'une résolution conjointe le 18 septembre 2001⁶⁵⁴. Selon Mireille Delmas-Marty, il s'agit ici des pouvoirs du Président « comme chef des armées, et non d'un pouvoir législatif interne »⁶⁵⁵. Ce faisant, Georges W. Bush a invoqué des pouvoirs législatifs exceptionnels votés par le Congrès, dont le *USA Patriot Act* entré en vigueur le 26 octobre 2001⁶⁵⁶, mais aussi l'adoption de décrets mettant en place les *military orders*⁶⁵⁷. Les dispositifs exceptionnels résultent ainsi d'une habilitation constitutionnelle implicite, fondée sur la doctrine de *l'unitary executive*⁶⁵⁸.

⁶⁵² Souligné par nous.

⁶⁵³ W. MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 61-70, spéc. p. 65.

⁶⁵⁴ Authorization for use of military Force, Public law 107-40, 115 Stat. 224, sept. 18, 2001. Celle-ci autorise le Président à engager des actions militaires « en utilisant toute force appropriée et nécessaire contre les Nations, organisations ou personnes qui auraient selon lui, organisé, autorisé, exécuté ou soutenu les attaques terroristes du 11 septembre 2001 ».

⁶⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, « Libertés et sûreté. Les mutations de l'État de droit », *Revue de Synthèse*, tome 130, 6^e série, n° 3, 2009, pp. 465-491, spéc. p. 471.

⁶⁵⁶ "Uniting and Strengthening America by providing Appropriate Tools required to Intercept and Obstruct Terrorism", USA Patriot Act of 2001, Public Law, n° 107-56, 115 Stat. 272.

⁶⁵⁷ Military order, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism, 66 Federal Register 57833 (Nov. 13, 2001). Voir : R. DWORKIN, « L'après 11 septembre. George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain », *Esprit*, juin 2002, pp. 6-23 ; W. MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *op. cit.*, spéc. p. 65 ; G. SCOFFONI, « Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international », in *Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, Paris, 2005, pp. 219-236, spéc. p. 221 et s. ; S. GARDBAUM et G. SCOFFONI, Chron. États-Unis, *R.F.D.C.*, n° 52, 2002, pp. 457-465.

⁶⁵⁸ J.-C. MONOD, « Vers un droit international d'exception ? », *Esprit*, août-septembre 2006, pp. 173-193 ; M. DELMAS-MARTY, « Libertés et sûreté. Les mutations de l'État de droit », *op. cit.*, spéc. p. 471 ; C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *R.F.D.C.*, 2008, n° 73, pp. 41-63, spéc. pp. 50-51.

357. Si le fondement des mesures adoptées repose sur un régime d'exception, en réaction à des circonstances déterminées, celles-ci modifient pourtant une quinzaine de lois fédérales⁶⁵⁹ et tendent à s'inscrire dans le droit commun. Bien que certaines dispositions du *Patriot Act* aient été prolongées à plusieurs reprises⁶⁶⁰, d'autres sont devenues permanentes suite à l'adoption de plusieurs lois par le Congrès⁶⁶¹. Dès lors, prises sur le fondement d'un régime d'exception, ces mesures font désormais partie intégrante du droit commun, avec des techniques dérogatoires pour la poursuite de la lutte contre le terrorisme.

358. De tels achoppements entre la première acception du régime d'exception et la seconde s'observent aussi en Grande-Bretagne. Même si ce pays bénéficiait de plusieurs lois anti-terroristes avant 2001, l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act*, promulgué le 14 décembre 2001, constitue un régime d'exception. Il suspend partiellement le droit commun pour appliquer un autre corps de règles dans un temps délimité, en réaction aux attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, et institue une dérogation à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁶². Or, suite à la décision de la Cour d'Appel de la Chambre des Lords du 16 décembre 2004 retoquant des dispositions de cette loi⁶⁶³, le *Prevention of Terrorism Act* voté le 11 mars 2005 et le *Terrorism Bill* du 30 mars 2006 tendent à s'inscrire dans le droit commun, avec des dispositifs dérogatoires et temporaires pour certaines d'entre eux⁶⁶⁴.

359. Le droit comparé témoigne des interrogations liées aux phénomènes d'hybridation des cadres juridiques entre les régimes de limitation et d'exception. Michel Rosenfeld qualifie la

⁶⁵⁹ C. VROOM, « États-Unis. Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 161-194, spéc. p. 164 ; W. MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *op. cit.*, spéc. p. 65.

⁶⁶⁰ J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, États-Unis, Allemagne*, *op. cit.*, t. 2, p. 490.

⁶⁶¹ W. MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *op. cit.*, p. 69.

⁶⁶² J.-C. PAYE, « Le modèle anglais », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 71-80, spéc. p. 72 ; J.-C. PAYE, « The Prevention Security Act britannique du 11 mars 2005 », *R.T.D.H.*, n° 63, 2005, pp. 635-647 ; E. GUILD, « Agamben face aux juges. Souveraineté, exception et antiterrorisme », *Cultures et conflits*, n° 51, 2003, pp. 127-156.

⁶⁶³ Cour d'Appel de la Chambre des Lords, *A (FC) & others (FC) v. Secretary of State for the Home department House of Lords*, session 2004-2005, UKLH 56 ; E. GUILD, « L'état d'exception, le juge, l'étranger et les droits de l'homme : trois défis des Cours britanniques », *Cultures et Conflits*, 2005, n° 58, pp. 183-204.

⁶⁶⁴ J.-C. PAYE, « Le modèle anglais », *op. cit.*, spéc. pp. 75 et s.

période post-11 septembre 2001 en un « temps de stress », caractérisé par « une menace moins sévère, moins forte et plus durable »⁶⁶⁵.

360. Il n'en reste pas moins que, dans l'ordre juridique français, une distinction formelle subsiste entre le régime de limitation des droits fondamentaux en temps ordinaire et les régimes d'exception. Bien le premier conserve une spécificité, le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le législateur à mobiliser des techniques utilisées lors de la mise en vigueur de régimes d'exception. De ce point de vue, un rapprochement technique s'opère entre le régime de limitation en temps normal et les régimes d'exception. Il en résulte des formes de dissémination des limites dans l'ordre juridique, en fonction de la composante de l'objectif de préservation de l'ordre public poursuivie.

B) Les rapprochements techniques entre le régime de limitation des droits fondamentaux et les régimes d'exception

361. L'étude du régime de limitation des droits fondamentaux démontre que le législateur utilise deux types de techniques propres à celles employées dans le cadre des régimes d'exception. Comme le révèle le tableau précédent, le législateur introduit des dispositions temporaires dans l'ordre juridique (a) et développe des régimes dérogatoires du droit commun, afin de concrétiser des composantes précises des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public (b).

a) Une technique novatrice : l'introduction de dispositions temporaires dans la loi

362. La loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne est la première loi comprenant des dispositions à durée limitée, pour répondre aux exigences de l'ordre public. Celles-ci visent de prime abord la prévention des actes de terrorisme et la recherche d'auteurs d'infractions déterminées. S'il est un domaine où l'impact des attentats du 11 septembre 2001 à New York se révèle significatif et immédiat sur l'évolution du droit, c'est en particulier sur

⁶⁶⁵ M. ROSENFELD, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in M. DELMAS-MARTY et H. LAURENS (dir.) et H. JABER (coord.), *Terrorismes, Histoire et droit*, C.N.R.S. éditions, Paris, 2010, pp. 219-289, spéc. pp. 222 et s.

le plan formel, puisque ces circonstances ont contraint le législateur à adopter, en urgence, douze dispositions temporaires⁶⁶⁶.

363. Le chapitre V de la loi du 15 novembre 2001 est issu d'un amendement du gouvernement afin de tenir compte des attentats. L'article 22 de la loi stipule qu'« afin de disposer des moyens impérieusement nécessaires à la lutte contre le terrorisme alimenté notamment par le trafic de stupéfiants et les trafics d'armes [...], les dispositions du présent chapitre sont adoptées pour une durée allant jusqu'au 31 décembre 2003 ».

364. Le législateur recourt également à des dispositions temporaires dans la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme. Selon les termes de la loi, il convient « de donner au législateur le temps d'apprécier, *dans une perspective expérimentale*, l'utilité de ces dispositions avant de les pérenniser »⁶⁶⁷. C'est bien afin de concrétiser une composante précise de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, à savoir la prévention des actes de terrorisme, que le législateur adopte des dispositions à titre temporaire. Il ne s'agit pas de répondre à des circonstances déterminées, mais d'apprécier, au regard de leur caractère novateur, l'utilité de ces dispositifs.

365. A cet égard, la plupart des dispositions temporaires adoptées dans le cadre de la loi du 15 novembre 2001 ont été définitivement intégrées dans l'ordre juridique. Certaines d'entre elles ont d'abord été pérennisées par une loi ultérieure, sans qu'une prolongation n'intervienne entre-temps. Il en est ainsi de l'article 23 de la loi, qui prévoit la possibilité pour les officiers de police judiciaire, sur réquisitions écrites du procureur de la République, de procéder à des contrôles d'identité et visites de véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public, aux fins de recherche et de poursuite d'actes de terrorisme, d'infractions en matière d'armes et d'explosifs ou de trafic de stupéfiants. Si la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure abroge cet article, elle l'intègre dans le même temps et définitivement dans l'ordre juridique. Cette disposition est

⁶⁶⁶ Les débats parlementaires relatifs à cette loi sont particulièrement significatifs sur ce point. Voir notamment l'intervention du Ministre de l'Intérieur, Daniel Vaillant, devant le Sénat, lors de la séance du 16 octobre 2001.

⁶⁶⁷ C. BODIN, *Rapport n° 1263 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1233 adoptée par le Sénat visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Assemblée Nationale, 19 novembre 2008, p. 5.

désormais inscrite à l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale sans délimitation de durée, et son champ d'application a été élargi aux infractions de vol et de recel⁶⁶⁸.

366. Il en est de même des articles 27, 28, 29, 30, 31 et 33 de la loi du 15 novembre 2001, qui ont tous été pérennisés par la loi du 18 mars 2003⁶⁶⁹. La loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a, quant à elle, pérennisé l'article 32 de la loi du 15 novembre 2001⁶⁷⁰.

367. Par ailleurs, certaines dispositions ont été prolongées dans leur durée avant d'être définitivement intégrées dans l'ordre juridique ou abrogées par une loi ultérieure. La loi du 18 mars 2003 a ainsi prolongé l'application de deux dispositions de la loi du 15 novembre 2001 jusqu'au 31 décembre 2005. Elles consistent en des opérations de visite de bagages, du fret, des colis postaux et de véhicules pénétrant ou se trouvant dans les zones non librement accessibles au public des aéroports mais aussi à des palpations de sécurité par des officiers de police judiciaire, afin « d'assurer préventivement la sûreté des vols » (article 25) et « des transports maritimes et opérations portuaires » (article 26). Ces articles ont fait l'objet d'une pérennisation par deux ordonnances, en juillet et août 2005⁶⁷¹.

368. En revanche, l'application de l'article 24 de la loi du 15 novembre 2001, qui autorise l'officier de police judiciaire, sur autorisation du juge des libertés et de la détention suite à une requête du procureur de la République, à procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction sans le consentement exprès de la personne pour les besoins de la recherche d'auteurs d'infractions déterminées en matière d'armes et d'explosifs, était prévue jusqu'au 31 décembre 2003. Cette disposition a été prorogée par l'article 31 de la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure jusqu'au 31 décembre 2005, puis a été abrogée par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁶⁷².

⁶⁶⁸ Article 11 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*. Voir : E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *R.S.C.*, 2008, pp. 23-40, spéc. pp. 28-29.

⁶⁶⁹ Article 31 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁶⁷⁰ Article 35 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *J.O.R.F.* du 10 septembre 2002, p. 14934 ; Article 706-71 du Code de procédure pénale.

⁶⁷¹ Les articles 25 et 26 ont été respectivement pérennisés par les ordonnances n° 2005-863 du 28 juillet 2005 relative à la sûreté des vols et à la sécurité de l'exploitation des aéroports et n° 2005-898 du 2 août 2005 portant actualisation et adaptation des livres III et IV du Code des ports maritimes.

⁶⁷² L'article 14 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*, a en effet abrogé l'article 76-1 du Code de procédure pénale, créé par l'article 24 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée*.

369. D'autres dispositions, enfin, ont été prolongées et sont toujours en vigueur pour une durée déterminée. Tel est le cas des articles 3, 6 et 9 de la loi du 23 janvier 2006, respectivement relatifs au contrôle d'identité à bord d'un train effectuant une liaison internationale⁶⁷³, à la communication des données conservées et traitées par des opérateurs téléphoniques aux agents habilités des services de police et de gendarmerie nationales⁶⁷⁴ et à l'accès à un nombre de fichiers de police précis par des agents habilités des services de police et de gendarmerie nationales⁶⁷⁵. Ils étaient prévus jusqu'au 31 décembre 2008 par l'article 32 de cette loi. Dans la mesure où ces derniers ont démontré « leur pertinence opérationnelle et leur efficacité »⁶⁷⁶ pour prévenir les actes de terrorisme, la loi du 1^{er} décembre 2008 a prolongé l'application de ces trois dispositions jusqu'au 31 décembre 2012⁶⁷⁷. De nouveau, la loi du 21 décembre 2012 prolonge leur application jusqu'au 31 décembre 2015⁶⁷⁸.

370. Le législateur recourt désormais à des dispositions temporaires pour concrétiser des composantes précises de l'ordre public, afin d'en mesurer l'efficacité et de les pérenniser si nécessaire. Cette technique s'accompagne de régimes dérogatoires du droit commun, ce qui accentue la diversification des configurations formelles du régime de limitation des droits fondamentaux.

b) Une technique décuplée : le développement de régimes dérogatoires du droit commun

371. La mise en vigueur des régimes d'exception implique qu'un corps de règles se substitue partiellement au droit commun pour répondre à des circonstances déterminées. Le régime français de limitation des droits fondamentaux connaît une telle technique, avec cette spécificité que, non limité dans le temps et dans l'espace, un corps de règles se substitue au droit commun pour répondre à une ou plusieurs composantes des objectifs de préservation de

⁶⁷³ Article 78-2, 8^e alinéa modifié du Code de procédure pénale.

⁶⁷⁴ Article L. 34-1-1 du Code des postes et communications électroniques.

⁶⁷⁵ Article 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, précitée.

⁶⁷⁶ H. HAENEL, *Exposé des motifs de la proposition de loi visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, annexe au procès verbal de la séance du 16 octobre 2008, Sénat, n° 39.

⁶⁷⁷ Loi n° 2008-1245 du 1^{er} décembre 2008 visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *J.O.R.F.* n° 0280 du 2 décembre 2008, p. 18361.

⁶⁷⁸ Article 1 de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, *J.O.R.F.* n° 0298 du 22 décembre 2012, p. 20281.

l'ordre public. C'est donc en raison de l'objet de certaines exigences de l'ordre public que le législateur adopte des règles différentes du droit commun.

372. Le développement des régimes dérogatoires du droit commun se mesure principalement en procédure pénale. A cet égard, une procédure dérogatoire peut se définir comme « un ensemble de règles destiné à se substituer à la procédure de droit commun pour le développement de l'action publique concernant des infractions précises »⁶⁷⁹. Dès 1970, le législateur adopte des règles dérogatoires du droit commun en matière de trafic de stupéfiants⁶⁸⁰. Il introduit, en 1986⁶⁸¹, un corps de règles particulier concernant la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions de terrorisme, sur le plan de la compétence des juridictions et de la conduite des investigations⁶⁸². Comme le souligne Julien Cantegreil, les autorités françaises instituent progressivement, « face à cette menace nouvelle qu'est le terrorisme de type *al Qaeda*, non pas un droit d'exception mais un droit spécialisé et dérogatoire au droit commun »⁶⁸³.

373. De la même manière, le législateur introduit en 1992 deux procédures dérogatoires concernant le trafic de stupéfiants et le proxénétisme, qui se rapprochent de celle relative aux infractions de terrorisme. Des régimes spécifiques relatifs aux mesures de contrainte et d'investigations sont ainsi introduits, telles que les saisies et les perquisitions⁶⁸⁴. Au regard de la gravité et de la complexité particulière de certaines infractions, le législateur substitue au droit commun de la poursuite, de l'investigation et du jugement des infractions pénales un corps de règles spécifiques, qui ne s'appliquent que pour la recherche d'auteurs d'infractions strictement énumérées.

374. En ce domaine, les procédures dérogatoires du droit commun se sont sensiblement développées. En premier lieu, un renforcement du caractère dérogatoire d'une disposition peut être observé⁶⁸⁵. Par exemple, le régime de la garde à vue en matière de terrorisme, trafic de

⁶⁷⁹ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *op. cit.*, spéc. p. 23.

⁶⁸⁰ Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses, *J.O.R.F.* du 3 janvier 1971, p. 74.

⁶⁸¹ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *J.O.R.F.* du 10 septembre 1986, p. 10956.

⁶⁸² J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, chron. 39, pp. 41-50. Sur l'aspect matériel : *infra*, n° 476 et s.

⁶⁸³ J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, États-Unis, Allemagne*, *op. cit.*, t. 1, p. 108.

⁶⁸⁴ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *J.O.R.F.* n° 298 du 23 décembre 1992, p. 17568.

⁶⁸⁵ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *op. cit.*, spéc. p. 26.

stupéfiants et de proxénétisme ne cesse, depuis 1994, de se différencier du droit commun. La « dimension dérogatoire »⁶⁸⁶ se renforce suite à l'adoption de plusieurs lois⁶⁸⁷.

375. Cette dimension dérogatoire se renforce non seulement sur le plan vertical, dans la mesure où un dispositif déroge « davantage » au droit commun, mais également sur le plan horizontal, au regard de la multiplication des régimes dérogatoires selon l'infraction poursuivie. Là aussi, la pluralité des régimes juridiques de la garde à vue, tenant à la durée du placement d'une personne et à l'heure à laquelle elle s'entretient avec un avocat, est significative⁶⁸⁸. Sur le plan formel, cette diversification de régimes selon le type d'infraction poursuivie aboutit à des formes d'« émiettement »⁶⁸⁹, voire d'« éclatement »⁶⁹⁰ de la procédure pénale.

376. En second lieu, le développement des procédures dérogatoires se manifeste par l'extension d'une mesure spéciale à de nouvelles infractions. Ainsi, la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne étend aux infractions en matière d'armes et d'explosifs la perquisition sans le consentement de l'intéressé dans le cadre d'une enquête préliminaire⁶⁹¹, alors que cette disposition n'était destinée, jusqu'alors, qu'aux infractions de terrorisme. De plus, ce type de perquisition a été étendu aux infractions de délinquance et de criminalité

⁶⁸⁶ *Idem*, p. 27.

⁶⁸⁷ Article 18 de la loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 27 du 2 février 1994, p. 1803 ; article 1^{er} de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée* ; article 17 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*. Sur le plan matériel : *infra*, n° 476 et s.

⁶⁸⁸ Sont ainsi en vigueur quatre type de régimes de garde à vue : la garde à vue de droit commun pour les majeurs, la garde à vue en matière de délinquance et criminalité organisée pour les majeurs, la garde à vue en matière de lutte contre le terrorisme et la garde à vue des mineurs. Voir : C. LAZERGES, « les désordres de la garde à vue », *R.S.C.*, 2010, pp. 275-287 ; P. MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Visite à la Cour Suprême du Canada, 24-26 avril 2006, [www.conseilconstitutionnel.com], pp. 8 et s. ; C. LAZERGES, « Dédoublement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 573-589, spéc. p. 588.

⁶⁸⁹ J.-L. NADAL, intervention à la conférence « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? » in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2007, pp. 11-17, spéc. p. 13.

⁶⁹⁰ B. DE LAMY, « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (crime organisé – efficacité et diversification de la réponse pénale) », *Recueil Dalloz*, 2004, n° 27, pp. 1910-1918, spéc. p. 1910, et n° 28, pp. 1982-1990. Voir aussi : B. POTIER DE LA VARDE, intervention à la conférence « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? » in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2007, pp. 23-26, spéc. p. 25.

⁶⁹¹ Article 24 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée*, dont l'application temporaire a été prolongée par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*, et qui a été intégré à l'article 76-1 du Code de procédure pénale avant d'être abrogé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

organisées, par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁶⁹².

377. Cette loi élargit sensiblement le champ d'application des dispositions dérogatoires du droit commun en matière de poursuite, d'instruction et de jugement des infractions énumérées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale. Ce régime, qui ne portait que sur les infractions de terrorisme, de trafic de stupéfiants et de proxénétisme, vise dorénavant dix-huit infractions⁶⁹³. Comme le remarque Christine Lazerges, cette extension aboutit à la création d'une « procédure pénale bis »⁶⁹⁴.

378. Le développement des régimes dérogatoires du droit commun engendrerait une réduction de la spécificité du régime propre à la recherche des auteurs d'infractions terroristes⁶⁹⁵. Pour Pierre Mazeaud, il semble finalement que « les dispositions applicables en matière de terrorisme ont servi de matrice à un régime élargi au champ de la criminalité organisée »⁶⁹⁶. Malgré cela, cette spécificité n'est pas entièrement dissipée. Concernant la compétence juridictionnelle⁶⁹⁷, mais aussi le régime de la garde à vue⁶⁹⁸, une procédure dérogatoire persiste encore, spécifiquement à l'égard des infractions de terrorisme.

⁶⁹² Article 1^{er} de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

⁶⁹³ L'article 706-73 du Code de Procédure pénale vise les crimes et délits suivants : crime de meurtre commis en bande organisée, crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée, crimes et délits de trafic de stupéfiants, crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée, crimes et délits aggravés de traite des êtres humains, crimes et délits aggravés de proxénétisme, crime de vol commis en bande organisée, crimes aggravés d'extorsion, délits d'escroquerie en bande organisée, crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée, crimes en matière de fausse monnaie, crimes et délits constituant des actes de terrorisme, délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée, délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée, délits de blanchiment et de recel, délits d'association de malfaiteurs, délits de non justification de ressources correspondant au train de vie, délits de détournement d'aéronefs, de navire ou de tout autre moyen de transport commis en bande organisée, crimes et délits punis de dix d'emprisonnement, contribuant à la prolifération d'armes de destruction massive.

⁶⁹⁴ C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *R.S.C.*, juillet/septembre 2003, pp. 644-654, spéc. p. 649 ; C. LAZERGES, « Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 573-589 ; C. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel, acteur de la politique criminelle », *R.S.C.*, juillet/septembre 2004, pp. 725-736 ; C. LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *R.S.C.*, juillet/septembre 2009, pp. 689-699.

⁶⁹⁵ P. MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 8 ; J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, États-Unis, Allemagne*, *op. cit.*, tome 1, p. 109.

⁶⁹⁶ P. MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 8.

⁶⁹⁷ A cet égard, l'article 14 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *précitée*, accentue le régime dérogatoire du droit commun pour les infractions de terrorisme. Désormais, « par dérogation aux dispositions de l'article 712-10, sont seuls compétents le juge de l'application des peines du Tribunal de grande instance de Paris, le tribunal de l'application des peines de Paris et la chambre de l'application des peines de la Cour d'Appel de Paris pour prendre les décisions concernant les personnes condamnées pour une infraction entrant dans le champ d'application de l'article 706-16, quel que soit le lieu de détention ou de résidence du condamné » (article 706-22-1 du Code de procédure pénale).

379. Les exigences de l'ordre public s'étant renforcées et diversifiées, le législateur développe de plus en plus des procédures spécifiques, applicables à des catégories d'infractions⁶⁹⁹. Le recours à ces régimes dérogatoires engendre une dissémination des limites aux droits fondamentaux dans l'ordre juridique, ce qui ne facilite pas leur lisibilité. Des corps de règles se « juxtaposent » les uns aux autres⁷⁰⁰, afin de répondre à des composantes de l'ordre public déterminées.

380. L'étude des limites aux droits fondamentaux sous l'angle formel met en évidence l'influence du renforcement des exigences de l'ordre public sur leur détermination. Cela se mesure sur le plan organique, mais aussi au regard de leur ancrage dans l'ordre juridique. La concrétisation législative de l'ordre public permet d'observer que, tout en conservant une spécificité vis-à-vis des régimes d'exception, le régime de limitation se renouvelle profondément sur le plan formel. Ces transformations sont d'autant plus notables qu'elles s'accompagnent d'une diversification matérielle des limites aux droits fondamentaux.

⁶⁹⁸ Le droit de s'entretenir avec un avocat peut être repoussé à la 72^e heure dans le cadre d'une garde à vue pour des infractions de terrorisme, contre 48 heures pour les infractions relevant de la délinquance et de la criminalité organisées, en vertu de l'article 706-88 du Code de procédure pénale. En outre, la durée de la garde à vue, de 48h en droit commun, peut être portée à 96 heures dans le cadre de la délinquance et de la criminalité organisées, et s'étendre jusqu'à 6 jours en matière de terrorisme (article 706-88-1 du Code de procédure pénale). Voir : *infra*, n° 481.

⁶⁹⁹ Y. BISIOU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », in M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée : la normalisation de l'exception. Etude de droit comparé* (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France), Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 347-378, spéc. p. 348.

⁷⁰⁰ J.-L. NADAL, Intervention à la conférence « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? » *op. cit.*, p. 13.

SECTION 2. LA DIVERSITÉ MATÉRIELLE DES LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX

381. Après avoir montré sous quelles formes s'opère la concrétisation législative de l'ordre public et ainsi, la détermination des limites à l'exercice des droits fondamentaux, il convient de s'interroger sur le contenu même des limites. En vertu de la compétence que lui attribue la Constitution, le législateur est habilité à « introduire » les droits fondamentaux dans l'ordre juridique. Cette mission le conduit à définir des permissions mais aussi à imposer des interdictions et des obligations aux bénéficiaires de ces droits⁷⁰¹. Pour concrétiser les exigences de l'ordre public, le législateur détermine des obligations, à savoir des nécessités de faire, et des interdictions, définies comme des impossibilités de faire ou obligation de ne pas faire⁷⁰². Les limites aux droits constituent des prescriptions, auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir. Ce sont des normes, dès lors que ces dernières obligent à un certain comportement, en attachant à la conduite contraire une sanction⁷⁰³.

382. Les dispositions législatives recouvrent une vaste palette de restrictions imposées aux bénéficiaires de droits garantis. La notion d'interdiction comprend, dans une large mesure, les incriminations et les peines dont elles sont assorties. La notion d'obligation revêt, quant à elle, un caractère plus polysémique. Pour Jacques Chevallier, si l'obligation peut être entendue comme un « lien juridique » existant entre deux personnes, elle constitue, au sens large de « devoir », l'expression de la puissance de contrainte qui lui est attachée⁷⁰⁴. Selon Paul Bernard, une distinction peut être établie au regard du degré de contrainte imposé à la liberté. Il constate que la notion d'ordre public « entraîne une double limitation de l'autonomie des citoyens : une limitation *statique* par des mesures d'interdiction, de prohibition, et une limitation *dynamique*, par les pouvoirs accordés à l'Administration »⁷⁰⁵.

383. A ce sujet, le législateur repense les moyens juridiques destinés à faire face aux exigences renouvelées de l'ordre public. Les lois adoptées depuis 2001 témoignent de cette

⁷⁰¹ L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 89.

⁷⁰² P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *R.R.J.*, 1999, 1, pp. 37-59, spéc. p. 51.

⁷⁰³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit : introduction à la science du droit*, 1934, Editions de la Baconnière, coll. Etre et penser, Trad. de l'allemand H. Thévenaz, Neuchatel, 1953, spéc. pp. 161-163; J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, pp. 179-194.

⁷⁰⁴ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », op. cit., p. 180.

⁷⁰⁵ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., p. 80 (souligné par nous).

volonté de « moderniser » le droit, « afin de mieux appréhender certaines formes de délinquance »⁷⁰⁶. Il convient ainsi de s'interroger sur la traduction normative des exigences de l'ordre public. La pluralité des composantes de l'ordre public engendre une extension des destinataires des limites aux droits fondamentaux (A). Elle se traduit aussi par une diversification matérielle des limites aux droits et libertés garantis. Si chaque branche des exigences de l'ordre public révèle une spécificité normative, leur traduction matérielle témoigne d'enchevêtrements croissants et de processus communs, pour répondre au renouvellement de l'ordre public (B).

§1. La multiplication des destinataires des limites aux droits fondamentaux

384. De manière constante depuis 2001, l'objectif du législateur réside dans la volonté d'introduire dans l'ordre juridique des mesures efficaces pour assurer « la sécurité quotidienne de chacun »⁷⁰⁷. Il s'agit de renforcer les dispositifs de lutte contre le terrorisme⁷⁰⁸ et, plus généralement, « l'efficacité » du droit pénal et de la procédure pénale face à certaines formes spécifiques de délinquance ou de criminalité⁷⁰⁹. Le renouvellement des exigences de l'ordre public se traduit alors par des mesures visant un nombre important de personnes. Au-delà de cette extension quantitative, l'analyse révèle une diversification des destinataires des limites aux droits fondamentaux. En plus de la catégorie des personnes physiques, entité en quelque sorte « originaire » des normes (A), les limites visent désormais davantage les personnes morales (B) et des « groupes » de personnes (C).

A) Les personnes physiques

385. En tant que bénéficiaires des droits fondamentaux, les personnes physiques de nationalité française ou étrangère sont destinataires des normes qui restreignent leurs

⁷⁰⁶ N. SARKOZY, *Projet de loi pour la sécurité intérieure*, n° 30, Sénat, Exposé des motifs, 23 octobre 2002.

⁷⁰⁷ D. VAILLANT, *Projet de loi n° 2938 relatif à la sécurité quotidienne*, exposé des motifs, Assemblée Nationale, 14 mars 2001.

⁷⁰⁸ J.-P. SCHOSTECK, *Rapport n° 7 fait au nom de la Commission des lois, dans le cadre de l'examen du projet de loi n° 2938 relatif à la sécurité quotidienne*, 10 octobre 2001 ; N. SARKOZY, *Projet de la loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Exposé des motifs, Assemblée Nationale, 26 octobre 2005.

⁷⁰⁹ D. PERBEN, *Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la société*, n° 784, Assemblée Nationale, Exposé des motifs, 9 avril 2003.

permissions d'agir⁷¹⁰. L'étude des limites démontre qu'à mesure que les exigences de l'ordre public s'accroissent, le nombre de personnes physiques destinataires des limites augmente (a). Dans le même temps, l'extension de cette catégorie s'accompagne d'un affaiblissement de la distinction entre personnes de nationalité française et étrangère (b).

a) L'extension de la catégorie

386. La multiplication des personnes physiques destinataires des limites aux droits fondamentaux se mesure à travers l'extension du champ d'application d'une norme déterminée (1) et l'adoption de limites aux effets particulièrement vastes (2).

1) L'extension du champ d'application d'une limite

387. Parallèlement à l'introduction de nouvelles normes dans l'ordre juridique, le législateur modifie plusieurs dispositifs afin de mieux répondre au renforcement des exigences de l'ordre public. Le législateur a changé, en premier lieu, la rédaction de certaines formules « standards » pour élargir les facultés d'investigation et de poursuite des autorités de police. Par exemple, la mesure de garde à vue, introduite en 1963⁷¹¹, s'appliquait, jusqu'en 2002, aux personnes à l'encontre desquelles il existait des « indices faisant présumer » qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction. La loi du 4 mars 2002 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes a ajusté ce standard. Elle substitue l'ancienne formule par celle d'« une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner »⁷¹², en matière d'enquêtes préliminaire et de flagrance. Par sa subjectivisation, ce standard apparaît moins contraignant que le précédent⁷¹³. Il tend, par là même, à embrasser davantage de suspects⁷¹⁴.

388. Le législateur procède également à cette substitution de standards pour les contrôles d'identité inscrits à l'article 78-2 alinéa 1 du Code de procédure pénale. La loi du 18 mars

⁷¹⁰ L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 93 et s.

⁷¹¹ Article 1^{er} de la loi n° 63-22 du 15 janvier 1963, modifiant et complétant le Code de procédure pénale en vue de la répression des crimes et délits contre la sûreté de l'État, *J.O.R.F.* du 16 janvier 1963, p. 507.

⁷¹² Article 2 de la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *J.O.R.F.* du 5 mars 2002, p. 4169.

⁷¹³ J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, États-Unis, Allemagne*, op. cit., pp. 266 et s.

⁷¹⁴ T. RENOUX, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux, Rapport français », op. cit., spéc. p. 219 ; C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », op. cit., p. 647.

2003 relative à la sécurité intérieure introduit l'exigence « d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner »⁷¹⁵, à la place de celle d'« indices faisant présumer ».

389. L'introduction de standards législatifs plus souples qu'auparavant se constate en droit comparé. En particulier, le *Patriot Act* adopté le 26 octobre 2001 par le Congrès américain⁷¹⁶ remplace l'exigence de « soupçon raisonnable » par celle de « nécessités d'une enquête criminelle » pour collecter des informations relatives aux sources de communication ainsi qu'à l'écoute et l'enregistrement de communications téléphoniques⁷¹⁷. De même, les conditions de détention des étrangers suspectés de terrorisme sont désormais fondées sur la base d'un « soupçon raisonnable », alors que le quatrième amendement de la Constitution américaine pose l'exigence de « présomption suffisante »⁷¹⁸. Ce changement augmente, là aussi, le nombre de personnes pouvant être visées par cette mesure.

390. Pour répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public, le législateur étend, en second lieu, le champ d'application de certaines limites aux droits et libertés. A ce titre, le fichier national automatisé des empreintes génétiques, créé en 1998, avait pour objet initial la recherche et l'identification des seuls auteurs d'infractions sexuelles⁷¹⁹. Celui-ci a été étendu par les lois du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne puis du 18 mars 2003 sur

⁷¹⁵ Article 10 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, précitée.

⁷¹⁶ “Uniting and strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to intercept and Obstruct Terrorism”, USA Patriot Act of 2001, Public Law n° 107-56, Stat. 272.

⁷¹⁷ G. SCOFFONI, « Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international », *op. cit.*, spéc. p. 224.

⁷¹⁸ *Patriot Act*, précité, section 412 (a) et (b). Voir : W. MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : le USA Patriot Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *op. cit.*, spéc. p. 66 ; G. SCOFFONI, « Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international », *op. cit.*, spéc. p. 227.

⁷¹⁹ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *J.O.R.F.* n° 139 du 18 juin 1998, p. 9255.

la sécurité intérieure⁷²⁰. Le législateur a élargi le nombre d'incriminations permettant l'inscription à ce fichier, puisqu'il vise désormais six catégories d'infractions⁷²¹.

391. Ce traitement de données concerne, ensuite, davantage d'individus. Peuvent désormais être inscrites, non seulement les personnes ayant été condamnées, mais aussi celles soupçonnées de telles infractions⁷²². Or, ces modifications ont un impact significatif sur le nombre de destinataires de ce fichier. Alors qu'il recensait, selon la Commission Nationale Informatique et Libertés, les empreintes génétiques de 2 100 personnes en 2002, il contient désormais les données de 1 257 182 individus⁷²³.

392. De plus, le champ d'application de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 relative à l'instauration de mécanismes de vidéosurveillance aux abords immédiats des bâtiments et installations des autorités publiques a été élargi. Depuis la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, cette disposition vise la prévention du terrorisme et la « sécurité des personnes et des biens », et s'applique dans un nombre accru de lieux ouverts au public⁷²⁴. Ce constat peut aussi être établi à propos des contrôles d'identité inscrits à l'article 78-2 alinéa 6 du Code de procédure pénale et des visites de véhicules⁷²⁵. Ils ne visent plus seulement la poursuite d'actes de terrorisme, mais aussi les infractions en matière d'armes, d'explosifs, de vol et de recel depuis la loi du 18 mars 2003⁷²⁶. Qui plus est, le législateur a modifié le régime

⁷²⁰ Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 et loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitées*. Voir : V. GAUTRON, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *op. cit.*, spéc. pp. 57-58.

⁷²¹ Article 706-55 du Code de procédure pénale. Les infractions concernées sont « 1° Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47 du code de procédure pénale ainsi que le délit prévu par l'article 222-32 du code pénal ; 2° Les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs, prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 du code pénal ; 3° Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du code pénal ; 4° Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie et l'association de malfaiteurs prévus par les articles 40-1 à 413-12, 421-1 à 421-4, 442-1 à 442-5 et 450-1 du code pénal ; 5° Les délits prévus par les articles L. 2353-4 et L. 2339-1 à 2339-11 du code de la défense ; 6° Les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 5°, prévues par les articles 321-1) 321-7 et 324-1 à 324-6 du code pénal ».

⁷²² Article 706-54 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

⁷²³ Au 31 août 2012, 2 039 874 individus étaient recensées, dont 1 641 176 mises en cause et 398 698 personnes condamnées : [<http://www.cnil.fr/documentation/fichiers-en-fiche/fichier/article/fnaeg-fichier-national-des-empreintes-genetiques/>]. Voir également la réponse du Secrétariat Général du Gouvernement au Conseil constitutionnel sous la décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C., Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, p. 3.

⁷²⁴ Articles 1 et 2 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁷²⁵ Article 78-2-2 du Code de procédure pénale.

⁷²⁶ Article 23 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, prolongé et modifié par l'article 11 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitées*.

de nullités applicable à ces mesures. Désormais, le fait que « ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes »⁷²⁷.

393. L'extension du champ d'application des limites aux droits et libertés garantis se retrouve en droit comparé. En droit public allemand, le législateur a étendu le champ d'application de la « recherche par quadrillage », mesure phare de la lutte contre le terrorisme depuis les années 1970. Ce dispositif se définit comme un « procédé qui, partant d'une hypothèse de recherche construite sur les particularités supposées propres aux personnes soupçonnées (par exemple, l'appartenance à une religion), consiste à collecter un maximum de données à ce sujet dans la population et à confronter ces données aux particularités retenues »⁷²⁸. En 2002, la gamme des informations pouvant être traitées par ce type de mesure a été élargie, afin de repérer des mouvements terroristes⁷²⁹.

394. En droit américain, des mesures de contrainte ont été étendues à des finalités plus vastes. Par exemple, les dispositifs de surveillance électronique et de perquisition applicables à l'égard des organisations étrangères et uniquement à des fins de contre-espionnage peuvent, depuis l'entrée en vigueur du *Patriot Act*, être utilisés pour toute enquête ou procédure de droit commun liée à la recherche d'informations concernant ces organisations étrangères⁷³⁰. Le nombre de destinataires visé est donc bien plus important qu'antérieurement.

395. Par conséquent, la modification des standards législatifs et du domaine d'application de certaines normes a pour effet immédiat de multiplier le nombre de destinataires des limites aux droits fondamentaux, afin de répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public. Le recours à de telles techniques, qui illustre la « convergence des législations » française et étrangères en matière de lutte contre le terrorisme⁷³¹, se retrouve dans les nouvelles mesures adoptées par le législateur.

⁷²⁷ *Ibidem*.

⁷²⁸ C. GREWE et K.-P. SOMMERMANN, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux, rapport allemand », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 71-90.

⁷²⁹ *Ibidem*.

⁷³⁰ *Foreign Intelligence Surveillance Act* (F.I.S.A.), 1978, modifié. A ce titre, le Département de la justice a révélé que 1128 mandats d'investigation avaient été demandés sur la base du F.I.S.A. en 2002. Voir : G. SCOFFONI, « Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international », *op. cit.*, p. 224.

⁷³¹ Pour une analyse de droit comparé : J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, États-Unis, Allemagne*, *op. cit.*, t. 1, spéc. pp. 240 et s.

2) L'adoption de limites visant un nombre significatif de personnes physiques

396. Pour répondre aux objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public, le législateur adopte des moyens juridiques novateurs afin de lutter plus efficacement contre la délinquance, la criminalité et singulièrement les actes de terrorisme⁷³². Ce faisant, il introduit dans l'ordre juridique des mesures ayant un champ d'application large, au regard des fins qui lui sont assignées et de l'étendue des personnes visées.

397. A ce sujet, dix finalités sont attribuées au contrôle automatisé des plaques d'immatriculation inscrites au fichier des véhicules volés ou signalés, introduit par la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme⁷³³. Son champ d'application est, par ailleurs, très étendu. Les services de police et de gendarmerie nationales et des douanes « peuvent mettre en œuvre ce type de dispositif, fixe ou mobile, de contrôle automatisé de données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants, *en tous points appropriés du territoire* »⁷³⁴. De plus, ce dispositif peut être utilisé à titre temporaire, pour la préservation de l'ordre public à l'occasion d'événements particuliers par décision de l'autorité administrative.

398. Le contrôle automatisé de données signalétiques peut donc être mobilisé tant pour des opérations de police judiciaire que pour des opérations de police administrative. Un nombre conséquent de destinataires est par là même visé. Pour la Commission Nationale Informatique

⁷³² N. SARKOZY, *Projet de Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, exposé des motifs, Assemblée Nationale, 10 juillet 2002 ; N. SARKOZY, *Projet de loi pour la sécurité intérieure*, Exposé des motifs, Sénat, 23 octobre 2002 ; J.-P. SCHOSTECK, *Rapport n° 7 fait au nom de la Commission des lois, dans le cadre de l'examen du Projet de loi relatif à la sécurité quotidienne*, 10 octobre 2001 ; N. SARKOZY, *Projet de la loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Exposé des motifs, Assemblée Nationale, 26 octobre 2005.

⁷³³ L'article 8 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 dispose que « L'article 26 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure est ainsi rédigé : Art. 26. - Afin de *prévenir et de réprimer le terrorisme*, de faciliter la *constatation des infractions s'y rattachant*, de faciliter la *constatation des infractions criminelles ou liées à la criminalité organisée au sens de l'article 706-73 du code de procédure pénale*, des infractions de *vol et de recel de véhicules volés*, des infractions de *contrebande, d'importation ou d'exportation commises en bande organisée*, prévues et réprimées par le deuxième alinéa de l'article 414 du code des douanes, ainsi que la *constatation, lorsqu'elles portent sur des fonds provenant de ces mêmes infractions, de la réalisation ou de la tentative de réalisation des opérations financières* définies à l'article 415 du même code et afin de permettre le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs, les services de police et de gendarmerie nationales et des douanes peuvent mettre en œuvre des dispositifs fixes ou mobiles de contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants, en tous points appropriés du territoire, en particulier dans les zones frontalières, portuaires ou aéroportuaires ainsi que sur les grands axes de transit national ou international. L'emploi de tels dispositifs est également possible par les services de police et de gendarmerie nationales, à titre temporaire, pour la préservation de l'ordre public, à l'occasion d'événements particuliers ou de grands rassemblements de personnes, par décision de l'autorité administrative [...] ».

⁷³⁴ *Ibidem* (souligné par nous).

et Libertés, ce dispositif soumet potentiellement toutes les personnes empruntant le réseau routier⁷³⁵.

399. De même, la loi du 23 janvier 2006 autorise le Ministère de l'Intérieur à mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel recueillies lors de déplacements, en provenance ou à destination d'États n'appartenant pas à l'Union européenne, et d'en permettre leur interconnexion avec plusieurs fichiers de police. Des finalités plurielles lui sont assignées, multipliant le nombre potentiel de personnes visées par ces traitements de données nominatives⁷³⁶.

400. La multiplication des destinataires des limites aux droits fondamentaux découle également de l'introduction de standards législatifs souples dans l'ordre juridique. En droit canadien, par exemple, la loi antiterroriste du 28 novembre 2001 prévoit la possibilité pour les autorités de police d'arrêter et de détenir une personne sans mandat, s'il y a des « motifs raisonnables de soupçonner » que celle-ci est sur le point de commettre un acte terroriste⁷³⁷. Or, ce standard se révèle subjectif et potentiellement large selon la doctrine canadienne, contrairement à celui des « motifs raisonnables de croire » qui protège les personnes arrêtées contre une détention arbitraire⁷³⁸.

401. Le droit positif illustre l'extension quantitative des personnes physiques destinataires des limites à l'exercice de leurs droits et libertés. La distinction entre personnes physiques fondée sur la nationalité française tend, quant à elle, à s'estomper en la matière.

⁷³⁵ COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTÉS, délibération n° 2005-208 du 10 octobre 2005 portant avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme.

⁷³⁶ Article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée* ; COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTÉS, délibération n° 2005-208 du 10 octobre 2005, *précitée*.

⁷³⁷ § 83. 3 (4) du Code Criminel, introduit par la loi modifiant le Code criminel, la loi sur les secrets officiels, la loi sur la preuve au Canada, la loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme, adopté par la Chambre des Communes le 28 novembre 2001. Sur ce point : F. CREPEAU et E. JIMENEZ, « L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada », in A. WEYEMBERGH et E. BRIBOSIA (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2002, pp. 249-285, spéc. p. 274 ; J. WOEHLING, « Les mesures antiterroristes adoptées par le Canada à la suite des attentats du 11 septembre 2001 à New York », *R.F.D.C.*, 2002, pp. 447-457, spéc. p. 451 ; S. ADOUA, « L'impact de la loi antiterroriste canadienne sur les libertés fondamentales », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 1087-1100, spéc. p. 1093.

⁷³⁸ F. CREPEAU et E. JIMENEZ, « L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada », *op. cit.*, spéc. p. 276.

b) L'uniformisation progressive de la catégorie

402. Dans les ordres juridiques démocratiques, une distinction est établie entre les droits fondamentaux dont les bénéficiaires sont tous les individus et les droits fondamentaux dont seuls ceux ayant acquis un statut spécifique, la citoyenneté, peuvent se prévaloir, tels que les droits politiques⁷³⁹. De plus, les étrangers, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas la nationalité du pays dans lequel ils résident, sont destinataires de limites spécifiques liées à la lutte contre l'immigration irrégulière⁷⁴⁰ ou la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement⁷⁴¹. Alors qu'aux États-Unis, de nombreuses dispositions visent à restreindre spécifiquement les droits des étrangers⁷⁴², la particularité des limites dont ils sont destinataires semble s'estomper en droit positif français, sous l'influence du renforcement des exigences de l'ordre public.

403. Plusieurs caractéristiques en termes de limitation des droits fondamentaux, qui ne visaient jusqu'alors que les étrangers, tendent à se retrouver dans les dispositifs applicables à l'ensemble des personnes physiques. La comparaison entre les mesures de rétention administrative et de garde à vue l'illustre particulièrement. La durée de rétention des étrangers en instance d'éloignement du territoire français a progressivement été étendue. En l'espace de huit ans, elle est passée de trente-deux jours⁷⁴³ à quarante-cinq jours⁷⁴⁴. Quant au placement en garde à vue, il a peu à peu été allongé selon l'infraction en cause. Depuis la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, la durée d'un placement en garde à vue peut désormais atteindre six jours pour les infractions de terrorisme, « lorsqu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement »⁷⁴⁵. Il s'opère ainsi

⁷³⁹ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 95-96.

⁷⁴⁰ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 23.

⁷⁴¹ *Idem*, cons. 57.

⁷⁴² J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, États-Unis, Allemagne*, op. cit., t. 2, spéc. pp. 268 et s.

⁷⁴³ Article 49 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *J.O.R.F.* n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136. Voir : F. JULIEN-LAFERRIERE, « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », op. cit., spéc. p. 268.

⁷⁴⁴ Articles 44 et 51 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *J.O.R.F.* n° 0139 du 17 juin 2011, p. 10290.

⁷⁴⁵ Article 706-88-1 du Code de procédure pénale, issu de l'article 17 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

un rapprochement, en terme de restriction apportée aux droits et libertés garantis, des dispositifs entre destinataires, nationaux et non-nationaux⁷⁴⁶.

404. Ensuite, des mécanismes visant l'ensemble des bénéficiaires des droits fondamentaux sont repris dans des dispositifs dont sont uniquement destinataires les personnes de nationalité étrangère. L'analogie entre les procédures de « référé-détention » et de « référé-rétention » est significative. La loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation relative à la justice introduit une procédure de référé-détention. Elle permet au procureur de la République, dans un délai de quatre heures à compter de la notification d'une ordonnance de remise en liberté rendue contrairement à ses réquisitions, d'interjeter appel de cette ordonnance devant le président de la chambre de l'instruction, et saisir le premier président de la Cour d'appel afin de déclarer cet appel suspensif⁷⁴⁷. Cette mesure reporte la mise en liberté de la personne poursuivie pour un délai maximal de deux jours. Elle s'applique, en cela, à l'ensemble des personnes physiques sans distinction fondée sur leur nationalité française.

405. Un an plus tard, le législateur adopte un mécanisme similaire, dans le cadre de la rétention administrative des étrangers en instance d'éloignement. Selon l'article 49 de la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, le Ministère Public peut faire appel des ordonnances de libération ou d'assignation à résidence rendues par le juge des libertés et de la détention en ce qui concerne les étrangers maintenus en rétention et peut, dans un délai de quatre heures, assortir son recours d'une demande d'effet suspensif. Pendant ce délai, l'étranger est maintenu à la disposition de la justice, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'effet suspensif⁷⁴⁸. Le rapprochement de ces deux dispositifs démontre la proximité des techniques de restrictions des droits et libertés mobilisées à l'encontre des personnes physiques de nationalité française et de celles qui ne l'ont pas.

406. De la même manière, le placement d'une personne sous surveillance électronique, initialement prévu pour l'exécution d'une peine ou à titre de mesure de sûreté après une condamnation pénale, existe désormais pour l'éloignement des étrangers du territoire. En vertu de l'article L. 561-2 du C.E.S.E.D.A, l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger pour lequel l'exécution de l'obligation de

⁷⁴⁶ G. ARMAND, « Régimes légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnels en période normale », *op. cit.*, spéc. p. 118.

⁷⁴⁷ Article 38 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *J.O.R.F.* du 10 septembre 2002, p. 14934.

⁷⁴⁸ Article 49 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *précitée*.

quitter le territoire « demeure une perspective raisonnable et qui présente des garanties de représentatives effectives propres à prévenir le risque de fuite »⁷⁴⁹.

407. Ce dispositif se présente comme un mode alternatif au placement en centre de rétention administrative. L'autorité administrative peut aussi décider d'assigner l'étranger sous surveillance électronique⁷⁵⁰. Il s'agit du cas où l'étranger est parent d'un enfant mineur résidant en France dont il contribue effectivement à l'entretien et à l'éducation, et lorsqu'il ne peut être assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du Code. Particulièrement contraignant⁷⁵¹, ce dispositif se rapproche de celui prévu par le Code de procédure pénale, applicable à l'égard de toute personne physique.

408. Par ailleurs, alors que le législateur concrétisait la lutte contre l'immigration irrégulière par des dispositifs dont étaient uniquement destinataires les étrangers, cette exigence se matérialise désormais par des mesures visant les nationaux. En vertu de l'article 7 de la loi du 23 janvier 2006, les transporteurs aériens ont l'obligation de recueillir et de transmettre aux services du Ministère de l'Intérieur les données relatives aux passagers, afin de mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel, recueillies lors de déplacements internationaux en provenance ou à destination d'États hors de l'Union européenne⁷⁵². De même, l'article 7 de la loi du 26 novembre 2003 soumet les personnes qui se proposent d'assurer le logement d'un étranger, déclarant vouloir séjourner en France à l'occasion d'une visite familiale ou privée, à un contrôle administratif des attestations d'accueil⁷⁵³. Ces attestations font l'objet d'un traitement automatisé, créé par le maire de la commune, afin de lutter contre les détournements de procédure et l'immigration irrégulière⁷⁵⁴.

409. Qu'elles soient de nationalité française ou étrangère, les personnes concernées sont destinataires d'obligations dans le cadre de la lutte contre l'immigration irrégulière. La concrétisation de cette composante de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ne vise donc plus seulement une catégorie de personnes – les étrangers –, mais s'étend aux personnes de nationalité française.

⁷⁴⁹ Article 47 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *J.O.R.F.* n° 0139 du 17 juin 2011 p. 10290.

⁷⁵⁰ Article L. 562-1 du C.E.S.E.D.A.

⁷⁵¹ O. LECUCQ, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *A.J.D.A.*, 17 octobre 2011, pp. 1936-1948, spéc. p. 1944.

⁷⁵² Article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁷⁵³ Article 7 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *précitée*.

⁷⁵⁴ *Ibidem* ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 20-21.

410. Certes, des dispositifs spécifiques aux étrangers subsistent dans l'ordre juridique. Le législateur a par exemple créé une procédure particulière de « retenue » pour les étrangers en lieu et place de la garde à vue, pour vérification du droit au séjour sur le territoire français⁷⁵⁵. Il n'en reste pas moins que des rapprochements s'observent entre les limites, dont les destinataires sont l'ensemble des personnes, et celles qui sont exclusivement destinées à l'égard des non-nationaux. Si le renforcement des exigences de l'ordre public ne conduit pas à une plus grande distinction entre personnes physiques, une diversification se mesure néanmoins au sein de la catégorie des destinataires aux limites. L'exemple des personnes morales est significatif.

B) *Les personnes morales*

411. En tant que « groupement doté d'une personnalité juridique plus ou moins complète »⁷⁵⁶, les personnes morales bénéficient d'une « protection aspectuelle » des droits fondamentaux⁷⁵⁷. Celles-ci sont destinataires des limites rendues nécessaires par les exigences de la vie en société, notamment inhérentes à l'ordre public. Toutefois, jusqu'à une époque récente, les personnes morales étaient peu destinataires de ce type de normes. A ce sujet, le renforcement des exigences de l'ordre public les contraignent davantage dans leurs permissions d'agir.

412. Des obligations s'imposent aux personnes morales, qu'elles soient de droit privé ou de droit public. Les limites dont elles sont destinataires ont principalement pour finalité la lutte contre l'immigration clandestine et la prévention ou la répression des actes de terrorisme. A ce titre, l'article 7 de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme prévoit que, pour la mise en œuvre par le Ministère de l'intérieur de traitements automatisés de données à caractère personnel recueillies à l'occasion de déplacements internationaux en provenance ou à destination d'États n'appartenant pas à l'Union européenne, les transporteurs aériens « sont *tenus* de recueillir et de transmettre aux services du Ministère, les données

⁷⁵⁵ Article 2 de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, *J.O.R.F.* n° 1 du 1^{er} janvier 2013, p. 48 ; article L. 611-1-1 du C.E.S.E.D.A.

⁷⁵⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 753.

⁷⁵⁷ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 96-98.

relatives aux passagers »⁷⁵⁸. A défaut, le manquement à cette obligation est puni de sanctions administratives.

413. En outre, le Préfet peut désormais, à des fins de prévention des actes terroristes, prescrire la mise en œuvre, dans un délai qu'il fixe, de systèmes de vidéosurveillance aux exploitants et gestionnaires d'infrastructures de transports, aéroports de trafic international et autres installations énumérées. Il peut également mettre en demeure ces personnes morales d'y procéder sous peine de sanctions pénales, de telle sorte que ces dernières sont *obligées* d'installer de tels systèmes⁷⁵⁹.

414. Les obligations dont sont destinataires les personnes morales peuvent intervenir à l'occasion de missions de police judiciaire. Par exemple, les opérateurs de télécommunications sont tenus d'effacer ou de rendre anonymes toutes données relatives à une communication dès que celle-ci est achevée. En revanche, « pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite d'infractions pénales » et dans le but de faciliter la mise à disposition d'informations auprès du juge judiciaire, les opérateurs de télécommunications doivent différer pour une durée d'un an les opérations tendant à effacer ou rendre anonymes certaines catégories de données techniques⁷⁶⁰. Cette « nouvelle catégorie de personnes »⁷⁶¹ doit, dès lors, conserver un nombre conséquent d'informations.

415. Par ailleurs, la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure prévoit que, sur le fondement de l'article 60-1 du Code de procédure pénale, les organismes publics ou les personnes morales de droit privé, sur demande de l'officier de police judiciaire, « *mettent* à disposition les informations utiles à la manifestation de la vérité à l'exception des informations protégées par un secret prévu par la loi, contenues dans les systèmes informatiques ou traitement de données nominatives qu'ils administrent ». L'officier de police judiciaire peut également requérir d'opérateurs de télécommunication déterminés, sur réquisitions du procureur de la République préalablement autorisé par le juge des libertés et de la détention, « de *prendre* sans délai toutes mesures propres à assurer la préservation, pour une durée inférieure ou égale à un an, du contenu des informations consultées par les

⁷⁵⁸ Article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée* (souligné par nous), pris en application de l'article 3 de la directive n° 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004, relative à l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers.

⁷⁵⁹ Article 2 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁷⁶⁰ Article 29 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée*, modifiant l'article L. 32-3-1 et -2 du Code des postes et télécommunications.

⁷⁶¹ F. ROLIN et S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *op. cit.*, p. 980.

utilisateurs des services fournis par les opérateurs »⁷⁶². A défaut d'y procéder sans motif légitime, les personnes morales encourent une amende et peuvent être responsables pénalement.

416. Les personnes morales sont donc destinataires d'un nombre croissant d'obligations, relatives à la concrétisation de l'objectif de prévention des actes de terrorisme. Sans être dotés de la personnalité juridique, des groupements d'individus font également l'objet de limites à l'exercice des droits fondamentaux.

C) Les groupes

417. En vertu de la tradition républicaine universaliste, selon laquelle seul le citoyen est reconnu et non l'homme avec ses différences, le droit constitutionnel français n'a jamais été dans le sens d'une consécration d'un « droit des groupes »⁷⁶³. Comme le souligne Hugues Moutouh, « la France manifeste une grande méfiance et une hostilité certaine à l'existence d'entités intermédiaires prenant place entre l'individu et l'État »⁷⁶⁴, telles que les minorités, qui bénéficieraient de droits fondés sur le droit à la différence ou de « traitements préférentiels » au regard de leur situation minoritaire⁷⁶⁵.

418. Le droit positif n'est pourtant pas totalement indifférent à la notion de groupe. D'une part, le droit pénal prend en compte les groupes de population civile à raison de leur origine, ethnie, nation, race et sexe, pour définir le génocide et le crime contre l'humanité et pénaliser tout crime ou délit commis ou tenté d'être commis sur de tels fondements⁷⁶⁶. De même, le Code pénal réprime les discriminations et provocations à la discrimination fondées sur des « classifications suspectes », à savoir des critères interdits⁷⁶⁷ tels que l'origine, la race, la nationalité, la religion et le sexe d'une personne ou d'un groupe de personnes⁷⁶⁸. D'autre part,

⁷⁶² Article 18 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée* (souligné par nous).

⁷⁶³ H. MOUTOUH, *Recherches sur un droit des groupes en droit public français*, Thèse dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1997.

⁷⁶⁴ H. MOUTOUH, « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *R.D.P.*, 2007, n° 2, pp. 479-493, spéc. p. 480.

⁷⁶⁵ *Idem*, p. 485.

⁷⁶⁶ Article L. 211-1 du Code pénal relatif au crime de génocide ; article L. 212-1 du Code pénal relatif au crime contre l'humanité ; articles L. 132-76 et L. 132-77 du Code pénal relative aux circonstances aggravantes.

⁷⁶⁷ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1997, spéc. p. 72 et p. 131.

⁷⁶⁸ Notamment les articles R. 624-3, 624-4 et 625-7 du Code pénal.

le droit positif reconnaît l'existence de groupes en raison de certaines activités politiques⁷⁶⁹ ou à raison d'activités prohibées, car portant atteinte à l'ordre public.

419. Par exemple, les groupes de combat, définis comme « tout groupement de personnes détenant ou ayant accès à des armes, doté d'une organisation hiérarchisée et susceptible de troubler l'ordre public » sont réprimés par la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées⁷⁷⁰. Le Code pénal réprime aussi, depuis sa refonte en 1992, le délit d'association de malfaiteurs, c'est-à-dire « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement »⁷⁷¹.

420. À raison de leurs activités portant gravement atteinte à l'ordre public, les groupes d'individus tendent à être destinataires d'un nombre croissant d'interdictions et de mesures de police judiciaire. Si le droit français prohibe les actes de terrorisme depuis la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme⁷⁷², la loi du 22 juillet 1996 renforçant la répression du terrorisme ajoute une disposition relative aux groupes. Selon l'article 421-2-1 du Code pénal, « constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un *groupement* formé ou à une entente en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme » précédemment énumérés⁷⁷³.

421. De plus, le législateur réprime désormais « le fait pour une personne de participer sciemment à un *groupement* même formé de façon temporaire en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions, dégradations de biens »⁷⁷⁴. Selon l'exposé des motifs de la proposition de loi, il s'agit de faire face à l'augmentation du « phénomène de bandes »⁷⁷⁵. Le groupe se caractériserait donc par les infractions qu'un ensemble d'individus est susceptible d'avoir commis. A ce titre, ces derniers sont destinataires d'interdictions et de mesures

⁷⁶⁹ Article L. 131-39 du Code pénal.

⁷⁷⁰ Article L. 431-13 à L.431-17 du Code pénal.

⁷⁷¹ Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique, *J.O.R.F.* n° 169 du 23 juillet 1992, p. 9893.

⁷⁷² Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *J.O.R.F.* du 10 septembre 1986, p. 10956.

⁷⁷³ Article 3 de la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996, *précitée* ; article L. 421-2-1 du Code pénal (souligné par nous).

⁷⁷⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, *J.O.R.F.* n° 0052 du 3 mars 2010, p.4305 (souligné par nous).

⁷⁷⁵ C. ESTROSI, *Proposition de loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, n° 1641, Assemblée nationale, 5 mai 2009, p. 3.

d'investigations différentes de celles applicables aux personnes physiques en tant que telles. Par exemple, les modalités d'enquête, de poursuite et d'instruction des délits et crimes commis en « bande organisée » relèvent d'un régime dérogatoire du droit commun⁷⁷⁶. La bande organisée est définie comme « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels d'une ou plusieurs infractions »⁷⁷⁷.

422. Par ailleurs, en dehors de tout lien avec la commission d'une infraction pénale, un groupe peut se voir appliquer des mesures de police administrative spécifiques. A cet égard, la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration introduit des dispositions particulières relatives à l'entrée et au séjour de groupes d'étrangers. Une zone d'attente *ad hoc* pour une durée de vingt-six jours est créée, lorsqu'il est manifeste que vient d'arriver sur le territoire français un « groupe d'au moins dix étrangers » « en dehors d'un point de passage frontaliers, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres »⁷⁷⁸.

423. Le renforcement des exigences de l'ordre public conduit par conséquent le législateur à rendre les individus participant ou appartenant à des groupes, caractérisés par leur situation administrative particulière ou des activités délictuelles ou criminelles déterminées, destinataires d'interdictions et de mesures de contrainte. Une telle diversification des destinataires se retrouve d'ailleurs en droit comparé, spécifiquement pour lutter contre le terrorisme. Suite aux attentats du 11 septembre 2001, le Canada a adopté un dispositif autorisant le gouvernement à inscrire un groupe sur une liste d'entités terroristes, lorsque le solliciteur général a des motifs raisonnables de croire qu'il s'est sciemment livré ou a tenté de se livrer à une activité terroriste, y a participé ou l'a facilitée⁷⁷⁹. L'identification d'un tel groupe demeure pourtant floue, puisque les critères de définition ne sont pas précisés par la loi⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Délits et crimes définis à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, *précité*.

⁷⁷⁷ Article L. 132-71 du Code pénal ; Article 12 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

⁷⁷⁸ Article L. 221-2 alinéa 2 du C.E.S.E.D.A., issu de l'article 10 II de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *J.O.R.F.* du 17 juin 2011, p. 10290. Voir : D. TURPIN, « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *R.C.D.I.P.*, juillet-septembre 2011, pp. 499-551, spéc. p. 507 ; S. SLAMA, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers », *R.F.D.C.*, 2012, n° 90, pp. 373-386, spéc. p. 381.

⁷⁷⁹ Loi modifiant le Code criminel du 24 décembre 2001, *précitée*. Voir : J. WOERHLING, « Les mesures anti-terroristes adoptées par le Canada à la suite des attentats du 11 septembre 2001 à New York », *op. cit.*, spéc. p. 451.

⁷⁸⁰ *Ibidem*.

424. Il résulte de ces développements une expansion et une diversification des destinataires des limites aux droits fondamentaux relatives aux exigences de l'ordre public. il apparaît aussi, progressivement, une concrétisation spécifique de l'ordre public en fonction de l'exigence visée. En effet, la lutte contre le terrorisme ou encore la lutte contre la récidive n'impliquent pas le même type de normes que les autres exigences de l'ordre public. C'est cet aspect là de la détermination des limites aux droits et libertés qu'il reste à appréhender.

§2. La diversification normative des limites aux droits fondamentaux

425. Conformément aux fonctions normatives classiques en droit des libertés fondamentales, les limites aux droits et libertés se matérialisent en un ensemble d'interdictions, d'obligations et de mesures de contrainte à finalités préventive et répressive⁷⁸¹. Ces normes viennent concrétiser une branche des « exigences de l'ordre public », telles que retenues par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence⁷⁸².

426. La détermination des infractions et des peines, qui relève du champ des exigences de l'ordre public⁷⁸³, se traduit par des interdictions, c'est-à-dire des incriminations assorties des sanctions qui leur sont applicables. Quant aux objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public, qui comprennent la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions⁷⁸⁴, ils se matérialisent, en principe, selon la distinction classique entre mesures de police⁷⁸⁵. La concrétisation législative de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public se traduit par des mesures de police administrative, visant à prévenir les troubles à l'ordre public. *A contrario*, le législateur matérialise l'objectif de recherche des auteurs d'infractions par des dispositifs de police judiciaire, c'est-à-dire des mesures d'investigation, de poursuite et d'instruction relatifs à la répression d'infractions.

427. La concrétisation des exigences de l'ordre public tend toutefois à se renouveler en droit positif. En plus des mutations opérées dans le champ de la détermination des infractions

⁷⁸¹ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 89-92.

⁷⁸² Annexe n° 1 de la thèse.

⁷⁸³ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, précitée, cons. 23 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, précitée, cons. 60.

⁷⁸⁴ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, précitée, cons. 3-4.

⁷⁸⁵ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure, Essai de modélisation juridique*, L.G.D.J.-Lextenso éditions, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2011, pp. 71 et s.

et des peines applicables (B), une diversification des limites adoptées par le législateur pour répondre à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public d'une part, et à celui de recherche des auteurs d'infractions, d'autre part, peut être observé (A). Il convient d'analyser chaque composante de ces objectifs de valeur constitutionnelle, afin d'appréhender la spécificité normative des limites aux droits fondamentaux propre à chacune d'entre elles.

A) Les limites tenant à la poursuite d'un objectif de valeur constitutionnelle

428. La distinction entre les mesures de police administrative et de police judiciaire a été établie très tôt dans la jurisprudence administrative⁷⁸⁶. Si les deux notions demeurent « floues et de contenu variable »⁷⁸⁷, leur différence reposerait sur la finalité de l'action⁷⁸⁸. La police administrative poursuit une finalité préventive, de maintien de l'ordre public et dont le contentieux relève du juge administratif. Quant à la police judiciaire, elle a pour objet la répression d'infractions déterminées, à savoir la recherche et l'arrestation des auteurs d'une infraction réelle ou supposée, de sorte que son contentieux relève du juge judiciaire⁷⁸⁹.

429. À la suite du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel reprend cette distinction⁷⁹⁰. Dès la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, il considère que les missions « de prévention des atteintes à l'ordre public [...] ressortent normalement à la police administrative »⁷⁹¹. En dépit de remises en cause

⁷⁸⁶ T.C., 7 juin 1951, *Noualek*, *Rec. Lebon*, p. 636 ; C.E., 11 mai 1951, *Baud*, *Rec. Lebon*, p. 265 ; T.C., 27 juin 1955, *dame Barnier*, *Rec. Lebon*, p. 624 ; C.E., 27 mars 1952, *Sieur Clément c/ Sieur Guiguet*, *Rec. Lebon*, p. 626 ; C.E., 24 juin 1960, *Sarl Le Monde, Société Frampar et Société France Edition et publication*, *Rec. Lebon*, p. 412 ; T.C., 5 décembre 1977, *Demoiselle Motsch*, *Rec. Lebon*, p. 671 ; C.E., 5 mars 1952, *Dame Veuve Guerreau*, *Rec. Lebon*, p. 150 ; C.E., 19 novembre 1975, *Durand*, *Rec. Lebon*, p. 1172 ; C. cass., crim., 5 janvier 1973, *Friedel*, *Bull. crim.*, pp. 15-18.

⁷⁸⁷ J. MOREAU, « Police administrative et police judiciaire, Recherche d'un critère de distinction », *A.J.D.A.*, 1963, pp. 68-83.

⁷⁸⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, t. 1, 15^e édition, 2001, pp. 735 et s. ; A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, spéc. pp. 538-539 ; G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 12^e édition, 1992, pp. 151-153.

⁷⁸⁹ Sur l'émergence de la dichotomie policière en droit positif : J. BUISSON, *L'acte de police*, thèse, 2 tomes, Université Jean Moulin III, 1988.

⁷⁹⁰ T.-M. DAVID PECHEUL, « La contribution de la jurisprudence constitutionnelle à la théorie de la police administrative », *R.F.D.A.*, mars-avril 1998, pp. 362-383, spéc. pp. 365 et s.

⁷⁹¹ Décision n° 80-127 D.C. des 19 et 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 63. Voir aussi : Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, *précitée*, cons. 6 ; Décision n° 92-316 D.C. du 20 janvier 1993, *précitée*, cons. 14 ; Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 19.

doctrinales⁷⁹², le Conseil consacre ce « marqueur juridique » entre police administrative et police judiciaire, à travers la création prétorienne des objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions⁷⁹³. La poursuite du premier objectif impliquerait l'adoption de mesures de police administrative, alors que le second engendrerait la détermination de mesures de police judiciaire.

430. Le renforcement des exigences de l'ordre public bouleverse la concrétisation classique de ces deux objectifs. D'une part, la poursuite de la sauvegarde de l'ordre public conduit, certes, à l'adoption de mesures de police administrative proprement dites, mais pas seulement (a). D'autre part, si l'objectif de recherche des auteurs d'infractions aboutit à l'introduction dans l'ordre juridique de dispositifs de police judiciaire, leur nature peut être sensiblement différente selon le type d'infractions visé (b). Il s'observe une diversité des limites inhérentes à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, selon la composante invoquée, ainsi qu'une diversité des limites relatives à la recherche des auteurs d'infractions, selon la catégorie d'infractions visée.

a) La concrétisation législative de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public

431. Au cours des dernières années, les composantes de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ne cessent de se développer dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁷⁹⁴. Le Conseil rattache à cet objectif la sécurité des personnes et des biens⁷⁹⁵, le triptyque issu de la jurisprudence administrative relatif à la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques⁷⁹⁶, la lutte contre l'immigration irrégulière⁷⁹⁷, la prévention des actes de terrorisme⁷⁹⁸, la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement⁷⁹⁹, la lutte contre la fraude⁸⁰⁰, la prévention

⁷⁹² L. PHILIP, commentaire de la décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *R.D.P.*, 1981, pp. 651-696, spéc. p. 674. Pour L. PHILIP, le Conseil constitutionnel « abandonne complètement la distinction entre la police administrative et la police judiciaire. Il met exactement sur le même plan la recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public ». Le Conseil admet en effet qu'un officier de police judiciaire peut effectuer une opération qui est normalement de nature administrative si cela accorde plus de garanties à la liberté individuelle.

⁷⁹³ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure, Essai de modélisation juridique*, op. cit., pp. 71 et s.

⁷⁹⁴ *Supra*, n° 172 et s.

⁷⁹⁵ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 56.

⁷⁹⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 61.

⁷⁹⁷ Décision n° 2003-484 D.C. du 26 novembre 2003, *précitée*, cons. 23.

⁷⁹⁸ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 9 et 10.

⁷⁹⁹ Décision n° 2003-484 D.C. du 26 novembre 2003, *précitée*, cons. 57.

⁸⁰⁰ Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 11.

contre la récidive⁸⁰¹ mais aussi la branche immatérielle de l'ordre public⁸⁰². La pluralité des composantes de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ne se traduit plus seulement par des mesures de police administrative proprement dites, mais par trois catégories de dispositions : des mesures de police administrative *stricto sensu* (1), des mesures de police administrative visant à prévenir des infractions déterminées (2) et des mesures *sui generis* (3).

1) Les mesures de police administrative *stricto sensu*

432. La plupart des composantes de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public se concrétise par des dispositifs de police administrative *stricto sensu*, ayant uniquement pour objet la prévention des atteintes à l'ordre public. Ils correspondent aux missions classiques de la police administrative, définie comme « l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société » et évitent qu'un trouble se produise ou s'aggrave et se prolonge⁸⁰³. La police administrative a pour finalité principale le maintien de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques, conformément à l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

433. Le renforcement des exigences de l'ordre public se matérialise, logiquement, par ce types de mesures. Depuis la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, le législateur autorise, par exemple, des personnes privées à procéder à des inspections visuelles des bagages à main, à la fouille de ceux-ci avec le consentement de la personne intéressée et, en cas de menace grave à la sécurité publique, à des palpations de sécurité dans des circonstances de temps et de lieux définies par un arrêté préfectoral. Ces mesures s'appliquent aussi dans des lieux prédéfinis par le législateur, tels que les abords de manifestations sportives, culturelles ou récréatives⁸⁰⁴ et des zones portuaires et aéroportuaires⁸⁰⁵.

434. De même, en cas d'urgence et d'atteinte au bon ordre, à la salubrité, la tranquillité et la sécurité publiques, le législateur autorise désormais le préfet, à défaut d'autres moyens

⁸⁰¹ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 13.

⁸⁰² Décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010, *précitée*, cons. 4 et 5.

⁸⁰³ J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, spéc. p. 352.

⁸⁰⁴ Article 96 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁸⁰⁵ Articles 25 et 26 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée* ; articles dont l'application a été prolongée par l'article 31 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 et pérennisée par deux ordonnances, n° 2005-863 du 28 juillet 2005 relative à la sûreté des vols et à la sécurité de l'exploitation des aéroports et n° 2005-898 du 2 août 2005 portant actualisation et adaptation des livres III et IV du Code des ports maritimes.

disponibles, à réquisitionner tout bien ou service, ou toute personne nécessaire à la mission de sauvegarde de l'ordre public dont il est investi⁸⁰⁶. Afin de prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens, le législateur prévoit aussi la possibilité pour un officier de police judiciaire de procéder à un contrôle d'identité et, avec l'accord du conducteur ou à défaut sur instruction du procureur de la République, à la visite des véhicules circulant sur la voie publique⁸⁰⁷. Dans ces conditions, c'est bien la prévention des troubles à l'ordre public et des circonstances de temps et de lieux qui justifient, respectivement, l'adoption et la mise en œuvre de tels dispositifs.

435. Les mesures de police administrative *stricto sensu* peuvent viser une catégorie spécifique de destinataires, tels que les étrangers. A cet égard, depuis la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, le législateur autorise le maire d'une commune à créer des traitements automatisés des validations d'attestations d'accueil des étrangers sur le territoire français, afin de lutter contre le détournement de procédure et l'immigration irrégulière⁸⁰⁸. S'agissant du droit d'asile, le législateur restreint la possibilité pour un étranger de déposer une demande d'asile dans les cinq jours suite à son placement en centre de rétention, afin d'éviter les demandes à caractère dilatoire et de « garantir l'exécution des mesures d'éloignement »⁸⁰⁹.

436. Dans la même veine, le législateur adopte des mesures de police administrative visant des enceintes spécifiques, dans lesquelles s'applique un régime particulier en matière de droits et libertés. Au sein des établissements pénitentiaires et de santé habilités à recevoir des détenus, par exemple, les communications téléphoniques des personnes détenues peuvent désormais, « aux fins de prévenir les évasions et assurer la sécurité et le bon ordre » de ces établissements, être écoutées, enregistrées et interrompues par l'administration pénitentiaire, à l'exception de celles avec leur avocat⁸¹⁰.

437. L'ensemble de ces limites aux droits fondamentaux constituent par conséquent des mesures de police administrative classiques, puisqu'elles ont exclusivement pour objet la prévention d'atteintes à l'ordre public. Tel n'est pas le cas des dispositifs législatifs qui, bien

⁸⁰⁶ Article 3 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁸⁰⁷ Article 13 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁸⁰⁸ Article 7 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *précitée*.

⁸⁰⁹ Article 49 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *précitée* ; Décision n° 2003-484 D.C. du 26 novembre 2003, *précitée*, cons. 57.

⁸¹⁰ Article 72 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *J.O.R.F.* n° 56 du 7 mars 2007, p. 4297.

que s'inscrivant dans un cadre de police administrative, ont une finalité *précisée*, à savoir la prévention d'infractions pénales prédéterminées.

2) Les mesures de police administrative visant des infractions spécifiques

438. Le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le législateur à adopter des mesures de police à finalité préventive mais dont l'objet est particulier, en ce qu'une infraction pénale est visée. Autrement dit, le but des mesures ne repose pas uniquement sur le maintien de l'ordre public mais sur la prévention d'une ou plusieurs infractions pénalement réprimées. En 1992, le législateur crée un service central de prévention de la corruption, ayant pour mission de centraliser les informations nécessaires à la détection et la prévention de certaines infractions limitativement énumérées⁸¹¹. Si, par sa nature préventive et son objet délié de la constatation des infractions, ce dispositif correspond à une mission de police administrative et relève de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, sa finalité est affinée au regard des infractions qui lui sont assignées.

439. Surtout, le législateur adopte dès 1995 des mécanismes visant à prévenir des infractions pénales spécifiques. L'article 10 de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995 habilite le représentant de l'État à autoriser l'installation de systèmes de vidéosurveillance assurant la transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique pour répondre à plusieurs finalités. En plus de celles portant sur « la protection des bâtiments et installations publiques et de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier », et celles relatives à la « constatation des infractions aux règles de la circulation », qui relèvent de la police judiciaire, figure la finalité de « prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens, dans des lieux particulièrement exposés aux risques *d'agression* ou de *vol* »⁸¹². La prévention de deux infractions est ici, spécifiquement, visée.

440. De même, le législateur habilite les autorités publiques compétentes à autoriser de telles opérations « dans des lieux et établissements ouverts au public particulièrement exposés à des dangers *d'agression* ou de *vol*, afin d'y assurer la sécurité des personnes et des

⁸¹¹ Article 1^{er} de la loi n° 92-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *J.O.R.F.* n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

⁸¹² Article 10 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, *précitée* (souligné par nous).

biens »⁸¹³. Ce dispositif est étendu à deux autres infractions, par la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011.

441. L'alinéa 5 de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 modifié prévoit que la transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique peuvent être mis en œuvre par les autorités publiques « aux fins d'assurer la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques [...] de *trafic de stupéfiants*, ainsi que la prévention, dans des zones particulièrement exposées à ces infractions, des *fraudes douanières* » et *délits* prévus par les articles 414, second alinéa et 415 du Code des douanes⁸¹⁴. La poursuite de l'objectif de sécurité des personnes et des biens se concrétise par des dispositifs, certes, de « police administrative générale inhérente à l'exercice de la "force publique" »⁸¹⁵, mais qui vise aussi à prévenir des infractions prédéterminées.

442. Ce type de limites aux droits et libertés se retrouvent lors de la concrétisation législative de la prévention des actes de terrorisme. Plusieurs dispositifs de police administrative visent spécifiquement à prévenir cette infraction, réprimée aux articles 421-1 et suivants du Code pénal⁸¹⁶. En 2006, le législateur étend les motifs d'installation des systèmes de vidéosurveillance sur la voie publique à cette finalité, mis en œuvre tant par des autorités publiques que par des personnes morales pour la protection des abords immédiats de leur bâtiments et installations, dans les lieux et établissements ouverts au public et dont la liste est allongée⁸¹⁷.

443. De plus, l'article 6 de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme prévoit que les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales peuvent exiger des opérateurs de télécommunications la transmission des données conservées et traitées par ces derniers⁸¹⁸. Afin de « prévenir les actes de terrorisme », ces agents sont habilités à procéder à des réquisitions administratives de

⁸¹³ *Ibidem*.

⁸¹⁴ Article 18 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *J.O.R.F.* n° 0062 du 15 mars 2011, p. 4582 (souligné par nous).

⁸¹⁵ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, Rec. p. 122, cons. 19.

⁸¹⁶ A. MARSAUD, *Rapport n° 2681 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, après déclaration d'urgence, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Assemblée Nationale, 16 novembre 2005, spéc. p. 21.

⁸¹⁷ Articles 1 et 2 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁸¹⁸ Article 6 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

données de connexion qui constituent, selon le Conseil constitutionnel, « des mesures de police purement administrative »⁸¹⁹.

444. La prévention des actes de terrorisme conduit également le législateur à autoriser le Ministre de l'Intérieur à procéder à la mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel recueillies à l'occasion de déplacements internationaux en provenance ou à destination d'États n'appartenant pas à l'Union européenne⁸²⁰. Sur le fondement de l'article 7 de la loi du 23 janvier 2006, deux arrêtés ont été respectivement pris pour créer le fichier des passagers aériens à titre expérimental et en renouveler la mise en œuvre pour une durée de deux ans. Ce dernier a pour objet d'enregistrer les données relatives aux passagers collectées par les entreprises de transport international dès la clôture du vol⁸²¹. En cela, la loi du 23 janvier 2006 introduit plusieurs dispositifs visant spécifiquement à prévenir cette infraction pénale. Comme le relève le député Alain Marsaud, se met progressivement en place un « réel régime de police administrative de prévention du terrorisme »⁸²².

445. Ces dispositifs de police administrative tendent ainsi à revêtir une dimension judiciaire. Marc-Antoine Granger souligne dans sa thèse que « la prévention des infractions implique nécessairement la recherche de comportements », laissant présager la commission de telles infractions⁸²³. Cette tendance à la « judiciarisation » de la police administrative⁸²⁴ est d'autant plus notoire en matière de prévention des actes de terrorisme que ces mesures sont souvent mobilisées à des finalités répressives.

⁸¹⁹ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 5.

⁸²⁰ Article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁸²¹ Arrêté du 19 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et portant création, à titre expérimental, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux passagers enregistrés dans les systèmes de contrôle des départs des transporteurs aériens, *J.O.R.F.* n° 295 du 21 décembre 2006, texte n° 5 ; Arrêté du 28 janvier 2009 pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et portant création, à titre expérimental, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux passagers enregistrés dans les systèmes de contrôle des départs des transporteurs aériens, *J.O.R.F.* n° 0062 du 14 mars 2009, texte n° 13 ; Décret n° 2006-1630 du 19 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 et fixant les modalités de transmission au ministère de l'intérieur des données relatives aux passagers par les transporteurs aériens, *J.O.R.F.* n° 295 du 21 décembre 2006, p. 19226.

⁸²² A. MARSAUD, *Rapport n° 2681 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, après déclaration d'urgence, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, *op. cit.*, p. 21. Voir aussi : P. CHRESTIA, « La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme : premières observations », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 21, pp. 1409-1413, spéc. p. 1410.

⁸²³ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure, Essai de modélisation juridique*, *op. cit.*, pp. 209 et s.

⁸²⁴ *Ibidem*.

446. Par exemple, les articles 8 et 9 de la loi du 23 janvier 2006 instaurent des dispositifs ayant explicitement pour mission de prévenir *et* de réprimer l'infraction terroriste. La mise en place de dispositifs fixes ou mobiles de contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants, ainsi que la consultation de ces données, illustrent cette double finalité⁸²⁵. De même, « pour les besoins de la *prévention et de la répression* des actes de terrorisme », les agents désignés et habilités des services de police et de gendarmerie nationales peuvent avoir accès à un nombre déterminé de traitements automatisés de données⁸²⁶.

447. Enfin, certaines mesures de police administrative ont explicitement pour objet de prévenir des troubles à l'ordre public liés à plusieurs infractions pénales précises. En particulier, depuis la loi du 18 mars 2003, le préfet peut retirer la carte de séjour temporaire d'un étranger lorsque ce dernier « est passible de poursuites pénales sur le fondement des articles 225-4-1 à 225-4-4, 225-4-7, 225-5 à 225-11, 225-12-5 à 225-12-7, 311-4, 7° et 321-12-1 du Code pénal »⁸²⁷, mais aussi des articles 222-39 et 222-39-1 du Code pénal⁸²⁸. La finalité de sauvegarde de l'ordre public est ici précisée, puisque des infractions pénales déterminées justifient deux mesures de police administrative : le retrait de la carte de séjour, d'une part et l'expulsion de l'étranger du territoire français, d'autre part. Or, l'expulsion était jusque-là soumise à l'exigence de « menace grave pour l'ordre public »⁸²⁹. Désormais, le législateur « qualifie » et précise les motifs d'ordre public justifiant cette mesure de police⁸³⁰.

448. La complexification des exigences de l'ordre public conduit le législateur à renouveler l'arsenal juridique en adoptant des dispositifs de police administrative « ciblés », à l'encontre d'infractions pénales précises. La concrétisation de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public se traduit, en dernier lieu, par des dispositifs qui n'emportent pas, nécessairement, la qualification de police administrative.

⁸²⁵ Article 8 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁸²⁶ Article 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁸²⁷ Article 75 de la loi n° 2003-239 du 13 mars 2003, *précitée* : ce dernier vise les infractions de proxénétisme, de traite des êtres humains, d'exploitation de la mendicité, de vol à la tire dans les transports collectifs et de racolage. Voir : O. LECUCQ, chronique de jurisprudence constitutionnelle, *R.F.D.C.*, 2006, pp. 760-764, spéc. p. 762 ; C. LAZERGES et D. ROUSSEAU, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *R.D.P.*, 2003, n° 4, pp. 1147-1162, spéc. p. 1160 ; V. TCHEN, « La loi sur la sécurité intérieure : aspects de droit administratif », *D.A.*, juin 2003, pp. 10-19, spéc. p. 14.

⁸²⁸ Article 16 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *précitée*.

⁸²⁹ V. TCHEN, « La loi sur la sécurité intérieure : aspects de droit administratif », *op. cit.*, spéc. p. 14.

⁸³⁰ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*.

3) Les mesures « sui generis »

449. Parmi les limites visant à répondre à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, une dernière catégorie de normes peut être identifiée. Bien qu'hétérogène, elle se distingue des précédentes au regard de la qualification juridique des mesures. Alors que certaines relèvent de la police administrative, d'autres, en revanche, s'en éloignent sensiblement.

450. En premier lieu, plusieurs dispositifs de police administrative revêtent un caractère novateur en la matière. L'article 31 de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme prévoit la possibilité pour le préfet de prendre un arrêté visant à empêcher l'accès à des stades et à leurs abords à une personne qui, « par son comportement d'ensemble », constitue une menace pour l'ordre public⁸³¹. Cette mesure d'interdiction peut être assortie d'une obligation de se rendre au commissariat le jour de la manifestation considérée, afin de s'assurer que la personne n'y soit pas présente. Ce dispositif semble ainsi teinté d'un aspect répressif, puisqu'il repose sur l'individualisation du comportement de la personne considérée⁸³². Ce « pointage administratif », qui se rapproche des modalités d'exécution des peines, constitue un dispositif inédit en droit administratif⁸³³.

451. En matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement d'activités terroristes, le Ministère chargé de l'économie peut « requérir toutes les personnes physiques ou morales qui gèrent des avoirs, corporels ou incorporels, financiers ou immobiliers et décider de geler ceux-ci »⁸³⁴. Cette décision, d'une durée de six mois, a pour conséquence de rendre non seulement indisponibles ces avoirs, mais aussi d'en empêcher tout transfert⁸³⁵. S'il est un des domaines où l'exorbitance du droit administratif demeure notoire, il s'agit de la lutte contre le terrorisme. En effet, cet acte administratif individuel est exécutoire dès sa publication, sans notification aux personnes qui font l'objet de la mesure. Le législateur ne prévoit pas de régime spécial de recours, alors que la décision peut faire l'objet d'un renouvellement, à la discrétion du Ministère. En cela, ce dispositif apparaît comme un procédé « dérogatoire du droit commun administratif »⁸³⁶.

⁸³¹ Article 31 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁸³² J.-F. BRISSON, « La surveillance des espaces publics », *op. cit.*, spéc. p. 11.

⁸³³ F. ROLIN et S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *A.J.D.A.*, 15 mai 2006, pp. 975-982, spéc. p. 982.

⁸³⁴ *Idem*, p. 981.

⁸³⁵ Article 23 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁸³⁶ F. ROLIN et S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *op. cit.*, p. 981.

452. La concrétisation législative de certaines composantes de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public se traduit, en second lieu, par des mesures étrangères à la police administrative. En particulier, la lutte contre la fraude conduit le législateur à prévoir la possibilité pour le demandeur d'un visa, souhaitant rejoindre un de ses parents en France, de solliciter son identification par empreintes génétiques, en cas d'inexistence ou défaillance de l'état civil de son pays d'origine, afin d'apporter un élément de preuve de sa filiation avec la mère⁸³⁷. Bien que le Conseil constitutionnel considère que la sauvegarde de l'ordre public « inclut la lutte contre la fraude »⁸³⁸, il indique que cette mesure ne constitue pas un dispositif de police administrative. Il s'agit d'un mode supplétif de preuve du lien de filiation⁸³⁹. Il constitue une modalité supplémentaire à remplir pour le demandeur d'un visa souhaitant séjourner en France, afin d'exercer son droit à une vie familiale normale.

453. Il en est de même de l'objectif de prévention de la récidive. Depuis sa consécration, il se concrétise par des dispositifs dont la nature juridique est complexe à identifier. Tel est notamment le cas de la rétention de sûreté. Adoptée en 2008, cette mesure consiste à placer une personne en centre socio-médico-judiciaire fermé. Décidée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté, elle vise les personnes qui, après l'exécution d'une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour des crimes déterminés, présentent « une particulière dangerosité, caractérisée par une probabilité très élevée de récidive »⁸⁴⁰. La rétention de sûreté ne peut donc être mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné et a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité⁸⁴¹.

454. Bien qu'elle poursuive une mission préventive, la rétention de sûreté ne constitue pas une mesure de police administrative, puisqu'elle relève du domaine pénal et qu'elle est décidée par une juridiction pénale. Sa finalité ne relève pas non plus de la police judiciaire, puisqu'elle ne vise ni à rechercher, ni à identifier des auteurs d'infractions déterminées. Pour autant, la rétention de sûreté ne revêt pas non plus le caractère d'une peine, comme le considère le Conseil constitutionnel dans la décision du 21 février 2008 portant sur la loi

⁸³⁷ Article 13 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007, précitée.

⁸³⁸ Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, précitée, cons. 11.

⁸³⁹ *Idem*, cons. 18.

⁸⁴⁰ Article 1^{er} de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *J.O.R.F.* n° 0048 du 26 février 2008, p. 3266.

⁸⁴¹ *Ibidem*.

instaurant cette mesure⁸⁴². Déconnectée de la responsabilité et des faits commis, la rétention de sûreté est uniquement justifiée par la dangerosité de l'individu.

455. Selon Christine Lazerges, la rétention de sûreté constituerait « un objet juridique sui generis », à mi-chemin entre une peine et une mesure de sûreté⁸⁴³. Elle s'analyse comme un dispositif « étrange voire révolutionnaire »⁸⁴⁴, un concept « flou et aux contours indéterminés »⁸⁴⁵, qui soulève la question d'un renouveau des mesures de sûreté⁸⁴⁶. La nature juridique de la rétention de sûreté semble peu à peu faire l'objet d'une clarification. Après l'avoir qualifiée de peine⁸⁴⁷, la Cour de Cassation considère qu'il s'agit d'une mesure de sûreté⁸⁴⁸. Des incertitudes persistent, toutefois, quant à son régime juridique⁸⁴⁹. Elle représente, à tout le moins, un dispositif novateur pour répondre à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public.

456. La concrétisation de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public se traduit, enfin, par des interdictions pénalement sanctionnées. En témoigne le volet immatériel de l'ordre public, qui vise à lutter contre « des pratiques méconnaissant les exigences minimales de la vie en société » et « manifestement incompatibles avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité »⁸⁵⁰. L'article 1^{er} de la loi du 11 octobre 2010 dispose que « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage »⁸⁵¹. Applicable sur tout le territoire français, cette interdiction revêt une portée générale et absolue⁸⁵². Elle se différencie des mesures de police administrative proprement dites, par nature justifiées par des circonstances de temps et de lieux.

⁸⁴² Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 9.

⁸⁴³ C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *R.S.C.*, juillet/septembre 2008, pp. 731-746, spéc. pp. 741 et 744.

⁸⁴⁴ J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 15, pp. 1000-1012, spéc. p. 1000.

⁸⁴⁵ L. GREGOIRE, « Quel avenir pour les mesures de sûreté ? Analyse au regard de deux ans d'application de la loi du 25 février 2008 », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2011, n° 2, pp. 311-322, spéc. p. 311.

⁸⁴⁶ H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 23, pp. 1607-1614 ; M. HERZOG-EVANS, « La nouvelle rétention de sûreté : éléments d'analyse », *A.J. Pénal*, 2008, n° 4, pp. 161-171.

⁸⁴⁷ C. cass., crim., 21 janvier 2009, pourvoi n° 08-83.492 ; *A.J. pénal*, 2009, n° 4, pp. 178-179, obs. J. Lasserre Capdeville.

⁸⁴⁸ C. cass., crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 09-85.153 ; *J.C.P. G.*, 2010, p. 117, note Mistretta.

⁸⁴⁹ L. GREGOIRE, « Quel avenir pour les mesures de sûreté ? Analyse au regard de deux ans d'application de la loi du 25 février 2008 », *op. cit.*, spéc. pp. 320 et s. ; A. CERF, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », in S. JACOBIN (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale. Evolution ou révolution ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 127-154.

⁸⁵⁰ Décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010, *précitée*, cons. 4. Voir : *supra*, n° 256 et s.

⁸⁵¹ Article 1^{er} de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, *précitée*.

⁸⁵² M. ALLIOT MARIE, *Séance au Sénat du 14 septembre 2010, op. cit.*, p. 6732.

457. La nature des limites à l'exercice des droits fondamentaux prises sur le fondement de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public varie donc sensiblement selon la composante de cet objectif. La poursuite de cet objectif ne se traduit plus exclusivement par des mesures de police administrative *stricto sensu*. Elle aboutit, au contraire, à une diversification des dispositifs qui y répondent. Ces mesures tendent alors à se confondre avec celles relatives à l'objectif de recherche des auteurs d'infractions, au regard des enchevêtrements possibles de leurs finalités.

b) La concrétisation législative de l'objectif de recherche des auteurs d'infractions

458. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'objectif de recherche des auteurs d'infractions comprend plusieurs aspects : la constatation des infractions⁸⁵³, leur poursuite⁸⁵⁴, c'est-à-dire la mise en mouvement de l'action publique⁸⁵⁵, et le rassemblement des preuves⁸⁵⁶. La concrétisation de cet objectif se traduit par l'adoption de mesures de police judiciaire⁸⁵⁷. En vertu de l'article 14 du Code de procédure pénale, les autorités de police sont chargées de « constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher leurs auteurs » avant qu'une information judiciaire soit ouverte, puis en exécution des délégations et réquisitions des juridictions d'instruction, une fois l'information ouverte.

459. Pour répondre à cet objectif, le législateur adopte des dispositifs ayant trait à l'enquête de flagrance, à l'enquête préliminaire ainsi qu'à l'instruction⁸⁵⁸. Ces mesures témoignent d'une diversification de la concrétisation de l'objectif de recherche des auteurs d'infractions. Elle se constate au regard des finalités des mesures de police judiciaire (1) et de leur dualité croissante en fonction de la catégorie d'infractions visée par ces mesures (2).

1) L'extension des finalités des mesures de police judiciaire

460. Le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le législateur à renouveler les finalités poursuivies par les mesures de police judiciaire, afin de répondre plus efficacement à

⁸⁵³ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 19.

⁸⁵⁴ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 46.

⁸⁵⁵ B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 535 et s.

⁸⁵⁶ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 5.

⁸⁵⁷ J. BUISSON, « Les leçons de l'histoire sur la notion de police judiciaire », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Lecocq*, Litec, Lexis Nexis, Paris, 2004, pp. 33-47.

⁸⁵⁸ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 46, 50 et 56.

l'objectif de recherche des auteurs d'infractions. Sous couvert de poursuivre une finalité répressive, en lien direct avec des infractions déterminées, certaines mesures tendent à viser fréquemment et parfois, explicitement, des fins préventives.

461. La création du fichier national des auteurs d'infractions sexuelles par le législateur en 2004 témoigne de cette extension. L'article 706-53 du Code de procédure pénale prévoit l'inscription, dans ce fichier, de personnes condamnées pour les infractions sexuelles mentionnées à l'article 706-47 du Code pénal, afin de « prévenir le renouvellement » de celles-ci et de « faciliter l'identification de leurs auteurs »⁸⁵⁹. Ce dispositif constitue bien, au regard de la dernière finalité, un fichier de police judiciaire, tenu par les services du casier judiciaire et sous le contrôle d'un magistrat, mais il poursuit, également, une finalité préventive. Les incertitudes liées à sa qualification juridique se retrouvent dans la décision du Conseil constitutionnel, puisque sont invoqués les objectifs de sauvegarde de l'ordre public *et* de recherche des auteurs d'infractions⁸⁶⁰.

462. Par ailleurs, certaines mesures de police judiciaire peuvent être mobilisées à des fins administratives. L'objectif de recherche des auteurs d'infractions, fondement initial de la mesure, est alors détourné puisqu'utilisé pour répondre, dans le même temps, à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. Par exemple, les articles 21 et 23 de la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure confèrent respectivement une base législative propre au fichier d'antécédents judiciaires « STIC »⁸⁶¹ et au fichier des personnes recherchées⁸⁶². Ces derniers sont relatifs à des traitements automatisés d'informations nominatives recueillies au cours d'enquêtes préliminaire et de flagrance concernant tout délit, crime et contravention de cinquième classe, dans le but de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement de preuves et la recherche des auteurs d'infractions. Quand bien même ces

⁸⁵⁹ Article 48 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

⁸⁶⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 76.

⁸⁶¹ Article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*. Le « système de traitement des infractions constatées » a été créé par le décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001 pris pour l'application des dispositions du 3° alinéa de l'article 31 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et portant création d'un système de traitement des infractions caractérisées, *J.O.R.F.* n° 155 du 6 juillet 2001, p. 10779.

⁸⁶² Arrêté du 15 mai 1996 relatif au fichier des personnes recherchées géré par le ministère de l'intérieur et le ministère de la Défense, N.O.R. : INTD900737A, abrogé au 31 mai 2010, par l'arrêté du 28 mai 2010 portant abrogation de l'arrêté du 15 mai 1996, *J.O.R.F.* n° 0123 du 30 mai 2010, p. 9767.

traitements de données ont été recueillies lors d'activités de police judiciaire, l'article 25 de la loi prévoit la consultation de ces derniers, à des fins administratives⁸⁶³.

463. Des mesures de police judiciaire poursuivent, au regard des standards mobilisés, une finalité préventive, en plus de la finalité répressive initiale. A ce titre, l'article 78-2-3 du code de procédure pénale, créé par l'article 12 de la loi du 18 mars 2003, prévoit que tout officier de police judiciaire peut procéder à la visite de véhicules circulant ou arrêtés sur la voie publique, ou dans des lieux accessibles au public, lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou du passager *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* qu'il a commis, comme auteur ou complice, un crime ou un délit flagrant⁸⁶⁴. Bien que la finalité répressive et la nature judiciaire de cette mesure de police transparaissent de cet article, le lien entre la personne considérée et l'infraction se desserre, au regard du standard invoqué⁸⁶⁵.

464. La proximité avec la finalité préventive se dégage d'autant plus de cette mesure que le Conseil constitutionnel précise que ce dispositif de police judiciaire peut être mobilisé lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité « *d'empêcher une personne de commettre une infraction* »⁸⁶⁶. Or, la qualification de mesure de police judiciaire suppose que l'acte « consiste dans la recherche ou l'arrestation des auteurs d'une infraction déterminée »⁸⁶⁷. Dès lors, le motif mobilisé dans l'article 12 de la loi se rapproche de ceux utilisés dans le cadre de dispositifs de police administrative, dont le but est d'empêcher que des troubles à l'ordre public se produisent.

465. La finalité préventive de certaines mesures de police judiciaire apparaît, de manière plus nette encore, à propos des dispositifs visant à rechercher des infractions dans un cadre spatio-temporel prédéterminé. Tel est le cas des contrôles d'identité exercés sur le fondement

⁸⁶³ Article 25 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*. Les finalités déterminées ont trait aux « décisions de recrutement, d'affectation, d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation, prévues par des dispositions législatives ou réglementaires, concernant soit les emplois publics participant à l'exercice des missions de souveraineté de l'État, soit les emplois publics ou privés relevant du domaine de la sécurité ou de la défense, soit les emplois privés ou activités privées réglementées relevant des domaines des jeux, paris et courses, soit l'accès à des zones protégées en raison de l'activité qui s'y exerce, soit l'utilisation de matériels ou produits présentant un caractère dangereux », « pour l'instruction des demandes d'acquisition de la nationalité française et de délivrance et de renouvellement des titres relatifs à l'entrée et au séjour des étrangers ainsi que pour la nomination et la promotion dans les ordres nationaux » et enfin « pour l'exercice de missions ou d'intervention lorsque la nature de celles-ci ou les circonstances particulières dans lesquelles elles doivent se dérouler comportent des risques d'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité des personnes et des biens, ainsi qu'au titre des mesures de protection ou de défense prises dans les secteurs de sécurité des installations prioritaires de défense visés à l'article 17 de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense ».

⁸⁶⁴ Article 12 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée* (souligné par nous).

⁸⁶⁵ J.-F. BRISSON, « La surveillance des espaces publics », *op. cit.*, pp. 7-13, spéc. p. 11.

⁸⁶⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 10 (souligné par nous).

⁸⁶⁷ Concl. Delvolvé sur C.E., 11 mai 1951, *Consorts Baud*, *précité*, *Recueil Dalloz*, 1951, somm. p. 13.

de l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale⁸⁶⁸. Il prévoit que, « sur réquisitions écrites du procureur de la République, aux fins de recherche et de poursuite des actes de terrorisme [...], des infractions en matière d'armes et d'explosifs [...], de vol [...], de recel [...] ou des faits de trafic de stupéfiants [...], les officiers de police judiciaire [...] peuvent, *dans les lieux et pour la période de temps que ce magistrat détermine* et qui ne peut excéder vingt-quatre heures, renouvelables sur décision expresse et motivée selon la même procédure, procéder non seulement aux contrôles d'identité prévues au sixième alinéa de l'article 78-2 mais aussi à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public »⁸⁶⁹.

466. Adopté pour répondre à « l'intérêt public qui s'attache à la recherche des auteurs d'infractions »⁸⁷⁰, ce dispositif de police judiciaire tend à revêtir une dimension préventive, au regard du standard mobilisé. Certes, des infractions déterminées sont ici recherchées. La circulaire relative à cette disposition précise que la mise en œuvre de ce dispositif se justifie au regard « des lieux où les catégories d'infractions visées sont susceptibles d'avoir été commises ou s'y commettent habituellement »⁸⁷¹. Comme le souligne Etienne Picard, ce dispositif demeure dans « un climat infractionnel »⁸⁷².

467. Pourtant, il semble que le contrôle de la personne considérée repose davantage sur sa présence dans un espace et un horaire donnés, que sur un indice laissant présumer qu'elle a elle-même commis, ou tenté de commettre, une infraction. L'article 78-2-2 du Code de procédure pénale ne fait pas référence à la nécessité de prouver un indice faisant présumer que chaque personne, au sein de cette zone, a dû participer à la commission d'une infraction. Partant, ce contrôle devient « exclusif de toute individualisation »⁸⁷³. Le motif susceptible de justifier l'exercice de ce contrôle constitue un « faux motif de police judiciaire »⁸⁷⁴, puisqu'il

⁸⁶⁸ L'article 78-2-2 du Code de procédure pénale a été introduit, à titre temporaire, par l'article 23 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée*, puis a été pérennisé par l'article 11 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁸⁶⁹ Souligné par nous.

⁸⁷⁰ Décision n° 2003-267 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 12.

⁸⁷¹ Circulaire pour la présentation des dispositions de procédure pénale immédiatement applicables de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, du 25 avril 2002, N.O.R. : JUSD0230075C, bull. min. Just. n° 86 (1^{er} avril – 30 juin 2002).

⁸⁷² E. PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », *R.F.D.A.*, 1994, pp. 959-992, spéc. p. 984.

⁸⁷³ *Ibidem* ; P. GAGNOUD, « L'extension du droit de fouilles des véhicules automobiles depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, dite loi sur la sécurité quotidienne », *Gaz. Pal.*, n° 309, 5 novembre 2002, pp. 3-8, spéc. p. 3.

⁸⁷⁴ J. BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité. Contrôles d'identité », *Jurisclasseur Procédure pénale*, Lexis Nexis, Fasc. 2010, 2009, § 79 et § 85.

renvoie « à des situations où n'entre pas en compte la commission d'une infraction pénale »⁸⁷⁵.

468. Le desserrement du lien entre la commission d'une infraction et l'exercice d'une mesure de police judiciaire est perceptible également à l'égard des visites de véhicules dans les zones frontalières. Les articles L. 611-8 et L. 611-9 du C.E.S.E.D.A ont été adoptés en 1997⁸⁷⁶ puis modifiés par la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration⁸⁷⁷, afin de répondre à l'objectif de recherche des auteurs d'infractions⁸⁷⁸.

469. Ils prévoient que, « dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, les officiers de police judiciaire [...] pourront procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République, à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique, à l'exclusion des voitures particulières, en vue de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France »⁸⁷⁹. Ces visites peuvent aussi être effectuées lorsqu'il existe une section autoroutière où le premier péage se situe au-delà des vingt kilomètres susvisés⁸⁸⁰. Ces mesures correspondent ainsi à une situation où la commission d'une infraction pénale par une personne n'est pas, formellement, exigée.

470. Par leur caractère généralisé et systématique dans une zone prédéterminée à l'avance, ces dispositifs introduisent « un principe d'indétermination » au sein des actes de police judiciaire, traditionnellement propre aux contrôles de police administrative⁸⁸¹. Comme le remarque Jacques Buisson, « à défaut du lien exigé entre la personne interpellée et les infractions », ils relèvent « davantage d'une mission de contrôle et de surveillance générale, caractéristique de la police administrative »⁸⁸².

⁸⁷⁵ J.-F. BRISSON, « La surveillance des espaces publics », *op. cit.*, pp. 7-13, spéc. p. 11.

⁸⁷⁶ Article 3 de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, *J.O.R.F.* n° 97 du 25 avril 1997, p. 6268.

⁸⁷⁷ Article 10 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *précitée*.

⁸⁷⁸ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, *Rec.* p. 45, cons. 17.

⁸⁷⁹ Souligné par nous.

⁸⁸⁰ En effet, « lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée ci-dessus et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des vingt kilomètres, la visite peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté ».

⁸⁸¹ P. GAGNOUD, « L'extension du droit de fouilles des véhicules automobiles depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, dite "loi sur la sécurité quotidienne" », *op. cit.*, spéc. p. 7.

⁸⁸² J. BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité. Contrôles d'identité », *op. cit.*, § 85.

471. La concrétisation législative de l'objectif de recherche des auteurs d'infractions ne se traduit donc plus seulement par des actes d'enquêtes judiciaires ayant pour finalité, « à partir d'indices et de présomptions, la recherche de l'auteur d'une infraction, dont la commission est constatée »⁸⁸³. Ces mesures peuvent désormais poursuivre des finalités très proches de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, notamment au regard du standard mobilisé. De plus, lorsqu'une confusion entre finalités préventive et répressive apparaît, seules certaines infractions prédéterminées sont visées. Outre l'extension des finalités des mesures de police judiciaire, se renforce la concrétisation duale de l'objectif de recherche des auteurs d'infractions.

2) L'extension de la dualité des mesures de police judiciaire

472. Parallèlement à ce qu'il a pu être observé à propos de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, la recherche des auteurs d'infractions se traduit de plus en plus par des mesures de police judiciaire spécifiques à des catégories d'infractions. Outre les dispositifs de droit commun, ont été adoptées des mesures propres à la constatation, la poursuite, l'investigation et l'instruction d'infractions prédéterminées.

473. Nombre de mesures visent de prime abord à répondre de manière plus effective à cet objectif de valeur constitutionnelle, quelle que soit l'infraction pénale recherchée. Par exemple, l'officier de police judiciaire peut procéder « sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, à des opérations de prélèvement externes nécessaires à la réalisation d'examen technique ou scientifique de comparaison avec des traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête »⁸⁸⁴. Cette disposition s'applique sans différenciation selon la catégorie d'infraction recherchée, à l'égard des auteurs des faits visés.

474. De même, le législateur a « hissé » au rang législatif des fichiers de police judiciaire visant à faciliter la constatation d'infraction à la loi pénale, concernant tout délit, crime et contravention de cinquième classe, sans régime différencié vis-à-vis d'infractions

⁸⁸³ P. GAGNOUD, « L'extension du droit de fouilles des véhicules automobiles depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, dite "loi sur la sécurité quotidienne" », *op. cit.*, spéc. p. 3.

⁸⁸⁴ Article 30 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée* ; Article 55-1 du Code de procédure pénale (souligné par nous).

spécifiques⁸⁸⁵. La loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure modifie par ailleurs les moyens de contrainte à la disposition des officiers de police judiciaire lors de l'enquête de flagrance. Ces derniers peuvent procéder à la visite de véhicules circulant ou arrêtés sur la voie publique, ou dans des lieux accessibles au public, lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou du passager une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis, comme auteur ou complice, un crime ou un délit flagrant⁸⁸⁶.

475. Concernant l'instruction, le législateur a modifié les conditions dans lesquelles une personne, à l'encontre de laquelle il existe des indices suffisants quant à sa participation à un délit, peut être placée en détention provisoire⁸⁸⁷. Il a pu également prévoir, pour éviter dans certaines circonstances cette mesure privative de liberté, le placement sous surveillance électronique d'une personne mise en examen dans le cadre d'un contrôle judiciaire, qui impose de ne s'absenter de son domicile qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par le magistrat⁸⁸⁸. L'ensemble de ces dispositifs de police judiciaire s'inscrit donc dans le droit commun.

476. Tel n'est pas le cas des infractions pour lesquelles la recherche de leurs auteurs implique, au regard de leurs caractéristiques, l'application d'un régime dérogatoire du droit commun. De tels régimes existent, certes, en droit français depuis 1986 pour les infractions de terrorisme et de trafic de stupéfiants. Toutefois, ces derniers ont été étendus et renforcés au cours des dernières années. Trois catégories de régimes peuvent être identifiées.

477. En premier lieu, le législateur adopte des mesures de police judiciaire spécifiques à une liste d'infractions déterminées, au regard de leur *nature* particulière. S'agissant des infractions sexuelles, par exemple, l'officier de police judiciaire peut, « agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire, faire procéder sur toute personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un *viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle prévus par les articles 222-23 à 222-26 et 227-25 à 227-27 du Code pénal*, à un examen médical et à une prise de sang afin de déterminer si cette personne n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible »⁸⁸⁹. De même, le législateur a créé, en 2004, un fichier de police judiciaire sur-mesure pour les infractions sexuelles mentionnées à

⁸⁸⁵ Article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée* ; article 230-6 du Code de procédure pénale.

⁸⁸⁶ Article 12 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée* (souligné par nous).

⁸⁸⁷ Article 37 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *J.O.R.F.* du 10 septembre 2002, p. 14934.

⁸⁸⁸ Article 49 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, *précitée*.

⁸⁸⁹ Article 28 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée* ; Article 706-47-1 du Code de procédure pénale (souligné par nous).

l'article 706-47 du code de procédure pénale : le fichier judiciaire national des auteurs d'infractions sexuelles⁸⁹⁰.

478. La poursuite et l'instruction des infractions de traite des êtres humains, de proxénétisme et de recours à la prostitution des mineurs, obéissent également à un régime spécifique⁸⁹¹. La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a créé dans le Code de procédure pénale un titre spécial relatif à la poursuite, l'instruction et le jugement de ces infractions⁸⁹². La particularité des mesures de police judiciaire applicables à l'égard de cette catégorie d'infractions a ainsi été renforcée. Par dérogation à l'article 59 du Code de procédure pénale, relatif au créneau horaire dans lequel les officiers de police judiciaire sont habilités à procéder à une perquisition ou visite domiciliaire⁸⁹³, celles-ci peuvent être opérées à toute heure du jour et de la nuit, dans des lieux déterminés, pour la recherche et la constatation de ces infractions⁸⁹⁴. Des mesures de police judiciaire spéciales peuvent être ordonnées au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire, dans le but de constater les infractions mentionnées à l'article 706-34 du Code de procédure pénale⁸⁹⁵.

479. Des régimes dérogatoires du droit commun relatifs à la constatation, la poursuite ou l'enquête d'infractions sont spécifiques, en second lieu, à certaines *formes de délinquance et*

⁸⁹⁰ Article 48 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée* ; Article 706-53-1 du Code de procédure pénale. Ce fichier vise en effet les articles 222-23 à 222-31, 225-7 (1°), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du code pénal.

⁸⁹¹ Articles 706-34 à 706-40 du Code de procédure pénale, modifiés par l'article 35 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, *précitée*.

⁸⁹² Article 35 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, *précitée*.

⁸⁹³ A peine de nullité, les perquisitions et visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures.

⁸⁹⁴ Article 706-35 du Code de procédure pénale, modifié par l'article 35 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, *précitée*.

⁸⁹⁵ L'article 706-35-1 du Code de procédure pénale, introduit par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, *précitée*, prévoit à cet égard que « dans le but de constater les infractions mentionnées aux articles 225-4-1 à 225-4-9, 225-5 à 225-12 et 225-12-1 à 225-12-4 du code pénal et, lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, les officiers ou agents de police judiciaire agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire peuvent, s'ils sont affectés dans un service spécialisé et spécialement habilités à cette fin, dans des conditions précisées par arrêté, procéder aux actes suivants sans en être pénalement responsables : 1° Participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques, 2° Etre en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ; 3° Extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites dans des conditions fixées par décret [...] ». Aussi, l'article 706-36 du Code de procédure pénale prévoit qu'« en cas de poursuite pour l'une des infractions visées à l'article 706-34, le juge d'instruction peut ordonner à titre provisoire, pour une durée de trois mois au plus, la fermeture totale ou partielle : 1° d'un établissement visé aux 1° et 2° de l'article 225-10 du code pénal dont le détenteur, le gérant ou le préposé est poursuivi ; 2° de tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boisson, restaurant, club, cercle, dancing, lieu de spectacle ou leurs annexes ou lieu quelconque ouvert au public ou utilisé par le public, dans lequel une personne poursuivie aura trouvé au cours des poursuites, auprès de la direction ou du personnel, un concours sciemment donné pour détruire des preuves, exercer des pressions sur des témoins ou favoriser la continuation de son activité délictueuse [...] ».

de criminalité, « d'une gravité et d'une complexité particulières »⁸⁹⁶. A cet égard, le législateur a introduit en 2004 un titre spécifique dans le Code de procédure pénale relatif à la procédure applicable aux infractions dites de délinquance et de criminalité organisées⁸⁹⁷. Le législateur avait d'ores et déjà créé en 1986⁸⁹⁸, puis renforcé en 1996⁸⁹⁹, des moyens d'investigations spécifiques à la constatation et la recherche des auteurs d'infractions terroristes et de trafic de stupéfiants.

480. Cependant, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité abroge ces dispositifs⁹⁰⁰, afin de les étendre aux crimes et délits commis en bande organisée prévus au titre XXV du Code de procédure pénale⁹⁰¹. Le législateur a établi « une liste limitative des crimes et délits appelant, selon lui, *eu égard à leur gravité comme aux difficultés que présente la poursuite de leurs auteurs*, lesquels agissent dans un cadre organisé, des règles de procédure pénale spéciales », inhérentes à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement de ces crimes et délits⁹⁰². Ces règles sont relatives à la surveillance, l'infiltration, la garde à vue, les perquisitions, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, les sonorisations ainsi que les fixations d'images de certains lieux ou véhicules.

481. L'identification de cette « procédure pénale bis »⁹⁰³ démontre que le degré de restriction inhérent à ces mesures est « relevé d'un cran » par rapport au droit commun. Alors que la durée de la garde à vue ne peut, en vertu de l'article 63 du Code de procédure pénale, excéder vingt-quatre heures et être prolongée d'un nouveau délai de vingt-quatre heures que lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent, cette mesure de contrainte peut faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune lorsque les infractions en cause sont celles énumérées à l'article 706-73⁹⁰⁴. Aussi, bien que la personne gardée à vue peut s'entretenir avec un avocat dès le début de son placement et de son éventuel

⁸⁹⁶ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 6.

⁸⁹⁷ Articles 706-73 du Code de procédure pénale ; D. PERBEN, *Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité présenté au nom de M. Jean-Pierre Raffarin*, n° 784, Exposé des motifs, Assemblée Nationale, 9 avril 2003, pp. 3 et s.

⁸⁹⁸ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *J.O.R.F.* du 10 septembre 1986, p. 10956.

⁸⁹⁹ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *J.O.R.F.* n° 170 du 23 juillet 1996, p. 11104.

⁹⁰⁰ Article 14 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

⁹⁰¹ Article 1^{er} de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

⁹⁰² Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 12 (souligné par nous).

⁹⁰³ C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *op. cit.*, spéc. p. 649.

⁹⁰⁴ Article 706-88 du Code de procédure pénale.

renouvellement⁹⁰⁵, cette faculté peut être différée « en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction pour une infraction entrant dans le champ de l'application de l'article 706-73 », pendant une durée maximale de quarante-huit heures⁹⁰⁶.

482. Certaines mesures, prévues uniquement en matière d'instruction dans le droit commun, peuvent être ordonnées lors de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire, pour la recherche et la constatation de infractions relevant de l'article 706-73 du Code de procédure pénale. En vertu des articles 100 et suivants du Code, le juge d'instruction peut, en matière criminelle et délictuelle et lorsque la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie de télécommunications pour une durée maximum de quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée⁹⁰⁷.

483. Or, pour les infractions rentrant dans le champ d'application de l'article 706-73, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser de telles opérations pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois dans les mêmes conditions, lorsque les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une de ces infractions l'exigent⁹⁰⁸. Ces exemples illustrent que les mesures de police judiciaire propres à cette catégorie d'infractions sont, matériellement, largement dérogoires du droit commun.

484. Outre la criminalité et la délinquance organisée, des mesures de police judiciaire s'appliquent uniquement à l'égard de certaines infractions. Les contrôles d'identité et les visites de véhicules, prévus à l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale, visent exclusivement les actes de terrorisme, les infractions en matière de prolifération des armes de destruction massive, d'armes et d'explosifs, de vol, de recel et de trafic de stupéfiants⁹⁰⁹. De même, le contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants en tous points appropriés du territoire a pour objet, dans son volet

⁹⁰⁵ Article 63-3-1 du Code de procédure pénale.

⁹⁰⁶ Article 706-88 du Code de procédure pénale.

⁹⁰⁷ Articles 100 et s. du Code de procédure pénale.

⁹⁰⁸ Article 706-95 du Code de procédure pénale.

⁹⁰⁹ Article 78-2-2 du Code de procédure pénale.

répressif, la recherche des auteurs de sept catégories d'infractions⁹¹⁰. Le fichier national automatisé des empreintes génétiques illustre également ces mesures spécifiques, puisqu'il vise six catégories d'infractions⁹¹¹, au regard de leur gravité et complexité particulières⁹¹². De telles mesures de police judiciaire révèlent la dualité de la concrétisation de l'objectif de recherche des auteurs d'infractions, en fonction des caractéristiques de ces dernières.

485. Il est d'ailleurs possible d'identifier, en dernier lieu, un corps de mesures de police judiciaire propre à la recherche des auteurs *d'une infraction*. Si les dispositifs précédents dérogent à ceux applicables en droit commun, certaines mesures dérogent elles-mêmes à ce régime dérogatoire pour rechercher les auteurs d'infractions terroristes⁹¹³, et de trafic de stupéfiants⁹¹⁴.

486. Le régime de la garde à vue témoigne de ces mesures « doublement dérogatoires ». En vertu de la procédure de droit commun, une garde à vue ne peut excéder vingt-quatre heures et être renouvelée qu'une seule fois. Pour les infractions mentionnées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, elle peut faire l'objet de deux prolongations de vingt-quatre heures chacune. Or, s'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste et à titre exceptionnel, le juge des libertés et de la détention peut décider que la garde à vue fasse

⁹¹⁰ Article 8 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée* : cette disposition vise les infractions de terrorisme, « les infractions criminelles ou liées à la criminalité organisée au sens de l'article 706-73 du code de procédure pénale », les infractions de vol et de recel de véhicules volés, les infractions de contrebande, d'importation ou d'exportation commises en bande organisée, « ainsi que la constatation lorsqu'elles portent sur des fonds provenant de ces mêmes infractions, de la réalisation ou de la tentative de réalisation des opérations financières définies à l'article 415 du même code ».

⁹¹¹ Article 706-55 du Code de procédure pénale : les infractions concernées sont : « 1° Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47 du code de procédure pénale ainsi que le délit prévu par l'article 222-32 du code pénal ; 2° Les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs, prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 du code pénal ; 3° Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du code pénal ; 4° Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie et l'association de malfaiteurs prévus par les articles 40-1 à 413-12, 421-1 à 421-4, 442-1 à 442-5 et 450-1 du code pénal ; 5° Les délits prévus par les articles L. 2353-4 et L. 2339-1 à 2339-11 du code de la défense ; 6° Les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 5°, prévues par les articles 321-1) 321-7 et 324-1 à 324-6 du code pénal ».

⁹¹² Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 11 (souligné par nous). En vertu de l'article 706-54 alinéas 1 et 2 du Code de procédure pénale, ce fichier centralise les empreintes génétiques issues des traces biologiques des personnes déclarées coupables de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale, et des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis une de ces infractions.

⁹¹³ Titre XXV du Code de procédure pénale.

⁹¹⁴ Titre XXVI du Code de procédure pénale.

l'objet d'une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois pour les infractions de terrorisme visées aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal⁹¹⁵. L'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue peut également être différée, pour une durée de soixante-douze heures, lorsque la procédure vise des infractions de trafic de stupéfiants et de terrorisme⁹¹⁶.

487. Partant, si la singularité des mesures de police judiciaire relatives à la recherche des auteurs d'infractions de terrorisme et de trafic de stupéfiants s'est amoindrie puisqu'étendue à la délinquance et la criminalité organisées⁹¹⁷, elle ne s'est pas dissipée. Le renforcement des exigences de l'ordre public accroît la spécificité des mesures de police judiciaire visant certaines incriminations. Celle-ci se vérifie d'autant plus qu'elle se retrouve lors de la concrétisation de la seconde branche des exigences de l'ordre public, à savoir la détermination des infractions et des peines qui leur sont applicables.

B) Les limites relatives à la détermination des infractions et des peines

488. De manière constante depuis 1995, le Conseil constitutionnel considère qu'« il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ; que, toutefois, il lui incombe d'assurer, ce faisant, la conciliation des exigences de l'ordre public et la garantie des libertés constitutionnellement protégées »⁹¹⁸. Au cours des dernières années, de nouvelles interdictions sanctionnées pénalement ont été insérées dans le Code pénal. Tel est le cas de nouveaux actes de terrorisme⁹¹⁹, du délit d'outrage public à l'hymne et au drapeau national⁹²⁰, des délits de mendicité⁹²¹ et

⁹¹⁵ Article 706-88 du Code de procédure pénale, introduit par l'article 17 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

⁹¹⁶ Article 706-88 du Code de procédure pénale.

⁹¹⁷ P. MAZEAUD, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 8.

⁹¹⁸ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 60 et 103 ; Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 4.

⁹¹⁹ Article 33 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée*, dispose que « constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte ». L'article 45 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*, réprime désormais « le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à l'un ou plusieurs des actes visés aux articles 421-1 à 421-2-2 ».

⁹²⁰ Article 113 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁹²¹ Article 65 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

d'exploitation de la mendicité⁹²², du délit de s'installer sur un terrain en vue d'y établir son habitation⁹²³, des crimes et délits commis en bande organisée⁹²⁴, des délits relatifs à la prostitution⁹²⁵ ou encore du fait de participer à un groupement en vue de la préparation de violences volontaires⁹²⁶.

489. Ces infractions revêtent un aspect particulier, dans la mesure où les critères de qualification retenus en rendent l'identification délicate. Le législateur renforce les peines relatives à des infractions caractérisées par leur particulière gravité et crée, de manière croissante, des mesures de sûreté intervenant après l'exécution de la peine. Pour cette raison, la détermination des infractions et des peines, à l'aune du renforcement des exigences de l'ordre public, révèle une qualification incertaine de certaines infractions (a), une spécificité de l'échelle des peines tenant à des infractions déterminées (b) ainsi qu'une diversification des mesures de sûreté (c).

a) L'identification délicate des infractions

490. En matière pénale, la concrétisation des exigences renouvelées de l'ordre public se traduit par l'adoption d'incriminations dont la qualification juridique est délicate à appréhender. Cette difficulté de définition réside dans la plasticité de certains actes, mais aussi dans la volonté du législateur de retenir des critères souples pour embrasser différents faits sous la même qualification.

491. L'exemple de l'infraction de terrorisme est patent. Alors que le législateur énumérait les délits et crimes entrant dans la catégorie d'actes de terrorisme, la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État s'est efforcée, non de créer une infraction spécifique de terrorisme⁹²⁷, mais de définir des critères de qualification des actes de terrorisme⁹²⁸. L'article 706-16 du Code de procédure prévoit une liste

⁹²² Article 64 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁹²³ Article 53 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

⁹²⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

⁹²⁵ L'article 51 de la loi précitée réprime ainsi le fait de louer ou tenir à disposition d'une ou plusieurs personnes des véhicules en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution, et l'article 50 pose l'interdiction de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue d'inciter à des relations sexuelles.

⁹²⁶ Article 1^{er} de la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010, *précitée*.

⁹²⁷ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », *R.S.C.*, janv.-mars. 1990, pp. 1-28, spéc. p. 4. Voir aussi : M.-E. CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *R.S.C.*, avril-juin 1995, pp. 225-246.

⁹²⁸ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, *précitée*.

d'infractions de terrorisme, soumises au régime dérogatoire du droit commun, « lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». Pour Jean-Pierre Marguénaud, cette disposition « offre le grand mérite d'énoncer clairement que la qualification pénale des actes de terrorisme s'opère grâce au cumul d'un critère objectif (la présence de l'infraction sur la liste) et d'un critère subjectif (un mobile d'intimidation ou de terreur) »⁹²⁹.

492. Ce constat est tempéré d'un double point de vue. D'une part, la liste des infractions entrant dans la catégorie d'actes de terrorisme est incertaine, à défaut de critères objectifs permettant d'indiquer pourquoi de tels comportements relèvent du terrorisme. De surcroît, la liste des infractions énumère des articles qui prévoient des circonstances aggravantes. Ces dernières ne sont pas des éléments constitutifs de l'infraction : elles ne servent pas à « définir » l'infraction⁹³⁰. D'autre part, le critère subjectif demeure imprécis, dans la mesure où les termes d'« intimidation », de « terreur », d'« entreprise » ou encore d'« ordre public » ne sont pas définis⁹³¹. Cette imprécision apparaît délibérée de la part du législateur, dans un souci d'efficacité de la lutte contre le terrorisme⁹³².

493. Si les actes de terrorisme sont significatifs des difficultés d'identification des infractions, d'autres incriminations révèlent une faible qualification juridique. Par exemple, le législateur a créé, dans la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, une catégorie d'infractions relative à la délinquance et la criminalité organisée⁹³³, qui entraîne l'application d'un régime dérogatoire au droit commun en matière d'investigations, d'enquêtes et d'instruction. Toutefois, le législateur ne définit pas l'infraction spécifique de criminalité organisée. Il procède seulement à une énumération des crimes et délits relevant de cette catégorie⁹³⁴, en s'appuyant sur des concepts déjà connus, comme celui de bande organisée⁹³⁵. Comme le souligne Jean-Luc Warsmann, « la voie retenue consiste à déterminer parmi les incriminations existantes, donc à droit constant, celles qui

⁹²⁹ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », *op. cit.*, p. 4.

⁹³⁰ *Ibidem*.

⁹³¹ J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Domat droit public, Paris, 8^e édition, 2009, p. 199.

⁹³² J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », *op. cit.*, pp. 8 et s.

⁹³³ Article 1^{er} de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

⁹³⁴ Inscrits à l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

⁹³⁵ B. DE LAMY, « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (crime organisé – efficacité et diversification de la réponse pénale) », *Recueil Dalloz*, 2004, n° 27, pp. 1910-1918, spéc. pp. 1911-1912.

relèvent de la criminalité organisée afin de leur appliquer une procédure plus efficace »⁹³⁶. Or, l'absence des éléments constitutifs de l'infraction occulte la spécificité du phénomène criminel visé, et rend incertaine la liste des infractions retenues dans cette catégorie⁹³⁷.

494. La qualification imprécise des infractions peut se mesurer, par ailleurs, au regard des critères retenus par le législateur. A ce sujet, est de plus en plus incriminé « le fait de participer à » des actes pénalement prohibés, avant leur réalisation effective⁹³⁸. Tel est le cas de l'article 1^{er} de la loi du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes⁹³⁹. En vertu de l'article 222-14-2 du Code pénal, « le fait de participer, en connaissance de cause, à un groupement, même formé de façon temporaire, qui poursuit un but, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, de commettre des violences volontaires contre les personnes ou des destructions ou dégradations de biens, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». En cela, le législateur autorise à retenir la responsabilité pénale d'un individu, alors que le dommage n'est pas effectivement réalisé.

495. Certes, le droit pénal réprime traditionnellement des comportements, tels que la tentative, qui n'ont pas causé d'atteinte effective à la valeur protégée⁹⁴⁰. Néanmoins, l'intention criminelle doit se matérialiser à travers des actes clairement établis⁹⁴¹. Tel n'est pas le cas de l'article 222-14-2 du Code pénal, puisque c'est le seul fait d'appartenir à un groupe susceptible de commettre des violences ou des destructions qui est, ici, incriminé. Il n'est donc pas nécessaire que ces violences ou destructions se réalisent ou fassent l'objet d'un

⁹³⁶ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 856 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, 14 mai 2003, tome 1, pp. 52-53.

⁹³⁷ B. DE LAMY, « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (crime organisé – efficacité et diversification de la réponse pénale) », *op. cit.*, spéc. pp. 1912-1913 ; Y. BISIOU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », *op. cit.*, spéc. pp. 352-355.

⁹³⁸ Par exemple, sur la répression de la simple appartenance à une organisation terroriste en droit comparé : J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, États-Unis, Allemagne*, *op. cit.*, pp. 243-250.

⁹³⁹ Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010, *précitée*.

⁹⁴⁰ L'article 221-5 du Code pénal prévoit par exemple « le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort ».

⁹⁴¹ La tentative doit ainsi se traduire par un commencement d'exécution, c'est-à-dire par un « acte qui tend directement et immédiatement à la consommation de l'infraction » : C. cass., crim., 18 août 1873, *Bull. Crim.*, n° 339.

commencement d'exécution. Cette définition revient en réalité à incriminer la préparation de commission de violences ou de destructions, c'est-à-dire des actes préparatoires⁹⁴².

496. Par conséquent, le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le législateur à adopter des incriminations caractérisées par la souplesse de leurs critères de définition. La qualification imprécise de certaines infractions est corroborée par l'aggravation des peines encourues.

b) La spécificité des peines tenant à des infractions déterminées

497. A l'instar de la concrétisation « ciblée » des objectifs de préservation de l'ordre public au regard d'infractions prédéterminées, le législateur renforce la spécificité de la répression de catégories d'incriminations par rapport au droit commun, au regard de leur nature ou de leur gravité.

498. Depuis la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, un mécanisme dérogatoire relatif à la détermination des peines propres aux infractions de terrorisme prévaut dans l'ordre juridique⁹⁴³. Thierry Renoux constate que l'échelle des peines applicables à ces infractions « a ceci de particulier d'être *relevée d'un degré* par rapport au droit commun »⁹⁴⁴.

499. En vertu de l'article 421-3 du Code pénal, modifié par la loi du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme⁹⁴⁵, le maximum de la peine privative de liberté encourue pour les infractions mentionnées à l'article 421-1 est, lorsque ces infractions constituent des actes de terrorisme, porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ; à trente ans de réclusion criminelle

⁹⁴² A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », *op. cit.*, spéc. pp. 291-293. Voir aussi, sur le développement des « infractions de prévention » et l'imprécision des éléments constitutifs du délit d'embuscade créé par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance : A. CERF, « La loi du 5 mars 2007 et les infractions de prévention : l'exemple du délit d'embuscade et de sa déclinaison, le guet-apens », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 141-148.

⁹⁴³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis Droit privé, Paris, 23^e édition, 2013, pp. 444 et s. Voir : articles 131-1 à 131-18 du Code Pénal.

⁹⁴⁴ T. RENOUX, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, spéc. p. 240 (souligné par nous).

⁹⁴⁵ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *J.O.R.F.* n° 170 du 23 juillet 1996, p. 11104. Alors que l'article 421-3 créé par la loi du 9 septembre 1986 ne visait que les trois premiers alinéas de l'article 421-1 du Code pénal, l'article 4 de cette loi en a étendu le champ d'application à l'ensemble de l'article 421-1.

lorsqu'en droit commun, l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle et ce, pour l'ensemble des peines prévues par le Code pénal⁹⁴⁶.

500. Les lois adoptées depuis 2001 accentuent la définition dérogatoire des peines relatives aux infractions terroristes. Dans ce domaine, l'influence du fait sur le droit, suite aux attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, est particulièrement tangible. La loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation relative à la justice modifie la peine applicable à l'acte de terrorisme défini à l'article 421-2 du Code pénal. Initialement prévue à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende, elle est désormais portée à une peine de vingt ans de réclusion criminelle et de 350 000 euros d'amende⁹⁴⁷. De plus, alors que les actes de terrorisme définis à l'article 421-2-1 sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 225 000 euros d'amende, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ajoute une peine plus élevée concernant le fait de diriger ou d'organiser le groupement ou l'entente visé à cet article du code pénal. Cette infraction est désormais punie de vingt ans de réclusion criminelle et de 500 000 euros d'amende⁹⁴⁸.

501. De la même manière, la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme « relève d'un cran » les peines prévues à l'article 421-2-1 du Code pénal en matière d'actes de terrorisme. Tandis que l'article 421-5 prévoit une peine de dix ans d'emprisonnement et de 225 000 ans d'amende pour ces actes, la peine est portée à vingt ans de réclusion criminelle et 350 000 euros d'amende lorsque le groupement ou l'entente a pour objet la préparation de trois catégories d'infractions d'une particulière gravité⁹⁴⁹.

502. La spécificité de la répression de l'infraction terroriste se mesure également à propos des peines complémentaires facultatives et des sanctions accessoires que l'auteur est susceptible de se voir infliger⁹⁵⁰. L'acte de terrorisme peut être sanctionné de peines

⁹⁴⁶ En vertu de l'article 421-3 du Code pénal, la peine est portée à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ; à quinze ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de dix ans d'emprisonnement ; à dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement ; à sept ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et au double lorsque l'infraction est punie d'un emprisonnement de trois ans au plus.

⁹⁴⁷ Article 46 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, *précitée* ; article 421-4 du Code pénal.

⁹⁴⁸ Article 6 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée* ; article 421-5, alinéa 2 du Code pénal.

⁹⁴⁹ Article 11 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée* : les infractions visées sont soit « un ou plusieurs crimes d'atteintes aux personnes visés au 1° de l'article 421-1 ; soit une ou plusieurs destructions par substances explosives ou incendiaires visées au 2° de l'article 421-1 et devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner la mort d'une ou plusieurs personnes ; soit de l'acte de terrorisme défini à l'article 421-2 lorsqu'il est susceptible d'entraîner la mort d'une ou plusieurs personnes ».

⁹⁵⁰ T. RENOUX, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, spéc. p. 241.

complémentaires prévues à l'article 422-3 du Code pénal, telles que l'interdiction des droits civiques et civils, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ou encore une interdiction de séjour. L'auteur de cette infraction est aussi passible de sanctions accessoires prononcées par l'autorité administrative, telles que la déchéance de la nationalité, dont la loi du 23 janvier 2006 a accentué la spécificité. Alors qu'elle ne peut être prononcée que dans un délai de dix ans à compter de la perpétration de faits énumérés par l'article 25 du Code civil, ce délai est porté à quinze ans lorsque les faits sont constitutifs d'actes de terrorisme⁹⁵¹. La spécificité de la lutte contre le terrorisme est donc particulièrement visible au stade de la détermination des infractions et des peines.

503. Par ailleurs, le législateur élève l'échelle des peines relatives aux infractions d'une particulière gravité, telles que la délinquance et la criminalité organisées. En vertu des modifications apportées au Code pénal par la loi du 9 mars 2004, lorsque les infractions de séquestration et d'enlèvement sont commises en bande organisée, les peines sont portées à trente ans de réclusion criminelle si l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle, et à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle⁹⁵². Il en est de même à l'égard des infractions de corruption de mineurs⁹⁵³, de diffusion, d'enregistrement ou de transmission d'images d'un mineur à caractère pornographique⁹⁵⁴, d'escroquerie⁹⁵⁵, de contrefaçon ou de falsification de monnaie⁹⁵⁶, des infractions en matière d'armes⁹⁵⁷ et de jeux de hasard⁹⁵⁸. Pour ces infractions, les peines sont plus importantes lorsqu'elles sont commises en bande organisée.

504. La spécificité des peines relatives à certaines catégories d'infractions s'analyse d'autant plus que le législateur prévoit désormais des peines minimales de privation de liberté. Celles-ci visent des infractions d'une certaine gravité et sont applicables lorsque les faits sont

⁹⁵¹ Article 21 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée* ; article 25-1 du Code civil.

⁹⁵² Article 6 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée* ; Article 224-5-2 du Code pénal.

⁹⁵³ Article 227-22 alinéa 3 du Code pénal.

⁹⁵⁴ Article 227-23 alinéa 6 du Code pénal.

⁹⁵⁵ Article 313-2 dernier alinéa du Code pénal.

⁹⁵⁶ Article 442-2 alinéa 2 du Code pénal.

⁹⁵⁷ Ainsi, l'article 6 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*, augmente la peine prévue à l'article 3 de la loi du 19 juin 1871 sur la fabrication des armes de guerre lorsque l'infraction est commise en bande organisée et procède de même à l'égard des articles 26 et 31 du décret du 18 avril 1939, l'article 6 de la loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et des substances explosives, l'article 4 de la loi n° 72-467 du 9 juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à base de toxines.

⁹⁵⁸ Article 1^{er} de la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard, *J.O.R.F.* du 13 juillet 1983, p. 2154.

commis en état de récidive légale. La loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive crée un seuil minimum de peine d'emprisonnement pour les délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement et les crimes punis d'au moins quinze ans de réclusion ou détention⁹⁵⁹. Le principe repose sur l'application d'un seuil d'emprisonnement minimal, et l'exception sur la possibilité pour le juge, au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité de l'auteur ou de ses garanties d'insertion, de prononcer une peine inférieure⁹⁶⁰.

505. Un seuil d'emprisonnement minimal est aussi prévu pour des faits d'une particulière gravité et précisément énumérés, lorsqu'ils sont commis une nouvelle fois en état de récidive légale. Dans cette hypothèse, le juge ne peut prononcer une peine inférieure uniquement si l'accusé présente des « garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion »⁹⁶¹. Autrement dit, plus l'infraction est considérée d'une particulière gravité par le législateur, plus le juge devra motiver sa décision pour déroger à la peine minimale de privation de liberté fixée par le Code pénal.

506. Le renforcement des exigences de l'ordre public accentue par conséquent la spécificité des peines attachées aux infractions caractérisées par leur nature et leur gravité. Elle s'accompagne, en dernier lieu, d'une multiplication des modalités d'exécution des peines propres à certaines infractions.

c) La multiplication des mesures de sûreté suite à des infractions déterminées

507. Outre les peines qui reposent sur la culpabilité de l'auteur d'une infraction, le législateur adopte un nombre croissant de mesures de sûreté. Celles-ci peuvent se définir comme des « mesures individuelles coercitives, sans coloration morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables »⁹⁶². Ainsi entendues, elles se différencient en principe des peines. Tournées vers l'avenir, les mesures de sûreté n'ont pas de fonction de rétribution. Elles sont d'une durée

⁹⁵⁹ Articles 1 et 2 de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *J.O.R.F.* n° 185 du 11 août 2007, texte n° 1.

⁹⁶⁰ Article 132-18-1 du Code pénal.

⁹⁶¹ Article 132-18-1 alinéas 7 à 12 du Code pénal.

⁹⁶² B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 422 et s.

indéterminée et révisables à tout instant, puisqu'elles dépendent de l'état dangereux de l'individu⁹⁶³.

508. Inspiré par la doctrine de la défense sociale nouvelle⁹⁶⁴, le législateur développe ce type de mesures, afin de prévenir la commission d'infractions d'une particulière gravité. A l'issue de la peine, l'auteur d'infractions déterminées peut être soumis à des modalités d'exécution ou des mesures de sûreté visant à prévenir sa récidive au regard de sa dangerosité, c'est-à-dire « de la grande probabilité de le voir à nouveau violer la loi pénale »⁹⁶⁵.

509. La loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles constitue la première étape du développement des mesures de sûreté. Elle institue un dispositif de suivi socio-judiciaire⁹⁶⁶, applicable aux auteurs d'infractions prédéterminées. Ce dispositif vise les agressions sexuelles, la corruption de mineurs, la diffusion de messages violents ou pornographiques susceptibles d'être vus par un mineur et les actes d'atteinte sexuelle sur un mineur⁹⁶⁷. Le suivi socio-judiciaire a ensuite été étendue à d'autres infractions, telles que les crimes d'atteintes volontaires à la vie, l'enlèvement, la séquestration et la destruction ainsi que la dégradation et la détérioration dangereuses pour les personnes⁹⁶⁸. Ce dispositif se traduit par la possibilité pour le juge de l'application des peines de soumettre le condamné à des mesures de surveillance et d'assistance, qui peuvent comprendre une injonction de soins⁹⁶⁹.

510. La loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales institue quant à elle un régime de surveillance judiciaire, qui permet de soumettre des

⁹⁶³ *Idem*, pp. 410 et s.

⁹⁶⁴ H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », *op. cit.*, pp. 1607-1608 ; M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Editions Cujas, coll. Publications du Centre d'études de défense sociale de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris, 3^e édition, 1981 ; R. GASSIN, « L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, A. Pédone, Paris, 1975, vol. 2, pp. 3-17 ; G. LEVASSEUR, « Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la défense sociale nouvelle », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, A. Pédone, Paris, 1975, vol. 2, pp. 35-61 ; G. LEVASSEUR, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *R.S.C.*, 1991, pp. 9-24.

⁹⁶⁵ H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », *op. cit.*, spéc. p. 1609 ; Rapport du gouvernement définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, annexé à la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, *J.O.R.F.* n° 0075 du 28 mars 2012, p. 5592.

⁹⁶⁶ Articles 131-36-1 à 131-36-8 du Code pénal.

⁹⁶⁷ Articles 2, 3 et 4 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *J.O.R.F.* n° 139 du 18 juin 1998, p. 9255.

⁹⁶⁸ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *J.O.R.F.* n° 289 du 13 décembre 2005, p. 19152.

⁹⁶⁹ Article 131-36-4 du Code pénal, modifié par les articles 7 et s. de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *J.O.R.F.* n° 185 du 11 août 2007, p. 13466.

condamnés présentant un risque élevé de récidive à diverses obligations suite à leur libération, telles que le placement sous surveillance électronique mobile⁹⁷⁰. Le Conseil constitutionnel considère que ce dispositif, limité à la durée de la réduction de la peine, est fondé non sur la culpabilité du condamné mais sur sa dangerosité. Dans la mesure où il est uniquement destiné à prévenir la récidive, le Conseil conclut qu'il ne constitue « ni une peine ni une sanction » mais une « modalité d'exécution de la peine »⁹⁷¹. Cette mesure ne s'applique qu'à des personnes condamnées à une peine privative d'une durée égale ou supérieure à dix ans, « pour certaines infractions strictement définies et *caractérisées par leur gravité particulière* »⁹⁷².

511. Cette même loi introduit une seconde mesure de sûreté. Elle consiste en un dispositif de surveillance judiciaire de personnes dangereuses, condamnées à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à dix ans concernant les catégories d'infractions visées par le suivi socio-judiciaire. A l'instar de la précédente, cette mesure vise à prévenir la commission de certaines infractions, sur la base de l'état dangereux du condamné, et peut comporter de nombreuses obligations⁹⁷³.

512. Les mesures de rétention de sûreté et de surveillance de sûreté, adoptées en 2008, appartiennent à cette catégorie de mesures⁹⁷⁴. La rétention de sûreté est spécialement conçue pour les personnes présentant une certaine dangerosité suite, là encore, à l'exécution d'une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour des crimes énumérés par la loi⁹⁷⁵. De manière croissante, la concrétisation législative de l'ordre public se traduit donc par des mesures intervenant après l'exécution de la peine, fondées sur la

⁹⁷⁰ Article 13 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, *précitée*.

⁹⁷¹ Décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, *Rec.* p. 153, cons. 13-14.

⁹⁷² *Idem*, cons. 18 (souligné par nous) ; Article 13 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, *précitée*.

⁹⁷³ Article 13 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, *précitée* ; article 723-29 et suivants du Code de procédure pénale.

⁹⁷⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, *précitée*, modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses obligations de procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 59 du 11 mars 2010, p. 4808

⁹⁷⁵ Articles 706-53-13 et suivants du Code de procédure pénale.

dangerosité criminologique de l'individu⁹⁷⁶ et dont la distinction avec la peine est délicate à esquisser⁹⁷⁷.

513. En définitive, la détermination des infractions et des peines fait apparaître une concrétisation législative de l'ordre public spécifique à certaines incriminations, liée à leur nature et leur particulière gravité. Elle se matérialise par une diversification des mesures propres à cette branche des exigences de l'ordre public, que ce soit lors de la définition des incriminations, de la fixation des peines applicables ou des mesures de sûreté intervenant après l'exécution de la peine.

514. Les limites aux droits et libertés issues de la concrétisation législative de l'ordre public témoignent d'une diversité matérielle accrue. Les mesures analysées visent davantage de destinataires, que ce soient des personnes physiques, des personnes morales ou des groupes. La nature des limites est, quant à elle, de plus en plus variée. La concrétisation des objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions est significative, au regard de la diversification des normes propres à la poursuite de chacun des deux objectifs et de leur enchevêtrement croissant. Il en est de même en matière de détermination des infractions et des peines, dans la mesure où le législateur accentue la spécificité des régimes propres à des catégories d'incriminations. Partant, le droit positif témoigne à la fois d'une diversification *des* mesures prises et d'une spécialisation *de* catégories de mesures, afin de répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public.

⁹⁷⁶ P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *R.S.C.*, oct.-déc. 2007, pp. 883-894 ; P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008, pp. 93-112. Sur ce point : *infra*, n° 1342 et s.

⁹⁷⁷ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Edition Cujas, Paris, 19^e édition, 2012, pp. 476 et 481 ; E. GARCON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2010, p. 30 et s. ; V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, volume 1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2012, pp. 69-94, spéc. p. 72. Sur ce point, *infra*, n° 755 et s.

Conclusion du Chapitre 2 de la Première Partie

515. Le renforcement et la pluralité des exigences de l'ordre public ont des implications tangibles en droit positif. La détermination des limites aux droits et libertés témoigne, d'une part, d'un renouvellement formel. Sur le plan organique, un double mouvement dans la hiérarchie des normes apparaît. Le premier est ascendant, puisque certains domaines relèvent de la compétence du législateur au regard de l'incidence de la mesure sur l'exercice des droits garantis. Le second est descendant, dans la mesure où le degré de régulation du législateur dans la définition du champ d'application des limites diminue. Sur le plan purement formel, le régime de limitation des droits en temps ordinaire conserve sa spécificité par rapport aux régimes d'exception. Il est cependant profondément renouvelé, car « imprégné » de techniques propres aux régimes d'exception.

516. La concrétisation législative de l'ordre public se traduit, d'autre part, par une diversification matérielle des limites aux droits fondamentaux. Elle se mesure à chaque branche des exigences de l'ordre public. Les spécificités normatives identifiées pour chacune d'elles révèlent des processus communs. Que ce soit pour *prévenir*, *rechercher* ou *réprimer* des comportements contraires à l'ordre public, une dimension dérogatoire propre aux crimes et délits d'une particulière gravité se dégage de l'ordre juridique. De plus, la concrétisation des objectifs de préservation de l'ordre public se matérialise par une mutation des catégories juridiques, traditionnellement mobilisées en matière de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions. La poursuite de ces deux objectifs révèle une hétérogénéité des normes adoptées et une confusion progressive des finalités qui leur sont assignées. La détermination des limites aux droits et libertés fait donc l'objet de bouleversements profonds, à l'aune du renforcement des exigences de l'ordre public.

Conclusion de la Première Partie

517. En dépit de dispositions explicites reconnaissant la notion et la fonction de l'ordre public, le Conseil constitutionnel a consacré une pluralité d'ancrages de l'ordre public à la Constitution. La multiplication de ses composantes constitue autant de fondements à la compétence du législateur, lui permettant de limiter l'exercice des droits garantis. La concrétisation législative de l'ordre public rend compte, quant à elle, de la spécificité du régime de limitation des droits fondamentaux. Il se distingue des régimes d'exception, au regard de la justification des mesures adoptées et de leurs effets dans l'ordre juridique, mais il s'en rapproche par les techniques mobilisées et le degré d'atteinte porté aux droits garantis. La détermination des limites aux droits fondamentaux fait apparaître un paysage normatif « stratifié » et diversifié dans l'ordre juridique. Des analogies croissantes entre dispositifs spécifiques à chaque branche des exigences de l'ordre public apparaissent. L'opération de qualification juridique des limites aux droits garantis devient donc de plus en plus délicate.

518. C'est pourquoi, il importe de s'interroger sur l'appréhension des limites aux droits et libertés par le juge constitutionnel. La question se pose de savoir si la diversification des normes engendrée par les exigences renforcées de l'ordre public s'accompagne, elle-même, d'un renouvellement des « limites aux limites » aux droits fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette spécificité normative de l'ordre public est-elle relayée par une spécificité des « limites aux limites » qui s'y appliquent? C'est ce qu'il convient d'appréhender dans une seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

L'ORDRE PUBLIC ET L'IDENTIFICATION DES LIMITES AUX LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX

519. Lors du bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Jean Rivero rappelait que « dans les grands textes de 1789 et de 1791, la loi reste suspecte de pouvoir porter atteinte aux libertés. Il y a une limitation au pouvoir du législateur [...]. C'est un principe révolutionnaire. On l'a oublié au profit de la souveraineté de la loi, qui est incluse elle aussi dans l'idéologie révolutionnaire mais qui n'en est qu'un des éléments, et qui doit se combiner avec sa limitation par le nécessaire respect de la liberté »⁹⁷⁸.

520. Il est certain que le législateur ne dispose plus aujourd'hui d'un pouvoir discrétionnaire absolu⁹⁷⁹. Le rôle du Conseil constitutionnel permet de « révéler » l'existence de normes supérieures qui s'imposent au législateur, d'en préciser la portée et d'en sanctionner la violation. Toute limitation excessive des permissions constitutionnelles est « constitutive d'un défaut de cette norme et de la possibilité de sa destruction juridictionnelle »⁹⁸⁰. Si la Constitution habilite le législateur à déterminer des limites à l'exercice des droits fondamentaux, elle lui interdit de produire des normes qui réduiraient à l'excès les permissions garanties. Cet ensemble constitue ce que la doctrine appelle les « limites aux limites »⁹⁸¹, c'est-à-dire « les bornes qui s'imposent au législateur »⁹⁸².

521. En droit français, cette problématique se pose avec une acuité particulière pour deux raisons. A l'inverse des constitutions adoptées après la seconde Guerre Mondiale, qui mentionnent les conditions dans lesquelles le législateur peut restreindre l'exercice des droits

⁹⁷⁸ J. RIVERO, « Les libertés », *op. cit.*, spéc. p. 160. Dans sa contribution, J. RIVERO rappelle que figure en tête de la Constitution de 1791 la formule selon laquelle « le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte aux libertés garanties par la Constitution ».

⁹⁷⁹ A. BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Itinéraires*, Economica, coll. Politique comparée, Paris, 1982, pp. 43-59, spéc. p. 45.

⁹⁸⁰ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 88-89.

⁹⁸¹ *Idem*, spéc. pp. 90 et 163 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 496 et s.

⁹⁸² C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, spéc. pp. 124-128.

fondamentaux, la Constitution française ne contient pas de dispositions expresses en la matière. Il revient au Conseil constitutionnel de déterminer le sens et le champ d'application de ces interdictions.

522. De plus, les « limites aux limites » qu'il mobilise découlent exclusivement de la Constitution et non des conventions internationales⁹⁸³. Cependant, le contrôle de conventionnalité exercé par les juridictions ordinaires et les Cours européennes peut influencer le Conseil constitutionnel dans la définition des « limites aux limites » aux droits fondamentaux. L'intervention du Conseil ne protège pas une loi déclarée conforme à la Constitution des effets potentiels du contrôle de conventionnalité. Dès lors, le juge constitutionnel doit prendre en compte le « droit venu d'ailleurs »⁹⁸⁴.

523. L'objet de cette seconde partie consiste à analyser les remparts substantiels et formels qui s'imposent au législateur lors de la concrétisation des exigences de l'ordre public. Après avoir examiné les « limites aux limites » utilisées par le Conseil constitutionnel (**Chapitre 1**), il convient de les mettre en perspective avec les exigences mobilisées par les juridictions européennes et étrangères. Il s'agit d'étudier les convergences et les divergences des contrôles effectués par les juges constitutionnels et européens et d'identifier les « limites aux limites » à même d'enrichir le contrôle de constitutionnalité (**Chapitre 2**).

⁹⁸³ Décision n° 74-54 D.C. du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. p. 19, cons. 7. Voir : L. FAVOREU, L. PHILIP et autres, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 165-187.

⁹⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Champs, Paris, 1996, spéc. p. 44.

CHAPITRE 1 – L'IDENTIFICATION DES « LIMITES AUX LIMITES » UTILISÉES PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL

524. À première vue, la Constitution française révèle un encadrement hétérogène de l'action normative du législateur. Les conditions de limitation de l'exercice des droits fondamentaux sont posées soit, au sein même des dispositions énonçant les droits et libertés garantis⁹⁸⁵, soit, sous forme de prescriptions générales inscrites dans la Déclaration de 1789⁹⁸⁶. Ce constat est confirmé à la lecture des manuels de droit des libertés fondamentales, qui énoncent et classent différemment les « limites aux limites » aux droits fondamentaux⁹⁸⁷.

525. Il n'en reste pas moins qu'à travers ces dispositions, le Constituant a traduit « l'arbitrage que le législateur doit réaliser entre la protection de droits et libertés et les exigences relevant de l'intérêt collectif »⁹⁸⁸. L'objet de ce chapitre consiste à identifier les contraintes pesant sur la conciliation législative entre les droits garantis et les exigences de l'ordre public. Il convient de rechercher, en particulier, dans quelle mesure le renouvellement de l'ordre public influence les critères et l'intensité du contrôle de constitutionnalité.

526. Pour répondre à cette question, les limites aux droits fondamentaux peuvent être appréhendées selon la distinction générique/spécifique⁹⁸⁹. Le genre étant ce qui renferme plusieurs espèces différentes⁹⁹⁰, le terme « générique » renvoie à « un mot dont le sens englobe toute une catégorie d'objets »⁹⁹¹, qui présente des caractères communs⁹⁹². L'espèce signifie quant à elle un « ensemble de choses qu'un caractère commun distingue des autres du même genre »⁹⁹³. Le terme « spécifique » se définit comme ce qui appartient en propre à une espèce, à une chose⁹⁹⁴.

⁹⁸⁵ Articles 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16 et 17 de la Déclaration du 26 août 1789 ; Article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁹⁸⁶ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, spéc. p. 35.

⁹⁸⁷ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 163 ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, *op. cit.*, pp. 283 et s. ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 484 et s., spéc. p. 496 ; J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, pp. 210 et s.

⁹⁸⁸ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 478.

⁹⁸⁹ Sur le recours à cette méthode dans le domaine juridique, voir : P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁹⁹⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 8^e édition.

⁹⁹¹ Le Petit Larousse.

⁹⁹² Le Nouveau Petit Robert de la langue française, 2010.

⁹⁹³ Le Petit Larousse.

⁹⁹⁴ *Ibidem*.

527. Les limites aux droits fondamentaux peuvent être envisagées en tant que catégorie générique, en ce qu'elles ont toutes pour point commun d'apporter une restriction aux droits garantis, puis de manière spécifique, comme unité au sein de cette catégorie. Cette distinction est appropriée, puisqu'elle permet d'analyser les instruments du contrôle mobilisés à l'égard de *toutes* les limites aux droits fondamentaux relatives aux exigences de l'ordre public (**Section 1**), puis ceux spécifiques à *certaines* limites aux droits garantis (**Section 2**).

SECTION 1. LES INSTRUMENTS GÉNÉRIQUES DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

528. Les contraintes pesant sur la conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis peuvent être envisagées en considérant l'ensemble de la catégorie des limites aux droits fondamentaux. Nonobstant leur diversité normative et le droit affecté par ces mesures, la Constitution impose le respect d'un socle commun d'exigences à leur rencontre. D'une part, la « réserve de loi » implique pour le législateur de ne pas rester en deçà de sa compétence. Cette exigence lui impose de définir suffisamment les limites à l'exercice des droits et libertés, sans priver de garanties légales les exigences constitutionnelles. Il s'agit d'examiner, ici, les contraintes pesant sur l'exercice du pouvoir législatif. D'autre part, un rapport de proportion, entre la restriction à l'exercice des droits garantis et les exigences de l'ordre public, doit être respecté par le législateur. La mobilisation du contrôle de proportionnalité permet au Conseil constitutionnel de poser des remparts d'ordre substantiel à la concrétisation législative de l'ordre public.

529. Le renforcement des exigences de l'ordre public sur la mobilisation des « limites aux limites » génériques se manifeste à deux égards. Il conduit le Conseil constitutionnel à préciser davantage les éléments du contrôle et à les ajuster à la détermination renouvelée des limites aux droits et libertés. Toutefois, un affaiblissement du « degré de contrainte » du contrôle juridictionnel peut être observé. Ces deux phénomènes se mesurent à propos des contraintes pesant sur l'exercice du pouvoir législatif (§1) et des contraintes tenant à l'exercice du contrôle de proportionnalité (§2).

§1. Les contraintes pesant sur l'exercice du pouvoir législatif

530. En confiant au Parlement la détermination des garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques, l'article 34 de la Constitution instaure une « véritable réserve de loi en matière de droits fondamentaux »⁹⁹⁵. Cette disposition constitue pour le législateur une habilitation à définir les conditions d'exercice des droits garantis et à déterminer leurs limites,

⁹⁹⁵ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, op. cit., pp. 258-265 ; L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 129-134.

mais aussi une contrainte qui lui impose d'« épuiser toute l'étendue de sa compétence »⁹⁹⁶. Pour s'assurer de son respect, le Conseil constitutionnel s'attache à vérifier que les dispositions législatives ne sont pas entachées d'« incompétence négative »⁹⁹⁷. De plus, il veille à la « densité de l'intervention législative », appréciée d'un point de vue qualitatif⁹⁹⁸. A travers le contrôle des « garanties légales des exigences constitutionnelles », le Conseil s'assure que le législateur n'omet pas d'adopter des dispositions visant à assurer la garantie juridique des droits et libertés constitutionnellement reconnus.

531. L'analyse de ces instruments génériques du contrôle de constitutionnalité est particulièrement précieuse, puisque le renforcement des exigences de l'ordre public engendre un renouvellement formel et une diversification matérielle des limites aux droits fondamentaux. Il convient d'analyser la teneur et l'intensité des exigences pesant tant sur la compétence législative que sur l'intervention du législateur. Ces « limites aux limites » consistent en l'obligation positive de définir suffisamment les limites aux droits fondamentaux (A) et en l'obligation négative de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles (B).

A) L'obligation positive de définir suffisamment les limites aux droits fondamentaux

532. Apparu en 1967 lors de l'examen d'une loi organique et fréquemment invoqué devant le juge constitutionnel⁹⁹⁹, le contrôle de l'incompétence négative révèle « l'indisponibilité » de la compétence législative¹⁰⁰⁰. Selon la définition du Doyen Louis Favoreu, il vise le cas où le législateur méconnaît sa propre compétence, en ne prenant pas toutes les mesures qu'il lui revenait de prendre¹⁰⁰¹. Ce contrôle conduit à sanctionner les « rétentions de compétence » du Parlement¹⁰⁰², qui se présentent sous deux formes principales. Soit, le législateur confie à une autorité la détermination de règles dans un domaine où son intervention est requise. Soit, il

⁹⁹⁶ F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *R.F.D.C.*, 1994, n° 17, pp. 59-85, spéc. p. 59.

⁹⁹⁷ J. RIVERO, Note sous la décision n° 75-56 D.C. du 23 juillet 1975, *A.J.D.A.*, 1976, pp. 44-47.

⁹⁹⁸ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Editions Panthéon Assas, Paris, 2007, spéc. p. 86.

⁹⁹⁹ Décision n° 67-31 D.C. du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, *Rec.* p. 19, cons. 4-5 ; Sur ce point : A. VIDAL-NAQUET, « L'incompétence négative du législateur », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET (dir), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 2011, pp. 373-380.

¹⁰⁰⁰ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁰¹ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *R.D.P.*, 1986, spéc. p. 419.

¹⁰⁰² F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 64.

légifère dans le champ de compétences qui est le sien mais de manière incomplète, insuffisante¹⁰⁰³. Le Conseil veille donc à sanctionner non seulement l'erreur dans la compréhension de la répartition des compétences entre la loi et le règlement mais aussi les lacunes du législateur.

533. De plus, les exigences pesant sur la compétence législative tiennent désormais à la qualité du travail du législateur. L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, combiné à l'article 34 de la Constitution, lui impose d'adopter des dispositions précises et non équivoques. En dépit de l'affinement des exigences pesant sur l'exercice du pouvoir législatif, les décisions du Conseil constitutionnel relatives à la concrétisation législative des exigences de l'ordre public révèlent les faiblesses des contrôles de la carence du législateur (a) et de la qualité de la loi (b).

a) Les faiblesses du contrôle de la carence du législateur

534. Comme le relève Guillaume Drago, la jurisprudence de l'incompétence négative s'inscrit « dans une logique de préservation des compétences du pouvoir législatif ». Elle réserve un domaine précis au législateur et à sanctionner par la voie juridictionnelle tout abandon de compétence par celui-ci¹⁰⁰⁴. Sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, le Conseil constitutionnel contrôle les lacunes du législateur, afin de « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire »¹⁰⁰⁵. Il s'assure que le législateur ne reste pas « en deçà de sa compétence »¹⁰⁰⁶ et qu'il « exerce pleinement sa compétence »¹⁰⁰⁷. Il s'agit de vérifier que le législateur ne reporte pas « sur des

¹⁰⁰³ *Idem*, p. 67 ; J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « L'obligation de légiférer », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 305-321, spéc. p. 306 ; J. GATE et M.-L. GELY, « Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement. Article 34 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République Française. Analyses et commentaires*, Economica, Paris, 3^e édition, 2008, pp. 879-914, spéc. p. 895 ; F. GALLETI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l' "incompétence négative du législateur" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2004, n° 58, pp. 387-417, spéc. p. 401.

¹⁰⁰⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., Thémis, droit, Paris, 3^e édition, 2011, p. 313.

¹⁰⁰⁵ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13.

¹⁰⁰⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 4 et 96.

¹⁰⁰⁷ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13. Le Conseil vérifie, à tout le moins, que le législateur ne méconnaît pas « l'étendue de sa compétence ». Voir : décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *précitée*, cons. 17 ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 11 et 17.

autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »¹⁰⁰⁸.

535. Lors de l'examen des mesures relatives aux exigences de l'ordre public, la jurisprudence démontre que le Conseil a rarement recours aux censures « sèches » sur le moyen de l'incompétence négative, préférant la technique de la conformité sous réserve. Le contrôle exercé est donc restreint (1), même si l'exigence pesant sur la compétence législative peut être modulée selon le domaine de la mesure (2).

1) *Le recours croissant aux déclarations de conformité sous réserve*

536. Le contrôle de l'incompétence négative donne lieu à une jurisprudence abondante. La majorité des décisions du Conseil constitutionnel intervenues après le 11 septembre 2001 et relatives à la conciliation des droits garantis et des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public y font référence¹⁰⁰⁹. Ce moyen implique pour le Conseil de vérifier que la ligne de partage entre les « garanties fondamentales » des droits et libertés et leurs modalités d'application est respectée¹⁰¹⁰.

537. Dans la décision du 4 décembre 2003 portant sur loi modifiant la loi du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, le Conseil constitutionnel examine une disposition confiant à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides le soin d'arrêter la « liste des pays considérés comme des pays sûrs »¹⁰¹¹. La détermination de cette liste est essentielle, dans la mesure où l'admission au séjour peut être refusée si le demandeur d'asile a la nationalité d'un pays figurant sur cette liste. Après avoir rappelé l'article 34 de la Constitution, le Conseil considère que la loi du 25 juillet 1952 donne une définition objective de ce qu'il faut entendre par un

¹⁰⁰⁸ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2007-557 D.C. du 20 novembre 2007, *précitée*, cons. 19.

¹⁰⁰⁹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 4 et 96 ; décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 11 et 17 ; décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 9-16, 47, 53, 57, 62, 64 ; décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 83 ; décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 12 ; décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 22 ; décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *précitée*, cons. 17 ; décision n° 2007-557 D.C. du 20 novembre 2007, *précitée*, cons. 19 ; décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 47 ; décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13.

¹⁰¹⁰ *Supra*, n° 272 et s.

¹⁰¹¹ Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*.

pays d'origine sûre¹⁰¹². En conséquence, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence en habilitant le Conseil d'administration de l'O.F.P.R.A à arrêter la liste de pays correspondant à cette définition¹⁰¹³. Le juge constitutionnel vérifie que les règles dont les requérants contestent la place dans le domaine réglementaire, appartiennent au domaine de la loi¹⁰¹⁴.

538. Néanmoins, le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle restreint en la matière. En premier lieu, il affirme, davantage qu'il ne démontre, la conformité des dispositions contestées¹⁰¹⁵. En particulier, le Conseil énumère les précisions apportées par la loi sans véritablement analyser si elles sont suffisantes pour être déclarées conformes à l'article 34 de la Constitution. A propos de l'instauration d'un contrôle administratif des attestations d'accueil établies par les personnes se proposant d'assurer le logement d'un étranger, les requérants estimaient que la loi conférait un pouvoir discrétionnaire au maire sans encadrer suffisamment l'exercice de ce pouvoir. Dans la décision du 20 novembre 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil considère que le législateur ne méconnaît pas l'étendue de sa compétence, sans préciser davantage ce qu'il revenait à la loi d'édicter en vertu de l'article 34¹⁰¹⁶.

539. Il en est de même de l'examen qu'il opère à l'égard des dispositifs fixes et mobiles de contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules, tendant à faciliter la répression d'infractions. Dans la décision du 19 janvier 2006 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme, il considère seulement que le renvoi au pouvoir réglementaire prévu par cette

¹⁰¹² L'article 8 de la loi du 25 juillet 1952 dispose qu'un pays est considéré comme pays d'origine sûre « s'il veille au respect des principes de la liberté, de la démocratie et de l'État de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹⁰¹³ Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 30-34. Voir également en ce sens la décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 10-14, dans laquelle le Conseil considère que le renvoi au pouvoir réglementaire de la détermination de la charte des droits et des devoirs du citoyen que l'étranger souhaitant acquérir la nationalité française doit signer à l'issue du contrôle de l'assimilation à la communauté française, n'est pas entaché d'incompétence négative. Pour le Conseil, ces dispositions se bornent à confier à un décret en Conseil d'État « le soin d'approuver cette Charte, dont le seul objet est de rappeler les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française », et « ne *délègue pas le pouvoir de définir les règles* énoncées par la Constitution » (souligné par nous).

¹⁰¹⁴ Dans la décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 32-34, les auteurs de la saisine contestaient la constitutionnalité de la disposition modifiant la composition de la commission du titre de séjour et notamment l'absence de détermination législative des conditions d'intervention du rapporteur de la commission. Le Conseil rejette un tel moyen, considérant que « ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre des dispositions de celle-ci ne range dans le domaine de la loi la définition du rôle du rapporteur d'une telle commission ».

¹⁰¹⁵ C. GREWE et R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures anti-terroristes », in *Mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, volume II, 2004, pp. 891-916, spéc. p. 903.

¹⁰¹⁶ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 15-17.

mesure « n'est pas entaché d'incompétence négative »¹⁰¹⁷, sans davantage expliciter sa décision.

540. En second lieu, le contrôle restreint de l'incompétence négative se mesure par la rareté des censures prononcées. Dans de nombreux cas, le Conseil constitutionnel préfère assortir la disposition de réserves d'interprétation. Lui évitant de s'opposer frontalement au législateur, le recours à cette technique lui permet de « sauver » le texte¹⁰¹⁸, qui intervient de surcroît dans une matière régaliennne. Selon Jacques Robert, il s'agit de « canaliser sans sanctionner », de « contraindre sans arrêter » et de « ménager l'avenir sans obérer le présent »¹⁰¹⁹. L'utilisation des réserves d'interprétation permet au Conseil de compenser les insuffisances du législateur¹⁰²⁰.

541. Plusieurs décisions illustrent le recours et la fonction de cette technique. Dans la décision du 20 novembre 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil était saisi d'une disposition autorisant l'État à confier à des personnes de droit privé le transport de personnes retenues en centres de rétention ou maintenues en zones d'attente. Il revenait à un décret en Conseil d'État de déterminer les conditions dans lesquelles les agents de sécurité privée pouvaient être armés. Validant les transferts de compétence à la condition que ces tâches soient dépourvues de toute mission de souveraineté, le Conseil constitutionnel ajoute que la possibilité pour ces agents d'être armés ne doit pas avoir pour effet de leur permettre « d'exercer des missions de surveillance des personnes transportées ». Il enjoint le pouvoir réglementaire de préciser cette limitation¹⁰²¹.

542. Par là même, le Conseil met en évidence l'insuffisance de la loi et charge le décret d'y remédier, en indiquant aux autorités administratives la manière dont il convient d'appliquer le texte. Par l'énoncé de cette réserve d'interprétation, le Conseil « reporte » la contrainte de constitutionnalité sur le pouvoir réglementaire¹⁰²².

543. La décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure est aussi révélatrice du recours à cette technique pour « masquer » des inconstitutionnalités. Pour les

¹⁰¹⁷ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2003, *précitée*, cons. 22.

¹⁰¹⁸ A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 1999, p. 49.

¹⁰¹⁹ J. ROBERT, *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 75.

¹⁰²⁰ C. CERDA-GUZMAN, « Quels sont les critères de constitutionnalité d'une législation anti-terroriste ? », Communication au VIII^e Congrès mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel, 6-10 décembre 2010, Mexico, p. 13.

¹⁰²¹ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 87-90.

¹⁰²² J. GATE et M.-L. GELY, « Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement. Article 34 », *op. cit.*, pp. 896-897.

seuls articles 21 à 25 de la loi, relatifs à des traitements automatisés de données nominatives, le Conseil émet cinq réserves d'interprétation¹⁰²³. Dans cette décision, il tend aussi à préciser des dispositions sans pour autant émettre, formellement, de réserve d'interprétation. L'article 21 de la loi dispose que les données personnelles inscrites dans ces traitements sont conservées en cas de décision de non-lieu ou de classement sans suite, sauf si le procureur de la République en ordonne l'effacement. S'il n'y procède pas, cette disposition prévoit que les décisions et les classements sans suite motivés par une insuffisance de charges font l'objet d'une mention dans le fichier.

544. Or, le Conseil précise et complète cette mesure en indiquant qu'« il appartiendra *ainsi* à l'autorité judiciaire d'apprécier dans chaque cas, compte tenu des motifs de la décision prise, si les nécessités de l'ordre public justifient ou non le maintien des données en cause »¹⁰²⁴. En d'autres termes, le Conseil reporte la contrainte de constitutionnalité sur l'autorité judiciaire. Le recours croissant aux déclarations de conformité sous réserve témoigne ainsi de l'exercice d'un contrôle restreint de l'incompétence négative. Il est néanmoins possible d'observer une modulation de l'exigence pesant sur la compétence législative, en fonction du domaine de la mesure.

2) La modulation du contrôle selon le domaine de la mesure

545. En droit constitutionnel français et comparé, la matière pénale constitue historiquement une « réserve de loi absolue ». Il appartient généralement au législateur de déterminer l'ensemble des règles qui y sont relatives. A l'inverse, les matières fiscales et administratives font l'objet de « réserves de loi relatives », laissant un champ de compétences plus étendu au pouvoir réglementaire¹⁰²⁵. A plusieurs égards, la jurisprudence constitutionnelle témoigne de cette variation du contrôle, en fonction du domaine dans lequel s'inscrit la disposition législative examinée.

546. En matière pénale, le Conseil constitutionnel mobilise un contrôle renforcé de l'incompétence négative. Dans la décision du 29 juillet 2004, le juge était saisi d'une disposition de loi modifiant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. En vertu de l'article 2 de la loi, les traitements de données à caractère personnel

¹⁰²³ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 17-46, spéc. cons. 26, 34, 35, 38 et 43.

¹⁰²⁴ *Idem*, cons. 42 (souligné par nous).

¹⁰²⁵ J. TREMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, *op. cit.*, pp. 46 et s.

relatives aux infractions, condamnations pénales et mesures de sûreté pouvaient être mis en place par des personnes victimes d'infractions ou agissant pour le compte desdites victimes, pour les besoins de la prévention et de la lutte contre la fraude.

547. En raison de « l'ampleur que pourraient revêtir ces traitements » et « de la nature des informations traitées », le Conseil répertorie l'ensemble des précisions qui auraient dû être prévues par la loi et qui font ici défaut : la définition des infractions auxquelles s'applique le terme de fraude, celle du partage et de la cession des données et celle des conditions assignées à leur conservation¹⁰²⁶. Il censure cette disposition, considérant « qu'au regard de l'article 34 de la Constitution, toutes ces précisions ne sauraient être apportées par les seules autorisations délivrées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ; qu'en l'espèce et *eu égard à la matière concernée*, le législateur ne pouvait non plus se contenter [...] de poser une règle de principe et d'en renvoyer intégralement les modalités d'application à des lois futures »¹⁰²⁷. Bien que le Conseil ne s'oppose pas, par principe, à ce que le législateur renvoie à des lois antérieures¹⁰²⁸, ce dernier ne pouvait effectuer de renvois ni à des lois ultérieures, ni à une autorité administrative indépendante, s'agissant de modalités intervenant dans le champ du droit pénal.

548. De plus, le Conseil s'attache à contrôler de manière approfondie les insuffisances du législateur. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative à l'évolution de la criminalité, le Conseil constitutionnel répertorie les motifs, précautions et garanties entourant la création du fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, afin de vérifier que le législateur exerce pleinement sa compétence¹⁰²⁹. A défaut, le Conseil censure la disposition législative.

549. Par exemple, dans une décision Q.P.C. du 17 février 2012, *Ordre des avocats au barreau de Bastia*, les requérants contestaient la possibilité, pour le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction, de décider que la personne gardée à vue pour les crimes de terrorisme soit assistée par un avocat désigné par le bâtonnier à partir d'une liste préétablie.

¹⁰²⁶ Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 9 -12.

¹⁰²⁷ *Idem*, cons. 12 (souligné par nous). Voir : H. ALCARAZ, note sous décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *R.F.D.C.*, 2004, n° 60, pp. 822-830, spéc. p. 826.

¹⁰²⁸ Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 30-34. En matière commerciale : décision n° 2010-601 D.C. du 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, *Rec.* p. 53, cons. 2 et s. Voir : A. VIDAL-NAQUET, « L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 378.

¹⁰²⁹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 72-95.

Ils relevaient la non-conformité de cette disposition aux droits de la défense et au principe d'égalité devant la justice, à défaut de critères objectifs et rationnels justifiant la dérogation à la liberté de choisir son avocat.

550. Certes, le Conseil considère que l'exercice de cette liberté peut être différé, à titre exceptionnel, afin de prendre en compte la complexité et la gravité de tels crimes. Cependant, il précise qu'il revient au législateur « de *définir les conditions et les modalités* selon lesquelles une telle atteinte aux conditions d'exercice des droits de la défense peut être mise en œuvre »¹⁰³⁰. Or, dans la mesure où le législateur n'oblige pas à motiver la décision du juge et ne définit ni les circonstances particulières, ni les raisons justifiant une telle atteinte, le Conseil considère qu'il a méconnu l'étendue de sa compétence¹⁰³¹.

551. A l'inverse, le Conseil exerce un contrôle plus restreint de l'incompétence négative en matière administrative. Une telle différenciation dans le degré du contrôle résulte de l'examen des traitements de données personnelles. Alors qu'en matière pénale, le Conseil exige un degré de régulation législative élevé¹⁰³², cette exigence est assouplie en matière administrative. Dans la décision du 20 novembre 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil estime que le renvoi à un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission Nationale Informatique et Libertés, de la détermination des garanties entourant les traitements de données relatives aux demandes de validation des attestations d'accueil, n'est pas contraire à la Constitution¹⁰³³. De même, les fichiers ayant pour finalité la lutte contre l'immigration irrégulière et faisant l'objet d'un tel degré de régulation ne sont pas soulevés d'office par le Conseil¹⁰³⁴.

552. Cette exigence atténuée résulte parfois très expressément de ses décisions. Tel est le cas de la décision du 4 décembre 2003 relative à la loi modifiant la loi du 25 janvier 1952 sur le droit d'asile. Le Conseil considère, à propos du délai de délivrance du document provisoire de séjour permettant de déposer une demande d'asile, que « *s'agissant d'une procédure*

¹⁰³⁰ Décision n° 2012-223 Q.P.C. du 17 février 2012, *précitée*, cons. 7 (souligné par nous).

¹⁰³¹ *Ibidem*.

¹⁰³² *Supra*, n° 330 et s. Voir notamment : décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 72-95.

¹⁰³³ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 20-23. Le décret précise la « durée de conservation et les conditions de mise à jour des informations enregistrées, les modalités d'habilitation des personnes qui seront amenées à consulter ces fichiers ainsi que, le cas échéant, les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer leur droit d'accès ».

¹⁰³⁴ Voir notamment les fichiers créés par les articles 11 et 12 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *précitée*.

purement administrative, le législateur pouvait, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, renvoyer à un décret en Conseil d'État » la fixation de ce délai¹⁰³⁵.

553. Pour autant, même en matière pénale, ce contrôle tend à s'infléchir. A l'égard des fichiers de police judiciaire, le Conseil exige la détermination par le législateur de l'ensemble des garanties liées à leurs conditions d'utilisation et de consultation. Or, ce degré de définition ne se retrouve pas lors du contrôle du fichier national automatisé d'empreintes génétiques, mis en œuvre dans un cadre de police judiciaire.

554. Dans la décision Q.P.C. du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.*, le législateur renvoie au décret le soin de préciser la durée de conservation des informations enregistrées, sans commettre d'incompétence négative¹⁰³⁶. Le Conseil émet seulement une réserve d'interprétation, considérant qu'« il appartient au pouvoir réglementaire de proportionner la durée de conservation de ces données, *compte tenu de l'objet du fichier*, à la nature ou à la gravité des infractions concernées »¹⁰³⁷. De la même manière, dans la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, le législateur n'encourt pas la censure du juge à propos du système de traitements des infractions constatées, alors que ses modalités de mise en œuvre reviennent au décret¹⁰³⁸.

555. En conséquence, l'analyse du contrôle de la carence du législateur montre le degré, relativement restreint, de l'intensité des exigences pesant sur la compétence du législateur. Ces dernières ne tiennent d'ailleurs pas seulement à un examen de la répartition des compétences *stricto sensu*, mais tendent également à un contrôle de la qualité législative. Toutefois, le degré de contrôle laisse, là aussi, une marge de manœuvre importante au législateur.

b) Le contrôle restreint de la qualité de la loi

556. Comme le souligne Florence Galletti, sous couvert de l'examen de la compétence, le Conseil évalue désormais le texte en lui-même, de sorte que s'opère un « glissement » du

¹⁰³⁵ Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 63 (souligné par nous).

¹⁰³⁶ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 18.

¹⁰³⁷ *Ibidem* (souligné par nous).

¹⁰³⁸ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 45.

contrôle de la compétence législative vers un contrôle de la qualité de la norme produite¹⁰³⁹. En plus de l'obligation de légiférer, s'instaure une certaine obligation de « bien légiférer »¹⁰⁴⁰. Elle transparaît d'ores et déjà de la décision du 12 janvier 1977 portant sur la loi relative à la visite des véhicules, dans laquelle le Conseil censure l'imprécision des dispositions contestées¹⁰⁴¹.

557. A partir de 1982¹⁰⁴², et surtout depuis la fin des années 1990¹⁰⁴³, le Conseil effectue explicitement un contrôle de la qualité de la loi, sur le fondement combiné de l'article 34 de la Constitution et de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁰⁴⁴. Selon son considérant de principe, « il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, l'article 34 ; qu'à cet égard, l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ».

558. Il résulte de son raisonnement que « l'égalité devant la loi énoncée à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la "garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration [...] que par son article 5 »¹⁰⁴⁵.

559. Le contrôle de la qualité de la loi se retrouve de manière récurrente dans les décisions relatives à la conciliation des droits garantis avec les exigences de l'ordre public, quelle que

¹⁰³⁹ F. GALLETTI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l' "incompétence négative du législateur" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 405 et s.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁴¹ Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *précitée*, cons. 5.

¹⁰⁴² Décision n° 81-132 D.C. du 16 janvier 1982, *précitée*, cons. 49.

¹⁰⁴³ Décision n° 98-401 D.C. du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, *Rec.* p. 258, cons. 7 ; Décision n° 2001-451 D.C. du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, *Rec.* p. 145, cons. 13. Voir : J. GATE et M.-L. GELY, « Des rapports entre le Parlement et Gouvernement. Article 34 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République Française. Analyses et commentaires*, *op. cit.*, pp. 897 et s.

¹⁰⁴⁴ Décision n° 99-421 D.C. du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, *Rec.* p. 136, cons. 13. Le Conseil a en effet abandonné la référence au principe de clarté de la loi, dégagé à partir de l'article 34 de la Constitution (décision n° 98-401 D.C. du 10 juin 1998, *précitée*, cons. 10) et se réfère au seul objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pour contrôler la qualité de la loi. Voir : décision n° 2006-540 D.C. du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.* p. 88, cons. 9.

¹⁰⁴⁵ Décision n° 99-421 D.C. du 16 décembre 1999, *précitée*, cons. 13.

soit la nature de la limite examinée ou de la liberté affectée¹⁰⁴⁶. Cette exigence s'impose d'autant plus en cette matière qu'une disposition peu intelligible « menace la liberté de l'individu en ne définissant pas de manière précise les bornes qui peuvent être apportées à sa liberté »¹⁰⁴⁷. Comme le relève Pierre Bon, le citoyen doit pouvoir connaître et comprendre les limites qui sont fixées à ses droits¹⁰⁴⁸.

560. Malgré la précision du fondement textuel de l'exigence de qualité de la loi, le contrôle exercé par le Conseil est peu contraignant. Cela s'explique en raison du statut de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (1) et de sa signification retenue par le Conseil constitutionnel (2).

1) Le statut de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

561. L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ne constitue ni un droit, ni un principe mais un objectif de valeur constitutionnelle. Cette consécration lui confère un statut particulier. Comme le montre Pierre de Montalivet dans sa thèse, les objectifs de valeur constitutionnelle remplissent des fonctions d'interdiction, d'obligation et de permission¹⁰⁴⁹. Ils ne doivent pas être méconnus par le législateur et peuvent servir de fondement pour censurer une disposition législative¹⁰⁵⁰. Néanmoins, les objectifs de valeur constitutionnelle ont une portée normative limitée. Ils ne constituent « qu'une obligation de moyens » et non de résultats¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁶ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 19-22 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 71 ; Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 29 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 4, 12, 14, 16, 34, 35, 54 et 96 ; Décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *précitée*, cons. 9, 15, 19, 20, 21 ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 5 et 11.

¹⁰⁴⁷ B. MATHIEU, « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Constitutions et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 355-364, spéc. p. 362 ; B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 69-73, spéc. p. 70.

¹⁰⁴⁸ P. BON, « L'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 175-186, spéc. p. 178.

¹⁰⁴⁹ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., pp. 329 et s.

¹⁰⁵⁰ Voir, par exemple : décision n° 2003-475 D.C. du 24 juillet 2003, *précitée*, cons. 26.

¹⁰⁵¹ P. DE MONTALIVET, « La qualité de la loi », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLLOT TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET (dir), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 2011, pp. 380-392, spéc. p. 384.

562. C'est pourquoi, le Conseil considère que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi implique que les citoyens disposent « d'une connaissance *suffisante* des normes qui leur sont applicables »¹⁰⁵². Cet objectif impose au législateur « d'adopter des dispositions *suffisamment* précises et des formules *non* équivoques »¹⁰⁵³. En d'autres termes, le législateur doit seulement tendre vers l'adoption de lois les plus compréhensibles possibles.

563. De plus, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, comme tout autre objectif de valeur constitutionnelle, n'est pas invocable en lui-même dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁵⁴. Le Conseil examine la précision de la disposition législative contestée uniquement dans le cas où celle-ci affecte un droit ou une liberté que la Constitution garantit¹⁰⁵⁵. Par ailleurs, la signification même de la notion d'intelligibilité retenue par le Conseil constitutionnel lui confère un contenu limité, ce qui influence le degré d'intensité du contrôle.

2) La signification de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

564. Tandis que l'accessibilité renvoie à la nécessité de trouver physiquement le droit applicable, l'exigence d'intelligibilité de la loi implique que celle-ci soit compréhensible¹⁰⁵⁶. Comme le relève Marie-Anne Frison Roche, une chose est intelligible lorsque son sens peut être perçu par l'activité intellectuelle humaine¹⁰⁵⁷. Cela n'implique pas qu'elle soit parfaitement claire¹⁰⁵⁸. Le but est d'aboutir à un système de droit qui n'est pas manifestement incompréhensible¹⁰⁵⁹. En ce sens, le contrôle de la qualité de la loi comporte un degré de contrainte inférieur à celui inhérent au principe de légalité des délits et des peines, qui impose

¹⁰⁵² Décision n° 99-421 D.C. du 16 décembre 1999, *précitée*, cons. 13 (souligné par nous).

¹⁰⁵³ Par exemple : décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 29 (souligné par nous).

¹⁰⁵⁴ Décision n° 2010-4/17 Q.P.C. du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, *Rec.* p. 156, cons. 9 ; Décision n° 2011-134 Q.P.C. du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres*, *Rec.* p. 278, cons. 26.

¹⁰⁵⁵ Décision n° 2010-5 Q.P.C. du 18 juin 2010, *SNC Kimberly-Clark*, *Rec.* p. 114, cons. 3. Voir : P. RRAPI, « L'incompétence négative dans la Q.P.C. : de la double négation à la double incompréhension », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 34, pp. 163-171.

¹⁰⁵⁶ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, spéc. pp. 285-286 ; P. DE MONTALIVET, « La qualité de la loi », *op. cit.*, spéc. p. 385.

¹⁰⁵⁷ M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 23, chron. 361, pp. 361-368, spéc. p. 363.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁹ G. KOUBI, « Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ? », in G. FAURE et G. KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 2003, pp. 215-231, spéc. p. 221.

de définir précisément les peines¹⁰⁶⁰. Une différence d'intensité s'observe puisque l'exigence d'adopter des termes suffisamment précis n'équivaut pas à celle de définir les infractions précisément. En cela, le contrôle de la qualité de la loi se cantonne aux erreurs manifestes¹⁰⁶¹, seule la complexité excessive est censurée¹⁰⁶².

565. Dans la même veine qu'en matière de répartition des compétences entre la loi et le règlement, le Conseil affirme davantage, plutôt qu'il ne démontre, la précision de la loi. Il indique que les dispositions contestées, « ni obscures, ni ambiguës »¹⁰⁶³, sont « précises et non équivoques »¹⁰⁶⁴. Il s'attache à relever que les dispositions sont « suffisamment précises et propres à garantir contre le risque d'arbitraire »¹⁰⁶⁵. Dans la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, dans laquelle le grief est soulevé à six reprises, le Conseil considère que les termes des dispositions sont « assez clairs et précis pour répondre aux exigences de l'article 34 de la Constitution »¹⁰⁶⁶, sans davantage argumenter sa décision. Il précise aussi la signification d'articles de loi en mobilisant des réserves d'interprétation. Dans cette décision, il émet deux réserves à propos des modalités de consultation des traitements de données personnelles, afin d'expliquer les garanties entourant ces fichiers¹⁰⁶⁷.

566. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a, de manière croissante, recours aux travaux parlementaires pour éclairer le texte examiné. Dans la décision du 20 juillet 2006 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil s'appuie sur les débats parlementaires pour préciser la notion de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et émettre une réserve. La disposition contestée modifiait les modalités du regroupement familial, celui-ci pouvant être refusé au demandeur s'il ne se conforme pas à ces principes. En l'espèce, le Conseil considère que « le législateur a entendu se référer aux principes essentiels

¹⁰⁶⁰ *Infra*, n° 709 et s.

¹⁰⁶¹ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, spéc. p. 175.

¹⁰⁶² P. BON, « L'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *op. cit.*, spéc. p. 183.

¹⁰⁶³ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 13.

¹⁰⁶⁴ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 36.

¹⁰⁶⁵ *Idem*, cons. 22 (souligné par nous).

¹⁰⁶⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 12, 14, 16, 54, 96.

¹⁰⁶⁷ *Idem*, cons. 34-35.

qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil »¹⁰⁶⁸.

567. Ce n'est en réalité qu'en matière pénale et à l'égard des dispositifs portant une atteinte importante à l'exercice des droits fondamentaux que le Conseil constitutionnel exerce un contrôle renforcé de la qualité de la loi. Dans la décision du 10 mars 2011 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, il soulève d'office l'examen d'une disposition relative à la mise en place de logiciels de rapprochement judiciaire de traitements de données recueillies à l'occasion d'enquêtes, afin d'en préciser le sens et encadrer ses modalités de mise en œuvre. A ce titre, le Conseil formule plusieurs réserves d'interprétation et censure partiellement la disposition¹⁰⁶⁹. En l'espèce, le Conseil sanctionne l'incertitude du champ d'application de la loi et sa signification¹⁰⁷⁰.

568. Ce degré de contrôle de la qualité de la norme découle également de la décision du 15 novembre 2007 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration. Saisi de l'article 13 relatif à la possibilité de recourir aux empreintes génétiques pour permettre l'identification d'un demandeur de visa d'une durée supérieure à trois mois, le Conseil s'assure de la précision de l'ensemble des conditions fixées par la loi, au regard de l'atteinte particulièrement prégnante portée au droit au respect de la vie privée par cette mesure¹⁰⁷¹.

569. Des différences d'intensité du contrôle de la qualité de la loi peuvent ainsi être décelées au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Il reste toutefois qu'« en l'absence de critères clairement identifiables »¹⁰⁷², il apparaît délicat de déterminer « le point de rupture » au-delà duquel l'exigence d'intelligibilité de la loi est violée¹⁰⁷³. Partant, les exigences pesant sur la compétence législative, lors de la détermination des limites aux droits et libertés, se révèlent malléables. Selon François Friet, « le laconisme inévitable » de l'article 34 de la Constitution « ne permet pas de déterminer avec exactitude l'étendue de la compétence du

¹⁰⁶⁸ Décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *précitée*, cons. 20. Voir aussi : décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 55, dans laquelle le Conseil s'appuie explicitement sur les débats parlementaires pour expliciter l'opération de « prélèvement interne », à laquelle l'officier de police judiciaire peut soumettre « toute personne susceptible de fournir des renseignements » dans le cadre de l'enquête.

¹⁰⁶⁹ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 67-73.

¹⁰⁷⁰ P. DE MONTALIVET, « La qualité de la loi », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET (dir), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, *op. cit.*, spéc. p. 386.

¹⁰⁷¹ Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 20.

¹⁰⁷² M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure, Essai de modélisation juridique*, *op. cit.*, p. 277.

¹⁰⁷³ E. BESSON, « Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », Actes du 6^e Congrès français de droit constitutionnel, 9-11 juin 2005, p. 19.

législateur »¹⁰⁷⁴. C'est pourtant l'imprécision de cette disposition qui permet au Conseil constitutionnel de dégager une seconde contrainte pesant sur l'exercice du pouvoir législatif.

B) L'obligation négative de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles

570. L'article 34 de la Constitution ne contraint pas seulement le législateur à exercer pleinement sa compétence, il lui impose également d'adopter des normes propres à garantir l'effectivité des droits constitutionnellement reconnus. Lors de la détermination des limites aux droits fondamentaux, l'article 34 de la Constitution lui interdit de priver de garanties légales les droits et libertés affectés. Dégagée de manière prétorienne par le Conseil constitutionnel, cette contrainte se manifeste à travers la jurisprudence des « garanties légales des exigences constitutionnelles » et s'applique à l'égard de la catégorie générique des limites aux droits et libertés.

571. Apparue pour la première fois en 1986¹⁰⁷⁵, celle-ci a pu être confondue avec le contrôle de l'incompétence négative. Comme le précise Ariane Vidal-Naquet dans sa thèse, ces deux techniques présentent une « parenté incontestable par leur fondement, la détermination des garanties accordées aux citoyens par l'exercice des libertés publiques, et par leur objet, qui est de contraindre l'exercice du pouvoir législatif »¹⁰⁷⁶. Pourtant, la notion de garanties légales est spécifique en ce qu'elle se rapporte essentiellement à la « densité de l'intervention législative ». Il s'agit moins de préserver la compétence du pouvoir législatif que d'en assurer le bon exercice¹⁰⁷⁷. Laurence Gay relève en effet que ce qui est en cause à travers cette jurisprudence, « c'est l'aptitude de ces normes à garantir l'effectivité d'un droit fondamental »¹⁰⁷⁸. Dans la détermination des limites à l'exercice des droits fondamentaux, cette contrainte signifie que le législateur ne doit pas priver de garanties légales, ou essentielles, les droits et libertés constitutionnels¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁴ F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁷⁵ Décision n° 86-210 D.C. du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, *Rec.* p. 110, cons. 23 ; Décision n° 86-217 D.C. du 18 septembre 1986, *précitée*, cons. 5 et 83.

¹⁰⁷⁶ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁸ L. GAY, « L'effet cliquet dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », IV^e Congrès français de droit constitutionnel, 10-12 juin 1999, p. 20.

¹⁰⁷⁹ Cette expression ayant aussi été utilisée par le Conseil constitutionnel. Voir : décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 44-47.

572. La jurisprudence des garanties légales des exigences constitutionnelles a pu aussi être assimilée à la technique de l'« effet-cliquet ». Défini comme « un levier s'opposant à tout retour en arrière »¹⁰⁸⁰, il participerait à un but identique tenant à l'encadrement du pouvoir de modification et d'abrogation du législateur afin de protéger la substance des droits garantis¹⁰⁸¹. Cependant, l'analyse de la jurisprudence conduit à exclure ce mécanisme en matière de conciliation entre les droits protégés et les objectifs de valeur constitutionnelle (a). Seule la contrainte tenant aux « garanties légales des exigences constitutionnelles » proprement dite est retenue par le Conseil (b).

a) L'exclusion de l'effet-cliquet en matière de conciliation entre les droits protégés et les objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public

573. La position du Conseil constitutionnel relative à la mutabilité législative a fluctué au fil de ses décisions¹⁰⁸². Sans remettre en cause la faculté de principe du législateur d'abroger ou de modifier des textes antérieurs garantissant les droits fondamentaux, le Conseil a préalablement exigé de sa part la présence de « garanties équivalentes »¹⁰⁸³. La décision du 11 octobre 1984 portant sur la loi relative aux entreprises de presse corroborerait cette position. Elle inaugurerait la construction doctrinale de l'« effet cliquet »¹⁰⁸⁴, en vertu de laquelle la loi ne peut réglementer l'exercice d'un droit garanti « qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »¹⁰⁸⁵. L'effet cliquet signifierait qu'en matière de droits fondamentaux, « le Conseil constitutionnel oblige

¹⁰⁸⁰ L. GAY, « L'effet cliquet dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁸¹ A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2005, spéc. p. 301 ; C. BOYER-CAPELLE, « L'« effet cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 19 septembre 2011, pp. 1718-1724.

¹⁰⁸² Sur l'analyse de cette construction par étape et sa critique, voir : A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 220 et s. ; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *op. cit.*, pp. 298 et s.

¹⁰⁸³ Décision n° 83-165 D.C. du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, *Rec.* p. 30, cons. 42.

¹⁰⁸⁴ L'expression provient de G. PEPY. Voir : G. PEPY, « La réforme du régime juridique de la presse », *A.J.D.A.*, 1986, pp. 527-540, spéc. p. 534. Sur ce point, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, spéc. p. 400 ; A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 222 et s.

¹⁰⁸⁵ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, *Rec.* p. 78, cons. 37 ; L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *op. cit.*, pp. 492-493. Voir également : décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 81.

le législateur à fixer des garanties sans pouvoir revenir en arrière »¹⁰⁸⁶, aboutissant à la reconnaissance de droits acquis¹⁰⁸⁷ ou d'une « obligation d'amélioration »¹⁰⁸⁸.

574. Cette interprétation ne saurait prospérer dans les décisions relatives à la conciliation des droits protégés et la poursuite des objectifs de valeur constitutionnelle. Dès la décision du 11 octobre 1984, le Conseil précise deux hypothèses dans lesquelles l'effet-cliquet ne peut s'appliquer. Il considère que « s'il est loisible au législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique en usant des pouvoirs que lui confère l'article 34 de la Constitution, d'adopter pour l'avenir [...] des règles plus rigoureuses que celles qui auraient été auparavant en vigueur, il ne peut, s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses : celle où ces situations auraient été illégalement acquises ; *celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi* »¹⁰⁸⁹.

575. Dans aucune des décisions ayant trait à la conciliation des droits garantis avec la poursuite des objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, le Conseil constitutionnel n'impose donc une telle obligation au législateur. Le grief tenant à la méconnaissance de l'effet-cliquet est considéré comme inopérant.

576. Dans la décision du 29 août 2002 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice, le Conseil était saisi d'une disposition modifiant, sur plusieurs points, les possibilités de placement et de maintien en détention provisoire¹⁰⁹⁰. Les requérants soutenaient qu'en abaissant le quantum de la peine correctionnelle encourue à partir duquel la détention provisoire est possible, le législateur « opère un recul par rapport aux garanties que la loi du 15 juin 2000 avait apportées au principe de présomption d'innocence, qui ne pourra qu'être censuré au bénéfice de l'application de l'effet cliquet »¹⁰⁹¹. Or, le Conseil rejette ce moyen. Il considère qu'« il est à tout moment loisible au législateur, dans le domaine de sa compétence, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité ; que

¹⁰⁸⁶ L. GAY, « L'effet cliquet dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 1. Voir également : G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 409; J.-J. ISRAËL, *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 234.

¹⁰⁸⁷ D. TURPIN, « Les libertés publiques sous la Ve République », *R.D.P.*, 1998, n° 5/6, pp. 1831-1852, spéc. p. 1836.

¹⁰⁸⁸ A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *op. cit.*, p. 300.

¹⁰⁸⁹ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *précitée*, cons. 47 (souligné par nous).

¹⁰⁹⁰ Décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 63-68.

¹⁰⁹¹ *Idem*, cons. 64.

l'exercice de ce pouvoir ne doit cependant pas aboutir à priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »¹⁰⁹². En l'espèce, le Conseil conclut que le législateur n'a pas rompu l'équilibre entre les différentes exigences constitutionnelles en cause¹⁰⁹³.

577. Partant, seule la construction jurisprudentielle tenant aux garanties légales des exigences constitutionnelles est mobilisée lors du contrôle des limites aux droits fondamentaux répondant aux exigences de l'ordre public¹⁰⁹⁴. Il convient d'analyser dans quelle mesure cet instrument générique est utilisé par le juge.

b) La souplesse de la contrainte tenant aux garanties légales des exigences constitutionnelles

578. En vertu de son considérant de principe mobilisé depuis 1986¹⁰⁹⁵, le Conseil souligne « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles »¹⁰⁹⁶. Si cette contrainte laisse au législateur le choix des moyens, elle lui impose une « obligation de résultat » qui est de ne pas aboutir à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles¹⁰⁹⁷. Visant l'ensemble des droits et libertés,

¹⁰⁹² *Idem*, cons. 67.

¹⁰⁹³ *Idem*, cons. 68.

¹⁰⁹⁴ Et plus généralement dans la jurisprudence constitutionnelle. Sur l'abandon de l'effet-cliquet : A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 220 et s ; J.-E. SCHOETTL, « La refonte de la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 11 août 2004, n° 160, pp. 8-19, spéc. p. 13 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *J.C.P. G.*, n° 51, 15 décembre 2004, p. 2313 ; *Contra*, sur sa mobilisation potentielle dans le cadre des décisions Q.P.C. sous l'angle de la sécurité juridique : C. BOYER-CAPELLE, « L' "effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *op. cit.*, pp. 1722 et s.

¹⁰⁹⁵ Décision n° 86-210 D.C. du 29 juillet 1986, *précitée*, cons. 23 ; Décision n° 86-217 D.C. du 18 septembre 1986, *précitée*, cons. 5 et 83.

¹⁰⁹⁶ Par exemple : décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 67.

¹⁰⁹⁷ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 246-247.

cette « limite à l'action du Parlement »¹⁰⁹⁸ se retrouve dans les décisions relatives à la conciliation entre les droits protégés et les exigences de l'ordre public depuis 1993¹⁰⁹⁹.

579. Malgré cette mobilisation constante, la contrainte relative aux garanties légales des exigences constitutionnelles n'est pas synonyme d'« effet plancher »¹¹⁰⁰, qui impliquerait une logique de stabilité¹¹⁰¹. Elle se caractérise, avant tout, par sa souplesse. Appréciée *in concreto* par le juge, elle impose uniquement *de ne pas priver* de garanties légales les droits affectés par la limite examinée. Pour Grégory Mollion, la finesse de l'analyse du Conseil constitutionnel tient « à ce que le législateur peut valablement réduire le niveau de garanties sans aller jusqu'à supprimer toute garantie légale »¹¹⁰². Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées.

580. En premier lieu, une disposition n'encourt pas la censure du Conseil lorsque la suppression d'une garantie légale ne compromet pas totalement l'effectivité du droit mis en cause. S'agissant, par exemple, du droit d'asile, le Conseil s'attache systématiquement à vérifier les modifications de ses conditions d'exercice. Dans la décision du 4 décembre 2003 portant sur la loi modifiant la loi du 25 juillet 1952, il souligne que la suppression de l'audition du demandeur d'asile par l'O.F.P.R.A. n'a pas pour effet de dispenser cette autorité de procéder à un examen particulier des éléments produits à l'appui de sa demande¹¹⁰³. Le Conseil considère que « la disposition critiquée ne prive le droit d'asile d'aucune garantie essentielle »¹¹⁰⁴. La garantie supprimée est ici compensée et n'est pas considérée comme affectant l'effectivité du droit d'asile.

¹⁰⁹⁸ G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *R.F.D.C.*, n° 62, 2005, pp. 257-289, spéc. p. 259.

¹⁰⁹⁹ Décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, *précitée*, cons. 9 ; Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 81 et 98 ; Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 12 ; Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 26 ; Décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 67 ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 56 ; Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 2 ; Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 24-27 ; Décision n° 2010-601 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 22-23 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 44-47 ; Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 67 ; Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 15 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 6 ; Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *précitée*, cons. 5 ; Décision n° 2012-652 D.C. du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, *Rec.* p. 158, cons. 7.

¹¹⁰⁰ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 497-498.

¹¹⁰¹ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 226.

¹¹⁰² G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 270.

¹¹⁰³ Décision n° 2003-484 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 7.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*.

581. En second lieu, la substitution d'une garantie par une autre, moins protectrice pour le droit concerné, n'est pas censurée si, au regard de l'ensemble normatif entourant la mesure, ce droit n'est pas dépourvu de garanties légales. Dans la décision du 29 juillet 2004 portant sur la loi modifiant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et à la liberté, le Conseil examine la constitutionnalité de traitements de données relatives à la sûreté et la sécurité publique. Étaient en cause les garanties d'indépendance du correspondant à la protection des données¹¹⁰⁵, et la substitution de l'avis conforme du Conseil d'État, après avis motivé et publié de la Commission Nationale Informatique et Libertés, par un arrêté ministériel, suite à l'avis motivé et publié de la Commission¹¹⁰⁶.

582. Sur ces deux derniers points, le Conseil estime que le législateur ne prive pas de garanties légales le droit au respect de la vie privée. S'agissant de la substitution de l'avis conforme du Conseil d'État par l'arrêté ministériel, le Conseil vérifie non seulement les garanties prévues par la loi elle-même, mais aussi celles présentes dans la loi du 6 janvier 1978. Bien que le législateur remplace ici une garantie légale protectrice par une autre qui l'est moins¹¹⁰⁷, cette disposition n'est pas censurée, puisque le droit au respect de la vie privée est considéré comme n'étant pas privé de *toutes* garanties légales.

583. Il reste que le législateur doit prévoir un niveau suffisant de garanties légales, à même d'assurer l'effectivité du droit. A défaut, la mesure analysée est censurée. Par exemple, dans la décision du 29 juillet 2004, le Conseil considère que la possibilité pour une personne morale de droit privé, de rassembler des informations nominatives portant sur des infractions, condamnations et mesures de sureté, est entachée d'incompétence négative, car la disposition est dépourvue de « garanties *appropriées et spécifiques* répondant aux exigences de l'article 34 de la Constitution »¹¹⁰⁸. En particulier, la mesure n'apporte pas les précisions relatives à l'objet du mandat en cause ni aux modalités de cession, de partage et de conservation des mentions inhérentes aux condamnations¹¹⁰⁹. En somme, bien que la loi indique des garanties, celles-ci sont insuffisantes pour protéger le droit au respect de la vie privée.

584. De la même manière, le Conseil invalide, dans la décision du 21 janvier 1995 portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, les modalités d'autorisation

¹¹⁰⁵ Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 19-23.

¹¹⁰⁶ *Idem*, cons. 24-27.

¹¹⁰⁷ H. ALCARAZ, note sous décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *op. cit.*, spéc. p. 828.

¹¹⁰⁸ Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 11.

¹¹⁰⁹ *Idem*, cons. 12.

des systèmes de vidéosurveillance. Cette autorisation est réputée acquise à défaut de réponse dans un délai de quatre mois de l'autorité administrative. En dépit des garanties prévues par la loi, le Conseil considère que, « compte tenu des risques que peut comporter pour la liberté individuelle l'installation de systèmes de vidéosurveillance », le législateur « ne peut subordonner à la diligence de l'autorité administrative l'autorisation d'installer de tels systèmes *sans priver alors de garanties légales les principes constitutionnels* »¹¹¹⁰. De la sorte, l'appréciation des garanties légales des exigences constitutionnelles ne revêt pas un aspect quantitatif mais bien qualitatif : celles-ci doivent être suffisantes pour ne pas compromettre l'effectivité des droits.

585. La contrainte liée aux garanties légales des exigences constitutionnelles, tout comme les obligations pesant sur la compétence législative, ne peuvent être déterminées *in abstracto*. La faible précision de l'article 34 de la Constitution ne permet pas de déterminer, avec certitude, la densité de l'intervention requise du législateur. L'intensité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est donc fluctuant. S'agissant de l'examen de la compétence législative, le contrôle est généralement restreint, sauf lorsque la limite relative aux exigences de l'ordre public intervient en matière pénale ou implique une restriction importante aux droits et libertés garantis. Quant à l'exigence de ne pas priver de garanties légales les droits et libertés de valeur constitutionnelle, le renforcement des exigences de l'ordre public influence les modalités du contrôle. Le Conseil se réfère désormais au contexte normatif entourant la mesure, et ne vérifie plus seulement les seules garanties prévues par la loi contestée. Nonobstant leur ancrage dans l'ordre juridique, les garanties légales entourant les limites aux droits et libertés doivent être suffisantes pour ne pas compromettre l'effectivité des droits, même si le degré requis demeure indéterminé.

¹¹¹⁰ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 12 (souligné par nous). Voir également en ce sens la décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, *précitée*, cons. 9 dans laquelle les requérants contestaient le fait que les contrôles et vérifications d'identité pouvaient désormais être effectués sans qu'il soit exigé de préciser les motifs de l'opération. Le Conseil a précisé que « l'autorité de contrôle devait justifier, dans tous les cas, de circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle d'identité » et que « ce n'est *que sous cette réserve d'interprétation* que le législateur peut être regardé comme *n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties* » (souligné par nous).

586. Par ailleurs, le contrôle des garanties légales coïncide fréquemment avec l'examen de la proportionnalité de la mesure¹¹¹¹. Les garanties apparaissent comme autant de « compensations » aux atteintes portées aux libertés. Il convient d'analyser ce second instrument générique mobilisé par le juge constitutionnel, tenant à l'exercice du contrôle de proportionnalité.

§2. Les contraintes tenant à l'exercice du contrôle de proportionnalité

587. La proportionnalité renvoie à l'idée d'un « juste rapport entre une chose et une autre »¹¹¹². Dans son acception juridique contemporaine, le contrôle de proportionnalité se définit comme une technique juridictionnelle de conciliation entre l'exercice des droits et libertés garantis et la poursuite d'un but d'intérêt général¹¹¹³. Bien qu'il ne soit pas formellement inscrit dans nombre de constitutions, il est utilisé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande depuis le milieu du XX^{ème} siècle, puis mobilisé par la plupart des juridictions ordinaires et constitutionnelles¹¹¹⁴. Le contrôle de proportionnalité s'impose comme un instrument essentiel à la disposition du juge. Il constitue une « fonction logique du droit »¹¹¹⁵, « une nécessité qui découle des tensions que suscite tout système juridique »¹¹¹⁶.

588. En droit public français, le contrôle de proportionnalité transparaît de la jurisprudence administrative dès l'arrêt *Abbé Olivier* du 19 février 1909¹¹¹⁷. Dégagé par le Commissaire du gouvernement Corneille, le principe selon lequel « la liberté est la règle et la restriction l'exception » exige de ne porter une atteinte à l'exercice des droits et libertés que dans la

¹¹¹¹ Voir notamment, en matière de liberté individuelle et de liberté d'aller et venir : décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 15 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 6 ; Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *précitée*, cons. 5 ; Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 67 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 45-47.

¹¹¹² Sur l'origine de la proportionnalité, voir : X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative*, *op. cit.*, pp. 19 et s. Voir aussi : G. XYNPOULOS, « Proportionnalité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadriga, Paris, 2003, pp. 1251-1253.

¹¹¹³ G. XYNPOULOS, « Proportionnalité », *op. cit.*, spéc. p. 1251.

¹¹¹⁴ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.*, 1995, n° spécial, pp. 156-166 ; voir également le dossier publié dans Les Petites affiches : *L.P.A.*, 5 mars 2009.

¹¹¹⁵ X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *L.P.A.*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 6-16.

¹¹¹⁶ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, spéc. p. 154.

¹¹¹⁷ C.E., 19 février 1909, *Abbé Olivier*, *Rec. Lebon*, p. 181 ; C.E., 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec. Lebon*, p. 541 ; M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, spéc. p. 161 ; J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1988, pp. 434-437.

mesure nécessaire au but poursuivi par l'administration¹¹¹⁸. En cela, le contrôle de proportionnalité trouve rapidement sa place parmi les instruments mobilisés par le Conseil d'État. Comme le souligne Guy Braibant, il s'agit d'établir « un rapport de juste proportion entre la situation, la finalité et la décision »¹¹¹⁹.

589. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le contrôle de proportionnalité apparaît dès ses premières décisions relatives à la conciliation entre deux principes de valeur constitutionnelle. Dans la mesure où aucun droit fondamental n'est absolu, le Conseil considère qu'ils doivent être conciliés avec des objectifs de valeur constitutionnelle et être limités, uniquement dans la mesure où la limitation est indispensable¹¹²⁰. Bien que l'exigence de proportionnalité n'est pas explicitement inscrite dans la Constitution du 4 octobre 1958, elle constitue un principe de logique juridique dans le bloc général des normes de référence du contrôle de constitutionnalité¹¹²¹.

590. A ce sujet, la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait apparaître deux formes de proportionnalité. Comme le relève Xavier Philippe, « l'une est imposée au juge et se trouve contenue dans l'obligation générée par une norme ». Dans ce cas, le juge est l'exécutant du contrôle de *la* proportionnalité, qui est « induite ou contenue de façon plus ou moins explicite dans une norme »¹¹²². Quant à la seconde forme de proportionnalité, elle est « dégagée ou créée par le juge pour lui permettre d'exercer son contrôle » : il s'agit du contrôle *de* proportionnalité¹¹²³.

591. L'examen des limites adoptées par le législateur pour répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public conduit le Conseil constitutionnel à mobiliser deux instruments du contrôle de *la* proportionnalité. Le premier découle des dispositions consacrant les droits fondamentaux. Le Conseil vérifie la conciliation législative entre ceux-ci et les exigences de l'ordre public. Les seconds instruments sont, quant à eux, spécifiques à une catégorie de mesures. Il s'agit du contrôle de proportionnalité des *peines*, ancré à l'article 8 de la

¹¹¹⁸ Concl. Corneille sur C.E., 10 août 1917, *Baldy*, *Rec. Lebon*, p. 637.

¹¹¹⁹ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, L.G.D.J., Paris, 1974, t. 1, pp. 297-306, spéc. p. 298.

¹¹²⁰ Décision n° 79-105 D.C. du 25 juillet 1979, *précitée*, cons. 6.

¹¹²¹ G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, pp. 77-91.

¹¹²² X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *op. cit.*, pp. 9-10.

¹¹²³ *Ibidem*.

Déclaration de 1789 et du contrôle de la rigueur nécessaire, propre aux *mesures affectant la liberté individuelle*, fondé sur les articles 9 de la Déclaration et 66 de la Constitution¹¹²⁴.

592. Ces deux derniers étant analysés dans la seconde section relative aux instruments spécifiques du contrôle de constitutionnalité, il convient d'examiner ici l'exercice du contrôle de la proportionnalité comme instrument générique. Celui-ci est mobilisé lorsque le Conseil entend vérifier la proportionnalité d'une limite, quelle qu'elle soit, apportée à l'exercice d'un droit, quel qu'il soit, au regard de l'objectif poursuivi. Afin de mesurer l'influence du renforcement des exigences de l'ordre public sur le recours à cet instrument dans la jurisprudence, il convient d'analyser les éléments du contrôle de proportionnalité (A) puis d'appréhender son intensité (B).

A) Les éléments du contrôle de proportionnalité

593. A l'image du contrôle ternaire exercé par la Cour constitutionnelle allemande¹¹²⁵, le test de proportionnalité se décompose en trois critères dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il consiste en l'examen de l'*adéquation* d'une mesure au but poursuivi, de sa *nécessité* parmi les autres mesures possibles pour atteindre un tel objectif et de la *proportionnalité au sens strict*, c'est-à-dire du rapport de proportion entre l'atteinte aux droits fondamentaux générée et le résultat escompté au regard de l'objectif visé¹¹²⁶.

594. Cependant, le contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel se révèle plus complexe et nuancé qu'il y paraît¹¹²⁷. Il est de prime abord plus complexe, dans la mesure où « le caractère générique de la proportionnalité laisse à l'auteur du contrôle une

¹¹²⁴ *Infra*, n° 779 et s.

¹¹²⁵ M. FROMONT, « État de droit et principe de proportionnalité. Commentaire de la décision du 15 décembre 1970 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. Grands arrêts, Paris, 2008, pp. 5-8 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., pp. 43 et s.

¹¹²⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité – Rapport France », *A.I.J.C.*, 2009, pp. 191-212 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *L.P.A.*, 5 mars 2009, pp. 62-69 ; V. GOESEL LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1997, n°30, pp. 227-267 ; V. GOESEL LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *R.F.D.C.*, 2001, n° 45, pp. 67-83 ; V. GOESEL LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *R.F.D.C.*, 2007, n°70, pp. 269-295 ; E. LESTRADE, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, mémoire de Master 2 recherche Droit public fondamental, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2008-2009.

¹¹²⁷ D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994 », *R.D.P.*, 1995, pp. 51-104, spéc. p. 73.

multitude de solutions parmi lesquelles il choisit »¹¹²⁸. Le contrôle exercé témoigne d'une approche *in concreto*, qui rend difficile la prévisibilité des « limites aux limites » en la matière¹¹²⁹. Le contrôle de proportionnalité articulé en trois temps doit, ensuite, être nuancé. Le Conseil n'a pas systématiquement recours à ces trois critères, ce qui différencie ce contrôle de celui exercé par la Cour de Karlsruhe¹¹³⁰. Comme le souligne Régis Fraisse, le « triple test » n'est pas une technique à laquelle le Conseil recourt de façon méthodique et généralisée¹¹³¹.

595. Il n'en reste pas moins que les critères d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict demeurent les critères du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil (a). Ces derniers tendent à revêtir des facettes renouvelées, eu égard à la diversité normative des limites aux droits fondamentaux (b).

a) La mobilisation des éléments classiques du contrôle

596. Pour Michel Fromont, le contrôle de proportionnalité a pour objet de « modérer l'exercice du pouvoir normatif, en imposant un certain équilibre entre l'atteinte portée aux droits individuels et l'intérêt que présente cette atteinte pour la collectivité »¹¹³². Pour s'assurer de cet équilibre, le Conseil constitutionnel a recours, de manière plus ou moins explicite et simultanée, aux critères d'adéquation (1), de nécessité (2) ou de proportionnalité au sens strict (3).

1) Le contrôle de l'adéquation

597. Le contrôle de l'adéquation de la mesure consiste pour le juge à s'assurer que celle-ci est propre à atteindre le but visé par le législateur. Il signifie que le dispositif doit *a priori* être

¹¹²⁸ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, spéc. p. 154.

¹¹²⁹ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, *op. cit.*, spéc. p. 316.

¹¹³⁰ R. BOUSTA, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *R.I.D.C.*, n° 4, 2007, pp. 859-877.

¹¹³¹ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *L.P.A.*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 74-85, spéc. p. 77.

¹¹³² M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, spéc. p. 156.

« susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché »¹¹³³. Dégagé dans la jurisprudence dès le milieu des années 1980¹¹³⁴, cet élément du contrôle de proportionnalité résulte de plus en plus expressément du contrôle du Conseil constitutionnel. Tel est le cas de la décision du 15 décembre 2005 portant sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006. A propos des dispositions modifiant la procédure du regroupement familial, il considère que cette dernière « ne méconnaît ni le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ni le principe d'égalité », dès lors qu'elle fixe « des règles *adéquates* et proportionnées »¹¹³⁵.

598. S'agissant des limites aux droits fondamentaux adoptées pour répondre aux exigences de l'ordre public, le contrôle de l'adéquation revêt un aspect particulier. Il apparaît délicat pour le Conseil de déterminer, *a priori*, si la mesure permet d'atteindre l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ou de recherche des auteurs d'infractions. Le contrôle de l'adéquation consiste seulement à vérifier que la poursuite de ces objectifs de valeur constitutionnelle justifie l'adoption des mesures législatives. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative à l'évolution de la criminalité, le Conseil s'attache à contrôler que le report de l'intervention de l'avocat en garde à vue est justifié, eu égard à la gravité et à la complexité des crimes et délits que la personne est soupçonnée avoir commis. Il considère que les dispositions critiquées ne portent pas « une atteinte *injustifiée* » aux droits de la défense¹¹³⁶.

599. Dans cette même décision, le Conseil s'assure que les infractions retenues par le législateur à l'article 706-73 du Code de procédure pénale justifient la mise en place de règles spécifiques quant à l'enquête et l'instruction de ces crimes et délits. Considérant que ceux-ci « sont suffisamment graves et complexes pour que le législateur ait pu fixer, en ce qui les concerne, des règles spéciales de procédure pénale »¹¹³⁷, le Conseil analyse l'adéquation de ces mesures à la recherche d'auteurs d'infractions particulières.

¹¹³³ V. GOESEL LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 232.

¹¹³⁴ Sur l'émergence du contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : V. GOESEL LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 230 et s ; E. LESTRADE, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 82 et s.

¹¹³⁵ Décision n° 2005-528 D.C. du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, *Rec.* p. 157, cons. 15 (souligné par nous).

¹¹³⁶ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 34 (souligné par nous).

¹¹³⁷ *Idem*, cons. 19. Voir également, à propos de l'adéquation de mesures de police administrative : décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 53-54 ; décision n° 2010-13 Q.P.C. du 9 juillet 2010, *précitée*, cons. 8.

600. Le contrôle de l'adéquation peut également être mobilisé de manière très explicite par le Conseil constitutionnel. Dans la décision Q.P.C. du 16 septembre 2010 *M. Jean-Victor C.*, le requérant contestait le champ d'application du fichier national automatisé des empreintes génétiques, compte tenu du nombre croissant d'infractions concernées. Après avoir analysé les crimes et délits visés, le Conseil souligne que « pour l'ensemble de ces infractions, les rapprochements opérés avec des empreintes génétiques provenant des traces et prélèvements enregistrés au fichier sont *aptés* à contribuer à l'identification et à la recherche de leurs auteurs ; qu'il en résulte que la liste prévue par l'article 706-55 est *en adéquation avec l'objectif* poursuivi par le législateur »¹¹³⁸. En ce sens, le contrôle de l'adéquation se distingue du deuxième critère du contrôle de proportionnalité.

2) Le contrôle de la nécessité

601. Le contrôle de la nécessité implique pour le juge de vérifier que la mesure est indispensable pour atteindre le but visé par le législateur, au regard des autres moyens possibles. Il consiste à s'assurer que la mesure n'est pas plus restrictive que ne l'exige l'objectif poursuivi. Dès les décisions du 25 juillet 1979¹¹³⁹ puis du 22 juillet 1980¹¹⁴⁰ portant sur des lois relatives à l'exercice du droit de grève, le Conseil s'attache à contrôler que les dispositions contestées n'apportent à l'exercice de ce droit « *que les restrictions nécessaires à la sauvegarde des objectifs d'intérêt général qu'il vise* »¹¹⁴¹.

602. Cet élément est explicitement mobilisé par le Conseil constitutionnel. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative à l'évolution de la criminalité, le Conseil examine les conditions entourant le recours aux perquisitions, visites domiciliaires et saisies de nuit en matière de criminalité et de délinquance organisées. Il considère que « le législateur n'a pas porté au principe d'inviolabilité du domicile une atteinte *non nécessaire* à la recherche des auteurs d'infractions graves et complexes »¹¹⁴².

603. Il en est de même à propos de l'examen du régime des nullités relatif aux dispositifs de procédure pénale propres à ce type d'infractions. L'article 1^{er} de la loi prévoyait d'exonérer de nullité des actes autorisés par un magistrat qui, au moment où il se prononçait, ne disposait

¹¹³⁸ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 22 (souligné par nous).

¹¹³⁹ Décision n° 79-105 D.C. du 25 juillet 1979, *précitée*, cons. 1.

¹¹⁴⁰ Décision n° 80-117 D.C. du 22 juillet 1980, *précitée*, cons. 7.

¹¹⁴¹ *Ibidem* (souligné par nous).

¹¹⁴² Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 47 (souligné par nous).

d'aucune raison plausible de soupçonner que les faits sur lesquels porterait la procédure en cause se rattachaient à l'un des crimes ou délits énoncés à l'article 706-73 du Code de procédure pénale. Le Conseil censure cette disposition, considérant que l'autorité judiciaire ne saurait autoriser l'utilisation de ces dispositifs « *que dans la mesure nécessaire* à la recherche des auteurs d'infractions particulièrement graves et complexes »¹¹⁴³. La nécessité constitue par conséquent un élément constant du contrôle de proportionnalité. Il s'accompagne, parfois, de l'examen de la proportionnalité au sens strict.

3) *Le contrôle de la proportionnalité au sens strict*

604. La proportionnalité au sens strict implique l'existence d'un rapport de proportion entre la gravité de l'atteinte portée aux droits fondamentaux et les effets escomptés de la mesure, eu égard à l'objectif visé. Elle conduit le juge à vérifier que « les effets bénéfiques de la mesure l'emportent sur ses effets préjudiciables »¹¹⁴⁴, c'est-à-dire que l'atteinte engendrée n'est pas excessive, hors de proportion. Le contrôle de la proportionnalité au sens strict est plus implicite que le test de la nécessité. Il se retrouve lorsque le Conseil constitutionnel précise que « compte tenu de l'ensemble des conditions et des garanties qu'il a fixées et eu égard à l'objectif qu'il s'est assigné, le législateur a adopté des mesures assurant une *conciliation* qui n'est manifestement pas *déséquilibrée* entre la nécessité de sauvegarder l'ordre public et les autres droits et libertés »¹¹⁴⁵.

605. Dans la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, le Conseil analyse que la liste des infractions pouvant donner lieu à une visite de véhicules réalisée sur réquisitions du procureur de la République « n'est *pas manifestement excessive* au regard de l'intérêt public qui s'attache à la recherche des auteurs de ces infractions »¹¹⁴⁶. Cet examen résulte également de la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative à l'évolution de la criminalité. Le Conseil vérifie que les dispositions relatives à la mise en place d'interceptions de correspondances émises par la voie de télécommunications dans le

¹¹⁴³ *Idem*, cons. 70 (souligné par nous).

¹¹⁴⁴ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *op. cit.*, spéc. p. 77.

¹¹⁴⁵ Notamment : décision n° 2010-13 Q.P.C. du 9 juillet 2010, *précitée*, cons. 9 (souligné par nous) ; Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 21 ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 23 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 27.

¹¹⁴⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 12 (souligné par nous).

cadre de la délinquance et criminalité organisées « ne portent une *atteinte excessive* ni au secret de la vie privée ni à aucun autre principe constitutionnel »¹¹⁴⁷.

606. Cet élément du contrôle de proportionnalité intervient en dernière analyse, lorsque les étapes tenant à l'adéquation et à la nécessité de la mesure ont été préalablement validées. Cette « hiérarchisation » des éléments du contrôle découle particulièrement de la décision du 2 mars 2004. A propos du report de l'intervention de l'avocat en garde à vue, le Conseil considère que le nouveau délai, « *justifié* par la gravité et la complexité des infractions concernées, s'il modifie les modalités d'exercice des droits de la défense, *n'en met pas en cause le principe* »¹¹⁴⁸. Quand bien même la disposition serait adéquate et nécessaire à l'objectif poursuivi, le contrôle de proportionnalité au sens strict exige, en dernier lieu, de ne pas porter une atteinte qui nuirait à l'exercice même du droit fondamental en cause.

607. Le Conseil constitutionnel mobilise par conséquent les critères traditionnels du contrôle de proportionnalité lors de l'examen de la conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et les droits et libertés garantis. Néanmoins, l'analyse de la jurisprudence montre que le juge constitutionnel ajuste ces critères à la diversité normative des limites aux droits fondamentaux.

b) L'ajustement progressif des éléments du contrôle

608. L'examen de dispositifs complexes, dont la nature juridique est parfois délicate à identifier, conduit le Conseil constitutionnel à adapter ses considérants de principe relatifs au contrôle de proportionnalité. Désormais, il tend à contrôler la norme litigieuse *et* l'utilisation qui peut en être faite (1). En outre, il ajuste progressivement l'exigence de nécessité aux mesures dérogatoires du droit commun (2).

1) L'émergence d'un contrôle de l'utilisation de la mesure

609. L'exercice du contrôle de proportionnalité consiste pour le Conseil constitutionnel à confronter la disposition législative aux exigences constitutionnelles soulevées par les auteurs de la saisine. A travers un examen généralement *in globo*, il analyse l'atteinte que la mesure

¹¹⁴⁷ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 61 (souligné par nous).

¹¹⁴⁸ *Idem*, cons. 32 (souligné par nous).

porte, en elle-même, à l'une de ces exigences. Toutefois, cet examen semble évoluer. Le chapitre précédent a permis de montrer que le renforcement des exigences de l'ordre public engendre une diversification matérielle les limites aux droits fondamentaux. Cela se traduit par l'adoption de dispositifs de nature « hybride », tels que des mesures de police judiciaire pouvant être mobilisées à des fins administratives ou, à l'inverse, des mesures de police administrative tendant à être utilisées à des finalités judiciaires. La concrétisation législative des objectifs de préservation de l'ordre public se matérialise aussi par l'élargissement des finalités assignées aux mesures de contrainte, et par l'assouplissement des modalités de leur mise en œuvre¹¹⁴⁹.

610. Face à ces mesures, le Conseil semble désormais vérifier, non seulement l'atteinte qu'elles portent *en elles-mêmes* à l'exercice des droits fondamentaux, mais aussi l'atteinte que *leur utilisation* pourrait impliquer, en appréciant le corpus juridique dans lequel elles s'insèrent. Le contexte normatif des mesures tend à être examiné à l'aune de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict.

611. Le déploiement du contrôle de « l'utilisation de la mesure » se retrouve, en premier lieu, à propos des fichiers élaborés par le législateur. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative à l'évolution de la criminalité, le Conseil analyse l'impact de la création du fichier automatisé des auteurs d'infractions sexuelles sur l'exercice de la vie privée, puis examine les conditions d'utilisation et de consultation de ce fichier par les autorités judiciaires et administratives¹¹⁵⁰.

612. Cette distinction entre l'atteinte en elle-même et celle relative à l'utilisation qui peut être faite d'une mesure transparaît, davantage encore, de la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure. A propos des articles 21 à 25 de la loi relatifs aux traitements automatisés de données nominatives, mis en œuvre par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale, le Conseil confronte successivement ces dispositions au respect du droit à la vie privée¹¹⁵¹, avant de vérifier l'utilisation de ces traitements à des fins administratives¹¹⁵². Il souligne « qu'aucune norme constitutionnelle ne s'oppose par principe à l'utilisation à des fins administratives de données nominatives recueillies dans le

¹¹⁴⁹ *Supra*, n° 458 et s.

¹¹⁵⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 72-95, spéc. cons. 87, dans lequel le Conseil considère qu'en égard « aux garanties apportées par les conditions d'utilisation et de consultation du fichier [...], les dispositions contestées sont de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ».

¹¹⁵¹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 21-27.

¹¹⁵² *Idem*, cons. 28-34.

cadre d'activités de police judiciaire ; que, toutefois, *cette utilisation* méconnaîtrait les exigences résultant des articles 2, 4, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 si, *par son caractère excessif*, elle portait atteinte aux droits ou aux intérêts légitimes des personnes concernées »¹¹⁵³. Le contrôle de proportionnalité au sens strict se déplace ici pour vérifier l'utilisation du fichier, compte tenu de l'ensemble normatif qui l'entoure.

613. Mais c'est surtout, en second lieu, lors du contrôle *a posteriori* que le Conseil constitutionnel recourt à l'examen de l'« utilisation de la loi ». La décision Q.P.C. du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* est, à cet égard, significative¹¹⁵⁴. En l'espèce, le Conseil constate l'existence de changements de circonstances de droit et de fait, inhérents aux articles 62 et suivants du Code de procédure pénale relatifs à la garde à vue. Ces évolutions conduisent le Conseil à se demander si elle sont, en elles-mêmes, contraires à la Constitution et, à défaut, si elles affectent ces dispositions. Il considère d'abord que ces changements de circonstances ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle et que « la garde à vue demeure une mesure de contrainte *nécessaire* à certaines opérations de police judiciaire »¹¹⁵⁵. Ensuite, le Conseil se pose la question de savoir si les évolutions retenues affectent la norme, c'est-à-dire si son utilisation est conforme à la Constitution et, en particulier, aux droits de la défense.

614. Le Conseil conclut de manière négative à cette question. Il considère que les dispositions du Code de procédure pénale « n'instituent pas *les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue*, compte tenu des évolutions précédemment rappelées »¹¹⁵⁶. C'est donc bien la prise en compte des modifications successives du régime de la garde à vue et l'assouplissement, en droit et en fait, de son utilisation qui conduit le Conseil à enrichir les modalités du contrôle de proportionnalité. Il conclut en cela que « la conciliation opérée par le législateur ne peut *plus* être regardée comme équilibrée »¹¹⁵⁷.

615. Les évolutions de droit et de fait permettent de révéler la non-conformité des dispositions relatives à la garde à vue aux droits de la défense. L'appréciation des changements des circonstances confère, par là même, un pouvoir important aux juges ordinaires et au Conseil constitutionnel. Comme le souligne Dominique Rousseau, « il leur est demandé d'apprécier l'adéquation d'une loi à son époque et de la juger contraire à la

¹¹⁵³ *Idem*, cons. 32 (souligné par nous).

¹¹⁵⁴ Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 15-18.

¹¹⁵⁵ *Idem*, cons. 25.

¹¹⁵⁶ *Idem*, cons. 29 (souligné par nous).

¹¹⁵⁷ *Ibidem* (souligné par nous).

Constitution si elle ne trouve plus de justification dans les données de fait qui l'avaient initialement fondée »¹¹⁵⁸. En plus du renouvellement des modalités d'exercice du contrôle de proportionnalité, un ajustement du contrôle aux mesures dérogatoires du droit commun peut être observé.

2) L'adaptation du contrôle aux mesures dérogatoires du droit commun

616. Que ce soit en matière de police administrative ou de police judiciaire, le législateur élabore des mesures et procédures dérogatoires du droit commun, spécifiques à la prévention ou à la répression d'infractions prédéterminées¹¹⁵⁹. L'exigence de proportionnalité implique que ces dispositifs soient uniquement adaptés, nécessaires et proportionnés à ces crimes et délits particuliers. Une formulation particulière transparaît déjà de la décision du Conseil constitutionnel du 3 septembre 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme¹¹⁶⁰, mais c'est à partir de 2004 que le juge introduit véritablement un considérant de principe « ajusté » au contrôle de ces mesures spécifiques.

617. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative à l'évolution de la criminalité, le Conseil considère que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigations spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que [...] les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient *nécessaires* à la manifestation de la vérité, *proportionnées* à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations *injustifiées* »¹¹⁶¹. A l'aune de ce considérant de principe, le Conseil analyse la liste des infractions de criminalité et de délinquance organisées retenues à l'article 706-73 du Code de procédure pénale¹¹⁶², et les modalités de chaque dispositif au stade de l'enquête, de l'instruction et du jugement¹¹⁶³.

¹¹⁵⁸ D. ROUSSEAU et G. VEDEL, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. Domat droit public, Paris, 10^e édition, 2013, p. 248.

¹¹⁵⁹ *Supra*, n° 438 et s. ; n° 472 et s.

¹¹⁶⁰ Décision n° 86-213 D.C. du 3 septembre 1986, *précitée*, cons. 23 : « s'il est loisible au législateur de prévoir des règles de procédure pénale différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales ».

¹¹⁶¹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 6 (souligné par nous).

¹¹⁶² *Idem*, cons. 19.

¹¹⁶³ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 20-71.

618. Il découle de ce considérant que le Conseil ajuste les critères d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict aux dispositifs en cause, en « couplant » l'exigence de proportionnalité et le principe d'égalité. Selon une jurisprudence constante, ce dernier « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre des cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹¹⁶⁴.

619. Confronté de plus en plus à des mesures dérogatoires du droit commun, notamment en matière de procédure pénale, le Conseil mobilise ce contrôle de proportionnalité « ajusté ». Il s'analyse dans la décision Q.P.C. du 16 septembre 2010, *M. Victor C*¹¹⁶⁵, à propos de l'examen du fichier national automatisé des empreintes génétiques qui, placé sous le contrôle d'un magistrat et destiné à faciliter la recherche d'auteurs d'infractions, centralise les empreintes génétiques issues des traces biologiques des personnes recherchées et condamnées pour certaines infractions¹¹⁶⁶.

620. Le Conseil déploie également ce considérant de principe lors du contrôle de l'article 64-1 alinéa 7 du Code de procédure pénale. Cette disposition fait exception au principe de l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires en garde à vue en matière criminelle, lorsqu'ils sont menés dans le cadre d'enquêtes ou d'instructions portant sur des crimes relevant de la criminalité organisée ou d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation¹¹⁶⁷. Dans la décision Q.P.C. du 6 avril 2012, *M. Kiril Z.*, le Conseil considère que cet article ne trouve de justification « ni dans la difficulté d'appréhender les auteurs d'infractions agissant de façon organisée ni dans l'objectif de préservation du secret de l'enquête ou de l'instruction ». Cet article introduit, en conséquence, une « discrimination injustifiée »¹¹⁶⁸.

621. En revanche, cette adaptation du contrôle ne se retrouve pas lors de l'examen de mesures moins attentatoires à l'exercice des droits fondamentaux, pourtant spécifiques à la répression d'infractions particulières. Le parallèle entre les décisions du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure et du 2 mars 2004 est riche d'enseignements. Dans la

¹¹⁶⁴ Sur le principe d'égalité, voir : F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.. Voir notamment : décision n° 2012-656 D.C. du 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*, Rec. p. 560, cons. 2, 3 et 9.

¹¹⁶⁵ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, précitée, cons. 11.

¹¹⁶⁶ Mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale.

¹¹⁶⁷ Décision n° 2012-228/229 Q.P.C. du 6 avril 2012, *M. Kiril Z.*, Rec. p. 186, cons. 5-6.

¹¹⁶⁸ *Idem*, cons. 8-9. Sur ce point : C. RIBEYRE, « Libre choix de l'avocat – enregistrement des interrogatoires – Accès au dossier : l'édifice de la nouvelle garde à vue se lézarde déjà ! », *R.P.D.P.*, avril-juin 2012, n°2, pp. 384-388.

seconde décision, le Conseil constitutionnel analyse, à l'appui du contrôle de proportionnalité « ajusté », les mesures d'investigations particulières relatives aux crimes et délits inscrits à l'article 706-73 du Code de procédure pénale et censure le régime de nullités prévu¹¹⁶⁹.

622. Or, dans la décision du 13 mars 2003, le Conseil ne contrôle, ni ne censure, ce même régime de nullités. Ce dernier s'applique aux visites de véhicules sur réquisitions du procureur de la République, aux fins de recherche et de poursuite des actes de terrorisme, des infractions en matières d'armes et d'explosifs, de vol et de recel et de trafic de stupéfiants¹¹⁷⁰. Dans cette décision, seuls la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée étaient visés. À l'inverse, dans la décision du 2 mars 2004, étaient aussi affectés l'inviolabilité du domicile, la liberté individuelle et les droits de la défense.

623. L'ajustement du contrôle de proportionnalité aux mesures dérogatoires du droit commun serait, par conséquent, subordonné à un certain degré de gravité de la mesure, pour justifier la mobilisation d'un contrôle plus exigeant. Cette différenciation du contrôle selon le degré d'atteinte aux droits fondamentaux conduit à analyser, dans un second temps, l'intensité de l'exigence de proportionnalité.

B) *L'intensité du contrôle de proportionnalité*

624. L'ajustement des éléments du contrôle de proportionnalité observé dans la jurisprudence constitutionnelle ne masque pas l'affaiblissement du « degré de contrainte » de cet instrument générique. Certes, le contrôle de proportionnalité n'est « jamais complètement restreint, ni jamais pleinement entier »¹¹⁷¹. Il obéit, davantage, à une logique graduée et modulée¹¹⁷². Il n'en reste pas moins qu'au regard de ces caractéristiques, un contrôle restreint se développe dans les décisions du Conseil constitutionnel, relatives à la conciliation des droits garantis et des exigences de l'ordre public (a). À l'inverse, le champ d'application du contrôle renforcé tend, quant à lui, à se resserrer (b).

¹¹⁶⁹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 70.

¹¹⁷⁰ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 11-12. Ainsi, « le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ».

¹¹⁷¹ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *op. cit.*, spéc. pp. 81 et s.

¹¹⁷² *Ibidem* ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *op. cit.*, spéc. pp. 66 et s.

a) Le développement du contrôle restreint

625. Selon Valérie Goesel Le Bihan, le contrôle restreint peut se définir comme celui réduit à la sanction « des seules erreurs manifestes » ou aux « disproportions manifestes »¹¹⁷³. De fait, les récurrences de l'adjectif « manifeste » et de l'adverbe « manifestement » indiqueraient la présence d'un contrôle réduit. Cette intensité du contrôle se vérifie aussi lorsque le Conseil ne déploie pas un contrôle minutieux et substantiel de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict. Il censure uniquement les « excès flagrants » du législateur, c'est-à-dire lorsque ce dernier « exige » indéniablement trop des droits fondamentaux. Le contrôle restreint se caractériserait ainsi à la fois par une « économie de moyens » et une « économie de résultats ». A partir de cette grille de lecture, le contrôle de proportionnalité des mesures visant à répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public témoigne du développement du contrôle restreint. Il s'analyse à travers l'étude des moyens mobilisés (1) et des résultats engendrés (2).

1) Quant aux moyens mobilisés

626. Au-delà de la seule présence de l'adjectif « manifeste » ou de l'adverbe « manifestement » lors du résultat de l'examen opéré par le Conseil constitutionnel, l'exercice du contrôle restreint se retrouve à chaque étape du test de proportionnalité. Trois caractéristiques permettent d'en attester.

627. Premièrement, le juge constitutionnel n'effectue pas, à une exception près¹¹⁷⁴, un véritable contrôle de la contribution de la mesure à l'exigence de l'ordre public poursuivie. Il vérifie seulement que l'objectif visé *justifie* la disposition, mais ne procède pas à un examen approfondi de son adéquation, qui consiste à s'assurer qu'elle contribue à sa réalisation. Un tel contrôle est pourtant opéré par le Conseil constitutionnel dans d'autres domaines. Tel est le cas de la conciliation du principe d'égalité, du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle avec l'objectif de valeur constitutionnelle de logement décent. Dans la décision du 7 décembre 2000 portant sur la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, le Conseil censure une disposition relative à des modifications de contrats en cours d'exécution, dans la mesure où elle « n'apporte pas, en l'espèce, à la

¹¹⁷³ *Ibidem*.

¹¹⁷⁴ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 22. Voir : *supra*, n° 619.

*réalisation de cet objectif une contribution justifiant que soit portée une atteinte aussi grave à l'économie de contrats légalement conclus »*¹¹⁷⁵.

628. Comme le souligne Anne Levade, le juge introduit ici « une appréciation de la portée de la mesure au regard de l'objectif poursuivi », en contrôlant les « insuffisances » du législateur¹¹⁷⁶. Ce degré de contrôle de l'adéquation n'est pas mobilisé au sein des décisions du Conseil portant sur l'examen des mesures relatives aux exigences de l'ordre public. Soit, le Conseil s'attache à vérifier la justification avancée par le législateur eu égard à l'objectif poursuivi¹¹⁷⁷. Soit, à travers un contrôle *in globo*, il vérifie uniquement que la conciliation opérée n'est pas manifestement déséquilibrée¹¹⁷⁸.

629. Deuxièmement, au stade de la nécessité, le Conseil constitutionnel ne recherche pas l'existence ou la possibilité d'une mesure portant une atteinte moindre à l'exercice des droits fondamentaux, tout en atteignant de la même manière l'objectif poursuivi. Comme il le relève dès la décision du 3 juillet 1986 portant sur la loi de finances rectificative pour 1986, « le choix des moyens pour atteindre l'objectif » visé est laissé au législateur¹¹⁷⁹. En ce sens, le Conseil ne vérifie pas le caractère indispensable du dispositif, laissant cet élément à la seule appréciation du législateur. En d'autres termes, la recherche d'une mesure alternative moins attentatoire est exclue¹¹⁸⁰. De manière constante, il considère qu'« il ne lui appartient pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déférée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie »¹¹⁸¹. Ce considérant indique la présence d'un contrôle atténué de la proportionnalité, puisqu'une telle recherche est mobilisée lors du contrôle renforcé¹¹⁸².

630. Le contrôle de la nécessité se traduit par deux types d'examen. Soit, le Conseil vérifie que le dispositif est pertinent au regard de la finalité visée. Au regard du champ d'application temporel et matériel de la mesure, il analyse qu'elle n'outrepasse pas ce qui est nécessaire. Par

¹¹⁷⁵ Décision n° 2000-436 D.C. du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, Rec. p. 176, cons. 46-51 (souligné par nous).

¹¹⁷⁶ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable », *op. cit.*, spéc. p. 702.

¹¹⁷⁷ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 19 et 34.

¹¹⁷⁸ Décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *précitée*, cons. 13-14.

¹¹⁷⁹ Décision n° 86-209 D.C. du 3 juillet 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec. p. 86, cons. 33.

¹¹⁸⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *op. cit.*, spéc. p. 64.

¹¹⁸¹ Décision n° 90-280 D.C. du 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, Rec. p. 84, cons. 26 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 7-8.

¹¹⁸² Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 17. Sur ce point : *infra*, n° 799.

exemple, le Conseil procède à ce contrôle dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, à propos des mesures d'investigations spécifiques aux infractions inscrites à l'article 706-73 du Code de procédure pénale¹¹⁸³. Soit, le Conseil n'examine pas expressément la nécessité et s'attache uniquement à souligner que la conciliation opérée n'est entachée d'aucune erreur manifeste¹¹⁸⁴.

631. Troisièmement, le contrôle de proportionnalité au sens strict, qui implique « une mise en balance des charges créées et des avantages apportés par la réalisation de l'objectif poursuivi »¹¹⁸⁵, semble substitué par la recherche de garanties compensatoires. Cet élément du contrôle exige de procéder à une « pondération des intérêts en conflits », qui « nécessite une approche à la fois casuistique et matérielle du degré d'atteinte au droit »¹¹⁸⁶. A ce sujet, le Conseil constitutionnel vérifie que la conciliation globale n'est pas manifestement déséquilibrée ou analyse, de manière plus approfondie, cet aspect du contrôle. Toutefois, dans cette hypothèse, le Conseil veille davantage à ce que les conditions et précautions apportées par la loi « compensent » l'atteinte portée aux droits et libertés garantis, qu'à réellement rechercher la correspondance logique entre l'importance de l'objectif et l'importance de l'atteinte.

632. Dans la décision du 2 mars 2004, le Conseil souligne que la recherche d'auteurs d'infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées justifie la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles ou d'images sans le consentement des intéressés, dès lors que sont prévues des « garanties procédurales appropriées », qui tiennent pour l'essentiel à l'intervention du juge judiciaire¹¹⁸⁷. Ce degré de contrôle résulte aussi de la décision du 19 janvier 2006 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme, à propos du contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants. Le Conseil considère qu'« eu égard aux *finalités* que s'est assignées le

¹¹⁸³ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 6-71.

¹¹⁸⁴ Voir : décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 11-12 et cons. 50.

¹¹⁸⁵ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *op. cit.*, spéc. p. 68.

¹¹⁸⁶ R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? », *L.P.A.*, 17 juin 2008, n° 121, pp. 7-12, spéc. p. 11.

¹¹⁸⁷ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 64. Voir également le considérant 46 de la décision, en matière de perquisitions, visites domiciliaires et saisies.

législateur et à l'ensemble des *garanties* qu'il a prévues », la conciliation opérée n'est pas manifestement déséquilibrée¹¹⁸⁸.

633. La jurisprudence constitutionnelle fourmille d'exemples démontrant que la correspondance se situe entre les finalités et les garanties compensatoires, et non entre l'importance des premières et le degré d'atteinte porté au droit ou à la liberté concerné. L'analyse du « degré de contrainte » inhérent à chaque élément du test constitue ainsi un indicateur de l'intensité du contrôle de proportionnalité. Le contrôle restreint transparaît d'autant plus des décisions du Conseil constitutionnel lorsque l'examen est réduit à l'erreur manifeste du législateur.

2) Quant aux résultats engendrés

634. Le contrôle restreint de proportionnalité s'analyse lorsque le Conseil constitutionnel vérifie seulement que la conciliation législative n'est pas « manifestement déséquilibrée », « n'est entachée d'aucune erreur manifeste » ou « n'est pas manifestement excessive ». Ce considérant se retrouve dans plusieurs domaines. En matière de police, le Conseil mobilise ce degré de contrôle à propos des contrôles d'identité et visites de véhicules à des finalités préventives et répressives¹¹⁸⁹, de l'évacuation forcée de résidences mobiles des gens du voyage¹¹⁹⁰, de grands rassemblements de personnes¹¹⁹¹, d'assignation à résidence pour les étrangers en instance d'éloignement du territoire¹¹⁹² ou de mise en demeure et d'exécution d'office de quitter une installation illicite¹¹⁹³.

635. De même, le contrôle de proportionnalité est réduit à l'erreur manifeste lors de l'examen de la liste des infractions pouvant donner lieu à un examen médical et une prise de sang dans le cadre de l'enquête ou sur commission rogatoire¹¹⁹⁴, de la mise en œuvre de traitements automatisés de données nominatives par les services de police nationale et de la gendarmerie nationale¹¹⁹⁵, des traitements automatisés des demandes de validation des

¹¹⁸⁸ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 21 (souligné par nous). Voir dans le même sens le considérant 10 de la décision, à propos de l'examen de procédure de réquisition de données techniques à des fins de prévention des actes de terrorisme.

¹¹⁸⁹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 11-12.

¹¹⁹⁰ Décision n° 2010-13 Q.P.C. du 9 juillet 2010, *précitée*, cons. 7-10.

¹¹⁹¹ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 48-50.

¹¹⁹² Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 77-80.

¹¹⁹³ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 51-56.

¹¹⁹⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 50.

¹¹⁹⁵ *Idem*, cons. 27.

attestations d'accueil¹¹⁹⁶ et de l'identification génétique du lien de filiation¹¹⁹⁷. Tel est encore le cas des décisions du Conseil portant sur le contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants¹¹⁹⁸, les modalités relatives à la procédure de regroupement familial¹¹⁹⁹, les limites apportées aux droits des personnes hospitalisées sans leur consentement¹²⁰⁰ et la mise en place du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles¹²⁰¹.

636. Sans nécessairement opérer un contrôle de l'adéquation, de la nécessité ou de la proportionnalité au sens strict, le contrôle de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et l'exercice des droits garantis est réduit au minimum. Dans l'ensemble de ces cas, l'« économie de résultats » est notoire puisque le Conseil n'émet pas de réserves d'interprétation. Le contrôle aboutit à la validation du dispositif ou, plus rarement, à sa censure¹²⁰².

637. Par exemple, la procédure simplifiée d'expulsion applicable aux « résidents permanents » a été censurée par le Conseil, dans la décision du 10 mars 2011 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure¹²⁰³. Un dispositif similaire, applicable cette fois aux « résidents mobiles », avait pourtant été déclaré conforme à la Constitution quelques mois plus tôt, dans la décision Q.P.C. du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre*¹²⁰⁴. Cette dissimilitude de résultat résiderait dans le degré d'atteinte portée à l'exercice de la liberté d'aller et venir et, en particulier, à la liberté de s'établir et d'avoir une résidence.

638. Comme le précise Annabelle Pena-Gaia, « il y a une différence de taille à exiger d'un côté de personnes vivant de manière sédentaire dans des habitations mobiles de quitter le terrain où elles se sont arrêtées et de demander, de l'autre, à d'autres personnes de tout quitter, y compris ce qu'elles considèrent être leur « maison », même s'il s'agit d'un « campement »

¹¹⁹⁶ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 23.

¹¹⁹⁷ Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 11.

¹¹⁹⁸ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 21.

¹¹⁹⁹ Décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *précitée*, cons. 14 et 26.

¹²⁰⁰ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 32.

¹²⁰¹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 87.

¹²⁰² Sur les quinze dispositifs précités, seul l'article 90 de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a été déclaré contraire à la Constitution : décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 51-56.

¹²⁰³ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 51-56.

¹²⁰⁴ Décision n° 2010-13 Q.P.C. du 9 juillet 2010, *précitée*.

illicite dressé sur la propriété d'autrui »¹²⁰⁵. En l'espèce, le Conseil considère que les garanties apportées par la loi ne sont pas suffisantes « pour assurer une conciliation qui ne serait pas manifestement déséquilibrée entre la nécessité de sauvegarder l'ordre public et les droits et libertés constitutionnellement garantis »¹²⁰⁶.

639. Le contrôle restreint de proportionnalité se développe de manière significative dans la jurisprudence constitutionnelle. Une régression du degré de contrôle s'analyse d'abord à propos des limites apportées à l'exercice du droit au respect de la vie privée. Entre 1995 et 1999, les mesures relatives aux exigences de l'ordre public et portant atteinte à ce droit faisaient l'objet d'un contrôle normal, c'est-à-dire non réduit au manifeste¹²⁰⁷. Depuis la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, le Conseil n'exerce qu'un contrôle restreint des limites à l'exercice du droit au respect de la vie privée. Ce degré de contrôle se retrouve dans les décisions ultérieures du Conseil¹²⁰⁸ et, en particulier, lorsqu'est visé l'objectif de prévention des actes terroristes¹²⁰⁹.

640. Cette intensité du contrôle s'analyse ensuite lors de l'examen des dispositifs portant atteinte au droit à une vie familiale normale¹²¹⁰ et à la liberté d'aller et venir¹²¹¹. La prégnance des exigences de l'ordre public conduit le juge constitutionnel à progressivement atténuer l'intensité du contrôle de proportionnalité. Comme le relève Valérie Goesel le Bihan, cette régression illustre « le signe des temps », la lutte contre le terrorisme ayant acquis, depuis le 11 septembre 2001, « plus de poids dans la balance des intérêts »¹²¹². Dans la mesure où le

¹²⁰⁵ A. PENA-GAIA, « Commentaire de la décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, L.O.O.P.S.I. II », *R.F.D.C.*, 2011, n° 88, pp. 803-811, spéc. p. 809.

¹²⁰⁶ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2010, *précitée*, cons. 55.

¹²⁰⁷ Décision n° 94-352 du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 2-13; Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 45; Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *précitée*, cons. 47 et 51. Voir : V. GOESEL LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *op. cit.*, spéc. pp. 282 et s.

¹²⁰⁸ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 11-12 et cons. 27; Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 21; Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 87; Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 11.

¹²⁰⁹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 11-12; Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 21.

¹²¹⁰ Décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *précitée*, cons. 14 et 26; Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 11.

¹²¹¹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 11-12; Décision n° 2010-13 Q.P.C. du 9 juillet 2010, *précitée*, cons. 7-10; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 48-56. Toutefois, s'agissant de ces trois droits-libertés, seules sont concernées par le contrôle restreint les mesures de police administrative, dans la mesure où les actes de procédure pénale mettant en cause ces libertés font l'objet du contrôle de la rigueur nécessaire sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration de 1789 : *infra*, n° 782 et s.

¹²¹² V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *op. cit.*, spéc. pp. 67-68.

nombre de dispositifs désormais soumis au contrôle restreint de proportionnalité s'accroît, il en résulte un affaiblissement du champ d'application du contrôle renforcé.

b) L'infléchissement du domaine du contrôle renforcé

641. Le contrôle de proportionnalité est renforcé, ou entier, lorsque l'examen des éléments du test n'est pas réduit aux seules disproportions manifestes. Le Conseil exerce un contrôle approfondi de l'adéquation, de la nécessité ou de la proportionnalité au sens strict et peut censurer des dispositifs autres que ceux manifestement contraires à la Constitution. Dans cette hypothèse, l'étau de constitutionnalité se resserre. Le Conseil, peut, par exemple, exiger qu'une mesure soit « strictement nécessaire » à la satisfaction de l'objectif poursuivi.

642. Ce degré de contrôle est utilisé lorsqu'est mis en cause un droit ou une liberté de premier rang et, de plus en plus, lorsque l'atteinte portée aux droits fondamentaux est telle qu'elle conduit le juge à renforcer son contrôle¹²¹³. La réduction du champ d'application du contrôle entier se mesure au regard de sa mobilisation (1) et de son utilisation comme instrument générique (2).

1) L'influence du degré d'atteinte aux droits fondamentaux sur la mobilisation du contrôle renforcé

643. Le domaine du contrôle renforcé s'amenuise à mesure que le degré d'atteinte aux droits fondamentaux n'est pas considéré par le Conseil constitutionnel comme suffisamment important pour en justifier la mise en œuvre. Autrement dit, le juge « rehausse » le degré d'atteinte à partir duquel le contrôle entier doit intervenir. C'est uniquement lorsque la gravité de la mesure est telle que le Conseil y recourt. Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel en témoignent.

644. Dans la décision du 15 novembre 2007 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil déploie un contrôle entier pour examiner l'atteinte portée au principe d'égalité par l'article 13 de la loi¹²¹⁴. Fortement contestée, cette disposition prévoyait la possibilité de recourir aux empreintes génétiques pour permettre l'identification d'un

¹²¹³ *Idem*, p. 66.

¹²¹⁴ Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 7-14.

demandeur de visa d'une durée supérieure à trois mois. Le Conseil s'assure de l'ensemble des conditions et garanties posées par la loi et, notamment, du caractère indispensable et supplétif du dispositif. En l'espèce, celui-ci n'est pas contraire à la Constitution, dans la mesure où le recours aux empreintes génétiques ne peut intervenir *que si aucun autre moyen de preuve de filiation* n'est disponible¹²¹⁵. Un contrôle renforcé de la nécessité de la mesure est donc ici mobilisé.

645. De même, dans la décision du 22 mars 2012 portant sur la loi relative à la protection de l'identité, le Conseil opère un contrôle renforcé de la disposition prévoyant la création d'un traitement de données à caractère personnel. Celui-ci a pour objet de recueillir et de conserver des données requises pour la délivrance du passeport français et de la carte nationale d'identité¹²¹⁶. Le Conseil justifie l'exercice d'un contrôle renforcé de la proportionnalité, car ce traitement est « destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française ». De plus, ces données sont « particulièrement sensibles »¹²¹⁷. Il conclut qu'« eu égard à la *nature* des données enregistrées, à *l'ampleur* de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation », la disposition porte au droit au respect de la vie privée « une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi »¹²¹⁸. Dès lors, bien que les limites au droit au respect de la vie privée font désormais l'objet d'un contrôle restreint, les mesures portant une atteinte grave à ce droit demeurent soumises à un contrôle renforcé.

646. Les mesures d'investigations spécifiques à la criminalité et à la délinquance organisées témoignent également de la mobilisation d'un contrôle entier par le Conseil constitutionnel. Comme il le souligne lui-même, celles-ci sont « *de nature à affecter gravement* l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés »¹²¹⁹. Tel est le cas du report de l'intervention de l'avocat en garde à vue, restreignant l'exercice des droits de la défense¹²²⁰ et des dispositifs affectant le droit au respect de la vie privée, tels que les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications et les sonorisations et fixations d'images de

¹²¹⁵ *Idem*, cons. 10.

¹²¹⁶ Décision n° 2012-652 D.C. du 22 mars 2012, *précitée*, cons. 2-11.

¹²¹⁷ *Idem*, cons. 10.

¹²¹⁸ *Idem*, cons. 11.

¹²¹⁹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 69.

¹²²⁰ *Idem*, cons. 28-34.

certains lieux ou véhicules¹²²¹. A leur égard, le Conseil « relève » le degré d'exigence de l'adéquation et de la nécessité au regard de l'objectif poursuivi.

647. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, le Conseil émet deux réserves d'interprétation précises afin de s'assurer que les infractions retenues par l'article 706-73 du Code de procédure pénale sont « suffisamment graves et complexes » pour justifier ces règles spéciales de procédure pénale. L'une concerne la présence du vol dans cette liste, qui doit uniquement s'entendre comme celui commis en bande organisée. L'autre porte sur le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée, qui doit exclure les organismes humanitaires d'aide aux étrangers¹²²².

648. Enfin, l'utilisation de la mesure contestée, au regard de l'atteinte qu'elle pourrait porter aux droits garantis, tend aussi à faire l'objet d'un contrôle entier. Dans la décision du 2 mars 2004, le Conseil s'assure, s'agissant de l'inscription et des modalités de mise en œuvre du fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, que la conciliation entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public n'est pas manifestement déséquilibrée¹²²³. Il examine, en revanche, ses modalités de consultation et d'utilisation par des autorités administratives à l'aune d'un contrôle entier, non réduit au manifeste¹²²⁴.

649. Dans la décision Q.P.C. du 30 juillet 2010 *M. Daniel W. et autres*, les changements de circonstances de fait et de droit analysés conduisent le Conseil à s'interroger sur la pertinence, l'adéquation et la proportionnalité de cette mesure de contrainte au regard du contexte normatif qui l'entoure. Il exerce en cela un contrôle renforcé, qui aboutit à la censure du dispositif contesté¹²²⁵. Par conséquent, le degré d'atteinte aux droits fondamentaux évalué par le Conseil influence la mobilisation, de plus en plus réduite, du contrôle renforcé. Il a des répercussions, en dernier lieu, sur son utilisation comme instrument générique.

¹²²¹ *Idem*, cons. 57-66.

¹²²² *Idem*, cons. 15-19.

¹²²³ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 87.

¹²²⁴ *Idem*, cons. 88.

¹²²⁵ Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 29.

2) *L'influence du degré d'atteinte aux droits fondamentaux sur la répartition entre contrôles de proportionnalité générique et spécifique*

650. Le contrôle entier de la proportionnalité, comme instrument générique, paraît progressivement court-circuité par les instruments spécifiques en la matière, tels que le contrôle de la rigueur nécessaire et, dans une moindre mesure, le contrôle de proportionnalité des délits et des peines. Lorsque le degré d'atteinte aux droits garantis est important, ou qu'une liberté de premier rang est affectée, le Conseil constitutionnel mobilise un contrôle renforcé de la proportionnalité découlant davantage de dispositions précises, comme les articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 et l'article 66 de la Constitution, que de l'ensemble des dispositions consacrant les droits fondamentaux.

651. S'agissant des délits et des peines, dont l'examen de proportionnalité est généralement réduit au manifeste, le Conseil exerce un contrôle entier lorsque la liberté de communication, de premier rang, est en cause. Dans la décision du 28 février 2012 relative à la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, le Conseil s'appuie sur les trois critères du contrôle de proportionnalité pour considérer que le législateur « a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication »¹²²⁶.

652. Surtout, alors que les mesures affectant les droits et libertés relevant de la liberté individuelle *lato sensu* sont désormais soumises à un contrôle restreint, celles leur portant une atteinte importante sont examinées à l'aune d'un contrôle renforcé de la rigueur nécessaire, spécifique à la mise en cause de la liberté individuelle¹²²⁷. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, le Conseil s'assure que les obligations mises à la charge des personnes inscrites sur le fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, qui affectent la liberté d'aller et venir en leur imposant de justifier périodiquement de leur adresse et de se présenter à un service de police, « ne constituent pas une rigueur qui ne serait pas nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 »¹²²⁸.

653. Par conséquent, les atteintes *légères* portées aux droits et libertés font dorénavant l'objet d'un contrôle restreint de proportionnalité en tant qu'instrument générique, tandis que

¹²²⁶ Décision n° 2012-647 D.C. du 28 février 2012, *précitée*, cons. 5-6.

¹²²⁷ *Infra*, n° 779 et s.

¹²²⁸ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 89-91.

les atteintes importantes sont examinées à l'aune d'un contrôle entier, sur le fondement de dispositions précises de la Constitution. Comme le suggérait Patrick Wachsmann dès 1994¹²²⁹, une « hiérarchie des atteintes aux libertés » émergerait progressivement de la jurisprudence constitutionnelle, impliquant un contrôle de proportionnalité différencié. Il est possible de considérer qu'il y a une montée en puissance du critère de la gravité de la mesure pour déterminer le degré du contrôle exercé¹²³⁰. Dans le cadre de la conciliation entre les droits garantis et les exigences de l'ordre public, le contrôle entier de proportionnalité comme instrument générique tend à céder le pas, non seulement au profit du contrôle restreint, mais aussi au bénéfice « des » contrôles de proportionnalité spécifiques.

654. Les contraintes pesant sur l'exercice du pouvoir législatif et tenant au contrôle de proportionnalité sont mobilisées à l'encontre de l'ensemble des limites aux droits fondamentaux. L'influence du renforcement des exigences de l'ordre public sur l'utilisation de ces deux instruments par le Conseil constitutionnel se mesure à deux niveaux. Le Conseil tend d'abord à renouveler les modalités du contrôle de constitutionnalité des limites aux droits et libertés garantis. Que ce soit lors de l'examen de l'incompétence négative ou de la proportionnalité de la mesure, il se réfère davantage au contexte normatif dans lequel s'insère le dispositif. Dans le premier cas, il s'agit de s'assurer que le législateur ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles. Dans le second, la référence au contexte normatif permet d'approfondir les modalités du contrôle de proportionnalité.

655. La gravité de la limite aux droits fondamentaux constitue, ensuite, un critère de différenciation du contrôle, ayant un poids de plus en plus significatif dans la jurisprudence. Il influence à la fois les modalités du contrôle et son intensité. Bien que le contrôle de constitutionnalité soit de plus en plus restreint, il devient entier en cas d'atteinte grave à l'exercice des droits garantis. Cette gradation du contrôle, analysée à propos des instruments génériques, résulte également de l'identification des instruments spécifiques du contrôle dégagés par le Conseil constitutionnel.

¹²²⁹ P. WACHSMANN, note de jurisprudence, décision n° 94-345 D.C. du 29 juillet 1994, *A.J.D.A.*, 1994, pp. 731-737.

¹²³⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *op. cit.*, spéc. p. 68 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus politicum*, n°7, 2012, pp. 143-155, spéc. p. 150.

SECTION 2. LES INSTRUMENTS SPÉCIFIQUES DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

656. Lors du contrôle de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits et libertés garantis, le Conseil constitutionnel prend en compte les caractéristiques des mesures à soumises à son contrôle, afin de déterminer les exigences spécifiques qui pèsent sur l'activité législative. En premier lieu, la qualification juridique de la mesure constitue un critère constant de la jurisprudence constitutionnelle, en fonction duquel le Conseil impose des contraintes propres. En deuxième lieu, la mise en cause de la liberté individuelle implique le respect d'exigences spécifiques. L'article 66 de la Constitution, selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, indique une contrainte supplémentaire à l'égard de cette liberté. En troisième lieu, la diversification matérielle des limites aux droits fondamentaux, engendrée par les exigences renouvelées de l'ordre public, conduit le Conseil à dépasser ces deux critères et prendre en compte le degré d'atteinte aux droits fondamentaux, pour déterminer des « limites aux limites » particulières.

657. Aux critères d'identification classiques des « limites aux limites » aux droits fondamentaux, tenant à la qualification juridique de la mesure (§1) et à la mise en cause de la liberté individuelle (§2), le juge constitutionnel ajoute ainsi, de manière prétorienne, le paramètre tenant à la gravité de la mesure (§3), afin de définir les « limites aux limites » applicables.

§1. Les « limites aux limites » spécifiques à la qualification juridique de la mesure

658. La détermination de la nature juridique de la mesure par le juge constitutionnel est capitale, puisque des exigences substantielles spécifiques en dépendent. Malgré la pluralité des définitions accordées à la notion de qualification¹²³¹, elle peut s'analyser comme l'opération « consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante, en reconnaissant en lui les

¹²³¹ J. C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Paris, 1959, spéc. p. 30 ; E. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., tome 1, spéc. p. 358.

caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »¹²³². Il en découle une relation de « cause à effet » entre l'opération de qualification de la mesure et l'application du régime juridique qui lui est applicable¹²³³.

659. L'analyse des décisions du Conseil constitutionnel tend à démontrer que, face à des dispositions législatives visant à concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public, le Conseil précise et ajuste les contraintes propres à la qualification de la mesure (A). En revanche, le degré de contrôle exercé sur la nature juridique des limites aux droits garantis s'affaiblit, à mesure que l'opération de qualification est plus délicate à effectuer. Autrement dit, le champ d'application de ces « limites aux limites » spécifiques se réduit puisque le Conseil retient une interprétation de plus en plus souple de la qualification du dispositif (B).

A) L'ajustement des contraintes pesant sur la mesure

660. Pour déterminer les contraintes qui s'imposent au regard de la qualification de la mesure, le Conseil prend appui sur les catégories juridiques dégagées par les juridictions administrative et judiciaire¹²³⁴. Il en est tout d'abord ainsi de la distinction entre les mesures de police administrative et de police judiciaire¹²³⁵. Comme le démontre Marc-Antoine Granger dans sa thèse, le Conseil associe respectivement aux premières et aux secondes un « standard de limites constitutionnelles » précis¹²³⁶. Tel est ensuite le cas de la distinction entre les mesures de police et les peines. Issue de la jurisprudence administrative¹²³⁷, celle-ci

¹²³² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., pp. 827-828.

¹²³³ E. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., tome 1, spéc. p. 358.

¹²³⁴ G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 647-671 ; G. VEDEL, « Préface », in G. DRAGO, B. FRANCOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 1999, pp. IX-XV ; P. JESTAZ, « Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in G. DRAGO, B. FRANCOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 1999, pp. 3-13.

¹²³⁵ Sur l'origine jurisprudentielle de cette distinction : M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, op. cit., pp. 45-70.

¹²³⁶ Sur la consécration du « marqueur juridique » entre police administrative et police judiciaire dans la jurisprudence constitutionnelle et l'identification des remparts constitutionnels attachés à cette distinction : M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, op. cit., pp. 70 et s. et pp. 110 et s.

¹²³⁷ E. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., tome 1, pp. 328 et s. ; F. MODERNE, *Sanction administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*, op. cit., pp. 96-100 ; CONSEIL D'ÉTAT, Section du rapport et des études, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, Paris, 1994, pp. 39 et s.

est mobilisée par le juge constitutionnel. Des contraintes propres s'imposent au législateur lorsqu'il établit des sanctions ayant le caractère d'une punition.

661. A ce sujet, la jurisprudence constitutionnelle témoigne d'un ajustement du régime des « limites aux limites » applicables aux mesures de police administrative (a), aux mesures de police judiciaire (b) et aux sanctions ayant le caractère d'une punition (c). Confronté à une diversification matérielle des limites aux droits fondamentaux, le Conseil précise la signification et le fondement des « limites aux limites » propres à ces catégories de mesures.

a) Les « limites aux limites » propres aux mesures de police administrative

662. Deux « limites aux limites » spécifiques s'imposent au législateur lorsque la disposition est qualifiée de mesure de police administrative par le juge constitutionnel. Certes, ces contraintes transparaissent de sa jurisprudence dès ses premières décisions¹²³⁸. Toutefois, l'idée qu'il s'agit ici de montrer est que la diversification des mesures de police administrative, issues du renouvellement de la concrétisation législative de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, conduit le Conseil à les énoncer plus expressément qu'auparavant.

663. D'une part, alors que le Conseil vérifiait seulement *in concreto* que la mesure de police administrative poursuivait un but de prévention des atteintes à l'ordre public, il impose désormais, de manière très explicite, le respect de cette contrainte (1). D'autre part, face à la volonté du législateur de déléguer des pouvoirs de police administrative à des personnes privées, afin de répondre aux impératifs de l'ordre public, le Conseil constitutionnel définit les contours de la « limite aux limites » en la matière. L'interdiction de déléguer la police administrative à des personnes privées est davantage intelligible et bénéficie, dorénavant, d'un fondement textuel précis (2).

¹²³⁸ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, op. cit., pp. 70 et s. et pp. 110 et s.

1) *La subordination explicite des mesures de police administrative à l'exigence de prévention des atteintes à l'ordre public*

664. Les mesures de police administrative étant adoptées pour concrétiser l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel impose, logiquement, qu'elles poursuivent un but de prévention des atteintes à l'ordre public. L'on retrouve cette exigence dès la décision du 12 janvier 1977, portant sur la loi relative à la visite des véhicules¹²³⁹. En l'espèce, le Conseil censure la disposition qui porte atteinte « aux principes essentiels » sur lesquels repose la liberté individuelle. Il précise, à cette occasion, les deux cadres juridiques dans lesquels doit s'inscrire toute mesure de police. Soit, la mesure relève de la police judiciaire, auquel cas elle doit être subordonnée à la poursuite d'une infraction commise. Soit, il s'agit d'une mesure de police administrative et, dans ce cas, elle doit être soumise à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public.

665. Examinant la mesure contestée, le Conseil relève que « les pouvoirs attribués par cette disposition aux officiers de police judiciaire [...] pourraient s'exercer, sans restriction, dans tous les cas, [...] *alors même qu'aucune infraction n'aura été commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public* »¹²⁴⁰. L'exigence du but poursuivi, respectivement par les mesures de police judiciaire et par les mesures de police administrative, est d'ores et déjà esquissée de cette décision.

666. Dans ces décisions ultérieures, le Conseil constitutionnel impose le respect de cette contrainte en vérifiant la finalité de la disposition analysée. Par exemple, dans la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, le Conseil s'attache à souligner que la visite de véhicules, réalisée dans un cadre de police administrative, a pour but de « prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens ». Il considère ainsi que de telles dispositions satisfont aux exigences constitutionnelles, « en raison de la condition à laquelle elles subordonnent ces visites »¹²⁴¹.

667. Néanmoins, l'enchevêtrement des finalités préventives et répressives des dispositifs adoptés par le législateur réduit la clarté des objectifs poursuivis par les mesures de police. Le Conseil a dès lors été conduit à énoncer plus explicitement le but que *doit* poursuivre toute

¹²³⁹ Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *op. cit.*, cons. 4.

¹²⁴⁰ *Ibidem* (souligné par nous).

¹²⁴¹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 15-16 (souligné par nous). Voir également les considérants 29 à 33 de la décision, dans lesquels le Conseil vérifie que l'utilisation, à des fins administratives, des traitements automatisés de données nominatives recueillies dans le cadre d'activités de police judiciaire « s'effectue dans la stricte mesure exigée par la protection de la sécurité des personnes ».

mesure de police administrative. L'élaboration de nouvelles modalités de visites des véhicules, intervenant à la fois pour des bus de police judiciaire et de police administrative, a été l'occasion pour le juge d'imposer expressément cette exigence¹²⁴². Dans la décision du 13 mars 2003, il souligne, sous forme de considérant de principe, que « les mesures de police administrative susceptibles d'affecter gravement l'exercice des libertés constitutionnellement garanties *doivent* être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public »¹²⁴³.

668. Une telle précision se retrouve dans la décision du 10 mars 2011 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Lors de l'examen des dispositions relatives au renforcement des pouvoirs de police administrative en cas de grands rassemblements de personnes, à l'occasion de manifestations sportives susceptibles d'entraîner des troubles graves à l'ordre public, le Conseil réaffirme que de telles restrictions à la liberté d'aller et venir « doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public »¹²⁴⁴. De même, cette exigence est rappelée lors de l'analyse de l'article 90 de la loi, relatif à l'évacuation forcée des lieux en cas d'installation illicite en réunion¹²⁴⁵. La qualification de mesure de police administrative implique par ailleurs la mobilisation d'une seconde « limite aux limites » spécifique, liée à l'interdiction de privatiser la police administrative.

2) La précision de l'interdiction de privatiser la police administrative

669. L'interdiction de déléguer les pouvoirs de police administrative à une personne privée est un principe solidement ancré en droit administratif¹²⁴⁶. Cependant, comme le relève Jacques Petit, « face à l'augmentation contemporaine de la délinquance et de l'insécurité », la puissance publique s'est révélée insuffisante pour assumer, à elle seule, l'ensemble des tâches de maintien de l'ordre public¹²⁴⁷. De fait, le législateur est intervenu de manière croissante pour déroger à cette interdiction¹²⁴⁸, de sorte que le Conseil constitutionnel a dû se positionner sur ce principe. Bien qu'il dispose d'un ancrage dans la jurisprudence administrative, il n'est

¹²⁴² V. TCHEN, « La loi sur la sécurité intérieure : aspects de droit administratif », *D.A.*, juin 2003, pp. 10-19, spéc. p. 11.

¹²⁴³ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 9 (souligné par nous).

¹²⁴⁴ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 50.

¹²⁴⁵ *Idem*, cons. 53.

¹²⁴⁶ *Supra*, n° 302 et s.

¹²⁴⁷ J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *op. cit.*, spéc. p. 346.

¹²⁴⁸ *Supra*, n° 302 et s.

pas inscrit dans la Constitution française. La question de la valeur constitutionnelle de l'interdiction de privatiser les missions de police se posait avec une particulière acuité¹²⁴⁹.

670. Le Conseil constitutionnel impose cette interdiction au législateur dès le début des années 1990. Dans la décision du 25 février 1992 portant sur la loi modifiant les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, le juge devait se prononcer sur une disposition relative au pouvoir du Ministre de l'intérieur d'infliger une amende à l'entreprise de transport aérien ou maritime, qui débarque sur le territoire français un étranger non ressortissant communautaire et démuné de documents de voyage¹²⁵⁰. Cet article prévoyait deux hypothèses d'exonération de la responsabilité encourue par les transporteurs et, en particulier, celle où l'étranger souhaitait bénéficier de l'asile politique, si sa demande n'était pas « manifestement infondée »¹²⁵¹.

671. A cet égard, le Conseil considère que « cette cause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche ». Il précise que « le paragraphe II de l'article 20 bis *ne saurait s'entendre comme conférant au transporteur un pouvoir de police aux lieu et place de la puissance publique* »¹²⁵². Le Conseil souligne ainsi que ce dispositif a uniquement « pour finalité de prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile au motif que les intéressés seraient démunis de visa d'entrée en France »¹²⁵³. Le juge constitutionnel fait ici obstacle à ce qu'il soit confié, à des entreprises de transports, des pouvoirs de police.

672. Par la suite, le Conseil précise les contours de l'interdiction de délégation des missions de police administrative. Dans la décision du 20 novembre 2003, portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, les auteurs de la saisine contestaient une disposition autorisant l'État à passer, avec des personnes de droit privé agréées, des « marchés relatifs aux transports de personnes retenues en centres de rétention ou maintenues en zones d'attente »¹²⁵⁴. Pour ces

¹²⁴⁹ E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *op. cit.*, spéc. p. 767 ; M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure, Essai de modélisation juridique*, *op. cit.*, pp. 130-133.

¹²⁵⁰ Décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *Rec.* p. 48, cons. 20.

¹²⁵¹ *Idem*, cons. 21.

¹²⁵² *Idem*, cons. 32 (souligné par nous).

¹²⁵³ *Idem*, cons. 32.

¹²⁵⁴ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 87 et s.

derniers, cette disposition revenait à « déléguer à une personne privée une mission de souveraineté incombant par nature à l'État »¹²⁵⁵.

673. Contraint à affiner sa position en la matière, le Conseil souligne que les marchés en cause « ne peuvent porter *que sur la conduite et les mesures de sécurité inhérentes à cette dernière, à l'exclusion de ce qui concerne la surveillance des personnes retenues ou maintenues au cours du transport* qui demeure assurée par l'État ». Et de considérer que, « par l'exclusion de toute forme de surveillance des personnes transportées », une telle habilitation « réserve l'ensemble des tâches indissociables des missions de souveraineté dont l'exercice n'appartient qu'à l'État »¹²⁵⁶. Ainsi envisagée, l'interdiction de délégation ne viserait que les missions de souveraineté. Cette signification se retrouve, dès lors, dans plusieurs décisions du Conseil constitutionnel¹²⁵⁷.

674. Cependant, jusqu'en 2011, cette exigence demeurait dépourvue de fondement constitutionnel précis. Une nouvelle fois saisi à ce sujet dans la décision du 10 mars 2011 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, le Conseil a énoncé l'ancrage constitutionnel de cette exigence¹²⁵⁸. En l'espèce, l'article contesté assouplissait la mise en œuvre de dispositifs de vidéosurveillance par des personnes morales de droit privé, en leur permettant de procéder à l'exploitation et au visionnage de la vidéosurveillance de la voie publique¹²⁵⁹. Reprenant sa démonstration issue de la décision du 25 février 1992, le Conseil fonde son contrôle sur l'article 12 de la Déclaration de 1789, en vertu duquel « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique »¹²⁶⁰.

675. Le Conseil considère, *in extenso*, qu'« en confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et de visionner les images

¹²⁵⁵ *Idem*, cons. 88.

¹²⁵⁶ *Idem*, cons. 89.

¹²⁵⁷ Voir notamment la décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 2-8, spéc. cons. 8, dans laquelle le Conseil rappelle expressément que sont exclues du marché portant sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires que l'État est autorisé à passer avec des personnes privées, « les tâches inhérentes à l'exercice [...] de ses missions de souveraineté ». Dans le même sens : décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 21 ; décision n° 2012-651 D.C. du 22 mars 2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*, *Rec.* p. 155, cons. 5-6. Voir également la décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 92-98, spéc. cons. 97, dans laquelle le Conseil vérifie que soit strictement encadrée la faculté pour des personnels de sécurité privée dûment agréés de procéder à des inspections visuelles de bagages à main, des palpations de sécurité ou des fouilles de bagages à main.

¹²⁵⁸ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 14-19.

¹²⁵⁹ *Idem*, cons. 15-16.

¹²⁶⁰ *Idem*, cons. 18.

pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des *compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* », et conclut à la non-conformité de ces dispositions¹²⁶¹. Comme le relève Annabelle Pena, « le message est désormais clair : la surveillance visuelle de la voie publique dépasse le caractère d'une simple prestation matérielle de service public, dans la mesure où elle est intrinsèquement liée à la mission de police ». Elle ne saurait en être détachée¹²⁶².

676. Par conséquent, la seconde « limite aux limites » propres aux mesures de police administrative est désormais précisée et jouit d'un fondement textuel solide¹²⁶³. Les compétences de police administrative, ne pouvant être confiées à une personne privée, s'entendent de celles « inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits ». Le renforcement des exigences de l'ordre public, et la nécessité pour l'État de confier certaines de ses missions de police administrative à des personnes privées, ont donc conduit le Conseil constitutionnel à préciser cette exigence. Cette influence s'analyse également à l'égard des « limites aux limites » spécifiques aux mesures de police judiciaire.

b) Les « limites aux limites » propres aux mesures de police judiciaire

677. Comme les exigences relatives aux dispositifs de police administrative, les mesures de police judiciaire doivent poursuivre un but précis, à savoir la recherche des auteurs d'infractions, et ne peuvent être confiées à des personnes privées. Une « limite aux limites » supplémentaire est mobilisée, puisque la mise en œuvre des mesures de police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire. Là aussi, la jurisprudence constitutionnelle témoigne d'une précision croissante de ces trois contraintes au cours des dernières années. Confronté à des dispositions législatives « exigeant » davantage des droits fondamentaux, le Conseil explicite le but devant être poursuivi par toute mesure de police judiciaire (1), énonce les fondements sur lesquels repose l'interdiction de déléguer de telles

¹²⁶¹ *Idem*, cons. 19 (souligné par nous).

¹²⁶² A. PENA, « Commentaire de la décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, L.O.P.P.S.I. II », *R.F.D.C.*, n° 88, 2011, pp. 803-811, spéc. pp. 805-806.

¹²⁶³ M.-A. GRANGER, « La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Éléments de contribution tirés du commentaire de la décision "L.O.P.P.S.I." du Conseil constitutionnel », *R.S.C.*, oct.-déc. 2011, pp. 789-800, spéc. p. 793.

missions (2) et impose expressément la subordination de leur exercice au contrôle de l'autorité judiciaire (3).

1) La subordination explicite des mesures de police judiciaire à l'exigence de recherche des auteurs d'infractions

678. Adoptées pour répondre à l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, les mesures de police judiciaire doivent nécessairement poursuivre un but répressif, lié à la constatation¹²⁶⁴ et la poursuite¹²⁶⁵ des infractions ou au rassemblement des preuves¹²⁶⁶. Le Conseil veille au respect de cette exigence, en recherchant le motif poursuivi par les mesures qualifiées comme telles. Cet examen résulte, par exemple, de la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure. A propos de l'examen des dispositions instituant des visites de véhicules réalisées « en vue de constater des infractions flagrantes », le Conseil considère que celles-ci sont conformes à la Constitution, « en raison de la condition à laquelle elles subordonnent les visites »¹²⁶⁷. Les officiers de police judiciaire peuvent procéder à ce type de contrôle uniquement « lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou d'un passager une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis, comme auteur ou comme complice, un crime ou un délit flagrant »¹²⁶⁸.

679. Qui plus est, le Conseil ajuste l'exigence de recherche des auteurs d'infractions lorsque les mesures de police judiciaire dérogent aux actes d'enquête et d'instruction de droit commun. A propos des procédures spéciales instituées par l'article premier de la loi du 9 mars 2004 et relatives à la constatation et la poursuite des infractions inscrites à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, le Conseil considère que l'autorité judiciaire ne saurait « autoriser leur utilisation *que* dans la mesure nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions *particulièrement graves et complexes* »¹²⁶⁹.

680. Bien que l'examen du but poursuivi constitue, dans le même temps, un élément du contrôle de la nécessité, il découle de ce considérant que ces mesures de police judiciaire

¹²⁶⁴ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 19.

¹²⁶⁵ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 46.

¹²⁶⁶ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 5.

¹²⁶⁷ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 14.

¹²⁶⁸ *Idem*, cons. 13. Dans le même sens, voir notamment la décision n° 2011-625 D.C. du 11 mars 2011, *précitée*, cons. 70, à propos de la création de logiciels de rapprochement judiciaire.

¹²⁶⁹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 69.

doivent non seulement tendre à la recherche d'auteurs d'infractions mais aussi, et exclusivement, à la recherche d'auteurs d'infractions spécifiques pour lesquelles elles sont instituées. Le Conseil veille à ce que ce but spécifique soit visé. Dans la décision du 2 mars 2004, il censure ainsi la disposition exonérant de nullité les procédures spéciales autorisées par l'autorité judiciaire lorsque que ne sont pas visées l'une des infractions relevant de l'article 706-73 du Code de procédure pénale¹²⁷⁰.

681. En ce sens, le Conseil contrôle le but poursuivi par les mesures de police judiciaire au regard des éventuels enchevêtrements avec la finalité de sauvegarde de l'ordre public, ainsi qu'entre les mesures de droit commun et celles qui y dérogent. Ces dernières doivent avoir pour seul motif le but pour lequel elles ont été établies. Ce constat témoigne de la précision de la contrainte constitutionnelle pesant sur les mesures de police judiciaire. Un tel ajustement se retrouve à propos des deux autres « limites aux limites » propres à ces dispositifs.

2) *La précision de l'interdiction de privatiser la police judiciaire*

682. Dans ses décisions, le Conseil constitutionnel s'est rarement prononcé sur une disposition confiant une partie des missions de police judiciaire à des acteurs privés. La décision du 29 août 2002, portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice, pouvait d'ores et déjà donner des indications sur la marge de manœuvre du législateur en la matière. La disposition contestée confiait, au sein d'établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance, à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées¹²⁷¹. Le Conseil déclare cette mesure conforme à la Constitution puisque sont exclues de la délégation « les tâches inhérentes à l'exercice, par l'État, de ses missions de souveraineté »¹²⁷². En revanche, il n'avait pas davantage précisé les contours de cette exigence, ni indiqué son fondement textuel.

683. L'examen de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure en 2011 a été l'occasion pour le Conseil de préciser cette « limite aux limites » aux droits fondamentaux. Soulevé d'office, l'article 10 de la loi avait pour objet de créer un fonds de soutien à la police scientifique et technique, destiné à contribuer au financement des opérations liées à l'alimentation et à l'utilisation de deux fichiers de police

¹²⁷⁰ *Idem*, cons. 70-71.

¹²⁷¹ Décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 2.

¹²⁷² *Idem*, cons. 8.

judiciaire, le fichier national automatisé des empreintes génétiques et le fichier automatisé des empreintes digitales. Ce fonds aurait été alimenté par un versement, dont le montant devait être déterminé par convention en fonction de la valeur des biens restitués ayant indemnisé lesdits biens¹²⁷³.

684. En outre, ce fonds, qui permet l'affectation de ressources au sein du budget de l'État, constitue un « fonds de concours » soumis à l'article 17 de la loi organique du 1^{er} août 2001, selon lequel l'utilisation des crédits ouverts par cette voie « doit être conforme à l'intention de la partie versante »¹²⁷⁴. Autrement dit, si un fonds de concours était mis en œuvre au soutien d'une mission de police, la personne privée qui verse au fonds de concours aurait un droit sur les conditions d'accomplissement de la mission et les buts poursuivis¹²⁷⁵.

685. Le Conseil estime que les modalités d'exercice des missions de police judiciaire ne sauraient « être soumises à la volonté des personnes privées » sans être contraires aux articles 12 et 13 de la Déclaration de 1789¹²⁷⁶. Il reconnaît qu'il ne peut y avoir de privatisation de la force publique et, en l'espèce, des missions de police judiciaire¹²⁷⁷. Le législateur rencontre désormais un obstacle constitutionnellement fondé et précisé¹²⁷⁸. En dernier lieu, l'examen des lois relatives aux exigences renouvelées de l'ordre public permet au Conseil constitutionnel de préciser la troisième exigence propre aux mesures de police judiciaire, tenant au contrôle de l'autorité judiciaire.

3) *La subordination explicite des mesures de police judiciaire à la direction et au contrôle de l'autorité judiciaire*

686. La troisième « limite aux limites » spécifique aux mesures de police judiciaire réside dans l'exigence que leur exercice soit placé sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire. Le Conseil constitutionnel précise la signification de cette contrainte pesant sur le législateur ainsi que son fondement textuel.

¹²⁷³ Décision n° 2011-625 D.C. du 11 mars 2011, *précitée*, cons. 64.

¹²⁷⁴ *Idem*, cons. 66.

¹²⁷⁵ Commentaire sous la décision n° 2011-625 D.C. du 11 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, spéc. pp. 40-41.

¹²⁷⁶ Décision n° 2011-625 D.C. du 11 mars 2011, *précitée*, cons. 66.

¹²⁷⁷ Commentaire sous la décision n° 2011-625 D.C. du 11 mars 2011, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁷⁸ M.-A. GRANGER, « La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Éléments de contribution tirés du commentaire de la décision "L.O.P.P.S.I." du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 794.

Une exigence précisée

687. Si les prémices de cette condition de constitutionnalité transparaissent de la jurisprudence dès 1986¹²⁷⁹, le lien entre cette exigence et la nature judiciaire des mesures de police est établi dans la décision du 16 juillet 1996, relative à la loi tendant à la répression du terrorisme. Le Conseil considère que le législateur peut prévoir la possibilité d'opérer des visites, perquisitions et saisies de nuit dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train de se commettre ou vient de se commettre, à la « condition que l'autorisation de procéder auxdites opérations émane de l'autorité judiciaire »¹²⁸⁰. Dans les décisions ultérieures, le Conseil énonce les contours de cette condition.

688. En premier lieu, le Conseil indique la signification de cette exigence constitutionnelle sous son aspect fonctionnel. Il considère, depuis 1993, que l'autorité judiciaire comprend « à la fois les magistrats du siège et ceux du Parquet »¹²⁸¹. Toutefois, le Conseil exige que les mesures de police judiciaire soient placées sous le contrôle du Procureur de la République, lors des enquêtes de flagrance et préliminaire, et du juge d'instruction, pendant une instruction judiciaire. Cette différenciation fonctionnelle résulte de la décision Q.P.C. du 16 septembre 2010 M. Jean Victor C. Les requérants contestaient ici la possibilité, pour les officiers de police judiciaire, de procéder au prélèvement et à l'enregistrement des empreintes génétiques d'une personne, dont il existe des indices graves et concordants, rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions prévues à l'article 706-55 du Code de procédure pénale. Pour le Conseil, un tel acte, « nécessairement accompli dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction judiciaires, est placé sous le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction »¹²⁸².

689. Au stade de l'enquête, le Conseil constitutionnel vérifie que la mise en œuvre des mesures de police judiciaire est « réalisée sous la direction et le contrôle permanent du

¹²⁷⁹ Décision n° 86-211 D.C. du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, Rec. p. 120, cons. 3, dans laquelle le Conseil considère que les nouvelles modalités de contrôle d'identité « ne sont pas, sous les conditions de forme et de fond énoncées par ces deux textes, et compte tenu en particulier du rôle confié à l'autorité judiciaire, contraires à la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions » (souligné par nous).

¹²⁸⁰ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 17 (souligné par nous). Dans le même sens, voir la décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 6 et cons. 64.

¹²⁸¹ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 5 ; Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 26.

¹²⁸² Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 12 (souligné par nous).

procureur de la République »¹²⁸³, magistrat de l'ordre judiciaire¹²⁸⁴. Il s'assure que les opérations de police judiciaire sont prises sur les réquisitions du procureur. Lorsqu'elles sont mises en œuvre lors d'une enquête de flagrance, c'est-à-dire décidées par l'officier de police judiciaire sans autorisation préalable d'un magistrat¹²⁸⁵, le Conseil examine que le procureur est « au plus tôt informé », que le reste de la procédure est « placé sous sa surveillance »¹²⁸⁶ et qu'il exerce un contrôle « effectif et permanent »¹²⁸⁷.

690. Dans le cadre de l'ouverture d'une information judiciaire, le Conseil constitutionnel exige, en revanche, que la possibilité d'effectuer des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction, est subordonnée à une autorisation du juge d'instruction¹²⁸⁸. Par exemple, à propos de dispositifs ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles ou d'images en vue de la recherche des auteurs d'infractions mentionnées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, le Conseil examine que le législateur a fait du juge d'instruction ou, le cas échéant, du juge des libertés et de la détention, « l'autorité compétente pour *ordonner* l'utilisation de ces procédés » et qu'il les ait placés « sous le contrôle du magistrat qui les a autorisés »¹²⁸⁹.

691. En second lieu, le Conseil constitutionnel définit l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire propre aux mesures de police judiciaire sous son aspect organique. Dès la décision du 27 décembre 1990 relative à la loi sur la réglementation des communications, le Conseil s'assure que les officiers ou agents de police judiciaire et fonctionnaires, autorisés à procéder à des saisies de matériel, agissent « sous le contrôle de l'autorité judiciaire »¹²⁹⁰.

692. Mais c'est surtout dans la décision du 10 mars 2011 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure que le Conseil précise la notion de « contrôle par l'autorité judiciaire de la police judiciaire »¹²⁹¹. En l'espèce, le législateur entendait ajouter à la liste des personnes autorisées à opérer des contrôles

¹²⁸³ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 19.

¹²⁸⁴ Décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, *Rec.* p. 213, cons. 6. Voir également : Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 76.

¹²⁸⁵ J. BUISSON, « Les règles applicables au constat d'une infraction flagrante », *J.C.P. G.*, n°41, 10 octobre 2007, pp. 24-27.

¹²⁸⁶ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 10, 13 et 14.

¹²⁸⁷ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 76.

¹²⁸⁸ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 55.

¹²⁸⁹ *Idem*, cons. 64 (souligné par nous).

¹²⁹⁰ Décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990, *Loi sur la réglementation des communications*, *Rec.* p. 91, cons. 15.

¹²⁹¹ A. PENA, « Commentaire de la décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, L.O.P.P.S.I. II », *op. cit.*, *spéc.* p. 805.

d'identité, les agents de police judiciaire adjoints et les agents de police municipale. Or, ces derniers, qui relèvent des autorités communales, ne sont pas mis à la disposition des officiers de police judiciaire. Ils n'auraient donc pas été placés, en l'espèce, sous la direction de l'autorité judiciaire. Le Conseil censure cette disposition, considérant que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire¹²⁹².

693. Cette exigence implique que le Code de procédure pénale « assure le contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les officiers de police judiciaire, chargés d'exercer les pouvoirs d'enquête judiciaire et de mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires à leur réalisation »¹²⁹³. Logiquement, le Conseil souligne que cette exigence ne serait pas respectée « si des pouvoirs généraux d'enquête criminelle ou délictuelle étaient confiés à des agents qui ne sont pas mis à la disposition des officiers de police judiciaire »¹²⁹⁴.

694. Selon Annabelle Pena, ce considérant signifie, pour la première fois, que le contrôle de l'autorité judiciaire « doit être direct et qu'il ne peut en aucun cas être d'une certaine manière parasité par l'intervention du maire sous l'autorité duquel sont placés les agents de police municipale »¹²⁹⁵. De la sorte, le juge constitutionnel énonce progressivement la signification de l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire à l'égard des mesures de police judiciaire. De même, le Conseil précise le fondement textuel de cette exigence.

Un fondement consolidé

695. Jusqu'en 2011, aucune disposition constitutionnelle constituait, explicitement, le fondement de l'exigence d'intervention de l'autorité judiciaire pour toute mesure de police judiciaire. Celle-ci paraissait s'entrechoquer avec le principe découlant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle¹²⁹⁶. Le Conseil vérifie en effet l'intervention de « la garantie de l'autorité judiciaire »¹²⁹⁷, non seulement en raison de la nature judiciaire de la mesure, mais aussi lorsque cette dernière porte atteinte à la liberté individuelle. Cette « juxtaposition des exigences »¹²⁹⁸ résulte, en particulier, de la décision du 11 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de

¹²⁹² Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 59.

¹²⁹³ *Ibidem* (souligné par nous).

¹²⁹⁴ *Ibidem*.

¹²⁹⁵ A. PENA, « Commentaire de la décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, L.O.P.P.S.I. II », *op. cit.*, spéc. p. 805.

¹²⁹⁶ *Infra*, n° 811 et s.

¹²⁹⁷ M. DELMAS-MARTY (dir.), *La mise en état des affaires pénales*, rapport de la Commission justice pénale et droits de l'homme, La Documentation française, Paris, 1991, spéc. p. 71.

¹²⁹⁸ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure, Essai de modélisation juridique*, *op. cit.*, p. 170.

l'immigration. Il est délicat de déterminer si, en l'espèce, l'information du procureur de la République du placement en garde à vue d'une personne s'impose au regard de la nature judiciaire de la mesure ou de l'atteinte portée, en elle-même, à la liberté individuelle¹²⁹⁹.

696. La rédaction de certains considérants entretient également la confusion entre ces deux exigences. Dans plusieurs décisions, le Conseil souligne que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigations spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières [...], *c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle* »¹³⁰⁰.

697. Bien que ces deux contrôles peuvent se confondre, ils sont animés par des logiques différentes. Comme le relève Marc-Antoine Granger, l'un est exigé « en raison de la nature judiciaire du dispositif policier : il s'agit de la direction et du contrôle de la police judiciaire. L'autre est exigé en raison de l'atteinte portée à la liberté individuelle »¹³⁰¹. L'intervention de l'autorité judiciaire peut, certes, être mobilisée comme rempart aux limites aux droits fondamentaux à la fois au titre de la nature judiciaire de la mesure et de l'atteinte portée à la liberté individuelle, mais ces deux contraintes ont des objets distincts.

698. De plus, leurs champs d'application se distinguent. Si toute mesure de police judiciaire porte atteinte à la liberté individuelle *lato sensu*, les mesures affectant cette liberté ne revêtent pas toutes une nature judiciaire. De surcroît, les modalités d'intervention de l'autorité judiciaire au titre de la direction et du contrôle des mesures de police judiciaire se différencient de celles déployées au titre de gardien de la liberté individuelle¹³⁰².

699. Ces confusions tendent à se dissiper dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans la décision du 19 janvier 2006 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme, le

¹²⁹⁹ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 3 : « Considérant que la garde à vue mettant en cause la liberté individuelle dont, en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire assure le respect dans les conditions prévues par la loi, il importe que les décisions prises en la matière par les officiers de police judiciaire soient portées aussi rapidement que possible à la connaissance du Procureur de la République, afin que celui-ci soit à même d'en assurer effectivement le contrôle ».

¹³⁰⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 6 ; Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 11 (souligné par nous). Voir également les considérants 23 à 27 de la décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*.

¹³⁰¹ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure, Essai de modélisation juridique, op. cit.*, spéc. p. 170.

¹³⁰² *Infra*, n° 811 et s.

Conseil met d'ores et déjà en exergue le principe selon lequel la compétence du juge découle de la seule nature de l'opération de police, nonobstant la liberté affectée par la mesure¹³⁰³.

700. Surtout, dans la décision du 10 mars 2011, il rattache explicitement à l'article 66 de la Constitution l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire sur les opérations de police judiciaire, sans référence à la liberté individuelle. La disposition contestée confiait des pouvoirs généraux d'enquête criminelle ou délictuelle à des agents qui ne sont pas mis à la disposition des officiers de police judiciaire, tels que les agents de police municipale. Seul l'aspect organique de l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire était donc, ici, concerné. Censurant cette disposition, le Conseil considère qu'« il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire »¹³⁰⁴.

701. L'apport de la décision du 10 mars 2011 est, là aussi, décisif dans la détermination des exigences constitutionnelles propres aux mesures de police¹³⁰⁵. Le Conseil impose désormais le contrôle de l'autorité judiciaire sur le fondement de l'article 66, envisagé ici non pas comme *garantie juridictionnelle* de la liberté individuelle, mais bien comme *garantie fonctionnelle et organique* de la police judiciaire.

702. Le renforcement des exigences de l'ordre public et l'adoption, par le législateur, de mesures affectant gravement l'exercice des droits et libertés conduisent ainsi le Conseil constitutionnel à préciser davantage les « limites aux limites » inhérentes aux mesures de police judiciaire et de police administrative. Le contrôle exercé apparaît renforcé, dans la mesure où la précision de ces exigences aboutit à la censure de dispositions phares de la politique de sécurité intérieure. Cependant, l'ajustement des contraintes propres à un type de mesures n'est pas nécessairement synonyme de renforcement du contrôle de constitutionnalité. L'analyse des « limites aux limites » spécifiques aux sanctions ayant le caractère d'une punition tend à le démontrer.

¹³⁰³ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 17, dans laquelle le Conseil précise que si le dispositif de contrôles automatisés des données signalétiques des véhicules peut être utilisé tant pour des opérations de police administrative que pour des opérations de police judiciaire, il doit, dans ce dernier cas, se trouver placé sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Sur ce point : A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 1675-1708, spéc. pp. 1681-1682.

¹³⁰⁴ Décision n° 2011-625 D.C. du 11 mars 2011, *précitée*, cons. 59.

¹³⁰⁵ M.-A. GRANGER, « La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Éléments de contribution tirés du commentaire de la décision "L.O.P.S.I." du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 798 et s.

c) Les « limites aux limites » propres aux sanctions ayant le caractère d'une punition

703. L'opération de qualification juridique de la mesure est précieuse en matière de sanction tant elle emporte, là aussi, des contraintes constitutionnelles précises. De manière constante depuis la Révolution¹³⁰⁶, la Constitution entoure de garanties spécifiques la détermination et le prononcé des peines, afin de protéger les citoyens contre l'arbitraire de la répression. Dès ses premières décisions, le Conseil constitutionnel énonce les « limites aux limites » inhérentes à ces mesures et reconnaît leur valeur constitutionnelle¹³⁰⁷.

704. Ces dernières visent, de prime abord, la peine, au sens du droit pénal classique. Définie comme « le châtement infligé au délinquant en rétribution de l'infraction qu'il a commise »¹³⁰⁸, elle se distingue d'autres mesures prévues par le Code pénal, telles que les mesures de sûreté. Tournée vers le passé, et par nature « afflictive, infamante, déterminée et définitive »¹³⁰⁹, la peine repose sur la culpabilité du condamné et est inscrite à l'article 8 de la Déclaration de 1789. Cette disposition énonce les conditions dans lesquelles la loi peut établir ce type de mesure et constitue le fondement à partir duquel le Conseil contrôle l'activité normative du législateur.

705. Par la suite, le Conseil a élargi le champ d'application des « limites aux limites » propres aux « peines prononcées par les juridictions répressives ». Depuis la décision du 30 décembre 1982 portant sur la loi de finances rectificative pour 1982, il considère que les principes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 s'appliquent à « toute sanction ayant le caractère d'une punition »¹³¹⁰, qu'elle soit prononcée par une autorité non judiciaire¹³¹¹ ou

¹³⁰⁶ Constitution du 3 septembre 1791, titre 1, 3^e et 6^e ; Constitution du 24 juin 1793, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, articles 12, 13, 14 et 15 et Acte constitutionnel, articles 5 et 96 ; Articles 233 et 239 de la Constitution du 22 août 1795 et articles 3, 9, 10, 12, 13, 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en tête de la Constitution ; Constitution du 22 frimaire an VIII, articles 62 et 64 ; Sénatus-Consulte du 28 floréal an XII, articles 130 et 132 ; Constitution du 4 novembre 1848, article 5.

¹³⁰⁷ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 7 et s. Sur ce point : M. DELMAS-MARTY, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, pp. 151-169, spéc. p. 162.

¹³⁰⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, spéc. p. 413.

¹³⁰⁹ *Idem*, pp. 419 et s.

¹³¹⁰ Décision n° 82-155 D.C. du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificatives pour 1982*, *Rec.* p. 88, cons. 33.

¹³¹¹ Décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 18, cons. 36.

non juridictionnelle¹³¹². A défaut d'une telle qualification, le Conseil n'impose pas le respect de ces contraintes¹³¹³.

706. L'énoncé des exigences spécifiques aux sanctions ayant le caractère d'une punition résulte particulièrement de la décision du 17 janvier 1989, portant sur la loi relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel. Il découle des articles 7 et 8 de la Déclaration qu'une peine « ne peut être infligée *qu'à la condition que* soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe des droits de la défense »¹³¹⁴.

707. Progressivement, le Conseil affine son considérant de principe¹³¹⁵. Depuis 1995¹³¹⁶, il souligne qu'« il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ; que, toutefois, il lui incombe d'assurer, ce faisant, la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés ; qu'il lui incombe également, en vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, de *respecter le principe de la légalité des peines et le principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines et des sanctions* »¹³¹⁷. Ce considérant se retrouve désormais, de manière constante, dans la jurisprudence constitutionnelle¹³¹⁸.

708. En dépit de la précision des exigences spécifiques pesant sur le législateur lors de la détermination des peines, l'intensité du contrôle tend à s'amoindrir. La légalité des délits et des peines (1), la nécessité et la proportionnalité des peines (2), et la nécessité des infractions (3) laissent une marge d'appréciation croissante au législateur.

¹³¹² Décision n° 89-260 D.C. du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Rec. p. 71, cons. 18.

¹³¹³ Tel est le cas des mesures de police, qui n'entrent pas, en vertu d'une jurisprudence constante, dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Voir : Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 57. Il en est de même des mesures de sûreté. Voir : Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 9. Sur ce point : *infra*, n° 1180 et s.

¹³¹⁴ Décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989, *précitée*, cons. 35 (souligné par nous) ; décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *précitée*, cons. 25 ; Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 47.

¹³¹⁵ Ne sont ici traités que les crimes, délits ainsi que les peines applicables, qui relèvent et qui concrétisent les « exigences de l'ordre public » au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Sont donc exclus de l'analyse ceux et celles qui concrétisent d'autres impératifs d'intérêt général, tels que l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet (décision n° 2009-580 du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec. p. 107, cons. 15).

¹³¹⁶ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 23.

¹³¹⁷ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 60 (souligné par nous).

¹³¹⁸ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 11 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 60, 70 et 103 ; Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 4 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 75.

1) *L'affaiblissement de la légalité des délits et des peines*

709. La légalité des délits et des peines est issue de l'adage *nullum crimen, nulla pena sine lege*, formulé au début du XIX^{ème} siècle¹³¹⁹. Mobilisée par le Conseil constitutionnel depuis 1973¹³²⁰, cette exigence a été d'abord précisée dans la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi *Sécurité et Liberté*. Pour le Conseil, elle implique « de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »¹³²¹. Autrement dit, le législateur doit adopter des dispositions précises et des formules « non équivoques »¹³²². Comme le relève le Doyen Louis Favoreu, le Conseil retient le sens strict du principe de légalité des délits et des peines, relatif à la précision des termes de l'infraction¹³²³.

710. A ce sujet, la portée de cette exigence diffère selon la nature de la sanction. Depuis la décision du 17 janvier 1989, le Conseil considère « qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements »¹³²⁴. Les décisions Q.P.C. rendues depuis 2010 confortent cette exigence atténuée en la matière¹³²⁵.

711. Ce considérant signifie, *a contrario*, que le principe de légalité produit des effets plus contraignants en droit pénal. Le législateur est tenu de « déterminer de manière certaine

¹³¹⁹ Sur l'origine du principe : D. REBUT, « Le principe de légalité des délits et des peines », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 19^e édition, 2013, pp. 669-684 ; J.-M. CARBASSE, « Légalité des délits et des peines », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 920-922.

¹³²⁰ Décision n° 73-80 L. du 28 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion*, Rec. p. 45, cons. 11. Le Conseil considère que « la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de peine privative de liberté », signifiant *a contrario* que le texte constitutionnel interdit qu'une disposition n'ayant pas valeur législative institue une mesure privative de liberté. Sur ce point : M. DELMAS-MARTY, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789 », *op. cit.*, spéc. p. 162.

¹³²¹ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 7.

¹³²² Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 75 ; Décision n° 86-213 D.C. du 3 septembre 1986, *précitée*, cons. 6 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 62 ; Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 8-9 et cons. 27.

¹³²³ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in P. MERLE et W. JEANDIDIER (dir.), *Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain*, Editions Cujas, Paris, 1983, pp. 169-209, spéc. p. 175.

¹³²⁴ Décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989, *précitée*, cons. 37.

¹³²⁵ Décision n° 2011-210 Q.P.C. du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.*, Rec. p. 78, cons. 3-5 ; Décision n° 2012-266 Q.P.C. du 20 juillet 2012, *M. Georges R.*, Rec. p. 390, cons. 6-7 ; Décision n° 2011-199 Q.P.C. du 25 novembre 2011, *M. Michel G.*, Rec. p. 555, cons. 7.

l'auteur visé par le délit et la peine »¹³²⁶, de désigner précisément les personnes au regard de la qualification retenue¹³²⁷ et de définir suffisamment les éléments constitutifs de l'infraction¹³²⁸. En matière délictuelle, le Conseil précise également que la « définition d'une incrimination doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci »¹³²⁹.

712. Par exemple, le Conseil déclare non conforme à la Constitution la définition des délits et crimes incestueux, dans la décision Q.P.C. du 16 septembre 2011, *M. Claude N.*. Il considère que « s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner des agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de *désigner précisément les personnes* qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille »¹³³⁰.

713. Cependant, cette exigence renforcée de la légalité des délits et des peines en matière pénale tend, elle-même, à s'affaiblir. La décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure illustre cet affaiblissement du degré du contrôle¹³³¹. En l'espèce, était contestée la légalité du délit de racolage passif, prévu à l'article 225-10-1 du Code pénal¹³³². Pour Dominique Rousseau et Christine Lazerges, l'atteinte à la légalité des délits et des peines était caractérisée, puisque « ni l'élément matériel, ni l'élément moral ne sont définis » par ce texte, « qui admet que la matérialité de l'infraction et l'intention de la commettre peuvent résulter d'une attitude même passive »¹³³³. Or, le Conseil considère que le principe de légalité des peines n'est pas méconnu, soulignant que ces dispositions « définissent en termes clairs et précis le délit de racolage public »¹³³⁴.

¹³²⁶ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78, cons. 30.

¹³²⁷ Décisions n° 2011-163 Q.P.C. du 16 septembre 2011, *M. Claude N.*, Rec. p. 446, cons. 3 et 4 ; Décision n° 2011-222 Q.P.C. du 17 février 2012, *M. Bruno L.*, Rec. p. 123, cons. 3-4.

¹³²⁸ Décision n° 2012-240 Q.P.C. du 4 mai 2012, *M. Gérard D.*, Rec. p. 233, cons. 3-5.

¹³²⁹ Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, Rec. p. 75, cons. 16.

¹³³⁰ Décisions n° 2011-163 Q.P.C. du 16 septembre 2011, *précitée*, cons. 4 (souligné par nous).

¹³³¹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 58-65.

¹³³² En vertu de cet article, « le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ».

¹³³³ D. ROUSSEAU et C. LAZERGES, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *R.D.P.*, 2003, pp. 1147-1162, spéc. p. 1156.

¹³³⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 62.

714. Selon Constance Grewe et Renée Koering-Joulin, le contrôle de légalité des délits et des peines tend, par là même, à se rapprocher de l'exigence plus générale de la qualité de la loi¹³³⁵. Dans la décision du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes, le Conseil vérifie seulement que les éléments constitutifs du délit de participation à un groupement en vue de violences volontaires sont « formulés en des termes qui ne sont *ni obscurs ni ambigus* »¹³³⁶. Le juge aligne ainsi l'exigence de légalité propres aux peines sur celle, générique, relative à la qualité de la loi¹³³⁷.

715. Le Conseil constitutionnel recourt également aux réserves d'interprétation, afin de « compenser » la définition de l'incrimination retenue par le législateur. Les décisions relatives aux lois pénales intervenues entre 2002 et 2008 témoignent de l'utilisation de cette technique. Durant cette période, 22 réserves d'interprétation ont été adoptées par le Conseil¹³³⁸. Leur mobilisation constitue un outil de compromis¹³³⁹, témoin du relâchement du contrôle¹³⁴⁰.

716. Dans la décision du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel ajoute, à propos du délit d'exploitation de la mendicité, que s'appliquera de plein droit à la définition critiquée « le principe général du droit pénal énoncé à l'article 121-3 du code pénal », selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre¹³⁴¹. Or, il apparaît difficile de déterminer pourquoi, spécifiquement à propos de ce délit, le Conseil rappelle ce principe général¹³⁴².

717. L'imprévision des réserves d'interprétation amplifie le mouvement offrant au juge pénal le pouvoir de redessiner la loi¹³⁴³. L'exemple de la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité est particulièrement significatif. Parmi la liste des infractions commises en bande organisée et soumises à la procédure dérogatoire de droit

¹³³⁵ C. GREWE et R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures anti-terroristes », *op. cit.*, spéc. p. 903.

¹³³⁶ Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 7-9.

¹³³⁷ *Supra*, n° 556 et s.

¹³³⁸ C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009, pp. 34-41, spéc. p. 37.

¹³³⁹ G. ROYER, « La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel », *R.S.C.*, 2008, pp. 825-848, spéc. p. 833.

¹³⁴⁰ C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *op. cit.*, spéc. p. 38.

¹³⁴¹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 76-77.

¹³⁴² D. ROUSSEAU et C. LAZERGES, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *op. cit.*, spéc. p. 1158.

¹³⁴³ D. MAYER, « Le Conseil constitutionnel et le juge pénal. Histoire d'une tentative de séduction vouée à l'échec », in *Les Droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 821-829, spéc. pp. 823-824. Voir aussi : S. PELLÉ, « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », *R.P.D.P.*, 2013, pp. 265-281, spéc. pp. 279-280.

commun en matière d'investigations et d'instruction, figure le vol. Le Conseil émet une réserve d'interprétation, considérant que, si le vol trouve sa place dans cette liste, « il ne saurait en être ainsi que s'il présente des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale [...] ; qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence de tels éléments de gravité dans le cadre de l'application de la loi déferée »¹³⁴⁴.

718. Cette réserve d'interprétation confère une marge d'appréciation certaine à l'autorité judiciaire. Elle lui transfère, en réalité, le contrôle de la légalité des délits et des peines¹³⁴⁵. Seule l'incrimination incompréhensible est, *in fine*, censurée par le Conseil, car manifestement contraire à la légalité des délits et des peines¹³⁴⁶. Dès lors, le renforcement des exigences de l'ordre public engendre un ajustement « vers le bas » de l'exigence constitutionnelle de légalité des délits et des peines. Cet affaiblissement du contrôle s'analyse également en matière de nécessité et de proportionnalité des peines.

2) Le contrôle restreint de la nécessité et de la proportionnalité des peines

719. La qualification d'une mesure en « sanction ayant le caractère d'une punition » emporte l'exigence, inscrite à l'article 8 de la Déclaration de 1789, selon laquelle « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Là aussi, l'apport de la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi *Sécurité et Liberté* est capitale puisque le Conseil constitutionnel y précise sa signification. Comme le soulignent Thierry Renoux et Michel De Villiers, la peine n'est nécessaire que lorsqu'elle est proportionnée à l'incrimination¹³⁴⁷. A l'inverse, elle est disproportionnée « si elle inflige une sanction excessive, au-delà de ce qui est socialement nécessaire pour remplir sa fonction de punition, mais également, pour les peines criminelles et correctionnelles privatives de liberté, d'amendement et de

¹³⁴⁴ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 17.

¹³⁴⁵ C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *op. cit.*, p. 38 ; G. ROYER, « La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel », *op. cit.*, pp. 838 et s.

¹³⁴⁶ Voir notamment la décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 74-76, dans laquelle le Conseil censure le délit d'intelligence économique au regard de « l'imprécision » de la définition des activités susceptibles de ressortir à l'intelligence économique.

¹³⁴⁷ T. RENOUX, M. DE VILLIERS, *Code Constitutionnel*, Litec, Lexis Nexis, coll. Les codes bleus, 5^e édition, Paris, 2012, pp. 99 et s.

réinsertion »¹³⁴⁸. De la sorte, le Conseil vérifie que la peine « n'est pas manifestement contraire » à cette exigence¹³⁴⁹.

720. La jurisprudence constitutionnelle témoigne d'un contrôle en deux volets de la nécessité des peines. D'une part, le Conseil examine le rapport entre le *montant* de la sanction et l'infraction, qu'il s'agisse d'une peine proprement dite¹³⁵⁰ ou d'une sanction administrative¹³⁵¹. Il s'emploie à vérifier « qu'eu égard à la qualification des faits en cause, la détermination des sanctions dont sont assorties les infractions correspondantes n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation »¹³⁵².

721. D'autre part, le Conseil examine la proportion entre la *nature* de l'infraction et la peine maximale encourue¹³⁵³. Dans la décision du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupe, le Conseil évalue le rapport entre le quantum de la peine avec l'incrimination créée. Il considère qu'« en punissant d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende la participation intentionnelle [...] à un groupement en vue de commettre des actes de violence aux personnes ou de dommages aux biens, le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée »¹³⁵⁴.

722. Le second volet de l'exigence de nécessité des peines a été précisé par le Conseil constitutionnel. Il vise plus spécifiquement le rapport entre le *degré de gravité* de l'infraction et la peine encourue. Dans la décision du 9 août 2007 portant sur la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, le Conseil s'attache à contrôler que le régime des peines minimales, lorsque les faits ont été commis une nouvelle fois en état de récidive légale, n'est applicable qu'aux crimes et certains délits d'une particulière gravité. Afin d'évaluer la nécessité des peines instituées, il prend en compte les « éléments de gravité » propres aux infractions visées. Il considère que « l'instauration de peines minimales

¹³⁴⁸ *Ibidem*.

¹³⁴⁹ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 13.

¹³⁵⁰ Décision n° 86-215 D.C. du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, Rec. p. 130, cons. 7 : « Considérant qu'en l'absence de *disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue*, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci » (souligné par nous) ; Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *précitée*, cons. 8 : « la sanction résultat de l'application de l'article L. 21-2 du Code de la route ne saurait donc être considérée comme manifestement disproportionnée par rapport à la faute sanctionnée ».

¹³⁵¹ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 30-31.

¹³⁵² *Idem*, cons. 23 ; Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *précitée*, cons. 13.

¹³⁵³ T. RENOUX, M. DE VILLIERS, *Code Constitutionnel*, op. cit., spéc. p. 99.

¹³⁵⁴ Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 14-15.

d'emprisonnement à environ un tiers de la peine encourue » ne méconnaît pas le principe de nécessité des peines »¹³⁵⁵.

723. Cet examen découle également de la décision du 16 juillet 1996 relative à la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme. En l'espèce, était contestée la déchéance de la nationalité française pour les personnes ayant acquis cette qualité et qui ont été condamnées pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme. Le Conseil considère qu'« eu égard à la *gravité toute particulière* que revêtent par nature les actes de terrorisme, cette sanction a pu être prévue sans méconnaître les exigences de l'article 8 de la Déclaration»¹³⁵⁶.

724. En dépit des précisions apportées par le Conseil à l'exigence de nécessité des peines, l'intensité du contrôle demeure restreinte dans ses décisions. Peu de dispositions sont censurées sur le fondement de cette exigence, quand bien même elle est régulièrement invoquée par les auteurs de saisines. En particulier, le degré de gravité des infractions examinées paraît justifier, en lui-même, le quantum plus élevé de la peine, sans qu'un véritable examen du rapport de proportion n'ait lieu¹³⁵⁷. Le Conseil vérifie l'absence de « disproportion manifeste » entre les infractions et les sanctions encourues, et rappelle qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur. Ce degré de contrôle s'analyse lors de l'examen de la nécessité du délit d'installation illicite en réunion sur un terrain¹³⁵⁸, du délit d'outrage à l'hymne national et au drapeau tricolore¹³⁵⁹ et de la répression des actions préparatoires à des violences volontaires¹³⁶⁰.

725. De même, dans la décision du 7 octobre 2010 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, le Conseil vérifie seulement que la conciliation opérée n'est pas manifestement disproportionnée¹³⁶¹. Il ne contrôle pas les incidences de cette interdiction généralisée sur l'exercice des droits et libertés¹³⁶². Ainsi envisagé, le contrôle de la nécessité mobilisé par le Conseil aboutit à la censure d'une disposition uniquement lorsque le défaut de nécessité et de proportionnalité est manifeste. Dans la décision du 10 mars 2011 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité

¹³⁵⁵ Décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *précitée*, cons. 9-11, spéc. cons. 11 (souligné par nous).

¹³⁵⁶ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 23 (souligné par nous).

¹³⁵⁷ *Ibidem* ; décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *précitée*.

¹³⁵⁸ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 72.

¹³⁵⁹ *Idem*, cons. 105.

¹³⁶⁰ Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 13-18.

¹³⁶¹ Décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010, *précitée*, cons. 5.

¹³⁶² W. SABETE, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 9 mai 2011, pp. 885-888, spéc. p. 887 ; O. BEAUD et P. WACHSMANN, « Ouverture. Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012, pp. 7-12, spéc. p. 11.

intérieure, le Conseil censure l'article 53 relatif au délit de revente de billets d'entrée à l'ensemble des manifestations culturelles, sportives ou commerciales sur un réseau de communication au public en ligne, car le législateur s'est fondé « sur des critères manifestement inappropriés à l'objet poursuivi »¹³⁶³.

726. La faible intensité du contrôle de nécessité des peines se mesure, enfin, à travers la tendance du juge constitutionnel à reporter cette exigence sur l'autorité judiciaire. Par exemple, à propos du refus d'une personne de se soumettre à un prélèvement externe lors d'une enquête de police, le Conseil estime que le législateur n'a pas fixé un quantum disproportionné pour sanctionner ce refus. Néanmoins, il souligne aussitôt « qu'il appartiendra à la juridiction répressive, lors du prononcé de la peine [...] de *proportionner* cette dernière à celle qui pourrait être infligée pour le crime ou le délit à l'occasion duquel le prélèvement a été demandé »¹³⁶⁴.

727. Ce report de l'exigence de nécessité sur le juge judiciaire s'analyse aussi dans la décision du 9 août 2007, relative à la loi renforçant la lutte contre la récidive. A propos des peines applicables aux infractions commises en état de récidive légale, l'absence de méconnaissance du principe de nécessité tient à la seule possibilité pour la juridiction de prononcer une peine inférieure, en considération des circonstances de l'infraction¹³⁶⁵.

728. Ce faisant, le Conseil n'opère pas un contrôle de nécessité de manière objective, au regard du champ d'application de la sanction, mais s'assure de la faculté pour le juge judiciaire de moduler la peine ou de prononcer une mesure plus légère¹³⁶⁶. Or, cet examen de la nécessité paraît contraire à la lettre de l'article 8 de la Déclaration¹³⁶⁷. Comme l'indiquait François Luchaire, les peines instituées « doivent être nécessaires en elles-mêmes sans qu'un juge, à l'occasion de la condamnation, n'ait à les rendre effectivement proportionnées »¹³⁶⁸. Cette retenue du juge constitutionnel se retrouve, en dernier lieu, à propos de l'exigence de nécessité des infractions.

¹³⁶³ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 43.

¹³⁶⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 57.

¹³⁶⁵ Décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *précitée*, cons. 10.

¹³⁶⁶ A. JENNEQUIN, « Le contrôle de compatibilité avec la Constitution en matière de droit pénal », *A.J.D.A.*, 24 mars 2008, pp. 594-597 ; En ce sens également, Etudiants du Master 2 recherche droit pénal de l'Université Montesquieu Bordeaux IV, « La nécessité des peines », *Droit pénal*, 2011, pp. 25-27.

¹³⁶⁷ A cet égard, le pouvoir du juge n'est pas évoqué dans l'article 8 de la Déclaration, de sorte que « la loi est d'interprétation stricte et aucune initiative ne saurait être laissée aux tribunaux » : M. CAVERIVIERE, « Article 8 », in G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histories, analyses et commentaires*, Economica, Paris, 1993, pp. 173-186.

¹³⁶⁸ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *R.D.P.*, 1996, pp. 1245-1263, spéc. p. 1250.

3) Les faiblesses de l'exigence de nécessité des infractions

729. La qualification d'une mesure en sanction ayant le caractère d'une punition implique le respect par le législateur de la nécessité des infractions. Certes, le Conseil considère de manière constante qu'en vertu de l'article 61 de la Constitution, il ne dispose pas « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »¹³⁶⁹. Pourtant, l'apparition d'un considérant de principe dans la décision du 18 janvier 1995 portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité témoigne de l'émergence de cette exigence.

730. Après avoir rappelé la faculté pour le législateur « de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables », le Conseil constitutionnel précise d'emblée qu'« il lui incombe d'assurer, *ce faisant*, la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des libertés constitutionnellement protégées »¹³⁷⁰. Un lien logique apparaît dans l'enchaînement de ces deux phrases : la faculté pour le législateur d'adopter de nouvelles incriminations est soumise à l'exigence de conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis. De plus, il dissocie l'exigence de nécessité des infractions de celle de nécessité des peines. Après avoir énoncé qu'il incombe au législateur d'assurer une telle conciliation, le Conseil ajoute qu'il « lui incombe *également*, en vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, de respecter [...] le principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines et des sanctions »¹³⁷¹.

731. Cette dissociation est notable dans la décision du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupe. Était, en l'espèce, contestée la création du délit punissant le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens. Les requérants soutenaient que cette infraction n'était pas nécessaire, puisque les faits visés sont d'ores et déjà réprimés sous d'autres qualifications pénales¹³⁷². Le Conseil vérifie

¹³⁶⁹ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 12.

¹³⁷⁰ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 23; Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 11 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 60, 70 et 103 ; Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 4 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 11 mars 2011, *précitée*, cons. 75.

¹³⁷¹ *Ibidem* (souligné par nous).

¹³⁷² Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 5.

ainsi la nécessité de ce délit au regard de ceux réprimés par le Code pénal et conclut que le législateur réprime des agissements distincts de ceux déjà prohibés¹³⁷³. En cela, le Conseil contrôle explicitement cette exigence et la dissocie de l'examen de la nécessité et la proportionnalité des peines¹³⁷⁴.

732. Cependant, l'exigence de nécessité des infractions n'est formellement rattachée à aucune disposition de la Constitution. Pour Thierry Renoux et Michel De Villiers, elle trouverait une assise textuelle aux articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789. Dans la mesure où la loi n'a « pas tous les droits », ces dispositions impliqueraient que l'infraction ne doit pas être manifestement dépourvue de toute nécessité¹³⁷⁵. De même, cette exigence pourrait être rattachée à l'article 34 de la Constitution, fondement de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis. A défaut de rattachement exprès par le Conseil, la question du fondement de cette exigence reste pendante.

733. Ce constat explique vraisemblablement pourquoi le Conseil mobilise rarement l'exigence de nécessité des infractions. Outre les décisions du 25 février 2010 et du 13 mars 2003, dans lesquelles sont respectivement analysées la nécessité du délit de participation à un groupement en vue de violences volontaires¹³⁷⁶ et du délit d'outrage à l'hymne national et au drapeau tricolore¹³⁷⁷, le Conseil n'a sanctionné qu'une seule fois le législateur sur ce moyen. Dans la décision du 16 juillet 1996 relative à la loi renforçant la répression du terrorisme, le Conseil censure l'incrimination du « simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière », car il n'était pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste¹³⁷⁸.

734. Surtout, le Conseil constitutionnel n'opère qu'un examen lacunaire de la nécessité des incriminations. En particulier, il ne cherche pas à identifier la valeur sociale que le législateur entend protéger, ni l'utilité de l'incrimination. Ce serait pourtant ces deux contrôles qu'il conviendrait d'effectuer à l'aune de l'exigence de nécessité des infractions, afin d'en assurer l'effectivité¹³⁷⁹.

¹³⁷³ *Idem*, cons. 6. Voir également : Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *précitée*, cons. 14.

¹³⁷⁴ *Idem*, cons. 13-18.

¹³⁷⁵ T. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code Constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 101-102.

¹³⁷⁶ Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 6.

¹³⁷⁷ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 99-106.

¹³⁷⁸ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 8.

¹³⁷⁹ P. CASTERA, « Le principe de nécessité de la loi : le point de vue du constitutionnaliste », in F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Editions Cujas, Paris, à paraître.

735. En conclusion, le renouvellement des exigences de l'ordre public conduit le Conseil constitutionnel à ajuster les contraintes propres aux mesures caractérisées par leur qualification juridique. Cet ajustement s'observe à travers la précision des « limites aux limites » spécifiques aux mesures de police administrative et judiciaire, qui engendre un renforcement du contrôle exercé. Cet ajustement se traduit aussi par un nivellement vers le bas de l'intensité des « limites aux limites » aux droits fondamentaux. Tel est le cas de celles propres aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Le degré de contrainte des exigences spécifiques aux peines n'a pas été « relevé » d'un cran, quand bien même la détermination des infractions et sanctions par le législateur s'est diversifiée. Par ailleurs, l'affaiblissement du contrôle de constitutionnalité s'évalue lors de l'étape préliminaire à la détermination des « limites aux limites » spécifiques, tenant à la qualification de la mesure.

B) Le contrôle restreint de la qualification de la mesure

736. L'effectivité des contraintes constitutionnelles propres aux mesures caractérisées par leur nature juridique tient, au premier chef, à la détermination de cette qualification. Le choix de classer un dispositif législatif dans telle ou telle catégorie est à l'évidence capital puisque, de cette opération, dépend le champ d'application des « limites aux limites » aux droits fondamentaux. A ce sujet, bien que le Conseil constitutionnel ne s'estime pas lié par la qualification retenue par le législateur, il n'opère qu'un examen restreint de la nature juridique de la disposition et tend à s'aligner derrière l'appréciation législative initiale.

737. Ce contrôle restreint s'analyse à deux égards. D'une part, le Conseil s'abstient de rechercher la nature véritable des mesures de police qui sont soumises à son contrôle, alors même qu'un ensemble d'exigences constitutionnelles en dépend (a). D'autre part, il retient une interprétation restrictive de la notion de peine, de telle manière qu'une part importante de mesures échappe au filtre des « limites aux limites » propres à cette catégorie juridique (b).

a) Le contrôle atténué de la qualification des mesures de police

738. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, le renforcement des exigences de l'ordre public engendre une diversification des mesures prises sur le fondement des objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions. La

concrétisation législative de la sauvegarde de l'ordre public ne se traduit plus uniquement par l'adoption de mesures de police administrative *stricto sensu*. Dans le même temps, l'objectif de recherche des auteurs d'infractions conduit le législateur à renouveler et élargir les finalités visées par les mesures de police judiciaire. La détermination de la qualification juridique de ces dispositifs s'en trouve complexifiée.

739. Le Conseil constitutionnel n'exerce pourtant qu'un contrôle restreint de la nature exacte des mesures de police. Or, l'absence de la qualification d'un dispositif de mesure de police judiciaire exempt le législateur de respecter les contraintes qui s'y rattachent. *A contrario*, le défaut d'identification de la nature administrative de certaines mesures de police conduit le Conseil à ne pas imposer le respect des remparts qui lui sont propres. Il en résulte une réduction du champ d'application de ces « limites aux limites » spécifiques et un affaiblissement du contrôle de constitutionnalité de ces mesures. Cela se mesure à propos des mesures qualifiées de police administrative alors qu'elles visent des infractions particulières (1), et des mesures qualifiées de police judiciaire mais déterminées dans un lieu et une période donnés (2).

1) *La finalité altérée des mesures de police administrative visant des infractions particulières*

740. Le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le législateur à adopter des mesures de police qui, bien que poursuivant l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, ont pour finalité la prévention d'une ou plusieurs infractions pénalement réprimées¹³⁸⁰. Pour ne reprendre que quelques exemples, l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité habilite le représentant de l'État à autoriser l'installation de systèmes de vidéosurveillance sur la voie publique, dont un des objectifs est de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens « dans des lieux particulièrement exposés aux risques d'agression ou de vol »¹³⁸¹. Cet article habilite aussi les autorités publiques à autoriser de telles opérations « dans des lieux et établissements ouverts au public particulièrement exposés à des dangers d'agression ou de vol » et, depuis la loi du 14 mars 2011, de *trafic de stupéfiants* et des *fraudes douanières* et *délits* prévus par les articles 414, second alinéa et 415

¹³⁸⁰ *Supra*, n° 438 et s.

¹³⁸¹ Article 10 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, précitée.

du Code des douanes¹³⁸². Cette loi autorise également des personnes morales à mettre en œuvre sur la voie publique ce système, notamment « dans des lieux susceptibles d'être exposés à des actes de *terrorisme* »¹³⁸³.

741. Des infractions déterminées sont donc visées par ces mesures de police. Bien que ces dispositifs sont présentés par le législateur comme poursuivant une finalité préventive, et s'inscrivant dans un cadre de police administrative, la recherche des auteurs de ces infractions, poursuivie par ces mesures, ne peut guère être éludée. En effet, c'est bien dans la mesure où l'autorité compétente a « des indices faisant présumer » qu'il y a de fortes probabilités que ce type d'infractions se produise dans ces lieux, qu'elle décide de mettre en place ce dispositif. L'objectif de recherche des auteurs d'infractions se mêle, ici, à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. Par conséquent, qualifier ces mesures uniquement de police administrative est inexact.

742. Le Conseil constitutionnel tend néanmoins à ne retenir que la qualification de mesures de police administrative. Dans la décision du 10 mars 2011 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, il analyse la mise en œuvre de ces dispositifs de surveillance comme des « compétences de police administrative générale » et en contrôle la constitutionnalité seulement à travers les « limites aux limites » qui lui sont propres¹³⁸⁴. Il s'en tient exclusivement à la finalité de prévention, sans réellement rechercher pour quelles atteintes spécifiques à l'ordre public ces mesures sont adoptées par le législateur. Le Conseil n'identifie pas l'objectif de recherche des auteurs des infractions qui transparaît de ces dispositifs et ne décèle pas leur nature judiciaire.

743. Par là même, le respect des exigences qui s'y rattachent ne s'impose pas. En particulier, le législateur n'est pas constitutionnellement tenu de prévoir l'intervention de l'autorité judiciaire, à titre de direction et de contrôle de la police judiciaire. Dans la décision du 18 janvier 1995, le Conseil ne vérifie pas le respect de cette exigence à propos des systèmes de surveillance visant à prévenir des infractions spécifiques¹³⁸⁵. Comme le souligne Marc-Antoine Granger, « en qualifiant les dispositifs de prévention des infractions de mesure

¹³⁸² Article 18 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *J.O.R.F.* n° 0062 du 15 mars 2011, p. 4582.

¹³⁸³ *Ibidem*.

¹³⁸⁴ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 14-19, spéc. cons. 19.

¹³⁸⁵ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 2 à 13.

de police administrative alors même qu'ils revêtent une coloration judiciaire, ils se trouvent soustraits à la direction et au contrôle de l'autorité judiciaire »¹³⁸⁶.

744. Le Conseil constitutionnel confirme cette relation de cause à effet dans la décision du 19 janvier 2006, portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme. Les dispositifs de réquisitions administratives de données de connexion étant « des mesures de police purement administratives » – alors que l'infraction de terrorisme est ici visée –, « elles ne sont pas placées sous la direction ou la surveillance de l'autorité judiciaire, mais relèvent de la seule responsabilité du pouvoir exécutif »¹³⁸⁷.

745. En raison du contrôle restreint de la qualification exacte des mesures de police, le Conseil constitutionnel affranchit le législateur du respect de la « limite aux limites » tenant à la direction et au contrôle de l'autorité judiciaire. Le champ d'application de ce rempart constitutionnel se trouve réduit puisque, le nombre de mesures de police à la lisière entre les finalités préventives et répressives s'accroît¹³⁸⁸. Un tel enjeu autour de la qualification de la mesure se vérifie également à l'égard des mesures de police judiciaire, dont le lien avec la recherche d'auteurs d'infractions est peu à peu distendu.

2) *La finalité viciée des mesures de police judiciaire déterminées dans un lieu et une période donnés*

746. L'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions se traduit ces dernières années par l'adoption de mesures de police judiciaire aux finalités étendues. En plus du motif répressif, elles poursuivent, parfois explicitement, des finalités préventives¹³⁸⁹. Ces mesures, qualifiées de « proactives »¹³⁹⁰, visent « l'ensemble des investigations utilisant le plus souvent des techniques spéciales pour *prévenir la commission probable d'infractions* ou détecter des infractions déjà commises, mais encore inconnues »¹³⁹¹. A cet égard, les dispositifs relatifs à la recherche des infractions dans un cadre spatio-temporel prédéterminé

¹³⁸⁶ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, op. cit., spéc. p. 211.

¹³⁸⁷ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, précitée, cons. 5.

¹³⁸⁸ *Supra*, n° 438 et s.

¹³⁸⁹ *Supra*, n° 460 et s.

¹³⁹⁰ J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive. Suggestions pour un statut légal », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 57-60 ; Y. BISIQU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », op. cit., spéc. pp. 350-352.

¹³⁹¹ J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive. Suggestions pour un statut légal », op. cit., p. 57 (souligné par nous).

illustrent l'extension des finalités de certaines mesures de police judiciaire et la confusion qui entoure leur véritable motif.

747. En vertu de l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale, sur réquisitions écrites du procureur de la République et aux fins de recherche et de poursuite des actes de terrorisme, des infractions en matière d'armes et d'explosifs, de vol, de recel, ou des faits de trafic de stupéfiants, les officiers de police judiciaire « peuvent, *dans les lieux et pour la période de temps que ce magistrat détermine* et qui ne peut excéder vingt-quatre heures, renouvelables sur décision expresse et motivée selon la même procédure, procéder aux contrôles d'identité prévus au sixième alinéa de l'article 78-2 mais aussi à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public »¹³⁹².

748. Adopté pour répondre « à l'intérêt public qui s'attache à la recherche des auteurs d'infractions »¹³⁹³, ce dispositif de police judiciaire revêt cependant une dimension préventive au regard du standard mobilisé. En effet, le contrôle d'identité de la personne considérée paraît reposer davantage sur sa présence dans un espace et un horaire donnés, que sur un indice laissant présumer qu'elle a elle-même commis, ou tenté de commettre, une infraction. Preuve en est, l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale ne fait pas référence à la nécessité de prouver un tel indice¹³⁹⁴.

749. Comme l'indique la Cour de Cassation, cet article « n'exige pas que, pour prendre ses réquisitions, le procureur de la République démontre l'existence d'indices ou de commission, ou de risque de commission, des infractions visées par ledit article »¹³⁹⁵. Le motif susceptible de justifier l'exercice de ces contrôles renvoie ainsi « à des situations où n'entre pas en compte la commission d'une infraction pénale »¹³⁹⁶. Jacques Buisson remarque qu'« à défaut du lien exigé entre la personne interpellée et les infractions », de tels contrôles d'identité relèvent « davantage d'une mission de contrôle et de surveillance générale, caractéristique de la police administrative »¹³⁹⁷.

¹³⁹² Souligné par nous.

¹³⁹³ Décision n° 2003-267 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 12.

¹³⁹⁴ P. GAGNOUD, « L'extension du droit de fouilles des véhicules automobiles depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, dite loi sur la sécurité quotidienne », *op. cit.*, spéc. p. 3 ; J. BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité. Contrôles d'identité », *op. cit.*, § 79 et § 85.

¹³⁹⁵ C. cass., civ. 2^{ème}, 19 février 2004, n° 03-50029 ; n° 03-50034 ; n° 03-50032 ; n° 03-50031 ; n° 03-50028 ; n° 03-50030 ; n° 03-50027 ; n° 03-50026 ; n° 03-50033 ; n° 03-50025.

¹³⁹⁶ J.-F. BRISSON, « La surveillance des espaces publics », *op. cit.*, pp. 7-13, spéc. p. 11. Voir dans le même sens, à propos des dispositifs de visite de véhicules dans les zones frontalières : décision n° 97-389 D.C. du 27 avril 1997, *précitée*, cons. 17.

¹³⁹⁷ J. BUISSON, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité. Contrôles d'identité », *op. cit.*, § 85.

750. Confronté à ces dispositifs, le Conseil constitutionnel s'attache à la seule finalité répressive mentionnée dans la disposition législative, sans en rechercher les motifs préventifs. La nature judiciaire conduit le juge à contrôler ce dispositif uniquement à la lumière des contraintes qui lui sont propres, sans mobiliser celles inhérentes aux mesures de police administrative¹³⁹⁸. Le Conseil n'examine pas les véritables motifs de ces contrôles réalisés de « manière généralisée »¹³⁹⁹, dont l'unique considération tient au rapport à l'espace, pour une durée variable¹⁴⁰⁰.

751. De plus, le Conseil constitutionnel ne vérifie que partiellement la finalité de recherche des auteurs d'infractions devant être poursuivie par ces mesures de police judiciaire. Ces dernières pouvant être mises en œuvre en l'absence d'éléments ou indices faisant présumer la commission d'une infraction, le Conseil aurait dû les censurer pour non respect de cette exigence.

752. Certes, le Conseil indique, dans la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, que l'autorité judiciaire intervient pour s'assurer de la mise en œuvre des dispositifs prévus à l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale. Néanmoins, le contrôle de l'autorité judiciaire est en réalité très formel. Tant qu'une infraction ou une tentative d'infraction n'est pas découverte, l'autorité judiciaire n'est pas informée et sa capacité de direction et de contrôle est nulle¹⁴⁰¹. Des dispositifs, par nature fortement attentatoires aux droits fondamentaux et devant être mobilisés uniquement à des fins de recherche des auteurs d'infractions, sont donc mobilisés à des fins indéterminées, sans contrôle effectif de l'autorité judiciaire.

753. En somme, ce sont ici à la fois les contraintes spécifiques aux mesures de police administrative et celles inhérentes aux mesures de police judiciaire qui sont contournées, en raison du contrôle restreint de la qualification exercé par le Conseil. Le degré de contrainte des « limites aux limites » propres aux mesures de police se trouve donc affaibli. L'enjeu de la qualification de la mesure se révèle tout autant déterminant à propos des peines et sanctions ayant le caractère d'une punition.

¹³⁹⁸ Décision n° 2003-267 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 11-12.

¹³⁹⁹ L. FAVOREU, « Contrôle d'identité », note sous la décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, *R.F.D.C.*, 1993, p. 840.

¹⁴⁰⁰ M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, *op. cit.*, spéc. p. 241.

¹⁴⁰¹ *Ibidem*.

b) L'interprétation restrictive de la notion de sanction ayant le caractère d'une punition

754. La jurisprudence constitutionnelle témoigne de « revirements constants » dans l'interprétation de la peine. Cette discontinuité s'est accélérée au cours des dernières années, dans la mesure où le législateur multiplie les mesures proches de cette notion dans l'optique de concrétiser les exigences de l'ordre public. Son identification se révèle à la fois épineuse et capitale pour la protection des droits fondamentaux. A cet égard, le Conseil retient désormais une interprétation restrictive de la peine au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789, réduisant le champ d'application des contraintes qui lui sont propres. Cela se constate en matière pénale (1) et dans le domaine extra-pénal (2).

1) L'identification de la peine au sens du droit pénal classique

755. Jusqu'à présent, le Conseil constitutionnel n'a pas formulé de définition générale de la peine¹⁴⁰². Il est néanmoins possible de dégager deux critères cumulatifs sur lesquels se base le juge pour retenir une telle qualification, d'ordre organique et finaliste. Sur ces deux points, le Conseil retient une interprétation de plus en plus stricte de cette notion.

756. Sur le plan organique, le Conseil exige que la mesure soit prononcée par la juridiction de jugement pour être qualifiée de peine. Dans la décision du 8 décembre 2005 portant sur la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, il considère que le régime de surveillance judiciaire, étant « ordonné par la juridiction de l'application des peines », ne constitue « ni une peine ni une sanction »¹⁴⁰³. Les principes inscrits à l'article 8 de la Déclaration ne s'appliquent donc pas à la mesure de placement sous surveillance électronique mobile. En revanche, dans la décision du 9 août 2007 relative à la loi renforçant la lutte contre la récidive, une telle qualification est retenue pour les mesures de surveillance judiciaire

¹⁴⁰² M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *R.S.C.*, 2008, pp. 805-824, spéc. p. 808.

¹⁴⁰³ Décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, *Rec.* p. 153, cons. 14 : « [...] Qu'elle repose non sur la culpabilité du condamné mais sur sa dangerosité ; qu'elle a pour seul but de prévenir la récidive ; qu'ainsi, la surveillance judiciaire ne constitue ni une peine ni une sanction ».

prononcées par la juridiction de condamnation¹⁴⁰⁴, même si ces dispositifs sont composés de contraintes similaires à celles instaurées en 2005¹⁴⁰⁵.

757. Le Conseil précise également les modalités d'intervention de la juridiction de jugement pour que soit retenue la qualification de peine. A propos de la loi instaurant la rétention de sûreté, il considère qu'il ne suffit pas que la Cour d'assises prévoie et rende possible la mise en œuvre de cette mesure ; encore faut-il qu'elle soit décidée, c'est-à-dire ordonnée par elle lors du prononcé de la peine¹⁴⁰⁶. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque ce dispositif est décidé par la juridiction régionale de la rétention de sûreté après l'expiration de la peine¹⁴⁰⁷.

758. Outre le critère organique, l'identification de la peine repose, de manière décisive, sur sa finalité punitive. La position du Conseil constitutionnel est pourtant ambiguë sur ce point. Depuis 1994, il considère que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue non pas seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuel réinsertion »¹⁴⁰⁸. Le Conseil admet que la peine poursuit une pluralité d'objectifs et qu'elle ne peut se définir sans ses modalités d'exécution, tout au moins pour celles privatives de liberté¹⁴⁰⁹. En dépit de cette position, le Conseil n'identifie la peine, aux fins d'application des principes de l'article 8 de la Déclaration, qu'en fonction de sa finalité répressive¹⁴¹⁰.

759. Deux étapes dans la jurisprudence peuvent être analysées. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel retient une finalité extensive de la peine, comprenant à la fois son prononcé et ses modalités d'exécution. S'il distingue « par nature » ces deux catégories de mesures et a refusé, un temps, l'application des principes constitutionnels à l'égard des

¹⁴⁰⁴ Telles que l'injonction de soins. Voir : décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, Rec. p. 303, cons. 29-33.

¹⁴⁰⁵ M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*, p. 809.

¹⁴⁰⁶ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Rec. p. 89, cons. 9.

¹⁴⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁰⁸ Décision n° 94-334 D.C. du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, Rec. p. 27, cons. 12 ; Décision n° 2009-593 D.C. du 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*, Rec. p. 196, cons. 3 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 30.

¹⁴⁰⁹ T. RENOUX, « Rapport France – Table ronde : Constitution et droit pénal », *A.I.J.C.*, 2010, pp. 187-239, spéc. p. 204.

¹⁴¹⁰ J.-F. DE MONTGOLFIER, « L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine », in M. GIACOPELLI, B. DE LAMY et V. MALABAT (dir.), *Droit pénal. Le temps des réformes*, Litec, coll. Colloques et débats, Paris, 2011, pp. 231-239, spéc. p. 237.

mesures d'exécution de la peine¹⁴¹¹, il considère, en 1986 puis en 1994, que l'article 8 de la Déclaration ne se cantonne pas aux peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend aux modalités d'exécution de la peine. La période de sûreté¹⁴¹² et, plus largement, les mesures de sûreté qui assortissent les peines¹⁴¹³, ont ainsi été contrôlées à la lumière de ces principes.

760. Dans un second temps, le Conseil revient à une vision plus stricte et exclusivement préventive des modalités d'exécution de la peine. Dans la décision du 8 décembre 2005, il considère que le régime de surveillance judiciaire, qui « ne repose pas sur la culpabilité du condamné mais sur sa dangerosité » et a « pour *seul* but de prévenir la récidive [...] ne constitue ni une peine, ni une sanction »¹⁴¹⁴. L'emploi de l'adjectif « seul » signifierait que l'absence du moindre caractère répressif empêcherait le Conseil de retenir la qualification de peine. Faut-il en déduire, *a contrario*, qu'une mesure, bien que poursuivant une finalité de prévention de la récidive mais qui ne serait pas dépourvue de caractère punitif, serait qualifiée de peine ?

761. Une réponse négative paraît s'imposer au regard de la décision du 21 février 2008 sur la loi relative à la rétention de sûreté¹⁴¹⁵. Bien qu'il retienne les mêmes arguments qu'en 2005 pour exclure la qualification de peine, il considère que cette mesure a « pour but d'empêcher et de prévenir la récidive » sans préciser si c'est la *seule* finalité qu'elle poursuit¹⁴¹⁶ et sans rechercher, ni se prononcer, sur son éventuel caractère punitif.

762. Par conséquent, le Conseil retient une conception étroite de la peine au sens de l'article 8 de la Déclaration. Elle s'entend désormais comme celle prononcée par la juridiction de jugement et liée uniquement à l'appréciation de la culpabilité. Nombre de mesures, pourtant très connexes à la peine au regard de leurs finalités, échappent ainsi aux filtres constitutionnels qui s'y rattachent. Ce resserrement du champ d'application des « limites aux limites » spécifiques à la peine se mesure également hors du domaine strictement pénal.

¹⁴¹¹ Décision n° 78-98 D.C. du 22 novembre 1978, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, Rec. p. 33, cons. 6.

¹⁴¹² Décision n° 86-215 D.C. du 3 septembre 1986, *précitée*, cons. 3 et 23.

¹⁴¹³ Décision n° 93-334 D.C. du 20 janvier 1994, *précitée*, cons. 10 et 12.

¹⁴¹⁴ Décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *précitée*, cons. 12.

¹⁴¹⁵ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 9.

¹⁴¹⁶ B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour trouble mental) », *R.S.C.*, janvier/mars 2009, pp. 166-172, spéc. p. 169.

2) L'identification de la sanction ayant le caractère d'une punition

763. Comme il a déjà été indiqué, les principes découlant de l'article 8 de la Déclaration ne se cantonnent pas à la notion de peine au sens du droit pénal classique mais s'étendent, plus largement, à celle de « sanction ayant le caractère d'une punition »¹⁴¹⁷. Dans le domaine extra-pénal, les difficultés d'identification portent essentiellement sur sa distinction avec les mesures de police, ces dernières étant exclues du champ des « limites aux limites » spécifiques à la sanction. Or, le Conseil constitutionnel tend dorénavant à retenir une conception restrictive, voire renouvelée, de la notion de sanction au profit de la mesure de police. A ce sujet, le parallèle entre les décisions du 13 août 1993 et du 9 juin 2011, portant sur des lois relatives à la maîtrise de l'immigration, illustre l'affaiblissement du contrôle de la qualification de la mesure.

764. Dans ces deux décisions, le Conseil était saisi de l'examen d'une disposition relative à une interdiction du territoire prononcée à l'encontre d'un étranger. Dans la première, il considère que cette mesure, assortie de plein droit à l'arrêté de reconduite à la frontière, constitue une sanction ayant le caractère d'une punition. Le Conseil en déduit logiquement que cette qualification emporte l'examen de cette mesure à la lumière des principes issus de l'article 8 de la Déclaration. En l'espèce, cette sanction est déclarée contraire à la Constitution, dans la mesure où il était prévu le prononcé automatique de l'interdiction du territoire « sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté » et « sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée »¹⁴¹⁸. Complétée par la loi du 30 décembre 1993, cette disposition a par la suite été abrogée par la loi du 11 mai 1998, avant d'être instituée de nouveau par la loi du 24 juillet 2006¹⁴¹⁹.

765. Bien qu'appréhendée à titre de sanction en 1993, celle-ci est qualifiée de mesure de police par le Conseil constitutionnel dix-huit ans plus tard. Cette mesure est introduite par le législateur dans la loi du 16 juin 2011, afin de transposer l'article 11 de la directive « retour » du 16 décembre 2008¹⁴²⁰. Désormais intitulée « interdiction administrative de retour », elle peut être prononcée à l'encontre d'un étranger destinataire d'une obligation de quitter le

¹⁴¹⁷ T. RENOUX, *Code constitutionnel*, op. cit., pp. 67 et s. ; J. FARINA-CUSSAC, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *R.S.C.*, juillet-septembre 2002, pp. 517-530.

¹⁴¹⁸ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 46-49.

¹⁴¹⁹ D. TURPIN, « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *R.C.D.I.P.*, 100 (3), juillet-septembre 2011, pp. 499-551, spéc. p. 534 ; Commentaire aux Cahiers, décision n° 2011-625 D.C. du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, p. 29.

¹⁴²⁰ Directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008.

territoire, et lui interdit de revenir sur le territoire français pendant un certain délai¹⁴²¹. L'article L. 511-1, III du C.E.S.E.D.A. prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles cette mesure peut être prononcée : lorsque l'étranger, ne faisant pas l'objet d'une interdiction de retour, s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire (alinéa 3), lorsqu'un délai de départ volontaire a été (alinéa 5), ou non (alinéa 4), accordé à l'étranger et lorsqu'il s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction de retour, ou qu'il était obligé de quitter sans délai le territoire ou, lorsqu'ayant déféré à l'obligation de quitter le territoire français, il y est revenu même si l'interdiction de retour poursuivait ses effets (alinéa 6).

766. L'interdiction administrative de retour est décidée en prenant compte un certain nombre d'éléments liés à la présence de l'étranger sur le territoire français¹⁴²² et peut être abrogée par l'autorité administrative¹⁴²³. Au regard de ces éléments, le Conseil constitutionnel qualifie ce dispositif de mesure de police et le place, en conséquence, hors du champ d'application de l'article 8 de la Déclaration¹⁴²⁴.

767. Trois points paraissent justifier cette décision¹⁴²⁵. En premier lieu, à la différence de la disposition censurée en 1993, celle-ci ne constituerait pas une interdiction de plein droit mais une « faculté » donnée à l'administration. Comme le souligne Henry Labayle, ce serait l'absence d'automaticité, ajoutée à la possibilité d'abroger la mesure, qui expliquerait le revirement du juge constitutionnel¹⁴²⁶. Cependant, une mesure peut être qualifiée de sanction administrative même si elle n'est pas prononcée de plein droit. Dans la décision du 13 août 1993, ce n'est pas parce que l'arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une interdiction du territoire que cette dernière est qualifiée de sanction, sauf à mobiliser un raisonnement téléologique¹⁴²⁷. L'interdiction de territoire a été déclarée contraire à la Constitution uniquement dans la mesure où, une fois identifiée comme telle, elle méconnaissait, au regard de son prononcé de plein droit, le principe de nécessité et de proportionnalité des peines.

¹⁴²¹ O. LECUCQ, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *A.J.D.A.*, 17 octobre 2011, pp. 1936-1948, spéc. p. 1940.

¹⁴²² Selon l'alinéa 7, il est tenu compte « de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet d'une mesure d'éloignement et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français ».

¹⁴²³ Article L. 511-1, §3, alinéa 8 du C.E.S.E.D.A..

¹⁴²⁴ Décision n° 2011-625 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 52.

¹⁴²⁵ Commentaire aux Cahiers, décision n° 2011-625 D.C. du 9 juin 2011, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴²⁶ H. LABAYLE, « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné », *R.F.D.A.*, 2011, pp. 934-950, spéc. p. 944.

¹⁴²⁷ O. LECUCQ, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *op. cit.*, p. 1941.

768. Aussi, le critère selon lequel cette mesure est une simple faculté à la disposition de l'administration n'est pas de ceux qui, au regard de la jurisprudence constitutionnelle, différencient une mesure de police d'une sanction administrative¹⁴²⁸. Le retenir reviendrait à redéfinir les éléments constitutifs de cette notion.

769. En deuxième lieu, la mesure d'éloignement d'un étranger en séjour irrégulier étant une mesure de police, l'interdiction de retour emporterait *ipso facto* la même qualification¹⁴²⁹. Néanmoins, cette position apparaît contraire à celle retenue dans la décision du 13 août 1993. La qualification de l'arrêté de reconduite à la frontière en mesure de police n'a pas empêché le Conseil de qualifier l'interdiction du territoire, de sanction¹⁴³⁰.

770. En troisième lieu, cette mesure n'aurait pas de but punitif, puisque l'article L. 511-1, III vise « à prévenir la menace pour l'ordre public que représente (la) présence (de l'étranger) sur le territoire français »¹⁴³¹. Comme l'indique Olivier Lecucq, il semble toutefois difficile d'admettre qu'elle « revêt davantage un caractère préventif qu'un caractère répressif »¹⁴³². Les hypothèses dans lesquelles l'autorité administrative peut prononcer une telle mesure, comme celle prévue à L. 511-1, §3, alinéa 6 du C.E.S.E.D.A., constituent une rétribution du comportement de l'étranger¹⁴³³. Dans ce cas, l'interdiction administrative du territoire est prononcée suite au constat que l'étranger n'a pas satisfait à plusieurs obligations. Le Conseil opère donc un contrôle restreint de la nature de la mesure d'interdiction de retour, sans rechercher si, dans les hypothèses énoncées, un caractère punitif « imprègne » cette mesure.

771. L'analyse de la qualification de la mesure retenue par le juge constitutionnel montre combien cette étape est pertinente dans l'évaluation du « degré de contrainte » des instruments spécifiques du contrôle de constitutionnalité. Si ces derniers ont été précisés, l'intensité du contrôle exercé s'est affaibli. D'une part, le Conseil n'ajuste pas suffisamment son contrôle à la diversité normative des limites aux droits fondamentaux. D'autre part, il n'opère qu'un faible contrôle de la qualification de la mesure. Il prend peu en compte

¹⁴²⁸ F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniedi de l'État dans les démocraties contemporaines*, op. cit., spéc. p. 77 et pp. 96-100.

¹⁴²⁹ Commentaire aux Cahiers, décision n° 2011-625 D.C. du 9 juin 2011, op. cit., p. 29.

¹⁴³⁰ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, précitée, cons. 43-52.

¹⁴³¹ Commentaire aux Cahiers, décision n° 2011-625 D.C. du 9 juin 2011, op. cit., p. 29.

¹⁴³² O. LECUCQ, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », op. cit., p. 1941.

¹⁴³³ S. SLAMA, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers », *R.F.D.C.*, 2012, n° 90, pp. 373-386, spéc. pp. 382-383.

l'imbrication des finalités des mesures de police, et retient une interprétation restrictive de la peine.

772. Il n'en reste pas moins que le critère de la qualification juridique demeure pertinent dans la démarche d'identification des contraintes spécifiques pesant sur l'activité législative. Toutefois, il est insuffisant pour envisager la totalité des exigences mobilisées par le juge. Les trois qualifications retenues ne permettent pas d'embrasser l'ensemble des mesures adoptées pour répondre aux exigences de l'ordre public. Lorsque la mesure ne constitue ni un dispositif de police administrative, ni un dispositif de police judiciaire, ni une sanction ayant le caractère d'une punition, le Conseil mobilise des instruments différents. Ces derniers interviennent soit, *à titre substitutif*, lorsque le critère tenant à la qualification juridique ne permet pas d'identifier les contraintes constitutionnelles ; soit, *à titre supplétif*, les exigences tenant à d'autres critères d'identification s'ajoutant à celles mobilisées au regard de la nature juridique. A ce sujet, le paramètre tenant à la mise en cause de la liberté individuelle joue un rôle déterminant dans l'identification des « limites aux limites » aux droits fondamentaux.

§2. Les « limites aux limites » spécifiques à la mise en cause de la liberté individuelle

773. Dès les premières décisions du Conseil constitutionnel, les dispositions législatives affectant l'exercice de la liberté individuelle ont été soumises à des contraintes spécifiques. Celles-ci ne sont pas propres à la Constitution du 4 octobre 1958. Dans la pensée juridique et l'histoire constitutionnelle françaises, il a toujours été considéré que la sauvegarde de la liberté individuelle supposait le respect de conditions particulières. Pour le Doyen Léon Duguit, cette liberté exigeait des autorités le respect du principe de légalité, de l'intervention de l'autorité judiciaire et de la responsabilité des auteurs d'atteintes arbitraires¹⁴³⁴. De plus, la majorité des constitutions françaises mentionne cette liberté, témoin « de la valeur

¹⁴³⁴ L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, op. cit., tome V, spéc. pp. 7-8. Plus précisément : « 1. Il faut que nul individu ne puisse être arrêté et détenu que dans les cas qui sont expressément déterminés par la loi ; 2. Il faut que l'arrestation et la détention d'un individu ne puissent être ordonnées que par des fonctionnaires qui présentent des garanties particulières d'indépendance, garanties que, dans l'organisation française et dans les organisations similaires, ne paraissent devoir présenter que les fonctionnaires dits judiciaires ; 3. Il faut qu'une responsabilité effective puisse atteindre les fonctionnaires qui permettent, ordonnent ou maintiennent des arrestations illégales ».

essentielle » attachée à sa garantie en droit français¹⁴³⁵. La Déclaration de 1789 et les Constitutions de 1791, 1793 et 1795 contiennent des dispositions relatives à la sûreté. Les Chartes de 1814 et 1830 introduisent quant à elles explicitement la notion de liberté individuelle dans la Constitution, et entourent d'exigences ses modalités de limitation¹⁴³⁶.

774. La liberté individuelle occupe une place particulière dans la Constitution de la V^{ème} République. Elle fait partie des rares libertés à figurer directement dans le corps de la Constitution¹⁴³⁷. L'article 66 dispose que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Pour le Doyen Rivero, cette liberté constitue « beaucoup plus qu'une liberté parmi d'autres ». Elle serait « le bouclier de toutes les autres libertés »¹⁴³⁸.

775. Pourtant, sa définition reste ambiguë. A défaut de fondement constitutionnel précis reconnaissant la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile, la question s'est posée de savoir si la liberté individuelle incluait ces libertés ou si elle visait uniquement la sûreté. Cette dernière renvoie à la « certitude pour les citoyens qu'ils ne feront pas l'objet, notamment de la part du pouvoir, de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle, telles qu'arrestations ou détentions »¹⁴³⁹. Cette indétermination se trouve d'ailleurs entretenue par le Constituant lui-même. Il retient tour à tour une conception large de la liberté individuelle jusqu'au Directoire, une conception réduite à la seule garantie contre l'arrestation et la détention arbitraires sous les Chartes, puis de nouveau une conception large dans le projet de Constitution du 19 avril 1946, en visant les libertés essentielles¹⁴⁴⁰.

776. Cette confusion autour de la notion de liberté individuelle et des exigences qui s'y attachent se mesure dans la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil paraît osciller entre

¹⁴³⁵ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1984, pp. 510 et s.

¹⁴³⁶ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Constitution du 24 juin 1793, article 8 ; Constitution du 22 août 1795, article 4 ; Chartes constitutionnelles des 4 juin 1814 et 14 août 1830, article 4 : la « liberté individuelle est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit ».

¹⁴³⁷ A. PENA-GAÏA, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dactylographiée, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1998, p. 2.

¹⁴³⁸ J. RIVERO, « Liberté individuelle et Fouille des véhicules. Note sous la décision du 12 janvier 1977 », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, 2^e édition, 1987, pp. 71-83, spéc. p. 74.

¹⁴³⁹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Les libertés publiques*, tome 2, op. cit., spéc. p. 45.

¹⁴⁴⁰ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, op. cit., pp. 515-527.

une conception étendue de cette liberté, depuis 1977¹⁴⁴¹, et une conception centrée autour de la sûreté, depuis la fin des années 1990¹⁴⁴². A cet égard, les travaux d'Annabelle Pena-Gaïa ont permis de dégager trois critères afin de distinguer la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir. Alors que les mesures restrictives de liberté impliquent uniquement la liberté d'aller et venir, les mesures privatives de liberté affectent la liberté individuelle, dès lors qu'elles entraînent, au regard de leur *objet*, leur *durée* et leurs *effets*, une privation totale de liberté de mouvement¹⁴⁴³. Ce n'est que dans cette seconde hypothèse, où la mesure met effectivement en cause la liberté individuelle, que le régime fondé sur l'article 66 de la Constitution s'applique.

777. En revanche, la distinction entre la liberté individuelle et le droit au respect de la vie privée ainsi que l'inviolabilité du domicile demeure confuse. Si le Conseil rattache désormais ces droits aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789¹⁴⁴⁴, des rapports étroits persistent avec la liberté individuelle quant aux « limites aux limites » correspondantes. Comme l'indiquait le Doyen Louis Favoreu dès 1995, « le juge constitutionnel hésite toujours à adopter une définition claire de la notion même de liberté individuelle »¹⁴⁴⁵.

778. La question se pose de savoir quelles sont les contraintes constitutionnelles pesant sur le législateur lorsque ce dernier, souhaitant concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public, adopte des dispositifs de nature à affecter la liberté individuelle. Deux exigences spécifiques résultent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La première, d'ordre substantiel, implique de ne pas entraver la liberté individuelle par une rigueur qui ne serait pas nécessaire (A). La seconde, d'ordre juridictionnel, découle directement de la lecture de l'article 66 de la Constitution et signifie que toute mesure affectant cette liberté doit être placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire (B). Dégagées par le juge constitutionnel, ces exigences ont peu à peu été précisées et ajustées au fil de ses décisions.

¹⁴⁴¹ Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *précitée*, cons. 4-5 ; L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée. A propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, tome 1, 1979, pp. 411-425.

¹⁴⁴² Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *précitée*, cons. 45. Sur cette évolution : *supra*, n° 1124 et s. Voir : L. FAVOREU et L. PHILIP et autres, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 356-365 ; T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, *op. cit.*, pp. 520 et s. ; L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 173-182.

¹⁴⁴³ A. PENA-GAÏA, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 15 et s.

¹⁴⁴⁴ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 4. Voir : *supra*, n° 1124 et s.

¹⁴⁴⁵ L. FAVOREU, note sous la décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995. Vidéosurveillance, *R.F.D.C.*, 1995, pp. 362-372, spéc. p. 366.

A) *L'exigence matérielle de rigueur nécessaire*

779. L'émergence de l'exigence de « rigueur nécessaire » est relativement récente dans la jurisprudence constitutionnelle. Elle n'apparaît, formellement, qu'au début des années 2000, dans la décision du 29 août 2002 portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice¹⁴⁴⁶. Jusqu'alors, l'examen de la nécessité des mesures affectant la liberté individuelle relevait du contrôle des « principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle »¹⁴⁴⁷. Comme le démontre Gilles Armand¹⁴⁴⁸, ces derniers impliquent que toute atteinte portée à cette liberté soit justifiée par un objectif de valeur constitutionnelle et « limitée à ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de cet objectif »¹⁴⁴⁹. Ils signifient, en particulier, qu'il est interdit de porter à la liberté individuelle des atteintes « générales et imprécises »¹⁴⁵⁰.

780. Cependant, la référence aux « principes essentiels » n'apparaît plus explicitement dans les décisions du Conseil constitutionnel depuis 1993¹⁴⁵¹. La nécessité des mesures affectant la liberté individuelle relève désormais du seul contrôle de la « rigueur nécessaire », dont les fondements (a) et la signification (b) ont été précisés par le juge.

a) **La précision des fondements de l'exigence de rigueur nécessaire**

781. Si les dispositifs législatifs mettant en cause la liberté individuelle peuvent être de nature juridique très différente – mesures de police judiciaire, mesures de police administrative et mesures de sûreté –, la question de leur qualification juridique n'est pas tout à fait exclue du raisonnement du juge. Le Conseil impose le respect de cette exigence sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration de 1789, s'agissant des actes de procédure pénale (1) et de l'article 66 de la Constitution, pour les mesures prises par les autorités administratives (2).

¹⁴⁴⁶ Décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 68.

¹⁴⁴⁷ Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *précitée*, cons. 5.

¹⁴⁴⁸ G. ARMAND, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dactylographiée, Université de Caen/Basse-Normandie, 2000, pp. 143 et s.

¹⁴⁴⁹ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *R.F.D.C.*, 2006, n° 65, pp. 37-72, spéc. p. 40.

¹⁴⁵⁰ G. ARMAND, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁴⁵¹ La dernière référence apparaît dans la décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 96-100.

1) *Une exigence fondée sur l'article 9 de la Déclaration de 1789 s'agissant des actes de procédure pénale*

782. En vertu de l'article 9 de la Déclaration de 1789, « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, *toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne* doit être sévèrement réprimée par la loi ». Deux principes se dégagent de cet article : le principe de présomption d'innocence, dégagé dès la décision du 20 janvier 1981 portant sur la loi *Sécurité et Liberté*¹⁴⁵², et celui de proportionnalité des mesures coercitives¹⁴⁵³. Sanctionnant les détentions arbitraires, cette seconde exigence impose que la mesure privative de liberté soit indispensable. En particulier, le Conseil exerce, à partir de ce fondement, un contrôle de rigueur nécessaire des actes de procédure pénale mettant en cause la liberté individuelle.

783. Ce contrôle apparaît pour la première fois dans la décision du 29 août 2002, portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice. En l'espèce, le Conseil examinait une disposition modifiant les conditions de placement en détention provisoire. Il considère qu'en apportant de telles modifications, le législateur n'a pas « manifesté une rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard de l'article 9 de la Déclaration de 1789 »¹⁴⁵⁴. Depuis lors, le Conseil soumet spécifiquement les actes de procédure pénale à un contrôle de la rigueur nécessaire, sur le fondement de cette disposition¹⁴⁵⁵.

784. Ce contrôle s'applique, en premier lieu, aux mesures de police judiciaire privatives de liberté, mettant en cause la liberté individuelle *stricto sensu*. Le Conseil mobilise cette exigence dans plusieurs décisions Q.P.C., relatives aux mandats d'amener et d'arrêt prévus par les articles 130 et 133 du Code de procédure pénale¹⁴⁵⁶, à la convocation et l'audition d'une personne en enquête préliminaire¹⁴⁵⁷ et à la rétention d'une personne dans les locaux

¹⁴⁵² Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 33 et 37.

¹⁴⁵³ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, spéc. pp. 123-124.

¹⁴⁵⁴ Décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 68.

¹⁴⁵⁵ Commentaire de la décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C., *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, pp. 11-12 ; Commentaire de la décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, M. Michel F., *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, p. 4.

¹⁴⁵⁶ Décision n° 2011-133 Q.P.C. du 24 juin 2011, *précitée*, cons. 8. Dans le même sens : décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 23.

¹⁴⁵⁷ Décision n° 2012-257 Q.P.C. du 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autre*, *Rec.* p. 298, cons. 3-4.

d'une juridiction aux fins de comparution¹⁴⁵⁸. La spécificité de cette exigence relative à la liberté individuelle ressort de l'examen des conditions de placement en garde à vue en matière d'actes de terrorisme. Dans la décision Q.P.C. du 22 septembre 2010 *M. Bulent A.*, le Conseil s'assure que le législateur respecte « le principe, découlant de l'article 9 de la Déclaration [...] selon lequel *la liberté individuelle* ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire »¹⁴⁵⁹.

785. En second lieu, cette exigence s'impose à l'égard des mesures affectant gravement la liberté individuelle *lato sensu*. Bien que les atteintes « légères » soient soumises à un contrôle restreint de proportionnalité, au sens générique¹⁴⁶⁰, les atteintes plus graves, générées par les actes de procédure pénale, sont analysées à la lumière du contrôle de la rigueur nécessaire. Comme le souligne Jean-Eric Schoettl, ce contrôle vise plus largement les actes d'enquête et d'instruction, dans la mesure où « la "rigueur non nécessaire" est à proscrire non seulement lors de la condamnation, mais aussi au cours de toute la procédure judiciaire préalable »¹⁴⁶¹.

786. Le Conseil mobilise notamment ce contrôle dans la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, à propos de dispositions mettant en cause la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée. L'obligation d'examen médical et de prise de sang, à laquelle un officier de police judiciaire peut soumettre une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle¹⁴⁶², ainsi que les prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques dans le cadre de l'enquête¹⁴⁶³, sont examinés à l'aune de ce contrôle. Dans les deux cas, le Conseil vérifie que lesdites personnes ne sont pas soumises, « du fait de l'obligation nouvelle que leur impose l'article contesté, à une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 »¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁵⁸ Décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *M. Michel F.*, *Rec.* p. 408, à propos de l'article 803 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁵⁹ Décision n° 2010-31 Q.P.C. du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres*, *Rec.* p. 237, cons. 5, à propos de l'article 706-88, alinéas 7 à 10 du Code de procédure pénale (souligné par nous).

¹⁴⁶⁰ *Supra*, n° 625 et s.

¹⁴⁶¹ J.-E. SCHOETTL, note sous la décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *Gaz. Pal.*, 15 avril 2004, pp. 3-26.

¹⁴⁶² Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 47-51, spéc. cons. 48-49.

¹⁴⁶³ *Idem*, cons. 52-57, spéc. cons. 54-55.

¹⁴⁶⁴ *Idem*, cons. 54 (souligné par nous). Voir également les décisions n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 22 et n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 72-76, dans lesquelles le Conseil mobilise ce contrôle respectivement lors de l'examen du fichier national automatisé des empreintes génétiques et du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles.

787. En ce sens, cette exigence propre aux mesures affectant la liberté individuelle s'ajoute aux contraintes spécifiques à la qualification juridique de ces dispositifs. Pour les mesures de police judiciaire précédentes, le contrôle de la rigueur nécessaire apparaît comme une contrainte *supplémentaire*. Il peut aussi s'imposer à titre de *substitution*, pour certaines mesures de police et mesures de sûreté. Dans cette hypothèse, c'est bien parce que la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition est exclue que le Conseil constitutionnel impose au législateur le respect de la rigueur nécessaire.

788. La décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité témoigne de l'émergence de cette exigence « palliative ». Le Conseil considère que l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs des infractions sexuelles, mentionnées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, ne constitue pas une sanction mais une mesure de police¹⁴⁶⁵. Il conclut ainsi que les auteurs des saisines ne sauraient « utilement soutenir qu'elle méconnaîtrait le principe de nécessité des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ». Il ajoute « qu'il convient *toutefois* de vérifier si cette inscription constitue une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration »¹⁴⁶⁶.

789. La fonction de substitution de l'exigence de rigueur nécessaire se retrouve à plus forte raison en présence des mesures de sûreté. Par définition, celles-ci ne sont pas fondées, à la différence des peines, sur la culpabilité du condamné mais sur la dangerosité de la personne¹⁴⁶⁷. Sous l'influence des exigences renouvelées de l'ordre public, la distinction entre ces deux mesures pénales est néanmoins de plus en plus difficile à esquisser¹⁴⁶⁸. Le Conseil s'attache, au regard de la saisine, à rechercher si la mesure constitue une sanction ayant le caractère d'une punition avant de l'examiner, à défaut d'une telle qualification, à l'aune du contrôle de la rigueur nécessaire. Cette méthode du juge résulte des décisions du 8 décembre 2005 sur la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales et du 21 février

¹⁴⁶⁵ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, précitée, cons. 74-91, spéc. cons. 74.

¹⁴⁶⁶ *Ibidem* (souligné par nous).

¹⁴⁶⁷ R. MERLE, A. VITU, *Traité de Droit criminel. Problème généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Edition Cujas, 7^e édition, tome 1, 1997, p. 824 ; B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, spéc. pp. 427 et s.

¹⁴⁶⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, pp. 481 et s. ; R. SCHMELCK, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Editions Cujas, Paris, 1965, pp. 181-197 ; E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2010, pp. 30 et s.

2008 sur la loi relative à la rétention de sûreté, dans lesquelles le Conseil réfute la qualification de peine à la surveillance judiciaire¹⁴⁶⁹ et à la rétention de sûreté¹⁴⁷⁰.

790. Par conséquent, le Conseil constitutionnel se livre à une « lecture novatrice de l'article 9 »¹⁴⁷¹. Outre le droit à la présomption d'innocence, cette disposition implique une rigueur nécessaire à l'encontre des mesures affectant la liberté de la personne présumée innocente. Ce contrôle vise également les mesures de police administrative, mais à l'appui d'un fondement distinct : l'article 66 de la Constitution.

2) Une exigence fondée sur l'article 66 de la Constitution s'agissant des mesures de police administrative

791. Si le Conseil constitutionnel impose le contrôle de l'autorité judiciaire sur toute mesure de police administrative mettant en cause la liberté individuelle depuis le début des années 1980¹⁴⁷², l'énoncé explicite de l'exigence de « rigueur nécessaire » à leur égard n'apparaît que tardivement dans la jurisprudence. Cette exigence transparaissait d'abord du contrôle de la nécessité de la mesure privative de liberté. Dans la décision du 9 janvier 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine, le Conseil vérifie, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, que le maintien d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ne peut avoir lieu « qu'en cas de stricte nécessité »¹⁴⁷³.

792. Comme le souligne Thierry Renoux, l'article 66 contient deux principes : celui selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle et celui tenant à l'interdiction de toute détention arbitraire. Au sens de la Constitution, « une détention est qualifiée d'arbitraire si elle s'effectue, notamment, sans nécessité »¹⁴⁷⁴. A l'appui de cette exigence, le Conseil considère qu'une mesure de rétention administrative de six jours, « même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée de trois jours supplémentaires, sauf

¹⁴⁶⁹ Décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *précitée*, cons. 16.

¹⁴⁷⁰ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 13.

¹⁴⁷¹ R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? », *L.P.A.*, 17 juin 2008, n° 121, pp. 7-12, spéc. p. 9.

¹⁴⁷² *Infra*, n° 817.

¹⁴⁷³ Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, *Rec.* p. 29, cons. 3-5.

¹⁴⁷⁴ T. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, *op. cit.*, p. 578.

urgence absolue et menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, sans que soit portée *une atteinte excessive* à la liberté individuelle »¹⁴⁷⁵.

793. Cependant, l'exigence de « rigueur nécessaire » proprement dite n'apparaît qu'à partir de la décision Q.P.C. du 26 novembre 2010, *Melle Danielle S.*, lors de l'examen de l'hospitalisation sans consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux. Le Conseil considère qu'une telle mesure « doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire »¹⁴⁷⁶. Depuis lors, le Conseil exerce ce contrôle à propos de toute mesure de police administrative privative de liberté.

794. Tel est le cas de l'hospitalisation d'office¹⁴⁷⁷, de l'hospitalisation en cas de péril imminent¹⁴⁷⁸, du placement d'une personne trouvée en état d'ivresse sur la voie publique dans un local de police¹⁴⁷⁹ et des mesures modifiant les conditions de placement en rétention administrative¹⁴⁸⁰. En cela, le Conseil parachève la distinction entre les deux exigences découlant de l'article 66 de la Constitution. Il identifie explicitement l'exigence de rigueur nécessaire, propre aux mesures de police administrative affectant la liberté individuelle *stricto sensu*. Cette démarche de précision des fondements opérée par le juge constitutionnel porte aussi sur la signification de cette exigence.

b) L'ajustement de la portée de l'exigence de rigueur nécessaire

795. Jusqu'en 2008, le Conseil constitutionnel ne précisait pas le contenu exact du contrôle de la rigueur nécessaire, qu'il soit fondé sur l'article 9 de la Déclaration ou sur l'article 66 de la Constitution. Par exemple, s'agissant du placement sous surveillance électronique mobile instauré en 2005, le Conseil vérifie qu'au regard des conditions et des garanties fixées par la loi, « les contraintes qu'il entraîne *ne présentent pas un caractère intolérable et sont en*

¹⁴⁷⁵ Décision n° 86-216 D.C. du 3 septembre 1986, *précitée*, cons. 22 (souligné par nous). Par là même, le Conseil censure la disposition « étendant indistinctement à tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires dans des locaux non pénitentiaires ». Voir également : décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 96-100.

¹⁴⁷⁶ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *Melle Danielle S.*, *Rec.* p. 343, cons. 16.

¹⁴⁷⁷ Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre*, *Rec.* p. 272, cons. 7.

¹⁴⁷⁸ Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P.*, *Rec.* p. 484, cons. 6.

¹⁴⁷⁹ Décision n° 2012-253 Q.P.C. du 8 juin 2012, *M. Mickaël D.*, *Rec.* p. 289, cons. 4.

¹⁴⁸⁰ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 66.

rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur », sans détailler, davantage, son contrôle¹⁴⁸¹.

796. La décision du 21 février 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté marque un tournant dans la jurisprudence constitutionnelle. Après avoir rappelé les deux fondements de cette exigence, le Conseil en affine la signification. Il précise que les atteintes portées à l'exercice de la liberté individuelle « doivent être *adaptées, nécessaires et proportionnées* à l'objectif de prévention poursuivi »¹⁴⁸². Depuis lors, le contrôle de la rigueur nécessaire comporte la mobilisation de ces trois critères (1). Bien que les éléments du contrôle soient clarifiés, l'intensité de cette contrainte peut néanmoins varier selon le domaine de la mesure (2).

1) Des critères précisés

797. Les trois critères composant le contrôle de proportionnalité s'inspire en grande partie de ceux dégagés par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dès 1958¹⁴⁸³. Certes, ces éléments découlent du contrôle effectué par le Conseil constitutionnel avant 2008, à partir des dispositions consacrant les droits et libertés¹⁴⁸⁴. Cependant, la précision selon laquelle les mesures doivent à la fois être adaptées, nécessaires et proportionnelles à l'objectif poursuivi constitue un progrès certain¹⁴⁸⁵. L'exercice du contrôle de la rigueur nécessaire, propre à la mise en cause de la liberté individuelle, se rapproche ainsi du contrôle renforcé de proportionnalité, exercé à titre d'instrument générique. En cela, l'examen de l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict est particulièrement exigeant.

798. Dans la décision du 21 février 2008, le contrôle de l'adéquation de la rétention de sûreté consiste à vérifier que cette mesure contribue effectivement à la réalisation de l'objectif poursuivi. Le Conseil examine que la définition de son champ d'application est « en adéquation avec l'existence d'un trouble de la personnalité »¹⁴⁸⁶ et sa finalité¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸¹ Décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *précitée*, cons. 18 et 21 (souligné par nous).

¹⁴⁸² Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 13 (souligné par nous).

¹⁴⁸³ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.* ; D. XYNPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : Espagne, Allemagne, Angleterre*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1995.

¹⁴⁸⁴ *Supra*, n° 596 et s.

¹⁴⁸⁵ R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? », *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁸⁶ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 14.

¹⁴⁸⁷ *Idem*, cons. 15-16.

799. Lors du contrôle de la nécessité, le Conseil s'assure qu'aucun autre dispositif moins attentatoire à la liberté individuelle ne peut atteindre l'objectif recherché par le législateur, à savoir la prévention de la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes¹⁴⁸⁸. Ce critère constitue une réelle innovation puisque, jusqu'alors, le Conseil constitutionnel ne se livrait pas au contrôle de la présence de dispositifs portant une atteinte moindre aux droits concernés, tout en permettant d'atteindre l'objectif visé. En l'espèce, le Conseil vérifie que la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut ordonner une mesure de rétention de sûreté qu'en cas de stricte nécessité. Il s'agit d'analyser que le maintien de la personne dans un centre socio-médico-judiciaire est d'une rigueur nécessaire¹⁴⁸⁹.

800. Le contrôle de la proportionnalité au sens strict conduit le juge à examiner l'existence d'une « correspondance » entre l'importance de l'objectif recherché et l'importance de l'atteinte portée à la liberté individuelle¹⁴⁹⁰. Il recense l'ensemble des garanties relatives au placement de la personne en centre socio-médico-judiciaire pour évaluer si, *in concreto*, le législateur opère la conciliation qui lui incombe entre la protection de la liberté individuelle et l'objectif de prévention de la récidive¹⁴⁹¹.

801. Mobilisé lorsque le Conseil contrôle la rigueur nécessaire des mesures affectant la liberté individuelle, cet exercice tripartite de proportionnalité n'interdit pas au Conseil de moduler l'intensité de cette exigence.

2) Un contrôle modulé

802. L'intensité du contrôle de rigueur nécessaire des mesures affectant la liberté individuelle varie selon le domaine de la mesure. Si le Conseil constitutionnel se révèle méticuleux lors de l'examen des actes de procédure pénale, l'intensité de la rigueur nécessaire paraît plus nuancée à l'égard des mesures de police administrative. En la matière, le Conseil effectue un contrôle *in globo*, sans procéder à un examen systématique des critères d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. Par exemple, dans la décision Q.P.C. du 8 juin 2012 *M. Mickaël D.*, était contestée la constitutionnalité du placement d'une

¹⁴⁸⁸ *Idem*, cons. 17.

¹⁴⁸⁹ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 17-21.

¹⁴⁹⁰ R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? », *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁹¹ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 22-23.

personne en ivresse publique dans des locaux de police ou en chambre de sûreté. Le Conseil s'assure seulement que le placement en chambre de sûreté ne constitue pas une détention arbitraire, et que les dispositions contestées « ne méconnaissent pas l'exigence selon laquelle toute privation de liberté doit être nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs de préservation de l'ordre public »¹⁴⁹².

803. Surtout, l'intensité du contrôle exercé à l'égard des mesures de police administrative aboutit à des résultats contrastés. L'exigence de rigueur nécessaire se révèle d'abord protectrice de la liberté individuelle à l'égard des dispositifs d'hospitalisation sans consentement. Dans deux décisions Q.P.C. du 9 juin et du 6 octobre 2011 *M. Abdellatif B. et autre* et *Mme Oriette P.*, le Conseil considère que cette exigence est méconnue par l'hospitalisation en cas de péril imminent prononcé sur le seul fondement de la « notoriété publique »¹⁴⁹³, et l'hospitalisation d'office à la demande du Préfet, « sans réexamen à bref délai de la situation justifiant cette mesure »¹⁴⁹⁴. Pour le Conseil, ces motifs ne permettaient pas d'assurer que de telles mesures étaient « réservées aux cas dans lesquels elles étaient adaptées, nécessaires et proportionnées à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public »¹⁴⁹⁵.

804. En revanche, le contrôle de l'exigence de rigueur nécessaire est moins contraignant s'agissant de la prolongation des mesures de rétention administrative. Selon l'article L. 552-7 du C.E.S.E.D.A. modifié suite à la loi du 16 juin 2011, un étranger peut faire l'objet d'un placement en rétention par le préfet pendant cinq jours. Le maintien en rétention peut être prolongé pour une durée de vingt jours, renouvelable une fois, par le juge judiciaire¹⁴⁹⁶. Dans la décision du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil considère cette prolongation de trente-deux à quarante-cinq jours conforme à l'exigence de rigueur nécessaire. Il estime que l'étranger n'est maintenu en rétention « que le temps strictement nécessaire à son départ » et que l'autorité judiciaire « conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention »¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹² Décision n° 2012-253 Q.P.C. du 8 juin 2012, *précitée*, cons. 6-7 (souligné par nous).

¹⁴⁹³ Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *précitée*, cons. 7-11.

¹⁴⁹⁴ Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 4-11.

¹⁴⁹⁵ *Idem*, cons. 10 ; Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *précitée*, cons. 10.

¹⁴⁹⁶ Article 56 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *précitée*.

¹⁴⁹⁷ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 74-75. Dans la même veine : décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 64-65.

805. Cette décision constitue un infléchissement au regard de la position précédente du Conseil. Dans la décision du 3 septembre 1986 portant sur la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, le Conseil examine les motifs justifiant la prolongation du maintien en rétention, nonobstant le contrôle du juge judiciaire¹⁴⁹⁸. Comme le souligne Gilles Armand, deux règles se dégagent auparavant de la jurisprudence: « La restriction du délai de la rétention administrative à dix jours ; l'impossibilité de prolonger cette rétention au-delà de sept jours sauf urgence absolue et menace d'une particulière gravité pour l'ordre public »¹⁴⁹⁹.

806. Dans la décision du 9 juin 2011, l'exigence de rigueur nécessaire ne se trouve pas satisfaite, en elle-même, s'agissant du délai, mais seulement à travers la possibilité pour l'autorité judiciaire d'interrompre à tout moment la prolongation de la rétention. Quant aux motifs, ils ne tiennent plus à des circonstances seulement exceptionnelles. Depuis la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, le placement peut être prolongé lorsque « l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement »¹⁵⁰⁰. La garantie procédurale tenant à l'intervention d'un magistrat de l'ordre judiciaire constitue alors l'unique « limite aux limites », le Conseil adoptant une « interprétation particulièrement restrictive de l'article 66 de la Constitution »¹⁵⁰¹.

807. A l'égard des mesures de police administrative, le contrôle de la rigueur nécessaire semble ainsi réduit à l'erreur manifeste du législateur. Par exemple, a été déclarée contraire à l'article 66 de la Constitution la disposition législative portant à dix-huit mois la durée de la rétention administrative d'un étranger, lorsque celui-ci a été condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme ou fait l'objet d'une mesure

¹⁴⁹⁸ « Une mesure de rétention administrative de six jours, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée de trois jours supplémentaires, sauf urgence absolue et menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, sans que soit portée une atteinte excessive à la liberté individuelle ». Voir : Décision n° 86-216 D.C. du 3 septembre 1986, précitée, cons. 22 ; Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, précitée, cons. 96-100.

¹⁴⁹⁹ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, spéc. pp. 52-53.

¹⁵⁰⁰ Article 49 de la loi n° 2003-1119 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, précitée ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, précitée, cons. 68-71.

¹⁵⁰¹ R. BOUSTA, « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *op. cit.* spéc. p. 871 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, spéc. p. 542.

d'expulsion prononcée pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste¹⁵⁰². En l'espèce, les motifs avancés par le législateur étaient manifestement insuffisants au regard de l'atteinte portée à la liberté individuelle¹⁵⁰³.

808. Par ailleurs, même à l'égard des actes de procédure pénale, le contrôle de l'exigence de rigueur nécessaire tend à s'atténuer. A cet égard, la constitutionnalité des contrôles d'identité et visites de véhicules prévus à l'article 78-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale semble ne reposer que sur l'intervention du magistrat du Parquet. Dans la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, le Conseil ne sanctionne pas le législateur alors qu'il revient au seul procureur de déterminer à la fois la période et les lieux de mise en œuvre de ces mesures de contrainte pour des infractions prédéterminées¹⁵⁰⁴.

809. Qui plus est, l'exigence de rigueur nécessaire n'interdit pas l'absence de nullité de ces opérations, lorsqu'elles révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du Procureur. Ces pouvoirs paraissent institués sans qu'aucune garantie, autre que celle résidant dans l'intervention d'un magistrat de l'ordre judiciaire, ne soit finalement prévue¹⁵⁰⁵. Comme le relèvent Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, le Conseil constitutionnel « a tendance à masquer certaines atteintes à la liberté individuelle en prévoyant de manière rituelle l'intervention d'un magistrat de l'ordre judiciaire »¹⁵⁰⁶.

810. Si les fondements et le champ d'application de l'exigence de rigueur nécessaire sont dorénavant précisés, le contrôle du Conseil constitutionnel apparaît moins rigoureux qu'auparavant. La liberté individuelle ne comprend plus explicitement les « principes essentiels » qui la caractérisaient, tenant à un contrôle minutieux des motifs et de la durée des mesures affectant la liberté individuelle¹⁵⁰⁷. Aussi convient-il d'analyser la seconde

¹⁵⁰² Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 76.

¹⁵⁰³ *Ibidem*. La durée initiale maximale était fixée à six mois mais pouvait être renouvelée douze mois « s'il existe une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement et si aucune décision d'assignation à résidence ne permettrait un contrôle suffisant de l'étranger ».

¹⁵⁰⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 11 et 12.

¹⁵⁰⁵ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, spéc. p. 45. Dans le même sens : décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 25, dans laquelle le contrôle des mesures d'investigation propres à la criminalité et la délinquance organisées tient en grande partie à l'intervention de l'autorité judiciaire. S'agissant de la prolongation de la garde à vue, le Conseil s'assure de l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité de cette mesure principalement à travers les garanties relatives au contrôle de l'autorité judiciaire et souligne, de surcroît, que « ces garanties s'ajoutent aux règles de portée générale du Code de procédure pénale qui placent la garde à vue sous le contrôle de l'autorité judiciaire ».

¹⁵⁰⁶ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, spéc. p. 542.

¹⁵⁰⁷ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, pp. 37-72.

contrainte, d'ordre juridictionnel, qui s'impose au législateur lors de la détermination des limites à la liberté individuelle : le contrôle de l'autorité judiciaire.

B) L'exigence juridictionnelle de contrôle de l'autorité judiciaire

811. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle constitue un principe classique du droit public français. Comme le démontre Thierry Renoux¹⁵⁰⁸, c'est « en raison des garanties d'impartialité qu'il présente que le juge judiciaire s'est vu confier, dès le XIX^{ème} siècle, ces compétences particulières »¹⁵⁰⁹. D'origine jurisprudentielle puis législative¹⁵¹⁰, la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection de la liberté individuelle accède progressivement au rang constitutionnel.

812. Le projet de Constitution du 19 avril 1946 confie à l'autorité judiciaire une compétence étendue, relative aux arrestations, à la détention et à ce qui a trait à l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances¹⁵¹¹. Si elle n'a pas été reprise dans la Constitution du 27 octobre 1946, cette conception extensive de la liberté individuelle, garantie par l'autorité judiciaire, est inscrite dans la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, qui autorise le gouvernement de Charles de Gaulle à rédiger une nouvelle constitution. Le quatrième principe énonce que « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des *libertés essentielles* telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère »¹⁵¹².

¹⁵⁰⁸ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, op. cit., spéc. p. 483.

¹⁵⁰⁹ A cet égard, R. CHAPUS souligne que « puisque l'autorité judiciaire était compétente pour réprimer les atteintes portées à l'un des droits publics individuels, ne devait-elle pas l'être également pour les autres, les libertés individuelles et surtout pour la plus éminente, la liberté individuelle, c'est-à-dire la liberté physique de l'homme ? ». Voir : R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée ; les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, L.G.D.J., Paris, 1^{re} édition, 1954, spéc. pp. 156 et s. et p. 159. Sur ce point : T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, op. cit., pp. 507 et s.

¹⁵¹⁰ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, op. cit., pp. 483-551 ; A. PENA-GAÑA, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 184-206.

¹⁵¹¹ Articles 7, 8 et 9 du projet de Constitution du 19 avril 1946.

¹⁵¹² Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, *J.O.R.F.* du 4 juin 1958, p. 05326.

813. Afin d'affirmer « la légitimité libérale de la France »¹⁵¹³, le Constituant de 1958 introduit, à l'article 66 de la Constitution, le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. Adopté initialement en vue d'introduire une procédure d'*habeas corpus* à la française¹⁵¹⁴, ce principe exige que toute atteinte portée à la liberté individuelle soit placée sous le contrôle du juge judiciaire. A partir de la décision du 12 janvier 1977 portant sur la loi autorisant la visite des véhicules¹⁵¹⁵, le Conseil constitutionnel précise qu'il incombe au législateur « de placer sous le contrôle de l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, *toute mesure affectant, au sens du dit article, la liberté individuelle* »¹⁵¹⁶. Il souligne cependant, dès 1992, que peuvent être prévues des modalités différentes d'intervention du juge judiciaire « selon la nature et la portée de la mesure affectant la liberté individuelle »¹⁵¹⁷.

814. La question se pose alors de savoir ce que signifie cette exigence constitutionnelle. A cet égard, le renforcement des exigences de l'ordre public conduit le Conseil à redéfinir la répartition des compétences au sein de l'autorité judiciaire (a) ainsi que les modalités de son contrôle (b).

a) La répartition renouvelée des compétences au sein de l'autorité judiciaire

815. Selon la définition énoncée par Thierry Renoux, l'autorité judiciaire est composée de magistrats, qui disposent « d'un pouvoir d'édiction de la règle de droit », et de juridictions,

¹⁵¹³ M. DEBRE, Discours de présentation du projet de Constitution prononcé le 27 août 1958 devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, op. cit.*, vol. 3, pp. 239 et s. ; D. SALLES, « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, 2009, pp. 150-157.

¹⁵¹⁴ L'amendement de M. WALINE déposé devant le Comité consultatif constitutionnel était ainsi rédigé : « aucun citoyen ne peut être arrêté, ni détenu sans être présenté dans les vingt-quatre heures au juge d'instruction du lieu de détention qui peut ordonner la mise en liberté immédiate ». Celui-ci n'a finalement pas été retenu, notamment au regard des circonstances prévalant lors de la rédaction de la Constitution, le maintien de l'ordre en Algérie exigeant de ne pas remettre en cause les internements administratifs. Sur les différentes rédactions de l'article 66 de la Constitution, voir : T. RENOUX, « L'autorité judiciaire », Rapport présenté pour le colloque du XXX^{ème} anniversaire de la Constitution de 1958, in L. FAVOREU, D. MAUS, J.-L. PARODI (dir), *L'écriture de la Constitution de 1958 : actes*, Association française de science politique, Association française des constitutionnalistes, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1992, pp. 667-702, spéc. p. 671 et p. 697.

¹⁵¹⁵ Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *précitée*, cons. 1-2. Voir : L. FAVOREU et L. PHILIP et autres, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit.*, pp. 356-365.

¹⁵¹⁶ Décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990, *précitée*, cons. 8 (souligné par nous).

¹⁵¹⁷ Décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 14.

qui sont le « siège de ce pouvoir normatif »¹⁵¹⁸. De manière constante depuis 1993, le Conseil constitutionnel considère que l'autorité judiciaire, au sens des articles 64, 65 et 66 de la Constitution, « comprend à la fois les magistrats du Siège et du Parquet »¹⁵¹⁹, c'est-à-dire les « magistrats de carrière de l'ordre judiciaire »¹⁵²⁰.

816. Néanmoins, l'autorité judiciaire compétente pour contrôler l'atteinte portée à la liberté individuelle s'envisage différemment selon le degré de contrainte de la mesure. Au regard de leur fonction et de leur statut particuliers, les magistrats du Parquet ne peuvent être dotés de pouvoirs de contraindre similaires à ceux du siège¹⁵²¹. Trois temps dans la jurisprudence peuvent être analysés. A mesure que les exigences de l'ordre public se renforcent, s'esquisse une inflexion de la « répartition constitutionnelle des attributions » entre magistrats du siège et du parquet¹⁵²², au profit de ces derniers.

817. Dans un premier temps, l'autorité judiciaire compétente pour autoriser les mesures affectant l'exercice de la liberté individuelle correspond uniquement aux magistrats du siège¹⁵²³. Dans la décision du 9 janvier 1980 relative à la loi sur la prévention de l'immigration clandestine, le Conseil exige l'intervention du juge « statuant sous le contrôle de la Cour de Cassation », pour contrôler les conditions de fond et de forme dans lesquelles un étranger peut être maintenu dans des locaux non pénitentiaires dans l'attente de son expulsion du territoire français¹⁵²⁴. Il en est de même de l'autorisation pour prolonger une mesure de garde à vue. Dans la décision du 20 janvier 1981 portant sur la loi Sécurité et

¹⁵¹⁸ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, op. cit., p. 14.

¹⁵¹⁹ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, précitée, cons. 5 ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, précitée, cons. 75 ; Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, précitée, cons. 26 ; Décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, précitée, cons. 11. Sur ce point : T. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, op. cit., pp. 537 et s.

¹⁵²⁰ Décision n° 2003-466 D.C. du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, Rec. p. 156, cons. 3. Voir : G. CANIVET, « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, pp. 123-130.

¹⁵²¹ T. RENOUX, « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet – France », *A.I.J.C.*, 1995, pp. 221-247, spéc. p. 238 ; L. FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *R.S.C.*, oct.-déc. 1994, pp. 675-68. Comme le souligne T. RENOUX, « il existe bien, pour protéger la liberté individuelle une compétence constitutionnelle de l'autorité judiciaire et, à l'intérieur de l'autorité judiciaire, une répartition constitutionnelle des attributions exercées, entre agents et officiers de police judiciaire, les magistrats du Parquet et les magistrats du siège, répartition constitutionnelle directement fonction du degré de sévérité de l'atteinte à la liberté de l'individu ». Voir : T. RENOUX, « Décision n° 93-326 D.C. du 13 août 1993, Garde à vue », *R.F.D.C.*, 1993, n° 16, pp. 849-856, spéc. p. 851.

¹⁵²² T. RENOUX, « Décision n° 93-326 D.C. du 13 août 1993, Garde à vue », op. cit., spéc. p. 851 ; G. ARMAND, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 339 et s.

¹⁵²³ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, op. cit., pp. 533 et s.

¹⁵²⁴ Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, précitée, cons. 3-4.

Liberté, le Conseil exige l'intervention du juge judiciaire, précisant que celui-ci peut être membre d'une juridiction de jugement et non pas nécessairement juge d'instruction¹⁵²⁵. Il considère que tout mandat de dépôt ou toute mesure restreignant la liberté d'une personne « ne peut émaner que d'un magistrat du siège »¹⁵²⁶.

818. Dans ces conditions, l'intervention du procureur de la République est conforme à l'article 66 de la Constitution seulement pour surveiller les opérations de contrôles d'identité¹⁵²⁷ et de vérifications d'identité, effectuées suite à un contrôle d'identité insuffisant et impliquant la rétention d'une personne dans un local de police, pour une durée de six heures¹⁵²⁸. Le Conseil constitutionnel retient ainsi le principe de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans un sens libéral¹⁵²⁹.

819. Dans un second temps, le Conseil assouplit l'exigence d'intervention d'un magistrat du siège pour contrôler les mesures affectant la liberté individuelle, en faveur du magistrat du Parquet. Dès la décision du 11 août 1993 relative à la loi portant réforme du code de procédure pénale, il considère que l'autorisation du procureur de la République pour prolonger la garde à vue d'un nouveau délai de vingt-quatre heures est conforme à la Constitution¹⁵³⁰. L'exigence découlant de l'article 66 implique désormais une répartition des compétences entre les magistrats du Parquet et ceux du siège. Si les premiers sont compétents pour prolonger d'un délai de vingt-quatre heures la garde à vue, seul un magistrat du siège est habilité pour ce faire au-delà de quarante-huit heures¹⁵³¹. De manière similaire, le Conseil considère conforme à l'article 66 de la Constitution l'intervention préalable du magistrat du Parquet à la visite de locaux de transports à usage professionnel utilisés par des personnes

¹⁵²⁵ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 23-25.

¹⁵²⁶ *Idem*, cons. 35 (souligné par nous). Voir également la décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *précitée*, cons. 89, dans laquelle le Conseil considère, à propos des visites au sein d'entreprises, que ce dispositif satisfait aux exigences de l'article 66 de la Constitution dans la mesure où un *magistrat du siège*, habilité à donner l'autorisation de procéder à la visite, « ne peut le faire que par une ordonnance spécialement rendue », « doit contrôler la nature des vérifications requises [...] et peut à tout moment mettre fin à la visite d'entreprise, ce qui implique qu'il en garde le contrôle ». Sur ce point, T. RENOUX, note sous décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990 (loi sur la réglementation des télécommunications), *R.F.D.C.*, 1991, pp. 118-128, spéc. p. 127.

¹⁵²⁷ Décision n° 86-211 D.C. du 26 août 1986, *précitée*, cons. 3 ; Décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, *précitée*, cons. 6.

¹⁵²⁸ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 57-58.

¹⁵²⁹ T. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, *op. cit.*, p. 535.

¹⁵³⁰ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, *Rec.* p. 217, cons. 5.

¹⁵³¹ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 25 ; Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 26 ; Décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *précitée*, cons. 11.

physiques ou morales exploitant des réseaux de télécommunications, la visite devant être consentie par la personne concernée¹⁵³².

820. Cependant, la compétence du magistrat du siège reste, au cours des années 1990, de principe. Ce dernier est exclusivement habilité pour prolonger au-delà d'un certain délai les mesures privatives de liberté, et pour autoriser des visites, perquisitions, et saisies de nuit au stade de l'enquête. Dans la décision du 16 juillet 1996 portant sur la loi renforçant la répression du terrorisme, le Conseil considère que le législateur ne porte pas une atteinte excessive à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du domicile, en prévoyant la possibilité de procéder à ces opérations lors d'une enquête de flagrance, puisque l'autorisation émane du Président du Tribunal de Grande Instance et que ces opérations sont placées sous son contrôle¹⁵³³. C'est pourquoi, de telles opérations, mises en œuvre dans le cadre de l'enquête préliminaire et uniquement placées sous le contrôle du procureur de la République, sont déclarées contraires à la Constitution¹⁵³⁴.

821. L'exigence de contrôle de l'autorité judiciaire implique également que l'autorité judiciaire en charge de ces opérations, à titre de direction de la police judiciaire, et l'autorité judiciaire habilitée à surveiller l'absence d'internement arbitraire, à titre de gardien de la liberté individuelle, soient différentes. Le Conseil censure en particulier la disposition législative prévoyant que, « dans l'instruction préparatoire, l'autorité déjà investie de la charge de celle-ci se voit en outre attribuer les pouvoirs d'autoriser, de diriger et de contrôler les opérations en cause »¹⁵³⁵.

822. Depuis le début des années 2000, la jurisprudence constitutionnelle témoigne, dans un troisième temps, d'un infléchissement de cette exigence. D'une part, il résultait de la décision du 18 janvier 1995 portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité que le principe de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, impliquait son autorisation préalable pour procéder à des fouilles de véhicules sur la voie publique¹⁵³⁶. La décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure marque une régression, puisque l'intervention *a priori* d'un magistrat n'est plus exigée. Le Conseil valide

¹⁵³² Décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990, *précitée*, cons. 15 ; T. RENOUX, note sous Décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990 (loi sur la réglementation des télécommunications), *op. cit.*, spéc. p. 128.

¹⁵³³ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 17.

¹⁵³⁴ *Idem*, cons. 18.

¹⁵³⁵ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 18.

¹⁵³⁶ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 18-19.

le seul contrôle des opérations de fouilles de véhicules, lors d'une enquête de flagrance¹⁵³⁷ et d'une enquête préliminaire¹⁵³⁸, par le procureur de la République. La « translation » de compétences, de l'intervention préalable au seul contrôle en cours de la mesure confié au procureur, démontre l'affaiblissement de l'exigence issue de l'article 66 de la Constitution.

823. D'autre part, la « double fonction » du juge d'instruction, au titre de direction et de contrôle de la police judiciaire *et* de gardien de la liberté individuelle en matière d'opérations de visites, perquisitions et saisies de nuit, avait été censurée par le Conseil en 1996¹⁵³⁹. Pourtant, dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, le Conseil ne censure pas l'habilitation du juge d'instruction à diriger l'instruction *et* à autoriser et contrôler de telles opérations, en matière de recherche d'auteurs d'infractions mentionnées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale¹⁵⁴⁰.

824. Le degré d'exigence du principe de *l'autorité judiciaire* gardienne de la liberté individuelle semble donc peu à peu décliner. Pour Gilles Armand, le Conseil tend « à relever le seuil de gravité à partir duquel le contrôle du siège est constitutionnellement obligatoire »¹⁵⁴¹. Le noyau dur de l'intervention requise du magistrat du siège résiderait dans la prolongation et le contrôle des mesures privatives de liberté¹⁵⁴², et dans l'autorisation de mise en œuvre des dispositifs les plus attentatoires à la liberté individuelle¹⁵⁴³. Cette répartition renouvelée des compétences au sein de l'autorité judiciaire s'accompagne, par ailleurs, d'une gradation des modalités de contrôle.

b) La gradation du contrôle de l'autorité judiciaire

825. Comme le relève Patrick Wachsmann, le principe de l'autorité judiciaire *gardienne* de la liberté individuelle consiste en une « exigence générale et rigoureuse » d'un contrôle « prompt et effectif du juge judiciaire »¹⁵⁴⁴. Sur le plan substantiel, le Conseil constitutionnel

¹⁵³⁷ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 13-14.

¹⁵³⁸ *Idem*, cons. 11-12.

¹⁵³⁹ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 18.

¹⁵⁴⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 53-56.

¹⁵⁴¹ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, p. 66.

¹⁵⁴² A cet égard, le Conseil rappelle de manière constante que l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante huit heures. Voir notamment : décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *précitée*, cons. 11.

¹⁵⁴³ Tels que les mesures d'investigation dérogatoires du droit commun : décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 43-52.

¹⁵⁴⁴ P. WACHSMANN, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.S.C.*, 1988, n° 1, pp. 1-15, spéc. p. 13.

considère, depuis 1992, que « le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent »¹⁵⁴⁵. Le Conseil affine cette exigence dans la décision du 22 avril 1997 sur la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration. Il précise qu'il appartient au législateur « de permettre à l'autorité judiciaire d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond », par lesquelles il a entendu assurer la conciliation entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés garanties¹⁵⁴⁶. Le « contrôle effectif »¹⁵⁴⁷ du juge sur la mesure implique qu'il doit s'assurer concrètement de la nécessité de la mesure¹⁵⁴⁸ et de son caractère indispensable pour atteindre l'objectif poursuivi, afin d'éviter un internement arbitraire¹⁵⁴⁹.

826. Cette exigence *matérielle* est relayée par une contrainte *temporelle*. De manière constante, le Conseil impose que l'autorité judiciaire intervienne avec suffisamment de rapidité¹⁵⁵⁰, c'est-à-dire « dans le plus court délai possible », que ce soit à l'égard de mesures de procédure pénale, telles que la garde à vue¹⁵⁵¹, ou de police administrative, comme la rétention administrative ou l'hospitalisation d'une personne atteinte de troubles mentaux¹⁵⁵². Toutefois, le Conseil introduit des critères de modulation de cette exigence. En vertu de son considérant de principe, « peuvent être prévues des modalités différentes d'intervention selon la *nature* et la *portée* de la mesure affectant la liberté individuelle »¹⁵⁵³.

827. En particulier, cette modulation implique la possibilité pour le législateur « de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et venir et une décision qui a pour effet d'entraver sensiblement cette liberté »¹⁵⁵⁴. De la sorte,

¹⁵⁴⁵ Décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *précitée*, cons. 15.

¹⁵⁴⁶ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 17.

¹⁵⁴⁷ Décision n° 84-184 D.C. du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec. p. 94, cons. 34 ; Décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, *précitée*, cons. 5 ; Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 3.

¹⁵⁴⁸ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 16 ; Décision n° 2012-253 Q.P.C. du 8 juin 2012, *précitée*, cons. 6-7 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 8 juin 2011, *précitée*, cons. 10 ; Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *précitée*, cons. 10.

¹⁵⁴⁹ Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1979, *précitée*, cons. 3.

¹⁵⁵⁰ C. BONOTTE, « La contestation des décisions de maintien en rétention administrative et en zone d'attente devant le juge judiciaire et le juge administratif », *A.J.D.A.*, 5 avril 2004, pp. 694-703, spéc. p. 699.

¹⁵⁵¹ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 3.

¹⁵⁵² Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1979, *précitée*, cons. 4 ; Décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *précitée*, cons. 17 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 8 juin 2011, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 25.

¹⁵⁵³ Décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 14 (souligné par nous).

¹⁵⁵⁴ Décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *précitée*, cons. 13.

les modalités d'intervention du juge judiciaire apparaissent polymorphes¹⁵⁵⁵. S'il demeure délicat de répondre à la question, soulevée par François Luchaire, de savoir « quand l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle doit intervenir »¹⁵⁵⁶, trois critères peuvent être dégagés. Ils tiennent au degré de contrainte (1), à la nature juridique (2) et à l'objet de la mesure (3).

1) *L'autorisation préalable du juge judiciaire, fonction du degré de contrainte de la mesure*

828. Au fil de ses décisions, le Conseil a précisé que l'article 66 de la Constitution n'imposait pas une intervention nécessairement préalable du juge judiciaire. Cet article exige, certes, que « toute privation de liberté soit *placée* sous le contrôle de l'autorité judiciaire », mais « il n'impose pas que cette dernière soit *saisie préalablement* à toute mesure privative de liberté »¹⁵⁵⁷. Son intervention n'est pas constitutionnellement requise pour prononcer une garde à vue, une rétention administrative ou une mesure d'hospitalisation d'une personne atteinte de troubles mentaux¹⁵⁵⁸. En revanche, elle est exigée lors du placement d'une personne en détention provisoire, qui doit être prononcée par le juge des libertés et de la détention¹⁵⁵⁹.

829. Aussi, s'il semblait que la compétence de l'autorité administrative pour décider d'une mesure privative de liberté était seulement admissible en droit des étrangers, notamment en matière de zones d'attente et de rétention administrative, plusieurs décisions Q.P.C. relatives à l'hospitalisation sans consentement indiquent qu'il en est de même à l'égard des nationaux¹⁵⁶⁰. Comme le souligne Annabelle Pena, ce n'est pas tant la distinction entre personnes de nationalité française et étrangers qui explique la différence du « degré d'exigence » résultant de l'article 66 de la Constitution, mais bien le degré de contrainte de la

¹⁵⁵⁵ F. FINES, « "L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, 1994, n° 3, pp. 594-608, spéc. p. 602.

¹⁵⁵⁶ F. LUCHAIRE, « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1995, n° 3, pp. 575-597, spéc. p. 588.

¹⁵⁵⁷ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 20.

¹⁵⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁹ Article 137-1 du Code de procédure pénale ; Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 119-122.

¹⁵⁶⁰ A. PENA, « Le "fou" est un homme comme les autres mais pas un malade ordinaire... », *R.F.D.C.*, 2011, n° 86, pp. 298-303, spéc. p. 300 ; A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *R.F.D.A.*, 2011, pp. 951-966, spéc. p. 956-957 ; Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 17-22 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 5-9.

mesure. En d'autres termes, l'autorisation préalable de l'autorité judiciaire n'est requise que pour les mesures les plus contraignantes, tant « le noyau dur de la garantie qu'elle offre se manifeste principalement dans la fonction juridictionnelle qu'elle exerce »¹⁵⁶¹.

830. La modulation de l'exigence d'intervention en amont du juge, en fonction de la gravité de la mesure, se vérifie également à l'égard des dispositifs affectant la liberté individuelle *lato sensu*. Seuls les actes de procédure pénale les plus attentatoires à cette liberté tendent, dorénavant, à être soumis à l'autorisation préalable de l'autorité judiciaire, que ce soit au stade de l'enquête ou de l'instruction. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, le Conseil rappelle, à propos des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de nuit en vue de la recherche d'auteurs d'infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées, que le législateur peut prévoir la possibilité de procéder à de telles opérations « à condition que l'autorisation de procéder à ces opérations émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle »¹⁵⁶².

831. Cependant, s'il avait pu être déduit de la jurisprudence que les opérations de fouilles de véhicules devaient être préalablement autorisées par l'autorité judiciaire¹⁵⁶³, la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure revient sur ce degré d'exigence. De telles opérations, intervenant en enquête de flagrance, peuvent être mises en œuvre sans autorisation préalable du magistrat du Parquet, le Conseil exigeant seulement que celui-ci « soit au plus tôt informé » et que le « reste de la procédure soit placé sous sa surveillance »¹⁵⁶⁴. En cela, l'article 66 de la Constitution n'exige qu'une intervention *a posteriori* du juge judiciaire¹⁵⁶⁵. Par ailleurs, la nature juridique du dispositif s'ajoute au critère lié au degré de contrainte, pour expliquer la modulation du contrôle de l'autorité judiciaire au cours de l'exécution de la mesure.

¹⁵⁶¹ A. PENA, « Le "fou" est un homme comme les autres mais pas un malade ordinaire... », *op. cit.*, spéc. p. 300.

¹⁵⁶² Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 46 (souligné par nous).

¹⁵⁶³ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 19-20 ; L. FAVOREU, note sous Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, Vidéosurveillance, *op. cit.*, p. 367 ; F. LUCHAIRE, « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 588.

¹⁵⁶⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 10 et 13-14 ; P. JAN, « Forum », *R.D.P.*, 2003, n°2, pp. 367-369.

¹⁵⁶⁵ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003 : loi pour la sécurité intérieure », *L.P.A.*, 18 septembre 2003, n° 187, pp. 6-13, spéc. p. 9.

2) *L'information du juge judiciaire, fonction du degré de contrainte et de la nature juridique de la mesure*

832. Suite à la décision de soumettre une personne à une mesure privative de liberté, l'exigence d'information du juge judiciaire au cours de son exécution apparaît différente, dans un premier temps, selon sa nature juridique. Concernant les actes de procédure pénale, tels que le placement en garde à vue, cette contrainte implique que le procureur soit informé dans le plus bref délai possible à compter de la décision prise par l'officier de police judiciaire. Dans la décision du 11 août 1993 relative à la loi portant réforme du code de procédure pénale, le Conseil rappelle qu'il importe que ce type de décisions soit porté « aussi rapidement que possible à la connaissance du procureur de la République »¹⁵⁶⁶.

833. Il en est de même en cas de déferrement de la personne dans les locaux de la juridiction suite à sa garde à vue. A travers une réserve d'interprétation, le Conseil souligne que le magistrat devant lequel la personne est appelée à comparaître « doit être informé sans délai » de son arrivée, afin que l'autorité judiciaire soit en mesure de « porter *une appréciation immédiate sur l'opportunité* de cette rétention »¹⁵⁶⁷.

834. Concernant les mesures privatives de liberté décidées par l'autorité administrative, l'exigence d'information de l'autorité judiciaire est atténuée. L'article 66 de la Constitution implique seulement que le juge intervienne pour prolonger la mesure, que ce soit pour la zone d'attente, la rétention administrative ou l'hospitalisation sans consentement¹⁵⁶⁸.

835. Dans un second temps, l'exigence d'information de l'autorité judiciaire au cours de la mesure varie en fonction du degré de contrainte du dispositif. Pour les mesures d'investigations dérogatoires du droit commun, ayant pour objet la recherche des auteurs d'infractions mentionnées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, le Conseil vérifie qu'elles sont placées sous le contrôle du magistrat du siège dès leur mise en œuvre, « lequel peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales »¹⁵⁶⁹.

836. *A contrario*, l'opération de police judiciaire de visites de véhicules exercée par les officiers de police judiciaire dans le cadre d'une enquête de flagrance est uniquement placée

¹⁵⁶⁶ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 3.

¹⁵⁶⁷ Décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *précitée*, cons. 10 (souligné par nous).

¹⁵⁶⁸ Sur les conditions d'admission d'une personne atteinte de troubles mentaux dans un établissement de santé : Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 17-22 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 9-10 ; Sur la rétention administrative, voir en dernier lieu : décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 69 et s.

¹⁵⁶⁹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 46.

sous la surveillance du Procureur de la République¹⁵⁷⁰. L'intensité du contrôle juridictionnel, exercé dès le début de la mesure, est donc plus restreinte dans ce cas de figure. L'autorité judiciaire peut en effet « fort bien surveiller les atteintes à la liberté individuelle sans pour autant les contrôler de manière effective »¹⁵⁷¹. Enfin, un troisième critère intervient pour analyser la gradation de l'exigence découlant de l'article 66 de la Constitution, tenant à l'objet du dispositif.

3) *L'intervention a posteriori du juge judiciaire, fonction du degré de contrainte, de la nature juridique et de l'objet de la mesure*

837. Passé un certain délai de privation de liberté, le contrôle de l'autorité judiciaire découlant de l'article 66 de la Constitution implique que le maintien d'une personne contre sa volonté soit contrôlé, c'est-à-dire *décidé* et *autorisé* par le juge, qui apprécie sa nécessité et son bien-fondé. Une décision d'une juridiction de l'ordre judiciaire s'impose en effet pour prolonger une mesure de garde à vue¹⁵⁷², de rétention administrative¹⁵⁷³ ou d'hospitalisation dans un établissement de santé¹⁵⁷⁴. Autrement dit, le législateur est constitutionnellement obligé de prévoir l'intervention du juge judiciaire sur toute privation de liberté, quel que soit son objet.

838. Le Conseil constitutionnel a explicitement rappelé cette exigence dans trois décisions Q.P.C. rendues en 2010 et 2011, relatives aux dispositifs d'hospitalisation sans consentement¹⁵⁷⁵. En l'espèce, il considère que le délai de quinze jours, pendant lequel aucun juge judiciaire n'intervient de plein droit pour contrôler l'hospitalisation à la demande d'un tiers¹⁵⁷⁶, l'hospitalisation d'office¹⁵⁷⁷ et l'hospitalisation sans consentement prévue avant la loi du 27 juin 1990¹⁵⁷⁸, est contraire à la Constitution. La seule saisine facultative du juge, dont dispose la personne placée dans un établissement de santé, est insuffisante. Comme le relève

¹⁵⁷⁰ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 10.

¹⁵⁷¹ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, p. 70.

¹⁵⁷² Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1996, *précitée*, cons. 4-5.

¹⁵⁷³ Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, *précitée*, cons. 3-4.

¹⁵⁷⁴ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 25-26 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2011-202 Q.P.C. du 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q.*, *Rec.* p. 567, cons. 13.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*. Sur ces décisions : D. FALLON, « Le Conseil constitutionnel précise sa position sur le régime de l'hospitalisation sans consentement », *Constitutions*, Janvier-Mars 2012, pp. 140-145.

¹⁵⁷⁶ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 23-26.

¹⁵⁷⁷ Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 12-14.

¹⁵⁷⁸ Décision n° 2011-202 Q.P.C. du 2 décembre 2011, *précitée*, cons. 13.

Annabelle Pena, le Conseil confirme qu'il ne peut y avoir « d'application différenciée » de l'article 66 de la Constitution en fonction des personnes concernées¹⁵⁷⁹. En conséquence, la loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques modifie le régime de l'hospitalisation sans consentement¹⁵⁸⁰, en y ajoutant une procédure de contrôle de plein droit du juge judiciaire sur ces mesures¹⁵⁸¹.

839. Cependant, le délai au-delà duquel la prolongation doit être décidée par un magistrat judiciaire peut varier en fonction de la nature et du degré de contrainte de la mesure. A propos du placement d'une personne, trouvée en état d'ivresse sur la voie publique, dans un local de police ou une chambre de sûreté jusqu'à ce qu'elle ait retrouvé la raison, sans intervention de l'autorité judiciaire, le Conseil considère que ce dispositif ne méconnaît pas l'article 66 de la Constitution « eu égard à la *brièveté de cette privation de liberté* organisée à des *fins de police administrative* »¹⁵⁸². Le fait que ce dispositif soit une mesure de police administrative rentre donc en ligne de compte dans l'analyse du Conseil.

840. La notion de « plus court délai possible » varie aussi sensiblement selon le degré de contrainte de la mesure. A cet égard, si l'absence d'intervention *a posteriori* du juge n'est pas censurée suite au placement dans un local de police d'une personne trouvée en état d'ivresse sur la voie publique, son intervention s'impose pour prolonger une garde à vue au-delà de quarante-huit heures. Concernant le maintien d'un étranger en zone d'attente¹⁵⁸³, l'intervention a lieu à l'issue d'un délai de quatre jours, cette mesure étant moins attentatoire à la liberté individuelle que la garde à vue¹⁵⁸⁴.

841. De plus, l'exigence d'intervention *a posteriori* du juge n'a cessé de s'assouplir en matière de rétention administrative. De 1981 à 1997, le prompt contrôle de l'autorité

¹⁵⁷⁹ A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *op. cit.*, spéc. p. 953.

¹⁵⁸⁰ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *J.O.R.F.* n° 0155 du 6 juillet 2011, p. 11705.

¹⁵⁸¹ C. CASTAING, « Pouvoir administratif *versus* pouvoir médical ? », *A.J.D.A.*, 31 octobre 2011, pp. 2055-2062 ; E. PECHILLON, « Publication de la loi sur le soin sous contrainte », *J.C.P. A.*, n° 29, 18 juillet 2011, pp. 3-4 ; A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *op. cit.*, pp. 957 et s. ; Voir également sur cette réforme : J.-M. DELARUE (dir.), *Rapport d'activité 2011 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 21 et s.

¹⁵⁸² Décision n° 2012-253 Q.P.C. du 8 juin 2010, *précitée*, cons. 8.

¹⁵⁸³ Article L. 221-1 du C.E.S.E.D.A..

¹⁵⁸⁴ L'étranger peut en effet à tout moment quitter le territoire français : Décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *précitée*, cons. 92 ; D. TURPIN, « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *op. cit.*, pp. 508-509.

judiciaire s'entendait d'un délai de vingt-quatre heures¹⁵⁸⁵, puis de quarante-huit heures suite à la décision du 22 avril 1997¹⁵⁸⁶. En revanche, son intervention après sept jours de privation de liberté a été déclarée contraire à la Constitution¹⁵⁸⁷. Dans la décision du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, le Conseil ne censure pas le report de la première intervention du juge des libertés et de la détention à cinq jours¹⁵⁸⁸.

842. Deux enseignements peuvent être tirés de ces décisions. D'une part, le délai constitutionnellement exigé du contrôle de l'autorité judiciaire varie en fonction de l'atteinte portée aux droits et libertés. Comme le souligne Dominique Turpin, la rétention administrative porte une atteinte moins grave à l'étranger qu'à la personne mise en garde à vue, dans la mesure où ses droits de visite et de communication sont préservés¹⁵⁸⁹. D'autre part, la notion de « délai le plus court possible » ne peut être temporellement prédéterminée. Dans la décision du 9 juin 2011, la poursuite de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, mêlé à celui de bonne administration de la justice, affaiblit l'exigence de contrôle « prompt » du juge judiciaire¹⁵⁹⁰ et engendre le report de la « limite aux limites » de deux à cinq jours.

843. En dernier lieu, l'intervention de l'autorité judiciaire pour décider du maintien d'une mesure privative de liberté diffère désormais selon *l'objet* du dispositif. Ce troisième critère de modulation résulte des décisions Q.P.C. intervenues à propos des mesures d'hospitalisation sans consentement. Le Conseil considère explicitement que « les *motifs médicaux* et les *finalités thérapeutiques* qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles

¹⁵⁸⁵ *Idem*, pp. 542 et s ; O. LECUCQ, « Le cadre constitutionnel de la rétention administrative », in O. LECUCQ (dir.), *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection*, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, Paris, 2011, pp. 155-169 ; S. SLAMA, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers », *op. cit.*, p. 379. Ce principe souffrait toutefois d'une exception, puisqu'en raison de difficultés techniques rencontrées par l'administration, la comparution au terme d'un délai de quarante-huit heures a été admise : décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, *précitée*, cons. 4.

¹⁵⁸⁶ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 54-55 ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 64.

¹⁵⁸⁷ Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, *précitée*, cons. 4, Sur ce point : J.-Y. VINCENT, « Le nouveau régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France », *R.A.*, 1980, pp. 363-382, spéc. p. 370.

¹⁵⁸⁸ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 72. Les articles 44 et 51 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 modifient les articles L. 551-1 et L. 551-2 du C.E.S.E.D.A. relatifs à l'intervention du juge des libertés et de la détention.

¹⁵⁸⁹ D. TURPIN, « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *op. cit.*, p. 542.

¹⁵⁹⁰ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 72.

mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte » pour la fixation du délai d'intervention du juge¹⁵⁹¹.

844. Compte tenu de la finalité de cette mesure, le législateur peut ne pas prévoir son intervention de plein droit pendant quinze jours et ce n'est qu'au-delà de ce délai que l'article 66 de la Constitution est méconnu¹⁵⁹². Pour Annabelle Pena, la position du Conseil est problématique. Elle établit « un lien entre les certificats médicaux et la saisine du juge, en partant du postulat que celle-ci est forcément conditionnée par des contraintes médicales particulières »¹⁵⁹³. Pourtant, le fait que celles-ci aient un effet sur la détermination du moment où le juge doit être saisi affaiblit la signification même du principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle¹⁵⁹⁴.

845. L'analyse de l'exigence d'intervention *a posteriori* du juge judiciaire montre par conséquent la forte hétérogénéité des régimes de privation de liberté en droit positif français, le délai oscillant désormais entre deux et quinze jours¹⁵⁹⁵. Le critère de la finalité de la mesure « étire » un peu plus le respect de cette exigence, même s'il paraît difficile d'admettre que ce seul critère justifie cette différence¹⁵⁹⁶. *In fine*, c'est bien une gradation du contrôle des mesures affectant la liberté individuelle par l'autorité judiciaire qu'il est possible, ici, d'analyser. Les critères tenant à la nature, au degré de gravité et à l'objet du dispositif constituent autant de paramètres permettant au Conseil de moduler, et par là même d'atténuer, l'intensité de l'exigence découlant de l'article 66 de la Constitution.

846. A l'instar des « limites aux limites » spécifiques à la qualification de la mesure, il résulte de la jurisprudence constitutionnelle une précision des contraintes propres aux mesures mettant en cause la liberté individuelle et un affaiblissement de leur « degré d'exigence ». La

¹⁵⁹¹ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 25 (souligné par nous) ; Commentaire aux Cahiers, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁵⁹² Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 25 et 26 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2011-202 Q.P.C. du 2 décembre 2011, *précitée*, cons. 13.

¹⁵⁹³ A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *op. cit.*, spéc. p. 958.

¹⁵⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁹⁵ S. SLAMA, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers », *op. cit.*, spéc. p. 379 ; A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *op. cit.*, spéc. p. 959 ; A. PENA, « Le "fou" est un homme comme les autres mais pas un malade ordinaire... », *op. cit.*, spéc. p. 301.

¹⁵⁹⁶ A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *op. cit.*, spéc. p. 958.

rigueur nécessaire apparaît moins contraignante que les « principes essentiels de la liberté individuelle » auxquels elle s'est substituée. Le contrôle de l'autorité judiciaire perd quant à lui en intensité, sur les plans organique et substantiel. Il se confond, de plus en plus, avec l'exigence de direction et de contrôle de la police judiciaire propre aux mesures de police judiciaire. En ce sens, la protection constitutionnelle de la liberté individuelle tend à perdre sa spécificité¹⁵⁹⁷.

847. Au delà de ce double infléchissement des contraintes constitutionnelles, la concrétisation législative renouvelée des exigences de l'ordre public conduit le Conseil à dépasser les deux critères d'identification des « limites aux limites » sur lesquels il se fonde classiquement. Un troisième critère de délimitation des champs d'application des exigences constitutionnelles tend à être mobilisé : le degré de gravité de la mesure.

§3. L'émergence de la gravité de la mesure dans la détermination des « limites aux limites » aux droits fondamentaux

848. Si la qualification juridique de la mesure et la mise en cause de la liberté individuelle engendrent l'application d'exigences spécifiques dans la jurisprudence constitutionnelle, le degré d'atteinte porté à l'exercice des droits fondamentaux altère en partie ce schéma initial. Le renforcement des exigences de l'ordre public se traduit par l'adoption de normes « exigeant » davantage des droits et libertés garantis et dont la nature juridique se révèle délicate à appréhender. La gravité des dispositifs examinés conduit le Conseil constitutionnel, lorsqu'il l'estime opportun, à déplacer le champ d'application de « limites aux limites » pourtant spécifiques à des mesures précises, afin de renforcer son contrôle.

849. Deux mécanismes peuvent être identifiés. Le Conseil procède à une déconnexion entre la qualification de la mesure et les « limites aux limites » applicables (A), puis entre la mise en cause de la liberté individuelle et les contraintes qui s'y rattachent (B).

¹⁵⁹⁷ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, p. 70.

A) La déconnexion entre la qualification juridique de la mesure et les « limites aux limites » applicables

850. L'influence de la gravité de la mesure sur les modalités du contrôle juridictionnel n'est pas propre au contentieux constitutionnel. La jurisprudence administrative témoigne de la tendance du juge à prendre en compte ce critère, pour déterminer le champ d'application des exigences pesant sur l'autorité administrative. En cela, la gravité de la mesure altère le mécanisme de « cause à effet » découlant de sa qualification juridique. Comme le souligne Etienne Picard, ce mécanisme signifie que « l'appartenance d'un acte à une catégorie joue le rôle de cause immédiate et l'application du régime celui de l'effet »¹⁵⁹⁸. Il peut toutefois être déjoué lorsque le juge, « sensible à la gravité de la mesure », soumet cette dernière à des principes ne correspondant pas à ceux mobilisés pour cette catégorie de mesures¹⁵⁹⁹.

851. Cette tendance résulte, en particulier, de la distinction entre les mesures de police et les sanctions administratives¹⁶⁰⁰. Seules ces dernières doivent être précédées, lors de leur prononcé, d'une procédure contradictoire¹⁶⁰¹. A travers un raisonnement téléologique, le juge recherche si, au regard de la gravité de la mesure, la procédure contradictoire doit s'appliquer pour, ensuite, procéder à l'opération de qualification¹⁶⁰².

852. Dans la jurisprudence constitutionnelle, la prise en compte de la gravité de la mesure altère directement la détermination des contraintes pesant sur le législateur. En effet, ce critère n'influence pas la qualification du dispositif mais conduit le Conseil à lui appliquer des exigences ne correspondant pas à sa nature juridique. La relation causale entre la qualification et le régime correspondant est ainsi, en partie, rompue.

853. Cette déconnexion se mesure, en particulier, entre la notion de sanction ayant le caractère d'une punition et les « limites aux limites » qui lui sont spécifiques. Comme il a été indiqué, le Conseil rappelle de manière constante que les principes découlant de l'article 8 de

¹⁵⁹⁸ E. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., tome 1, spéc. p. 358.

¹⁵⁹⁹ *Idem*, p. 359.

¹⁶⁰⁰ *Idem*, pp. 358 et s. ; R. ODENT, « Les droits de la défense », *E.D.C.E.*, 1953, p. 55 ; CONSEIL D'ÉTAT, Section du rapport et des études, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., pp. 35 et s.

¹⁶⁰¹ B. GENEVOIS, concl. sur C.E., Sect., 9 mai 1980, *Sté des établissements Cruse fils*, *Rec. Lebon*, p. 217 ; *A.J.D.A.*, 1980, p. 182. Sur la critique des raisons expliquant l'exclusion de la police du champ d'application du principe du contradictoire : E. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., pp. 354 et s.

¹⁶⁰² E. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., pp. 358-359 ; CONSEIL D'ÉTAT, Section du rapport et des études, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., spéc. p. 39.

la Déclaration de 1789 s'appliquent exclusivement aux peines et aux sanctions¹⁶⁰³. Autrement dit, toute mesure n'étant pas qualifiée comme telle n'est pas contrôlée à la lumière de ces principes.

854. Dans la décision du 21 février 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté, le Conseil introduit une brèche dans ce mécanisme de cause à effet. Après avoir recensé ses caractères propres, il conclut que la rétention de sûreté « n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition »¹⁶⁰⁴. Il en déduit logiquement que les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration sont inopérants¹⁶⁰⁵. Pourtant, au regard de l'atteinte portée par cette mesure à l'exercice des droits garantis, le Conseil confronte la rétention de sûreté au principe de non-rétroactivité des lois pénales d'incrimination plus sévères. Il estime qu'« eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction », la rétention de sûreté « ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement »¹⁶⁰⁶.

855. A l'appui de critères ayant trait à la gravité de la mesure, le Conseil constitutionnel introduit ainsi une « rupture » entre la qualification du dispositif et le régime correspondant. Il déplace le champ d'application du principe de non-rétroactivité, afin d'en imposer le respect au législateur¹⁶⁰⁷. Pour Paul Cassia, c'est bien parce que « la rétention de sûreté est à ce point attentatoire aux libertés qu'elle ne peut être applicable qu'aux faits et condamnations postérieures à la publication de la loi »¹⁶⁰⁸. En s'appuyant sur la gravité du dispositif, le Conseil applique une partie du régime constitutionnel propre aux peines, à une autre catégorie de mesures, qui reste à définir.

856. L'article 8 de la Déclaration de 1789 n'est donc plus cantonné aux seules sanctions, mais peut désormais s'étendre à des mesures pénales qui portent un degré d'atteinte tel aux

¹⁶⁰³ Décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *précitée*, cons. 12.

¹⁶⁰⁴ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 9.

¹⁶⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁰⁶ *Idem*, cons. 10.

¹⁶⁰⁷ L. FAVOREU, L. PHILIP et autres, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 573-583, spéc. p. 580 ; P. CONTE, « Aux fous ? », *op. cit.*, pp. 1-2 ; C. GHICA-LEMARCHAND, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *R.D.P.*, 2008, n° 5, pp. 1381-1397, spéc. p. 1393 ; C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 744 ; P. CASSIA, « La Constitution malmenée », *Esprit*, 2008, n° 5, p. 188-190 ; Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 du 21 février 2008 », *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 1359-1366.

¹⁶⁰⁸ P. CASSIA, « La Constitution malmenée », *op. cit.*, spéc. p. 188.

droits fondamentaux qu'elles doivent bénéficier d'une partie des principes du droit répressif. Au nombre de celles-ci, figureraient les « mesures de sûreté privatives de liberté »¹⁶⁰⁹, comme la rétention de sûreté. Bien qu'ayant une logique différente de celle des peines, elles mobilisent le même moyen, à savoir la privation de liberté. En cela, leur prévisibilité constitue la « condition » de leur acceptation¹⁶¹⁰. Comme le relève Thierry Renoux, « quand bien même la rétention de sûreté ne serait pas une peine, elle irait au-delà de la prévisibilité exigée d'une peine, d'autant plus exigée qu'elle constitue une mesure privative de liberté »¹⁶¹¹.

857. L'émergence de cette nouvelle catégorie juridique repose cependant sur un fondement incertain¹⁶¹² et imprévisible¹⁶¹³. Le Conseil ne dégage pas, *in abstracto*, les critères propres à caractériser le degré de gravité requis. S'il adopte une solution justifiée par la prévisibilité, la prévisibilité de sa jurisprudence reste, quant à elle, à construire.

858. Cette adaptation du régime des « limites aux limites » témoigne ainsi d'un renforcement du degré de contrôle du Conseil constitutionnel. En l'espèce, la déconnexion partielle entre la notion de sanction ayant le caractère d'une punition et les remparts qui lui correspondent, engendre l'absence d'application immédiate de la mesure de rétention de sûreté *ab initio*¹⁶¹⁴. Un tel processus n'est pas isolé dans la jurisprudence constitutionnelle, puisqu'il se constate également entre la mise en cause de la liberté individuelle et les exigences qui s'y rattachent.

B) La déconnexion entre la mise en cause de la liberté individuelle et les « limites aux limites » applicables

859. La mise en cause de la liberté individuelle emporte le respect de deux contraintes par le législateur : l'exigence de ne pas porter une rigueur qui ne soit pas nécessaire et l'obligation

¹⁶⁰⁹ Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 du 21 février 2008 », *op. cit.*, spéc. p. 1365.

¹⁶¹⁰ T. RENOUX, « Rapport France – Table ronde : Constitution et Droit pénal », *op. cit.*, spéc. p. 214.

¹⁶¹¹ *Ibidem*.

¹⁶¹² B. MATHIEU, « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle ? », *J.C.P. G.*, n° 11, 12 mars 2008, pp. 4- 6.

¹⁶¹³ B. DE LAMY, « Réflexe, réflexion, réfléchir : déclinaison sur la Q.P.C. en droit pénal », in X. BIOY, X. MAGNON, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 29-36.

¹⁶¹⁴ Seule l'application rétroactive de la rétention de sûreté *ab initio*, c'est-à-dire prévue par la Cour d'assises ayant condamné la personne pour des crimes déterminés, a été censurée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 21 février 2008. La rétention de sûreté faisant suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté, prévue à l'article 706-53-19 du Code de procédure pénale, demeure, elle, d'application immédiate. Sur ce point : *infra*, n° 936.

de prévoir un contrôle de l'autorité judiciaire sur ces mesures. S'agissant de cette seconde exigence, la gravité de la mesure est prise en compte par le Conseil constitutionnel, puisqu'il tend à l'imposer au législateur quand bien même la liberté individuelle proprement dite ne serait pas mise en cause par la mesure.

860. Esquissée en 1999¹⁶¹⁵ et affirmée explicitement depuis 2003¹⁶¹⁶, une conception stricte de la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution, prévaut dans la jurisprudence constitutionnelle. Preuve de l'« émancipation des libertés jusqu'alors dérivées de la liberté individuelle »¹⁶¹⁷, la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile bénéficient désormais de fondements constitutionnels autonomes. Le Conseil considère qu'au nombre des libertés garanties « figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, *protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789*, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire »¹⁶¹⁸. Il en résulte que l'exigence de contrôle de l'autorité judiciaire ne s'applique qu'aux mesures affectant la liberté individuelle *stricto sensu*. En dépit de ce considérant de principe, le Conseil n'attache pas un effet absolu à ce mécanisme de cause à effet.

861. D'une part, le contrôle de l'autorité judiciaire à titre de gardienne de la liberté individuelle apparaît exigé lorsque la mesure porte une atteinte particulièrement grave à l'inviolabilité du domicile. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, le Conseil analysait la constitutionnalité de dispositions autorisant les officiers de police judiciaire à procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de nuit à l'occasion de la recherche d'infractions relevant de la criminalité organisée. Considérant ces procédures spéciales « de nature à affecter gravement l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés »¹⁶¹⁹, le Conseil exige que leur autorisation « émane de l'autorité judiciaire, *gardiennne de la liberté individuelle* »¹⁶²⁰. Or, seule l'atteinte à l'inviolabilité du domicile est en l'espèce analysée¹⁶²¹. L'examen du Conseil porte ainsi sur le

¹⁶¹⁵ Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *précitée*, cons. 20 ; Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *précitée*, cons. 45.

¹⁶¹⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 8 ; Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 4 ; Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 13.

¹⁶¹⁷ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁶¹⁸ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 4 (souligné par nous).

¹⁶¹⁹ *Idem*, cons. 69.

¹⁶²⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 46 (souligné par nous).

¹⁶²¹ *Idem*, cons. 47, 52 et 56.

contrôle de l'autorité judiciaire, non seulement à titre de direction et de contrôle de la police judiciaire, mais aussi, de manière explicite, à titre de gardienne de la liberté individuelle.

862. Même si l'inviolabilité du domicile bénéficie d'un fondement autonome, le législateur doit prévoir le contrôle de l'autorité judiciaire, résultant de l'article 66 de la Constitution, sur les mesures affectant gravement cette liberté. Par conséquent, la gravité de la mesure conduit le Conseil à maintenir l'exigence de contrôle de l'autorité judiciaire à l'égard des mesures affectant l'inviolabilité du domicile.

863. Un telle déconnexion se constate, d'autre part, à propos des mesures de police administrative restrictives de liberté, portant une atteinte particulièrement grave à la liberté d'aller et venir et au droit au respect de la vie privée. Par exemple, la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure insère dans le Code de procédure pénale un article 78-2-4, relatif aux modalités de contrôle d'identité et de visite de véhicules afin de prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens¹⁶²². Intervenant « dans le cadre de la police administrative »¹⁶²³, cette disposition autorise les agents de police judiciaire à procéder, avec l'accord du conducteur ou à défaut sur instructions du procureur de la République communiquées par tous moyens, à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public, pour une durée de trente minutes dans l'attente des instructions de ce magistrat.

864. Dans la décision du 13 mars 2003, le Conseil souligne qu'« en dehors des cas où ils agissent sur réquisition de l'autorité judiciaire, les agents habilités ne peuvent disposer d'une personne que lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle vient de commettre une infraction ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher d'en commettre une ; qu'en pareil cas, l'autorité judiciaire doit en être au plus tôt informée et le reste de la procédure placé sous sa surveillance »¹⁶²⁴.

865. Si l'autorité judiciaire doit intervenir à titre de direction et de contrôle de la police judiciaire dans le cadre de mesures de police judiciaire, il n'en est pas de même des mesures de police administrative. De plus, seules celles constituant des privations de liberté, affectant la liberté individuelle *stricto sensu*, sont désormais placées sous le contrôle d'un magistrat de l'ordre judiciaire à titre de gardien de la liberté individuelle¹⁶²⁵. En conséquence, soumettre la

¹⁶²² Article 13 de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003, précitée.

¹⁶²³ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, précitée, cons. 16.

¹⁶²⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, précitée, cons. 9 (souligné par nous).

¹⁶²⁵ *Supra*, n° 825 et s.

visite de véhicules, réalisée dans un cadre de police administrative, à l'exigence de prompt information et de surveillance de l'autorité judiciaire, tel que le Conseil le considère dans cette décision, ne correspond pas au mécanisme de cause à effet entre la mise en cause de la liberté individuelle et le régime qui y correspond.

866. Le contrôle de l'autorité judiciaire paraît imposé par la gravité des mesures examinées. Le Conseil précise explicitement qu'elles sont « susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties »¹⁶²⁶. En dépit de l'absence de mise en cause de la liberté individuelle *stricto sensu*, l'exigence de contrôle de l'autorité judiciaire est mobilisée sous l'influence de la gravité de la mesure. Comme le souligne Olivier Dutheillet de Lamothe, « pour des atteintes graves » aux libertés qui se rapprochent de la liberté de l'individu, le Conseil continue à exiger une intervention de l'autorité judiciaire¹⁶²⁷.

867. Le contrôle de la concrétisation législative des exigences de l'ordre public conduit le Conseil à contrecarrer les mécanismes classiques de cause à effet, afin d'imposer le respect de certaines contraintes constitutionnelles. L'émergence du critère de la gravité de la mesure, « à partir de matériaux déjà existants » et des « forces imaginantes du droit »¹⁶²⁸, illustre l'adaptation des normes constitutionnelles « au gré de leur connexion à la réalité des faits »¹⁶²⁹. Cependant, la prise en compte de ce critère pour déterminer les « limites aux limites » applicables demeure fragile. En plus de n'être rattaché à aucun fondement précis, il est uniquement mobilisé lorsque le juge l'estime opportun. Ce constat ne favorise guère la prévisibilité de ses décisions. Il témoigne, avant tout, d'une certaine « opportunité » dans la mise en place et l'étendue du contrôle juridictionnel¹⁶³⁰.

¹⁶²⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 9 (souligné par nous).

¹⁶²⁷ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les aspects constitutionnels de la liberté personnelle – Table ronde », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, spéc. p. 51.

¹⁶²⁸ M. PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *R.S.C.*, 2009, n° 1, pp. 2-5.

¹⁶²⁹ J.-J. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, pp. 122-130, spéc. 127.

¹⁶³⁰ P. DELVOLVE, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? » in *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État*, Université Panthéon Assas, L.G.D.J., Paris, 1988, pp. 269-312, spéc. p. 295 et p. 311.

Conclusion du Chapitre 1 de la Deuxième Partie

868. L'analyse de la jurisprudence relative à la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits et libertés garantis démontre que le Conseil constitutionnel mobilise deux types d'instruments pour exercer son contrôle. Les premiers, génériques, s'appliquent à toutes les limites aux droits fondamentaux, tandis que les seconds sont spécifiques à des catégories de limites aux droits et libertés. Leur étude permet de mesurer l'influence du renforcement des exigences de l'ordre public sur les « limites aux limites » aux droits fondamentaux.

869. Le Conseil repense peu à peu les instruments du contrôle de constitutionnalité. Il précise à la fois leur fondement et leur signification, de sorte que ses décisions sont, sur ce point, plus prévisibles. La jurisprudence témoigne aussi d'un ajustement progressif des éléments du contrôle à la diversité normative des limites aux droits garantis et à la gravité des mesures. Cependant, la précision des instruments mobilisés par le Conseil ne peut masquer le nivellement vers le bas de l'intensité du contrôle. L'analyse de chaque « limite aux limites » met en évidence l'affaiblissement de leur degré de contrainte, que ce soit à travers la redéfinition de leur portée ou le resserrement de leur champ d'application. Le contrôle exercé est généralement restreint, sauf en cas d'atteinte grave portée aux droits fondamentaux.

870. Le contrôle de constitutionnalité des mesures inhérentes aux exigences de l'ordre public illustre, par ailleurs, l'étendue du pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel. Seules cinq « limites aux limites » sur les quatorze identifiées sont expressément inscrites dans la Constitution. Pour exercer son contrôle, le Conseil s'appuie sur neuf dispositions, en plus de celles consacrant les droits et libertés, soit environ 8% du texte. Deux tiers des « limites aux limites » aux droits fondamentaux résultent donc du pouvoir d'interprétation du juge. L'intensité du contrôle de constitutionnalité dépend pourtant directement « de la marge d'appréciation que la Constitution accorde au législateur »¹⁶³¹. En cela, la rédaction des normes constitutionnelles influence l'interprétation des instruments du contrôle et son intensité. De même, l'inscription plus précise des « limites aux limites » dans un texte supra-législatif peut encadrer davantage le législateur et aboutir à une protection renforcée des droits fondamentaux. C'est ce qu'il convient d'analyser dans un second chapitre.

¹⁶³¹ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *op. cit.*, spéc. p. 83.

CHAPITRE 2 – L'IDENTIFICATION DE « LIMITES AUX LIMITES » POTENTIELLES POUR LE JUGE CONSTITUTIONNEL

871. Depuis la décision du 15 janvier 1975 portant sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil constitutionnel considère, en vertu de sa compétence d'attribution, qu'il ne lui appartient pas d'examiner la conformité des lois aux engagements internationaux et européens de la France¹⁶³². Il refuse de vérifier la compatibilité de dispositions législatives au droit de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶³³ et au droit de l'Union européenne¹⁶³⁴. Aucun mécanisme ne l'oblige, par ailleurs, à prendre en compte les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne ou encore des juges ordinaires, lorsque ces derniers effectuent un contrôle de conventionalité des lois. La Constitution française est dépourvue de clauses similaires à celle de l'article 10.2 de la Constitution espagnole, selon laquelle les droits et libertés reconnus doivent être interprétés « conformément aux traités et accords internationaux » ratifiés par l'Espagne¹⁶³⁵.

872. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'est pas hermétique aux droits européens. S'agissant du droit de l'Union, il contrôle la constitutionnalité des traités de révision des

¹⁶³² Décision n° 74-54 D.C. du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. p. 19, cons. 7.

¹⁶³³ *Ibidem*.

¹⁶³⁴ Décision n° 2010-605 D.C. du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec. p.78, cons. 16.

¹⁶³⁵ Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978, article 10.2 : « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ». Sur ce point : D. SZYMCAK, *Convention européenne des droits de l'homme et juge constitutionnel*, op. cit., pp. 148 et s.

Communautés et de l'Union¹⁶³⁶ ainsi que des lois de transposition des directives¹⁶³⁷, de sorte qu'il s'est « familiarisé » avec l'ordre juridique communautaire¹⁶³⁸.

873. La prise en compte du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme par le Conseil constitutionnel apparaît, quant à elle, plus embryonnaire¹⁶³⁹. Comme le souligne David Szymczak, le Conseil demeure « l'une des rares cours constitutionnelles en Europe à ne jamais se référer de façon expresse à la C.E.D.H. dans les motifs de ses décisions »¹⁶⁴⁰. En dépit de ce « dialogue sans paroles »¹⁶⁴¹ entre les deux juridictions, le Conseil s'inspire de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. En effet, les droits et libertés garantis par la Constitution et la Convention, ainsi que les instruments de contrôle mobilisés par les deux juges, présentent de nombreuses analogies¹⁶⁴². De même, les thématiques abordées, qui plus est avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, sont fréquemment similaires¹⁶⁴³. Si le Conseil constitutionnel « veut garantir l'unité de l'ordre juridique français

¹⁶³⁶ Décision n° 92-312 D.C. du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union Européenne*, Rec. p. 76 ; Décision n° 97-394 D.C. du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union Européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, Rec. p. 344 ; Décision n° 2004-505 D.C. du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173 ; Décision n° 2007-560 D.C. du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union Européenne et le traité instituant la communauté européenne*, Rec. p. 459.

¹⁶³⁷ Décision n° 2004-496 D.C. du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101 ; Décision n° 2006-540 D.C. du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88.

¹⁶³⁸ A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire », *R.D.P.*, 2004, n°4, pp. 889-911 ; B. MATHIEU, « L'appréhension de l'ordre juridique communautaire par le droit constitutionnel français », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, Paris, 2004, pp. 169-176 ; M.-F. VERDIER, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational : une fragilisation inéluctable ? », in *Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 297-328.

¹⁶³⁹ D. SZYMCHAK, « Droits européens et question prioritaire de constitutionnalité : "les nouvelles liaisons dangereuses" », *Politeia*, n° 17, 2010, pp. 239-261, spéc. p. 251.

¹⁶⁴⁰ *Ibidem*. La seule exception est lorsqu'il statue comme juge électoral. Voir notamment : décision n° 88-1082/1087 du 21 octobre 1988, *A.N. Val-d'Oise, 5^{ème} circonscription*, Rec. p. 183.

¹⁶⁴¹ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 403-417.

¹⁶⁴² D. SZYMCHAK, *Convention européenne des droits de l'homme et juge constitutionnel*, op. cit., pp. 185 et s. ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », op. cit., pp. 404 et s. ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., spéc. pp. 563 et s. ; M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32, pp. 67-95, spéc. p. 87 et s.

¹⁶⁴³ D. SZYMCHAK, « Droits européens et question prioritaire de constitutionnalité : "les nouvelles liaisons dangereuses" », op. cit., p. 252.

et la sécurité juridique qui en découle pour les justiciables », il est « tenu de s'inspirer étroitement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg »¹⁶⁴⁴.

874. Pour ces raisons, les droits européens ne peuvent totalement être tenus à l'écart du raisonnement du juge constitutionnel. Ce constat est d'autant plus intéressant que la Convention européenne des droits de l'homme, comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, contiennent des clauses de limitation des droits fondamentaux.

875. La question se pose de savoir si la mobilisation de telles clauses par les juges européens renforce l'effectivité du contrôle juridictionnel et peut influencer l'interprétation des « limites aux limites » retenues par le Conseil constitutionnel, lors de l'examen des dispositions relatives aux exigences renouvelées de l'ordre public (**Section 1**). Outre l'influence du droit supranational sur la jurisprudence constitutionnelle, l'identification de « limites aux limites » potentielles implique une analyse plus prospective de droit comparé et de droit interne. Il convient de rechercher celles, de valeur constitutionnelle, pouvant être mobilisées par le Conseil, lors du contrôle de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis (**Section 2**).

¹⁶⁴⁴ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », exposé lors d'une rencontre Conseil constitutionnel – Cour européenne des droits de l'homme, 13 février 2009, [www.conseil-constitutionnel.fr], p. 10.

SECTION 1. LA PRISE EN COMPTE DES « LIMITES AUX LIMITES » DE VALEUR CONVENTIONNELLE

876. Malgré l'absence de références explicites dans ses décisions, le Conseil constitutionnel prend implicitement en compte les jurisprudences européennes, comme en témoignent les commentaires aux Cahiers¹⁶⁴⁵. Cette influence résulte d'un « double parallélisme ». Que ce soit lors de recours devant la Cour européenne des droits de l'homme ou de la mise en œuvre du droit de l'Union, les Cours européennes et les juges ordinaires sont saisis de dispositions inhérentes aux exigences renouvelées de l'ordre public, analogues à celles déferées au Conseil constitutionnel. De plus, bien que la Constitution française ne soit pas dotée de clauses explicites de limitation des droits fondamentaux, des similitudes existent entre les instruments du contrôle du juge constitutionnel et des juges européens.

877. En effet, les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme peuvent faire l'objet de restrictions, en vertu des articles 8 à 11, ou d'exceptions¹⁶⁴⁶, telles que celles énumérées à l'article 5 de la Convention. Dans le premier cas, les restrictions doivent répondre à la triple exigence d'être prévues par la loi, de poursuivre un but légitime et d'être nécessaires dans une société démocratique¹⁶⁴⁷. Dans le second cas, les modalités de limitation sont détaillées et spécifiques au droit garanti. Dans le droit de l'Union européenne, on retrouve les mêmes critères du contrôle juridictionnel, telles que l'exigence de proportionnalité, et des contraintes plus spécifiques, notamment en matière de lutte contre l'immigration irrégulière et de lutte contre le terrorisme. La dialectique entre les instruments d'ordre générique et spécifique résulte ainsi non seulement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais aussi de ces ordres juridiques.

878. L'influence des droits européens peut se mesurer sur les « limites aux limites » tant génériques (§1) que spécifiques (§2) retenues par le Conseil constitutionnel. Elle révèle à la fois des rapprochements et des points d'achoppement dans les solutions adoptées.

¹⁶⁴⁵ Par exemple, le commentaire aux Cahiers de la décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010 fait explicitement référence aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relatives à l'assistance effective de l'avocat en garde à vue. Voir : Commentaire de la décision n° 2010-14/22 Q.P.C. – 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, spéc. p. 8. Sur ce point : A. JAURÉGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 10-23, spéc. pp. 21-22.

¹⁶⁴⁶ A l'exception des droits indérogeables. Sur ce point : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 212-218.

¹⁶⁴⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 221 et s.

§1. L'influence des droits européens sur les « limites aux limites » génériques

879. Parmi les instruments mobilisés par les juges européens à l'encontre de toute limite à l'exercice des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne, se retrouvent les contraintes tenant à la définition de la mesure et à sa proportionnalité. Si la première fait l'objet d'une appréciation relativement convergente par le Conseil constitutionnel et les Cours européennes (A), l'analyse du contrôle de proportionnalité témoigne de solutions partiellement divergentes entre juridictions (B).

A) L'appréciation relativement convergente de la définition des limites aux droits fondamentaux

880. Dans la même veine que les exigences posées par le Conseil constitutionnel au législateur français, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne imposent que les restrictions apportées aux droits garantis soient suffisamment définies et ne les privent pas de toute effectivité.

881. En premier lieu, l'ingérence à un droit doit être « prévue par la loi » au sens de la Convention¹⁶⁴⁸. Cette condition signifie, pour les autorités nationales, que la restriction apportée doit avoir une base en droit interne¹⁶⁴⁹. A ce sujet, le droit de la Convention a un impact limité sur la jurisprudence constitutionnelle de l'incompétence négative, puisque la Cour de Strasbourg retient une conception extensive de la notion de loi, entendue dans son acception matérielle et non formelle¹⁶⁵⁰. Elle implique seulement que la restriction soit prévue par le droit en vigueur, qu'il soit inscrit dans une loi proprement dite, un décret ou la jurisprudence¹⁶⁵¹.

882. En revanche, la Cour se montre généralement stricte sur l'exigence de qualité de la loi. Selon sa jurisprudence constante, la qualité de la loi est « fonction tant de son caractère suffisamment accessible que de sa précision [...] : le citoyen doit disposer de renseignements suffisants sur les normes juridiques applicables à un cas donné. Il faut, de surcroît, que la loi

¹⁶⁴⁸ Cette exigence de légalité se retrouve dans de nombreuses hypothèses : articles 8 à 11 et article 5 de la Convention, article 1^{er} du Protocole 1, article 2 du protocole 4 et article 1^{er} du Protocole 7.

¹⁶⁴⁹ C.E.D.H., *Kruslin c/ France*, 24 avril 1990, req. n° 11801/85, § 27.

¹⁶⁵⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 222.

¹⁶⁵¹ C.E.D.H., *Kruslin c/ France*, 24 avril 1990, *précité*, § 29.

soit suffisamment précise pour permettre au citoyen de régler sa conduite »¹⁶⁵² et de bénéficier « d'une protection adéquate contre l'arbitraire »¹⁶⁵³. En somme, la mesure doit prévoir, de manière rigoureuse, les modalités et les conditions de restriction des droits garantis par la Convention¹⁶⁵⁴. C'est justement ce qui fait défaut dans l'arrêt *Kruslin contre France* du 24 avril 1999. Pour la Cour, le régime relatif aux écoutes téléphoniques n'indiquait pas « avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré »¹⁶⁵⁵.

883. Pour autant, l'impact de cette exigence sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel semble modéré. Les deux jurisprudences indiquant un niveau d'exigence quasiment similaire sur ce point¹⁶⁵⁶. L'exemple le plus significatif est celui relatif aux fichiers de police judiciaire. En la matière, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle qu'« il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées imposant un minimum d'exigences concernant notamment la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction de celles-ci »¹⁶⁵⁷. Dans trois arrêts rendus le 17 décembre 2009 à propos du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, créée par le législateur français en 2004¹⁶⁵⁸, la Cour considère que la qualité de la loi n'est pas méconnue. Le manquement à cette exigence n'avait, d'ailleurs, pas été invoqué par les parties¹⁶⁵⁹, alors que ce moyen avait été soulevé devant le Conseil constitutionnel, sans succès¹⁶⁶⁰.

884. Parallèlement, le Conseil constitutionnel s'attache à vérifier les mêmes conditions que la Cour de Strasbourg. Dans une décision Q.P.C. du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*, le Conseil admet la constitutionnalité du fichier national automatisé des empreintes génétiques. Il souligne toutefois, à travers deux réserves d'interprétation, la nécessité pour le pouvoir

¹⁶⁵² *Idem*, §27 ; Dans le même sens, voir : C.E.D.H., *Kopp, c/ Suisse* du 25 mars 1998, req. n° 23224/94, §64 ; C.E.D.H., *Sunday Times c/ Royaume Uni*, 26 avril 1979, req. n° 6538/74, §49.

¹⁶⁵³ C.E.D.H., *Olsson c/ suède*, 24 mars 1988, req. n° 10465/83, §§ 61-62.

¹⁶⁵⁴ Selon la Cour, la loi « doit définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétences ». Voir : C.E.D.H., *Malone c/ Royaume-Uni*, 2 août 1984, §§ 66-68 ; C.E.D.H., *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04, §95.

¹⁶⁵⁵ C.E.D.H., *Kruslin c/ France*, précité, §36. Les articles 100 et s. du Code de procédure pénale modifiés suite à cet arrêt satisfont désormais, selon la Cour, à l'exigence de prévisibilité : C.E.D.H., *Lambert c/ France*, 24 août 1998, req. n° 23618/94.

¹⁶⁵⁶ C. GREWE et R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », *op. cit.*, spéc. p. 905.

¹⁶⁵⁷ C.E.D.H., *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, précité, §99.

¹⁶⁵⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, précitée.

¹⁶⁵⁹ C.E.D.H., *Bouchacourt c/ France*, 17 décembre 2009, req. n° 5335/06, §58 ; C.E.D.H., *Gardel c/ France*, 17 décembre 2009, req. n° 16428/05, §59 ; C.E.D.H., *M. B. c/ France*, 17 décembre 2009, req. n° 22115/06, §50.

¹⁶⁶⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, précitée, cons. 72-95.

réglementaire de préciser la durée de conservation des informations enregistrées et de la « proportionner », « compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées »¹⁶⁶¹. De même, lorsque la qualité de la loi est douteuse, la Cour, comme le Conseil constitutionnel, tendent à reporter ce contrôle sur l'examen de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique¹⁶⁶². Cela s'explique au regard de la proximité de l'examen de la qualité de la loi et de la nécessité de la mesure¹⁶⁶³ et de la conception souple que la Cour retient, *in fine*, de la légalité¹⁶⁶⁴.

885. En second lieu, les exigences européennes relatives à la définition des limites aux droits fondamentaux porte sur l'effectivité de leur protection. Là aussi, il existe un parallèle avec la jurisprudence constitutionnelle. La Cour de Strasbourg peut mettre à la charge des Etats des « obligations positives », afin de conférer un caractère effectif aux droits garantis¹⁶⁶⁵. Cet aspect du contrôle n'est pas sans rappeler la vérification par le Conseil de l'interdiction de priver de garanties légales des exigences constitutionnelles, lorsque le législateur modifie ou abroge des dispositions antérieures¹⁶⁶⁶. Une telle exigence s'impose également à l'égard des droits garantis par le droit de l'Union, qu'ils soient inscrits dans les traités ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ou qu'ils constituent des principes généraux du droit communautaire. Le Tribunal, comme la Cour de Justice de l'Union européenne, admettent que des restrictions puissent y être apportées au regard de circonstances particulières. Ils veillent néanmoins à ce que ces limitations ne privent pas de toute effectivité les droits en cause. En matière d'ordre public et notamment de lutte contre le terrorisme, la Cour de Justice a fait une application particulièrement remarquée de cette exigence.

886. La Cour de Justice de l'Union européenne a été conduite à examiner des mesures de gel des avoirs appartenant à des personnes soupçonnées d'activités terroristes, prises en application de règlements communautaires, adoptés dans le cadre de la mise en œuvre des résolutions 1267 (1999), 1333 (2000) et 1390 (2002) du Conseil de sécurité des Nations-Unies. Celles-ci imposent aux Etats membres de l'O.N.U. de prendre des mesures pour geler

¹⁶⁶¹ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 18.

¹⁶⁶² C.E.D.H., *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, *précité*, §99.

¹⁶⁶³ D. DE BEER, P. DE HERT, G. GONZALEZ FUSTER, S. GUTWIRTH, « Nouveaux éclairages de la notion de « donnée personnelle » et application audacieuse du critère de proportionnalité », *R.T.D.H.*, n° 81, 2010, pp. 141-161.

¹⁶⁶⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁶⁶⁵ C.E.D.H., *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, req. 6833/74 ; C.E.D.H., *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, req. 6289/73.

¹⁶⁶⁶ *Supra*, n° 570 et s.

les fonds et autres ressources financières des individus et entités considérés, par le Comité des sanctions du Conseil de sécurité, comme liés à Oussama Ben Laden, au réseau Al-Quaïda ou aux Taliban. Outre la difficulté soulevée par cette affaire tenant à l'articulation entre le droit communautaire et le droit international public issu des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies¹⁶⁶⁷, la question se posait de savoir si cette mesure constituait une atteinte au droit au respect des biens, protégé par le Traité instituant la Communauté européenne.

887. Dans la décision du 3 septembre 2008, la Cour de Justice estime, dans un premier temps, et contrairement au Tribunal de l'Union trois ans plus tôt¹⁶⁶⁸, qu'elle est compétente pour examiner la licéité d'un règlement adopté au sein de l'ordre juridique communautaire, même si celui-ci a été pris pour mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité. Elle considère que les juridictions communautaires doivent assurer un contrôle en principe complet de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux, ces derniers faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire¹⁶⁶⁹.

888. Dans un second temps, si la Cour considère que les mesures litigieuses ne portent pas atteinte au droit de propriété dans son aspect substantiel, au regard de l'objectif de lutte contre le terrorisme, elle conclut à l'annulation du règlement dans son volet procédural. Celui-ci ne prévoit en effet *aucune* procédure permettant aux intéressés de connaître les motifs qui ont justifié leur inscription sur la liste, ni *aucun* moyen d'exposer leur cause aux autorités

¹⁶⁶⁷ P. CASSIA et F. DONNAT, « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *R.F.D.A.*, nov.-déc. 2008, pp. 1204-1217 ; M. GAUTIER, « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la C.J.C.E. », *J.C.P. G.*, 5 novembre 2008, I0186 ; K. GRABARCZYK, « Droit communautaire et droits fondamentaux. Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (2008). Actualité des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », *R.T.D.H.*, n° 79, 2009, pp. 683-688 ; G. BACHOUÉ, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme : le point de vue communautaire », in S. NIQUEGE (dir.), *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, Paris, 2010, pp. 164-185 ; M. GAUTIER et C. CERDA-GUZMAN, « La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de justice de l'Union européenne face à la lutte contre le terrorisme », in E. SAULNIER-CASSIA (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, Mission de recherche Droit et justice, 2012, pp. 303-323.

¹⁶⁶⁸ T.P.I.C.E., 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. T-315/01, *Rec. p.* II-3649 et T.P.I.C.E., 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des communautés européennes*, aff. T-306/01, *Rec. p.* II-3533.

¹⁶⁶⁹ C.J.U.E., 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. Jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec. p.* I-06351, points 281-300. Voir notamment : M. GAUTIER et C. CERDA-GUZMAN, « La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de justice de l'Union européenne face à la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, spéc. pp. 314 et s. ; J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des communautés européennes et la lutte contre le terrorisme : entre le marteau et l'enclume ? », in *Terres du droit, Mélanges Yves Jégouzo*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 3-14.

compétentes¹⁶⁷⁰. La Cour considère qu'à défaut « d'avoir été informés des éléments retenus à leur charge et compte tenu des rapports qui existent entre les droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif, les requérants n'ont pas pu défendre leurs droits dans les conditions satisfaisantes devant le juge communautaire, de sorte qu'une violation dudit droit à un recours juridictionnel effectif doit également être constatée »¹⁶⁷¹.

889. L'absence totale de garanties prévues au cours de la procédure conduit la Cour de justice de l'Union européenne à annuler le règlement en cause, les droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel étant privés, en l'espèce, de toute effectivité. Se trouverait ainsi consacré un « minimum intangible » en la matière, en dessous duquel les droits garantis sont considérés comme dépourvus d'effectivité¹⁶⁷².

890. Cette décision pourrait avoir un impact dans l'ordre juridique français. Le législateur a créé, en 2006, un dispositif administratif similaire de gel des avoirs en matière de lutte contre le terrorisme¹⁶⁷³, qui n'a pas été soumis au Conseil constitutionnel. Cependant, la « plus-value » matérielle du droit de l'Union semble limitée, puisque sur le fondement des garanties légales des exigences constitutionnelles, le Conseil sanctionne le législateur qui priverait de toute garantie un droit protégé¹⁶⁷⁴. Il reste qu'au regard des modalités prévues par cette loi et de l'absence de précisions sur les recours possibles¹⁶⁷⁵, cette mesure administrative encourrait probablement la censure du Conseil. La position de la Cour de Justice aurait, à défaut d'une influence matérielle, un « effet incitatif » sur le juge constitutionnel, afin d'assurer la cohérence entre systèmes juridiques.

891. L'influence des droits européens sur la définition des limites aux droits fondamentaux, relatives aux exigences renouvelées de l'ordre public, se révèle donc assez modeste. Les jurisprudences européennes et constitutionnelles sont principalement convergentes en la matière. S'agissant de l'exigence de proportionnalité, en revanche, l'analyse parfois

¹⁶⁷⁰ C.J.U.E., 3 septembre 2008, *précitée*, point 345.

¹⁶⁷¹ *Idem*, point 349. Pour une réaffirmation de cette position : Trib. U.E., 30 septembre 2010, *Kadi c. Commission*, dit Kadi II, aff. T-85/05, *Rec.* 2006, p. II-00005, point 171.

¹⁶⁷² K. GRABARCZYK, « Droit communautaire et droits fondamentaux. Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (2008). Actualité des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 685. Voir aussi : C. SCHNEIDER, « Le spectre du tout sécuritaire dans la lutte antiterroriste ? Brèves observations sur la dialectique entre lutte contre le terrorisme et droits de l'homme dans les corpus juridiques européens », in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 359-374, spéc. p. 370.

¹⁶⁷³ Article 23 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

¹⁶⁷⁴ *Supra*, n° 570 et s.

¹⁶⁷⁵ F. ROLIN, S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *op. cit.*, spéc. pp. 981 et s.

divergente de la Cour de Strasbourg et du Conseil constitutionnel peut conduire ce dernier à ajuster les modalités et l'intensité du contrôle.

B) L'appréciation partiellement divergente de la proportionnalité des limites aux droits fondamentaux

892. Le principe de proportionnalité est une exigence générique traditionnelle du contrôle juridictionnel, mobilisé à la fois par les juges constitutionnels, ordinaires et européens. Dans le droit de l'Union européenne, ce principe est consacré par la Cour de justice dès l'arrêt du 26 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique*. L'action de la Communauté ne doit pas excéder « ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Traité »¹⁶⁷⁶. Depuis 1980, la Cour considère qu'il s'agit d'un principe général du droit communautaire¹⁶⁷⁷. Le principe de proportionnalité est à la fois inscrit dans le Traité de Maastricht¹⁶⁷⁸ et le Traité de Lisbonne¹⁶⁷⁹, et s'impose tant au législateur communautaire qu'au législateur national¹⁶⁸⁰. Il figure également dans la clause générale de limitation des droits insérée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁶⁸¹.

893. En revanche, le principe de proportionnalité n'est pas expressément mentionné dans la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a néanmoins dégagé cette exigence très tôt dans ses décisions, à partir de l'interprétation des articles 8 à 11 de la Convention¹⁶⁸². Ces derniers prévoient en effet que les restrictions apportées doivent être « nécessaires dans

¹⁶⁷⁶ C.J.C.E., 26 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique*, aff. 8/55, *Rec.* p. 199. Ce principe se retrouve également dans les conclusions de l'avocat général sous la décision de la C.J.C.E. du 17 décembre 1979, *Internationale Handelsgesellschaft c/ Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, (*Rec.* p. 1125), et de l'arrêt Rutili, où la Cour s'est fondée sur les articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme : C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, *Rec.* p. 1219. Sur ce point : M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, spéc. pp. 160 et s.

¹⁶⁷⁷ C.J.C.E., 18 mars 1980, *Valsabbia*, aff. 154/58, *Rec.* p. 1907.

¹⁶⁷⁸ T.U.E., article 5 §4 alinéa 1.

¹⁶⁷⁹ Complété par le Protocole n° 2.

¹⁶⁸⁰ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, spéc. p. 160. Voir aussi : D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des communautés européennes », *L.P.A.*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 17-25 ; J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, Précis, coll. Droit public science politique, Paris, 9^e édition, 2012, pp. 279 et s.

¹⁶⁸¹ En vertu de l'article 52 de la Charte, « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁶⁸² C.E.D.H., *Handyside c/ Royaume Uni*, 7 décembre 1976, req. n° 5493/72, §§ 48-49 ; C.E.D.H., *Sunday times c/ Royaume Uni*, 26 avril 1979, précité, § 59 ; C.E.D.H., *Gillow c/ Royaume Uni*, 24 novembre 1986, req. n° 9063/80, § 55.

une société démocratique »¹⁶⁸³. Considéré comme « inhérent à la protection européenne des droits fondamentaux »¹⁶⁸⁴, le contrôle de proportionnalité est mobilisé au-delà de ces articles¹⁶⁸⁵. Selon la jurisprudence constante, l'ingérence doit répondre à un « besoin social impérieux » et être « proportionnée au but légitime poursuivi »¹⁶⁸⁶. La Cour vérifie que les motifs invoqués à l'appui des restrictions sont « pertinents et suffisants »¹⁶⁸⁷ et qu'« un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt général et l'intérêt des individus »¹⁶⁸⁸.

894. C'est précisément sur le terrain du droit de la Convention qu'une influence sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel peut s'analyser. De prime abord, les contrôles mobilisés par les deux juges illustrent un « processus de convergence progressif »¹⁶⁸⁹. En matière d'exigences de l'ordre public, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Strasbourg est intrinsèquement lié à la marge nationale d'appréciation de l'État. Cette notion rappelle la position du Conseil constitutionnel sur le pouvoir d'appréciation conféré au législateur¹⁶⁹⁰. Dans une décision de recevabilité portant sur l'examen d'opérations de « fouilles corporelles préventives » dans une zone à risques, la Cour souligne que « c'est au premier chef aux autorités nationales qu'il revient de se prononcer sur le point de savoir où se situe le juste équilibre à ménager lorsqu'elles apprécient la nécessité, au regard d'un intérêt général, d'une ingérence dans les droits des individus »¹⁶⁹¹.

¹⁶⁸³ Sur cette notion, voir : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. I, pp. 57-78.

¹⁶⁸⁴ L. SERMET, « Le contrôle de proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *L.P.A.*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 26-31, spéc. p. 27.

¹⁶⁸⁵ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, spéc. p. 159 ; M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, pp. 65-81 ; D. SZYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, 2012, pp. 445-461. Sur la proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, voir l'ouvrage de référence : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.

¹⁶⁸⁶ C.E.D.H., *Dudgeon c/ Royaume Uni*, 22 octobre 1981, req. 7525/76, §§ 50-52.

¹⁶⁸⁷ C.E.D.H., *Olsson c/ Suède*, 24 mars 1988, précité, § 68.

¹⁶⁸⁸ C.E.D.H., *Klass c/ Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n° 5029/71, § 59.

¹⁶⁸⁹ D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national*, *op. cit.*, spéc. p. 191.

¹⁶⁹⁰ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », *op. cit.*, spéc. p. 404.

¹⁶⁹¹ C.E.D.H., *Colon c. Pays-Bas*, décision du 15 mai 2012, req. n° 49458/06, §§ 86-87 (souligné par nous). Sur cette décision : N. HERVIEU, « Conventionalité des opérations policières de « fouilles corporelles préventives » dans une zone à risque », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 juin 2012.

895. Les modalités du contrôle de proportionnalité sont également convergents. Les examens de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict sont mis en œuvre par les deux juridictions¹⁶⁹². Comme le Conseil, la Cour vérifie rarement l'existence de mesures moins attentatoires aux droits garantis et qui parviendraient à atteindre l'objectif recherché, lorsque ce dernier est inhérent aux exigences de l'ordre public¹⁶⁹³. L'intensité du contrôle exercé par les deux juges varie selon des facteurs communs, comme la nature du droit en cause et le but poursuivi par la mesure litigieuse¹⁶⁹⁴. Au vu de ces similitudes, le contrôle de proportionnalité effectué aboutirait à des solutions analogues. La décision *Bouchacourt contre France* du 17 décembre 2009 en témoigne particulièrement. La Cour conclut à la proportionnalité du fichier national judiciaire des auteurs d'infractions sexuelles¹⁶⁹⁵, comme l'avait considéré, cinq ans plus tôt, le Conseil constitutionnel¹⁶⁹⁶.

896. Malgré ce constat, des divergences apparaissent entre les deux juges. D'une part, la jurisprudence de la Cour pourrait influencer l'intensité des contrôles de l'adéquation et de la proportionnalité au sens strict retenue par le Conseil (a). D'autre part, une influence d'ores et déjà significative s'observe à propos du contrôle de la nécessité (b).

a) L'influence potentielle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les contrôles d'adéquation et de proportionnalité au sens strict

897. L'intensité du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Strasbourg pourrait influencer celui mobilisé par le juge constitutionnel français. A ce sujet, dans l'arrêt *S. et Marper contre Royaume Uni* du 4 décembre 2008, la Cour effectue un contrôle approfondi de l'adéquation du fichier litigieux. Celui-ci est relatif aux empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils A.D.N. de personnes condamnées, acquittées ou dont l'affaire a fait l'objet d'un classement sans suite¹⁶⁹⁷. La Cour vérifie que la restriction apportée au droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention, participe réellement au but poursuivi, à savoir la prévention d'infractions pénales. Sur la base d'un examen minutieux des

¹⁶⁹² Par exemple : C.E.D.H., *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, *précité*, §102.

¹⁶⁹³ D. DE BEER, P. DE HERT, G. GONZALEZ FUSTER, S. GUTWIRTH, « Nouveaux éclairages de la notion de « donnée personnelle » et application audacieuse du critère de proportionnalité », *op. cit.*, spéc. p. 157. Pour une illustration de l'examen de l'atteinte minimale : C.E.D.H., *Hatton et autres c/ Royaume Uni*, 2 octobre 2001, req. n° 36022/97.

¹⁶⁹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. pp. 234-241.

¹⁶⁹⁵ C.E.D.H., *Bouchacourt c/ France*, 17 décembre 2009, *précité*.

¹⁶⁹⁶ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 72-95.

¹⁶⁹⁷ C.E.D.H., *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, *précité*, §117.

statistiques et des exemples fournis par le gouvernement britannique, la Cour considère que « l'élargissement de la base de données a *contribué* à la détection et à la prévention des infractions pénales »¹⁶⁹⁸.

898. Cet examen approfondi de l'adéquation, qui ne peut avoir lieu qu'*a posteriori*, pourrait être effectué par le Conseil constitutionnel par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité. Si le contrôle exercé *a posteriori* demeure sensiblement identique à celui effectué par la voie du contrôle *a priori*, en matière de conciliation des exigences de l'ordre public et des droits garantis, cette évolution du contrôle de l'adéquation, à l'aune de la jurisprudence de la Cour, se justifierait. L'élargissement de la saisine du Conseil, suite à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, avait justement pour objet de lui permettre d'examiner des dispositions qui se révéleraient contraires à la Constitution dans leur application, et dont l'inconstitutionnalité ne pouvait être anticipée lors du contrôle *a priori*¹⁶⁹⁹.

899. S'agissant du contrôle de la proportionnalité au sens strict, la Cour européenne conclut, dans cette décision, à l'absence de juste équilibre entre les intérêts privés et publics, au regard de la conservation des données de personnes *soupçonnées* et non condamnées dans ce fichier¹⁷⁰⁰. A travers un examen exhaustif de l'ensemble des modalités prévues par le droit britannique, elle constate que de telles données peuvent être conservées de manière illimitée et ce, quelle que soit la nature et la gravité des infractions. La Cour considère que « le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils A.D.N. des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions [...] s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée » et « ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique »¹⁷⁰¹.

900. L'arrêt du 4 décembre 2008 de la Cour est intéressant à un double point de vue. Le Conseil constitutionnel a examiné une mesure semblable à celle analysée par la Cour. Dans une décision Q.P.C. du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*, était contestée la proportionnalité du fichier national automatisé des empreintes génétiques (F.N.A.E.G.), créé en 1998, puis modifié et élargi à plusieurs reprises depuis lors¹⁷⁰². Le Conseil conclut, d'une part, à l'adéquation du fichier, sans véritablement rechercher, à la manière de la Cour européenne,

¹⁶⁹⁸ *Ibidem* (souligné par nous).

¹⁶⁹⁹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *Une V^e République plus démocratique*, La Documentation française, Paris, 2007, pp. 87 et s.

¹⁷⁰⁰ C.E.D.H., *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, *précité*, §125.

¹⁷⁰¹ *Idem*, notamment §§ 119-126.

¹⁷⁰² *Supra*, n° 390.

s'il contribue effectivement à la prévention des atteintes à l'ordre public¹⁷⁰³. La question se posait néanmoins dans la mesure où le nombre de données conservées a augmenté de manière exponentielle ces dernières années. Alors que 2100 personnes étaient identifiées en 2002, le fichier répertorie désormais les données de 2 039 874 individus¹⁷⁰⁴.

901. D'autre part, le Conseil constitutionnel conclut à la proportionnalité au sens strict de ce fichier, là où la Cour considère qu'il y eu violation de l'article 8 de la Convention. Or, comme le fichier britannique, le F.N.A.E.G. recense les données de personnes non seulement condamnées, mais aussi soupçonnées d'avoir commis les infractions visées par le fichier. Certes, la durée de conservation est proportionnée à vingt-cinq ans pour les personnes soupçonnées¹⁷⁰⁵, alors qu'elle était illimitée au Royaume-Uni. Cependant, un contrôle plus poussé de la proportionnalité au sens strict de la mesure, pour cette catégorie de personnes, aurait pu être effectué par le Conseil, au regard de la décision de la Cour européenne du 4 décembre 2008 et du contrôle *a posteriori* qu'il exerce.

902. Les données de personnes soupçonnées sont largement majoritaires dans ce fichier. Celui-ci vise 1 641 176 personnes mises en cause, contre 398 698 déclarées coupables¹⁷⁰⁶. Or, sur ce point, le Conseil enjoint seulement le pouvoir réglementaire à « proportionner la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées »¹⁷⁰⁷.

903. L'intensité des contrôles de l'adéquation et de la proportionnalité au sens strict retenue par la Cour européenne pourrait ainsi avoir une incidence sur l'examen de ces critères par le Conseil constitutionnel, au vu de la divergence de solutions à laquelle il aboutit. Une influence d'ores et déjà significative de la jurisprudence de la Cour sur celle du Conseil s'analyse à propos du contrôle de la nécessité.

¹⁷⁰³ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 16-17.

¹⁷⁰⁴ Données à jour au 31 août 2012 : [<http://www.cnil.fr/documentation/fichiers-en-fiche/fichier/article/fnaeg-fichier-national-des-empreintes-genetiques/>].

¹⁷⁰⁵ Article 8 du décret n° 2004-470 du 25 mai 2004 modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : décret en Conseil d'État) et relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques, *J.O.R.F.* n° 126 du 2 juin 2004, p. 9731 ; article 53-14 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁰⁶ Données à jour au 31 août 2012 : [<http://www.C.N.I.L.fr/en-savoir-plus/fichiers-en-fiche/fichier/article/F.N.A.E.G.-fichier-national-des-empreintes-genetiques/>].

¹⁷⁰⁷ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 18. Néanmoins, au 29 mars 2013, le décret relatif à la durée de conservation des données contenues dans le fichier F.N.A.E.G. n'a toujours pas été modifié sur ce point, ce qui pose la question du suivi, de l'application des réserves d'interprétation adoptées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions.

b) L'influence déterminante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le contrôle de la nécessité

904. Le contrôle de la nécessité des restrictions aux droits garantis implique pour les juges constitutionnel et européen de vérifier que la mesure est indispensable pour atteindre le but recherché et qu'elle n'est pas plus restrictive que ce qu'exige l'objectif. Le Conseil constitutionnel, comme la Cour de Strasbourg et la Cour de justice de l'Union européenne, tendent rarement à rechercher s'il existe des moyens moins attentatoires et tout aussi efficaces pour atteindre le but visé. Cela n'empêche pas la Cour européenne des droits de l'homme d'exercer un contrôle minutieux de la nécessité de la mesure, quand le Conseil exerce un contrôle généralement restreint¹⁷⁰⁸. Cette différence d'intensité s'est révélée particulièrement prégnante lors de l'examen d'une mesure de contrainte essentielle en droit pénal français: la garde à vue.

905. Dans plusieurs décisions successives¹⁷⁰⁹, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'il y a violation des droits de la défense garantis par l'article 6 de la Convention, lorsque le gardé à vue ne bénéficie pas de l'assistance effective d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police et dès le début de son placement. Si le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat n'est pas absolu, la Cour estime que les restrictions doivent être justifiées¹⁷¹⁰ et ne pas porter une « atteinte irréversible aux droits de la défense »¹⁷¹¹. Pour la Cour, il faut qu'« en règle générale, l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des *circonstances particulières* de l'espèce, qu'il existe des *raisons impérieuses* de restreindre ce droit »¹⁷¹².

906. Dans la décision du 11 août 1993 relative à la loi portant réforme du Code de procédure pénale, le Conseil conclut à la conformité à la Constitution de la mesure de garde à

¹⁷⁰⁸ *Supra*, n° 601 et s.

¹⁷⁰⁹ C.E.D.H., *Salduz c/ Turquie*, 27 novembre 2008, req. n° 36391/02, §§ 50-62 ; C.E.D.H., *Dayanan c/ Turquie*, 13 octobre 2009, req. n° 7377/03, §§ 30-34 ; C.E.D.H., *Boz c/ Turquie*, 9 février 2010, req. n° 2039/04, §§ 33-36 ; C.E.D.H., *Adamkiewicz c/ Pologne*, 2 mars 2010, req. n° 54729/00, §§ 82-92 ; C.E.D.H., *Brusco c/ France*, 14 octobre 2010, req. n° 1466/07, § 45. Sur cette jurisprudence et parmi une littérature abondante, voir : J.-F. RENUCCI, « L'avocat et la garde à vue : exigences européennes et réalités nationales », *Recueil Dalloz*, n° 43, pp. 2897-2900 ; D. HOLZAPFEL, « Le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de police consacré par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2010, n° 83, pp. 663-684 ; C. SAAS, « Défendre en garde à vue : une révolution...de papier ? », *A.J. pénal*, janvier 2010, pp. 27-30.

¹⁷¹⁰ C.E.D.H., *Salduz c/ Turquie*, 27 novembre 2008, *précitée*, § 52.

¹⁷¹¹ *Idem*, §§ 52-54.

¹⁷¹² *Idem*, § 55 (souligné par nous).

vue de droit commun sur ce point¹⁷¹³. Depuis la position de la Cour sur l'incompatibilité de cette mesure avec l'article 6 de la Convention, la question de son inconstitutionnalité se posait de manière persistante. De plus, dans trois arrêts rendus le 19 octobre 2010, la Cour de cassation conclut à la non-conformité du régime de droit commun et des régimes particuliers de la garde à vue à la Convention européenne¹⁷¹⁴. Dans la décision Q.P.C. du 30 juillet 2010 *M. Daniel W. et autres*, le Conseil constitutionnel décide *in fine* de réexaminer cette mesure, au regard des changements de circonstances de droit et de fait intervenus depuis 1993¹⁷¹⁵.

907. L'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur le contrôle de la nécessité opéré par le Conseil constitutionnel est significative dans cette décision. En effet, le Conseil reprend mot pour mot la condition de nécessité des restrictions au droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue dégagée par la Cour. Après avoir estimé que cette mesure de contrainte demeure nécessaire à certaines opérations de police judiciaire¹⁷¹⁶, le Conseil considère que l'article 63-4 du Code de procédure pénale « ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ». Il estime « qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération *des circonstances particulières* susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes »¹⁷¹⁷. Incité par la jurisprudence de la Cour¹⁷¹⁸, le Conseil conclut ainsi à l'inconstitutionnalité du régime de droit commun de la garde à vue, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁷¹⁹.

¹⁷¹³ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 9-19.

¹⁷¹⁴ C. cass., crim., arrêt n° 5699, 19 octobre 2010 (10-82.902) ; C. cass., crim., arrêt n° 5700, 19 octobre 2010 (10-82.306) ; C. cass., crim., arrêt n° 5701, 19 octobre 2010 (10-85.051).

¹⁷¹⁵ Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 15-18. Sur cette décision : *supra*, n° 613-615.

¹⁷¹⁶ Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 25.

¹⁷¹⁷ *Idem*, cons. 28 (souligné par nous).

¹⁷¹⁸ F. CASORLA, « Le point de vue du magistrat. Vers l'inconstitutionnalité pour inconvencionnalité du code de procédure pénale ? », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, Editions Cujas, juillet-septembre 2010, n°3, pp. 609-621.

¹⁷¹⁹ Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 29. En revanche, le Conseil décide de ne pas réexaminer les régimes de garde à vue particuliers, considérant qu'il n'y a pas de changements de circonstances de droit ou de fait en la matière depuis la décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004. Cette position a particulièrement été dénoncée, d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation déclarent les régimes particuliers, propres aux infractions prévues par l'article 706-73 du Code de procédure pénale, également contraires à l'article 6 de la Convention. Voir : P. CASSIA, « Les gardes à vue particulières ne sont plus conformes à la Constitution », *op. cit.*, spéc. p. 1949 ; E. DAOUD et R. MERCINIER, « Garde à vue : faites entrer l'avocat ! », *Constitutions*, 2010, pp. 571-586, spéc. p. 582 ; N. CATELAN, « La constitutionnalité à géométrie variable des régimes de garde à vue », *op. cit.*, spéc. p. 108 ; O. BACHELET, « La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconvencionnalité réelle », *Gaz. Pal.*, 4-5 août 2010, pp. 14-17.

908. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est d'autant plus décisive qu'elle conduit non seulement le Conseil constitutionnel à « ajuster » la nécessité des restrictions aux droits de la défense au critère des circonstances particulières, mais aussi, le législateur, à intégrer cette condition. L'article 63-4-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale, créé par la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue¹⁷²⁰, prévoit désormais que le report de la présence de l'avocat, lors des auditions et confrontations en garde à vue, peut avoir lieu à titre exceptionnel, « si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ». Le Conseil considère le nouveau régime de garde à vue conforme à la Constitution, à l'aune de ce critère de nécessité¹⁷²¹.

909. L'influence de la jurisprudence de la Cour s'analyse au-delà même de la décision du 30 juillet 2010. Dans une décision Q.P.C. du 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia*, le Conseil mobilise de nouveau ce contrôle de nécessité, à propos des restrictions apportées au libre choix de l'avocat en garde à vue. En l'espèce, l'article 706-88-2 du Code de procédure pénale prévoyait que cette liberté était suspendue pendant toute la durée de la mesure, mise en œuvre pour des crimes et délits constituant des actes de terrorisme. Sur décision du juge, la personne devait être assistée uniquement par un avocat désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats sur une liste d'avocats préalablement habilités. Le Conseil censure les dispositions contestées, dans la mesure où celles-ci « n'obligent pas à motiver la décision ni ne définissent les *circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction* et les raisons permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense »¹⁷²².

910. De même, cet élément du contrôle de nécessité se retrouve lors de l'examen de mesures autres que la seule garde à vue. Dans la décision Q.P.C. du 22 septembre 2010, *M. Samir A.*, le Conseil analyse la « capture de prévenus » en cas de flagrant délit en matière douanière¹⁷²³, applicable à tous les délits sans distinction selon leur gravité et sans que la personne retenue puisse bénéficier d'une assistance effective d'un avocat pendant la phase interrogatoire. Il considère que cette mesure constitue une restriction trop générale aux droits

¹⁷²⁰ Article 8 de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *J.O.R.F.* n° 89 du 15 avril 2011, p. 6610.

¹⁷²¹ Décision n° 2011-191/194/195/196/197 Q.P.C. du 18 novembre 2011, *Mme Elise A. et autres*, *Rec.* p. 544, cons. 31.

¹⁷²² Décision n° 2011-223 Q.P.C. du 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia*, *Rec.* p. 126, cons. 7 (souligné par nous). Sur cette décision, voir : A. DARSONVILLE, « Le Conseil constitutionnel rassure partiellement les avocats », *Constitutions*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 314-320.

¹⁷²³ Article 323, 3° du Code des douanes.

de la défense, « sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier »¹⁷²⁴.

911. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg permet ainsi au Conseil de renouveler le contrôle de la nécessité des limites apportées aux droits de la défense, le législateur étant désormais enserré dans des conditions plus strictes en la matière. Il reste désormais à savoir si le juge constitutionnel mobilisera un tel critère au-delà des seules restrictions aux droits de la défense. Dans une telle hypothèse, l'influence européenne sur le contrôle de proportionnalité se révélerait importante, comme y incitent, par ailleurs, les décisions de la Cour relatives aux contrôles de l'adéquation et de la proportionnalité au sens strict.

912. Les droits européens peuvent engendrer un ajustement des instruments génériques du contrôle de constitutionnalité. Les exigences relatives à la définition des limites aux droits fondamentaux pourraient inciter le Conseil à consolider sa jurisprudence relative aux garanties légales des exigences constitutionnelles. Quant à la proportionnalité des limites aux droits garantis, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg peut conduire le Conseil à approfondir les modalités du contrôle. Outre cet ajustement, les jurisprudences des cours européennes peuvent être plus problématiques pour le juge constitutionnel. Cela se mesure, en particulier, à propos des instruments spécifiques du contrôle de constitutionnalité.

§2. L'influence des droits européens sur les « limites aux limites » spécifiques

913. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel mobilise des instruments propres à la qualification juridique de la mesure d'une part, et à la mise en cause de la liberté individuelle, d'autre part. Cette dialectique se retrouve, dans une certaine mesure, dans le raisonnement des cours européennes. Les décisions mettent en lumière plusieurs points d'achoppement avec celles du Conseil constitutionnel. Aussi convient-il de comparer leurs jurisprudences relatives aux exigences propres à la qualification juridique de la mesure (A), et aux contraintes propres à la mise en cause de la liberté individuelle (B).

¹⁷²⁴ Décision n° 2010-32 Q.P.C. du 22 septembre 2010, *précitée*, cons. 7.

A) Les contraintes propres à la qualification juridique de la mesure

914. Au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, la concrétisation législative des exigences de l'ordre public se traduit par l'adoption de dispositifs semblables d'un point de vue normatif, tels que des mesures de police administrative et judiciaire, et des incriminations accompagnées des peines applicables. Tant la Cour européenne des droits de l'homme, à travers l'examen de la « présence ou l'absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats »¹⁷²⁵, que la Cour de justice de l'Union européenne, lors du contrôle du droit communautaire dérivé, développent une jurisprudence importante en la matière. Que ce soit à l'égard des mesures de police (a) ou des peines (b), les droits européens conduisent le législateur à modifier le droit interne et le juge constitutionnel à prendre en compte, ne serait-ce qu'indirectement, les positions des cours européennes sur les « limites aux limites » spécifiques à la nature juridique de ces mesures.

a) L'influence potentielle du droit de l'Union européenne sur les contraintes propres aux mesures de police

915. Lors du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel vérifie le respect de plusieurs « limites aux limites » spécifiques aux mesures de police administrative et de police judiciaire¹⁷²⁶. Il impose que ces dispositifs poursuivent un but précis, à savoir la prévention des atteintes à l'ordre public, s'agissant des premières et la recherche des auteurs d'infractions, s'agissant des secondes. La jurisprudence constitutionnelle montre toutefois que le Conseil n'exerce qu'un contrôle restreint de la qualification de la mesure. Dans plusieurs décisions, la contrainte tenant au but poursuivi se révèle *ipso facto* neutralisée¹⁷²⁷. Cette exigence constitutionnelle essentielle pourrait ressurgir, indirectement, grâce au droit de l'Union européenne.

916. Selon l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'Union constitue un « espace de liberté, de sécurité et de justice ». Le paragraphe 2 de cette disposition précise qu'elle « assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des

¹⁷²⁵ C.E.D.H., *Rasmussen c/ Danemark*, 28 novembre 1984, req. n° 8777/79, § 40.

¹⁷²⁶ *Supra*, n° 662 et s.

¹⁷²⁷ *Supra*, n° 738 et s.

frontières extérieures »¹⁷²⁸. Or, en droit français, des contrôles d'identité peuvent avoir lieu dans des circonstances de temps et/ou de lieu déterminées, indépendamment de la recherche d'auteurs dont il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'ils ont commis une infraction¹⁷²⁹ ou de la prévention d'atteintes à l'ordre public proprement dit¹⁷³⁰. Ces contrôles, de type proactif¹⁷³¹, reposent sur une « présomption légale de potentialité de troubles à l'ordre public », déterminée soit par le procureur de la République¹⁷³², soit par le législateur lui-même¹⁷³³. La conformité de ces contrôles d'identité au droit de l'Union peut s'avérer problématique si les circonstances de lieu prédéterminées visent les frontières intérieures.

917. Tel est le cas des contrôles d'identité inscrits à l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale, créé par le législateur en 1993. Dans sa version antérieure à la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, cet article prévoyait que « dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen de 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté, l'identité de toute personne peut [...] être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi ». Ainsi prévu, ce contrôle pouvait être comparable aux

¹⁷²⁸ T.F.U.E., article 67 al. 2.

¹⁷²⁹ Article 78-2-2 du Code de procédure pénale. En vertu de cet article, « sur réquisitions écrites du Procureur de la République, aux fins de *recherche et de poursuite* des actes de terrorisme [...], des infractions en matière d'armes et d'explosifs [...], de vol [...], de recel [...] ou des faits de trafic de stupéfiants [...], les officiers de police judiciaire [...] peuvent, *dans les lieux et pour la période de temps que ce magistrat détermine* et qui ne peut excéder vingt-quatre heures, renouvelables sur décision expresse et motivée selon la même procédure, procéder non seulement aux contrôles d'identité prévues au sixième aliéna de l'article 78-2 mais aussi à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public » (souligné par nous). Il en est de même des articles L. 611-8 et L. 611-9 du C.E.S.E.D.A., selon lesquels, « *dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà*, les officiers de police judiciaire, assistés dans les conditions prévues par le code de procédure pénale, pourront procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du Procureur de la République, à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique, à l'exclusion des voitures particulières, en vue de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France ».

¹⁷³⁰ *Supra*, n° 463 et s.

¹⁷³¹ M. MURBACH, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *A.J. pénal*, 2011, n° 11, pp. 506-511.

¹⁷³² Par exemple, article 78-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

¹⁷³³ Article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale.

vérifications aux frontières, prohibées par l'article 21 du « Code frontières Schengen », issu des articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006¹⁷³⁴.

918. Saisie de deux questions préjudicielles posées par la Cour de Cassation le 16 avril 2010 à ce sujet¹⁷³⁵, la Cour de justice de l'Union européenne estime ce dispositif contraire au droit de l'Union. Outre sa position sur la conformité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité au regard du droit communautaire¹⁷³⁶, la Cour considère, dans son ordonnance du 22 juin 2010 *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, que l'article 67 paragraphe 2 du TFUE, ainsi que les articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006, « s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les États parties à la Convention d'application des accords de Schengen, l'identité de toute personne, *indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public* »¹⁷³⁷.

919. Pour la Cour, le dispositif issu de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale ne contient « *ni précisions ni limitations de la compétence ainsi accordée*, notamment relatives à l'intensité et à la fréquence des contrôles pouvant être effectués sur cette base juridique ». Ces contrôles présentent ainsi un « effet équivalent » à celui des vérifications aux frontières, prohibées par l'article 21 a) du « Code frontière Schengen »¹⁷³⁸.

920. Dans la décision du 5 août 1993 portant sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, le Conseil constitutionnel a, quant à lui, seulement vérifié que ces mesures sont « nécessaires à la recherche des auteurs d'infractions et à la prévention d'atteintes à l'ordre public »¹⁷³⁹. Il n'a pas véritablement recherché la nature juridique propre à ces contrôles d'identité. Il contrôle le *but* de ces opérations – s'assurer du respect des obligations de

¹⁷³⁴ Règlement C.E. n° 562/2006 du 15 mars 2006 relatif au régime de franchissement des frontières par les frontières (code frontières Schengen).

¹⁷³⁵ Elles-mêmes posées suite à deux questions prioritaires de constitutionnalité. Sur ce point : M. DOMINGO, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Cour de Cassation 16 avril 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, n° 10-40.001 et 10-40.002 », *R.F.D.A.*, mai-juin 2010, pp. 445-449.

¹⁷³⁶ Voir notamment : H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *R.F.D.A.*, n°4, 2010, pp. 659-678 ; M. GAUTIER, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *D. A.*, n° 10, 2010, pp. 13-19 ; A. LEVADE, « Dialogue contradictoire autour de l'arrêt de la Cour de Justice : le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité est-il compatible avec le droit de l'Union ? », *Constitutions*, 2011, n°4, pp. 520-525.

¹⁷³⁷ C.J.U.E., *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10 (souligné par nous).

¹⁷³⁸ *Idem*, §73 (souligné par nous).

¹⁷³⁹ Décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, *Rec.* p. 213, cons. 14.

détention, de port et de présentation de titres et documents –, et leur *justification*, à savoir le fait que ces zones « présentent des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes »¹⁷⁴⁰.

921. Le Conseil n'examine pas si ces contrôles d'identités sont uniquement opérés, dans le premier cas, au regard d'un véritable motif de police judiciaire – la commission d'une infraction pénale par une personne –, et dans le second, pour un véritable motif de police administrative – des circonstances particulières, établissant, à un instant *t*, des risques d'atteinte à l'ordre public. C'est cette carence dans le dispositif de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale que souligne la Cour de justice de l'Union européenne dans son ordonnance.

922. Certes, le législateur est intervenu le 14 mars 2011 pour prendre en compte les exigences du droit de l'Union, précisées par la Cour de Justice puis réceptionnées en droit interne par la Cour de cassation¹⁷⁴¹. Toutefois, cette prise en compte n'est que partielle. Le législateur ajoute, au sein de l'article 78-2 alinéa 4 que de tels contrôles d'identité sont opérés « pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière ». En outre, il y figure désormais que « le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi ne peut être pratiqué *que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives* dans un même lieu et *ne peut consister en un contrôle systématique* des personnes présentes ou circulant dans les zones ou lieux mentionnés au même alinéa »¹⁷⁴². Le législateur intègre ainsi des *limitations* aux pouvoirs des officiers de police judiciaire d'opérer de tels contrôles d'identité.

923. Néanmoins, il n'apporte pas les *précisions* tenant au « comportement » de la personne contrôlée à l'occasion d'une mission de police judiciaire et aux « circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public », lors d'une mission de police administrative.

¹⁷⁴⁰ *Idem*, cons. 15.

¹⁷⁴¹ C. cass., Ass. Plén., 29 juin 2010, n° 10-40.002 ; C. cass., civ. 1^{er}, 23 février 2011, n° 09-70.462 ; C. cass., civ. 1^{er}, 18 mai 2011, n° 10-30776 ; C.A. Paris, 23 mars 2011, n° 11/01406.

¹⁷⁴² Article 78-2 alinéa 4 nouveau du Code de procédure pénale, issu de l'article 69 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *précitée* (souligné par nous).

Dès lors, comme le confirment plusieurs décisions du juge judiciaire¹⁷⁴³, l'absence de conformité de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure au droit de l'Union demeure¹⁷⁴⁴.

924. L'incompatibilité au droit de l'Union vise, par ailleurs, d'autres dispositifs législatifs. Dans un arrêt du 6 juin 2012, la Cour de cassation considère que l'article L. 611-1 du C.E.S.E.D.A.¹⁷⁴⁵ présente le même défaut. Il confère aux policiers « la faculté, sur l'ensemble du territoire national, en dehors de tout contrôle d'identité, de requérir des personnes de nationalité étrangère, indépendamment de leur comportement ou de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, la présentation des documents au titre desquels celles-ci sont autorisées à circuler ou à séjourner en France ». Ce dispositif ne satisfait pas au droit de l'Union, puisqu'il « n'est assorti d'aucune disposition de nature à garantir que l'usage de cette faculté ne puisse revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières »¹⁷⁴⁶. Le législateur a ainsi procédé à une modification de cette disposition, en intégrant des corrections identiques à celles effectuées pour l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale¹⁷⁴⁷.

925. Pourtant, au regard des décisions du juge judiciaire relatives à l'article 78-2 alinéa 4 nouveau, l'incompatibilité de l'article L. 611-1 du C.E.S.E.D.A. au droit de l'Union demeure, en l'absence de précisions relatives aux *motifs* de police judiciaire et de police administrative. Comme le souligne Karine Parrot, « l'interdiction des contrôles permanents et systématiques ne protège en rien contre une infinité d' "opérations de sécurisation" savamment espacées et permettant de vérifier le titre d'entrée ou de séjour en France d'une large majorité des personnes présentes ou circulant dans les zones concernées »¹⁷⁴⁸.

926. D'autres dispositifs, dépourvus de véritables motifs de police judiciaire, pourraient aussi être en contradiction avec le droit de l'Union. Tel serait le cas des articles L. 611-8 et L.

¹⁷⁴³ C. cass., civ. 1^e, 1^{er} février 2012, n° 10-27.815 ; C. cass., civ. 1^e, 14 mars 2012, n° 11-13.532. Voir également : T.G.I. de Toulouse, J.L.D., ordonnance du 30 janvier 2012, n° de minute 12/00112 ; C.A. Toulouse, ordonnance du 1^{er} février 2012, n° AMP 29/2012.

¹⁷⁴⁴ A ce sujet, le seul renvoi aux modalités de l'alinéa 1 ne suffit pas. Voir : B. FRANCOIS, « Contrôles aux frontières : la nouvelle rédaction de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale ne dispense pas du respect des exigences légales et communautaires », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 février 2012.

¹⁷⁴⁵ Selon cette disposition, « en dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des officiers de police judiciaire [...] ».

¹⁷⁴⁶ C. cass., civ. 1^e, 6 juin 2012, n° 10-25.333.

¹⁷⁴⁷ Article 1^{er} de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, *précitée*.

¹⁷⁴⁸ K. PARROT, « Illégalité des contrôles d'identité "Schengen" », *R.C.D.I.P.*, 2011, pp. 603-609, spéc. p. 609.

611-9 du C.E.S.E.D.A. en ce qu'ils permettent, dans les mêmes conditions que l'article 78-2 alinéa 4 du code de procédure pénale, des visites sommaires de véhicules circulant sur la voie publique¹⁷⁴⁹.

927. L'interdiction des vérifications aux frontières posée par le droit de l'Union pourrait ainsi conduire le juge constitutionnel à effectuer un contrôle plus minutieux de la « limite aux limites » propres aux mesures de police, en recherchant les *véritables* motifs et les conditions posées par le législateur. Outre une meilleure garantie des droits fondamentaux, l'exercice d'un contrôle renforcé du but poursuivi par les mesures de police participerait à une plus grande cohérence entre systèmes juridiques. A l'image du droit de l'Union, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme peut également pousser le Conseil constitutionnel à modifier sa jurisprudence tenant aux contraintes propres aux peines.

b) La prise en compte imparfaite des contraintes européennes propres à la peine

928. Avant d'analyser les divergences entre les contraintes constitutionnelles et européennes propres aux peines, il convient d'examiner les critères de qualification de la notion de peine. Cette question suscite un contentieux et des débats doctrinaux importants en droits interne et européen. La lutte contre la récidive en France et dans les Etats membres de l'Union européenne pose des difficultés aux juges lorsqu'ils sont conduits à identifier les mesures qui leur sont soumises. Si la distinction entre les peines et les mesures de sûreté demeure délicate à établir¹⁷⁵⁰, l'enjeu juridictionnel de cette qualification (1) se révèle déterminant quant aux contraintes applicables (2).

1) Les points d'achoppement relatifs à la qualification de la peine

929. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une mesure est qualifiée de peine selon un faisceau de six critères. Estimant que cette notion possède une

¹⁷⁴⁹ Selon les articles L. 611-8 et L. 611-9 du C.E.S.E.D.A., « dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, les officiers de police judiciaire, assistés dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale, pourront procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du Procureur de la République, à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique, à l'exclusion des voitures particulières, en vue de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France ».

¹⁷⁵⁰ *Supra*, n° 755 et s.

« portée autonome », la Cour apprécie d'abord si la mesure litigieuse est « imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction ». Elle analyse ensuite sa nature, son but, la qualification retenue en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution ainsi que sa gravité¹⁷⁵¹. Pour sa part, le Conseil constitutionnel retient la qualification de peine lorsque la mesure est prononcée par une juridiction de jugement et poursuit une finalité punitive¹⁷⁵². Si les critères de qualification sont à première vue distincts, ce constat est tempéré par la convergence de plusieurs décisions.

930. Dans l'arrêt *Bouchacourt contre France* du 17 décembre 2009, la Cour considère que l'inscription d'une personne au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et les obligations qui en découlent, ne constituent pas une peine au sens de l'article 7§1 de la Convention. La Cour aboutit à une solution identique à celle adoptée par le Conseil constitutionnel, en 2004¹⁷⁵³. En l'espèce, le requérant estimait que l'application rétroactive de ces dispositions mettait à sa charge des obligations plus sévères que celles existant au jour de sa condamnation¹⁷⁵⁴. Bien que cette inscription résulte d'une condamnation à une peine supérieure à cinq ans, la Cour considère que l'objectif de la mesure est d'empêcher la récidive. Elle poursuit un but « purement préventif et dissuasif »¹⁷⁵⁵. En outre, la Cour estime que l'obligation de justifier annuellement son adresse et de déclarer ses changements d'adresse dans un délai de quinze jours « n'atteint pas une gravité telle que l'on puisse l'analyser en une peine »¹⁷⁵⁶. La Cour de Strasbourg ne contrôle donc pas cette mesure à la lumière du principe de non-rétroactivité énoncé à l'article 7 §1 de la Convention.

931. La convergence des solutions européennes et constitutionnelles se mesure également à propos du placement sous surveillance électronique mobile, créé par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales. Lors de l'examen de la conventionalité de ce dispositif, le Conseil d'État retient quatre paramètres lui permettant de

¹⁷⁵¹ C.E.D.H., *Welch c/ Royaume-Uni*, 9 février 1995, req. n° 17440/90, § 28 ; C.E.D.H., *Jamil c/ France*, 8 juin 1995, req. n° 15917/89, § 31 ; C.E.D.H., *Kafkaris c/ Chypre*, 12 février 2008, req. n° 21906/04, § 142 ; C.E.D.H., *M. c/ Allemagne*, 17 décembre 2009, req. 19359/04, § 120 ; C.E.D.H., *Bouchacourt c/ France*, 17 décembre 2009, *précité*, § 39.

¹⁷⁵² *Supra*, n° 755 et s.

¹⁷⁵³ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 74.

¹⁷⁵⁴ Sur cette affaire, voir notamment : D. ROETS, « L'inscription au Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes : une mesure préventive hors du champ d'application du principe de non-rétroactivité », *R.S.C.*, janvier/mars 2010, pp. 239-240.

¹⁷⁵⁵ C.E.D.H., *Bouchacourt c/ France*, 17 décembre 2009, *précité*, §§ 40-42.

¹⁷⁵⁶ *Idem*, § 44.

conclure que le P.S.E.M. n'est pas une peine¹⁷⁵⁷. Pour le Conseil d'État, la surveillance électronique nécessite le *consentement* du « placé », contrairement à la peine qui est *imposée* par le juge. De plus, le juge habilité pour prononcer cette mesure n'est pas une juridiction de jugement mais le juge de l'application des peines, lors de la surveillance judiciaire et de la liberté conditionnelle. Le Conseil d'État considère que le fondement de la mesure n'est pas la culpabilité du « placé » mais sa dangerosité. Le but poursuivi n'est donc pas punitif, mais préventif.

932. Ce faisant, le juge administratif marche « dans les pas tracés par le juge constitutionnel »¹⁷⁵⁸. Dans une décision du 8 décembre 2005, le Conseil constitutionnel avait réfuté la qualification de peine à ce dispositif, pour des raisons organique et finaliste¹⁷⁵⁹. En dépit des difficultés à identifier les mesures de lutte contre la récidive, les contrôles de constitutionnalité et de conventionalité parviennent à des résultats semblables.

933. Cependant, le faisceau d'indices plus large dégagé par la Cour de Strasbourg peut aboutir à des solutions divergentes de celles adoptées par le Conseil constitutionnel. A ce sujet, l'examen des mesures comme la rétention de sûreté met en avant les points d'achoppement avec la jurisprudence européenne. Dans la décision du 21 février 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté, le Conseil constitutionnel estime que cette mesure, d'un point de vue organique et finaliste, ne constitue pas une peine¹⁷⁶⁰. Réfutant l'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789, il juge néanmoins que la rétention de sûreté ne peut s'appliquer de manière rétroactive, compte tenu de la gravité de ce dispositif¹⁷⁶¹. Lors de l'examen de la conventionalité du décret d'application de cette loi, le Conseil d'État exclut aussi la qualification de peine au sens de l'article 7 §1 de la Convention¹⁷⁶².

934. La conformité des mesures créées par la loi du 25 février 2008 au droit de la Convention européenne des droits de l'homme n'est toutefois pas acquise. Bien que la Cour ne s'est pas prononcée sur cette mesure, elle a été saisie d'une disposition similaire dans la

¹⁷⁵⁷ C.E., 12 décembre 2007, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, req. n° 293993, mentionné aux Tables du Recueil Lebon, pp. 848-849. Sur cet arrêt : L. DE GRAEVE, « « Big brother » sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'État », *R.F.D.A.*, sept.-oct. 2008, pp. 999-1010.

¹⁷⁵⁸ *Idem*, spéc. p. 1005.

¹⁷⁵⁹ Etant « ordonné par la juridiction de l'application des peines », ce dispositif « ne repose non pas sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité » et qu'il a pour seul but de prévenir la récidive ». Voir : décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *précitée*, cons. 14.

¹⁷⁶⁰ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 9.

¹⁷⁶¹ *Idem*, cons. 10. Sur cette décision : *Supra*, n° 854 et s.

¹⁷⁶² C.E., 6^e et 1^e sous-sections réunies, 26 novembre 2010, *M. Jean-Paul A. et Section française de l'Observatoire international des prisons*, *Rec. Lebon*, p. 458.

décision du 17 décembre 2009, *M. contre Allemagne*. La Cour juge que la détention de sûreté, prévue par le code pénal allemand, est une peine au sens de l'article 7 §1 de la Convention¹⁷⁶³. En l'espèce, elle s'écarte de la qualification nationale de « mesure d'amendement et de prévention », au regard de l'hétérogénéité des qualifications nationales¹⁷⁶⁴, et recherche au-delà du seul but de prévention indiqué par le gouvernement allemand.

935. Outre le lien entre la détention de sûreté et la condamnation pour une infraction, la Cour analyse sa *nature* – qui conduit à une privation de liberté, dans des conditions similaires à celles d'une peine –, son *but* – qui, au-delà de la prévention, peut « se comprendre comme une punition supplémentaire pour l'infraction commise » et comporte un élément de dissuasion¹⁷⁶⁵ –, et sa *gravité* – l'une « des plus graves » prévues par le code pénal allemand¹⁷⁶⁶. La Cour conclut alors à la violation de l'article 7 §1 de la Convention, en raison de l'application rétroactive de la mesure¹⁷⁶⁷.

936. Compte tenu de cette décision, plusieurs mesures prévues par la loi relative à la rétention de sûreté, complétée par la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle¹⁷⁶⁸, semblent incompatibles avec l'article 7 §1 de la Convention. D'une part, bien que le Conseil constitutionnel ait censuré la rétroactivité de la rétention de sûreté *ab initio*, prévue par la Cour d'assises qui condamne la personne pour des crimes déterminés, la rétention de sûreté *faisant suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté*, demeure d'application immédiate. En vertu de l'article 706-53-19 du Code de procédure pénale, l'individu, sous surveillance judiciaire de sûreté, qui méconnaîtrait les obligations qui lui sont imposées, peut fait l'objet d'une mesure de rétention de sûreté, si cette méconnaissance laisse présager une « particulière dangerosité » et un risque élevé de récidive. L'application rétroactive de cette mesure apparaît toutefois incompatible avec l'article 7 §1 de la Convention, au regard de la qualification de peine retenue par la Cour de Strasbourg¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶³ C.E.D.H., *M. c/ Allemagne*, 17 décembre 2009, req. n° 19359/04, §133.

¹⁷⁶⁴ *Idem*, §§ 125 et s.

¹⁷⁶⁵ *Idem*, §130.

¹⁷⁶⁶ *Idem*, §132.

¹⁷⁶⁷ J. LEBLOIS-HAPPE, « Première confrontation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009 », *A.J. Pénal*, mars 2010, pp. 129-135.

¹⁷⁶⁸ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 0059 du 11 mars 2010, p. 4808.

¹⁷⁶⁹ D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 27, pp. 1840-1847, spéc. p. 1842 ; L. GREGOIRE, F. BOULAN, « La détention de sûreté est une peine ! qualification et conséquences », *Droit pénal*, Mai 2010, Etudes 9, pp. 12-17, spéc. p. 17.

937. D'autre part, cette qualification emporte une seconde conséquence, s'agissant du respect du principe de légalité des délits et des peines protégé par l'article 7 §1 de la Convention. Cet article implique pour le législateur « de définir clairement les infractions et les sanctions qui les répriment »¹⁷⁷⁰. Appliquée à la sanction, la légalité criminelle signifie « qu'il ne saurait exister en guise de sanctions pénales que celles qui ont été prévues et déterminées par la loi, dans leur nature, dans leur taux et *dans leur durée* »¹⁷⁷¹.

938. L'une des spécificités de la rétention de sûreté, qu'elle soit *ab initio* ou prononcée suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté, réside pourtant dans sa durée illimitée, si les conditions demeurent remplies¹⁷⁷². Le risque de non-conformité de ces mesures au regard de la conception européenne de la légalité est d'autant plus prégnant que, dans une opinion concordante jointe à l'arrêt *Stafford c/ Royaume Uni* du 28 mai 2002, les Juges Zagrebelsky et Tulkens estiment qu'« une peine sans limitation de durée, [...] déterminée seulement au cours de son exécution, [...] en référence notamment à des éléments d'évaluation qui ne se rapportent pas au moment de la commission de l'infraction mais qui sont postérieurs à celle-ci, pourrait difficilement être considérée comme prévue par la loi au sens de l'article 7§1 de la Convention »¹⁷⁷³. L'« enjeu de la qualification » de la rétention de sûreté réside donc aussi sur le terrain de la légalité des peines¹⁷⁷⁴.

939. La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la qualification de la peine pourrait donc inciter le Conseil constitutionnel à ajuster les critères de cette notion. Il s'agit, en particulier, de clarifier sa jurisprudence sur deux distinctions : celle entre les peines et les mesures de sûreté, d'une part et celle entre les mesures de sûreté *restrictives de liberté* et *privatives de liberté*, d'autre part. Par ailleurs, c'est sur le terrain du droit de l'Union européenne que des divergences, relatives aux exigences propres aux peines, se font jour.

¹⁷⁷⁰ C.E.D.H., *Baskaya et Okçuoglu c/ Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 23536/94 et 24408/94, § 36.

¹⁷⁷¹ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, J. LARGUIER, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Dalloz Bibliothèque, Paris, 2008, spéc. p. 68 (souligné par nous).

¹⁷⁷² Articles 706-53-16 et 706-53-19 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁷³ C.E.D.H., *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, req. 46295/99.

¹⁷⁷⁴ D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 1842.

2) Les points d'achoppement relatifs à la nécessité des peines

940. Si le Conseil constitutionnel opère de manière constante un contrôle de l'absence de disproportion manifeste entre l'incrimination et la peine encourue¹⁷⁷⁵, les engagements européens de la France pourraient le conduire à ajuster cette contrainte. Dans le cadre du titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatif à « l'espace de liberté, de sécurité et de justice », le Parlement européen et le Conseil adoptent des directives dans des domaines liés aux exigences de l'ordre public. A ce sujet, la directive du 16 décembre 2008 relative au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹⁷⁷⁶ n'a pas été sans poser de problèmes d'application en droit interne. En particulier, son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne suscite des divergences entre les contentieux constitutionnel et communautaire, à propos de la nécessité des peines.

941. Dans deux décisions du 20 avril 2011 *El Dridi* et du 6 décembre 2011 *A. Achughbabian* rendues sur renvois préjudiciels, la Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur la conformité du délit de séjour irrégulier, passible de peine d'emprisonnement, à la directive du 16 décembre 2008¹⁷⁷⁷. La Cour considère que « la directive s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales », lorsque celle-ci « permet l'emprisonnement d'un ressortissant de pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention ». La Cour estime néanmoins que la directive ne s'oppose pas à cette réglementation, lorsqu'elle « permet l'emprisonnement d'un ressortissant de pays tiers auquel la procédure de retour, établie par ladite directive, a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non retour »¹⁷⁷⁸.

942. En matière de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un État membre, le recours à une peine doit donc intervenir seulement lorsque les mesures administratives d'éloignement ont échoué, c'est-à-dire en dernier recours. L'emprisonnement

¹⁷⁷⁵ *Supra*, n° 719 et s.

¹⁷⁷⁶ Directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O.U.E.* n° L 348, 24 décembre 2008, p. 98.

¹⁷⁷⁷ C.J.U.E., *El Dridi*, 28 avril 2011, n° C-61/11, spéc. points 52-60 ; C.J.U.E., *Achughbabian*, 6 décembre 2011, n° C-329/11, spéc. points 32-49.

¹⁷⁷⁸ C.J.U.E., *Achughbabian*, 6 décembre 2011, précitée.

se justifierait, non pour sanctionner l'irrégularité du séjour, mais au regard du maintien délibéré et fautif de l'individu sur le territoire¹⁷⁷⁹.

943. En ce sens, les délits de séjour irrégulier, tels que prévus aux articles L. 621-1 et L. 624-1 du C.E.S.E.D.A.¹⁷⁸⁰, ne peuvent être compatibles avec la « directive retour » puisqu'ils ne prévoient pas une telle subsidiarité dans le recours à l'emprisonnement. Dans un avis du 5 juin 2012¹⁷⁸¹, puis dans plusieurs arrêts du 5 juillet 2012¹⁷⁸², la Cour de Cassation prend acte des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle considère que « le ressortissant d'un État tiers mis en cause, pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers, n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive ».

944. Le législateur est *in fine* intervenu le 31 décembre 2012, pour supprimer toute peine d'emprisonnement lorsque l'étranger est en simple séjour irrégulier¹⁷⁸³ et régler l'épineuse question de son placement en garde à vue¹⁷⁸⁴. Néanmoins, la divergence entre la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil constitutionnel sur la nécessité des peines reste entière. Dans une décision du 3 février 2012, *M. Mohammed Akli B.*, le Conseil considère à propos du délit de séjour irrégulier qu'« eu égard à la nature de l'incrimination pour laquelle

¹⁷⁷⁹ M. LACAZE, « La pénalisation de l'entrée et du séjour irréguliers. Variations autour de la nécessité », in M. LACAZE (dir.), *Le droit pénal des étrangers*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux sous la direction de Jean-Christophe Saint-Pau, Edition Cujas, vol. 2, 2013, pp. 213-224.

¹⁷⁸⁰ Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012, l'article L. 621-1 punissait d'une peine d'un an d'emprisonnement, de 3750 euros d'amende ainsi que d'une peine complémentaire d'interdiction du territoire de 3 ans maximum, « l'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée pour son visa ». Aussi, selon l'article L. 624-1 ancien, « tout étranger qui se serait soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois ans auparavant en application de l'article L. 533-1, aura pénétré de nouveau sans autorisation en France sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement ».

¹⁷⁸¹ C. cass., crim., avis n° 9002, 5 juin 2012.

¹⁷⁸² C. cass., civ., 1^{ère}, 5 juillet 2012, n° 11-30.371, 11-19.250 et 11-30.530.

¹⁷⁸³ Article 8 de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, *J.O.R.F.* n° 0001 du 1 janvier 2013, p. 48, texte n° 4. Sur cette loi, R. PARIZOT, « Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour *versus* avis de la C.N.C.D.H. : quel bilan ? », *A.J. pénal*, janvier 2013, pp. 8-9.

¹⁷⁸⁴ Y. CAPDEPON, « La garde à vue de l'étranger en situation irrégulière », in M. LACAZE (dir.), *Le droit pénal des étrangers*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux sous la direction de Jean-Christophe Saint-Pau, Edition Cujas, Paris, vol. 2, 2013, pp. 225-239. La loi du 31 décembre 2012 crée désormais une retenue pour vérification du droit au séjour.

elles sont instituées, les peines ainsi fixées, qui ne sont pas manifestement disproportionnées, ne méconnaissent pas l'article 8 de la Déclaration de 1789 »¹⁷⁸⁵.

945. C'est justement sur le terrain de la nécessité du recours à l'emprisonnement que la Cour de Justice de l'Union européenne en balise l'usage. La position soutenue par les requérants devant le Conseil consistait à démontrer qu'il n'y a plus de nécessité des peines prévues à l'article L. 621-1 du C.E.S.E.D.A., dans la mesure où la Cour en interdit le prononcé. La « jonction entre les exigences constitutionnelles et européennes »¹⁷⁸⁶ aurait pu permettre au Conseil d'ajuster la nécessité des peines, telle qu'elle résulte de l'article 8 de la Déclaration, au regard de la nécessité retenue en droit européen, à des fins de cohérence entre les ordres juridiques. Pour ce faire, il pouvait prendre en considération l'« argument d'inconventionnalité [...] articulé avec le moyen d'inconstitutionnalité »¹⁷⁸⁷.

946. La divergence entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne relative à la nécessité des peines repose en réalité sur le degré de contrainte retenu. Bien que ne se recoupant pas intégralement, la proportionnalité, au sens communautaire, comme la nécessité des peines, issue de l'article 8 de la Déclaration de 1789, renvoient « à l'idée d'un droit pénal conçu comme *ultima ratio* »¹⁷⁸⁸. La Cour de justice apparaît sur ce point plus exigeante, puisqu'elle impose en l'espèce l'épuisement des mesures administratives avant le recours à l'emprisonnement. Le Conseil s'en tient au contrôle de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, sans apprécier ou imposer le recours préalable à des mesures moins coercitives.

947. Une différence de degré dans l'exigence de nécessité expliquerait ainsi la divergence entre les deux juges. Comme le relève Marion Lacaze, l'emprisonnement « serait certes disproportionné (d'où son inconventionnalité) mais il n'est pas *manifestement* disproportionné (d'où sa constitutionnalité) »¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁵ Décision n° 2011-217 Q.P.C. du 3 février 2012, *M. Mohammed Akli B.*, *Rec.* p. 104, cons. 5. Voir notamment : C. SAAS, « Séjour irrégulier : le Conseil constitutionnel désavoué par la Chambre criminelle », *A.J. pénal*, juillet-août 2012, pp. 410-414 ; J.-H. ROBERT, « Divergence entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne », *Droit pénal*, 2012, comm. 34.

¹⁷⁸⁶ V. TCHEN, « De la jonction des sources constitutionnelles et communautaires en droit des étrangers », *Constitutions*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 339-342.

¹⁷⁸⁷ A. LEVADE, « Q.P.C. et "directive retour" : retour en arrière jurisprudentiel ? – Décision n° 2011-217 Q.P.C. du Conseil constitutionnel du 3 février 2012 », *J.C.P. G.*, 2012.198, 20 février 2012, pp. 350-353.

¹⁷⁸⁸ M. LACAZE, « La pénalisation de l'entrée et du séjour irréguliers. Variations autour de la nécessité », *op. cit.*, spéc. p. 220.

¹⁷⁸⁹ *Ibidem*.

948. Certes, cette divergence est à nuancer. La nécessité des peines telle qu'imposée par la Cour de justice de l'Union européenne dans les arrêts *El Dridi* et *Achubhabian* se justifie, avant tout, par l'objectif d'efficacité de la directive, qui vise à éloigner les étrangers en situation irrégulière. Le recours à une peine d'emprisonnement est prohibé par la Cour en ce qu'il retarderait leur départ¹⁷⁹⁰. Autrement dit, c'est en raison de l'objectif d'efficacité de la procédure administrative de retour que la nécessité de la peine pour séjour irrégulier est mobilisée. Or, c'est bien eu égard à cet argument que le Conseil constitutionnel refuse de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour. Selon le commentaire aux Cahiers, une peine peut être conforme au principe de nécessité des peines « tandis que la C.J.U.E. juge que, dans certaines hypothèses, sa mise en œuvre méconnaît les exigences de la "directive retour" »¹⁷⁹¹.

949. Il reste que la discordance d'appréciation de la nécessité des peines et des solutions entre le Conseil et la Cour de Justice aboutit à un résultat insatisfaisant en termes de « cohérence entre les différentes normes et leur interprétation »¹⁷⁹². Comment considérer qu'une peine est nécessaire sur le plan constitutionnel alors qu'elle est inapplicable par les juges au regard du droit de l'Union ? Si le législateur est intervenu pour prendre en compte la « directive retour », il reste que cette divergence juridictionnelle pourrait se renouveler.

950. Ce risque n'est d'ailleurs pas sous-estimé par le Conseil constitutionnel. Dans le commentaire aux Cahiers, il est souligné que « le Conseil sera peut-être confronté un jour à l'examen d'une disposition législative que la C.J.U.E. aura jugé contraire à des dispositions du droit de l'Union trouvant leur équivalent dans les droits et libertés que la Constitution garantit. Dans une telle hypothèse, la recherche de cohérence entre la jurisprudence de la C.J.U.E. et celle du Conseil constitutionnel serait importante à l'instar de la cohérence que le Conseil s'efforce de rechercher entre sa jurisprudence et celle de la Cour européenne des droits de l'homme »¹⁷⁹³. En l'espèce, le Conseil semble avoir manqué l'occasion, comme l'analyse Anne Levade, d'« examiner la violation d'un droit ou d'une liberté que la

¹⁷⁹⁰ *Idem*, pp. 221 et s. ; V. TCHEN, « De la jonction des sources constitutionnelles et communautaires en droit des étrangers », *op. cit.*, p. 340.

¹⁷⁹¹ Commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel, décision n° 2011-217 Q.P.C. du 3 février 2012, *M. Mohammed Akli B.*, pp. 6-7.

¹⁷⁹² C. SAAS, « Séjour irrégulier : le Conseil constitutionnel désavoué par la Chambre criminelle », *op. cit.* Dans le même sens, voir : A. LEVADE, « Q.P.C. et "directive retour" : retour en arrière jurisprudentiel ? – Décision n° 2011-217 Q.P.C. du Conseil constitutionnel du 3 février 2012 », *op. cit.*, p. 353.

¹⁷⁹³ Commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel, décision n° 2011-217 Q.P.C. du 3 février 2012, *M. Mohammed Akli B.*, p. 6.

Constitution garantit, susceptible de résulter de la méconnaissance par le législateur de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives »¹⁷⁹⁴.

951. L'influence des droits européens sur les « limites aux limites » utilisées par le Conseil constitutionnel peut se révéler fructueuse tant en matière de qualification que de nécessité des peines. Il en est de même pour les contraintes propres aux mesures de police, dont le degré d'exigence pourrait être renforcé dans un souci de cohérence des systèmes juridiques. L'effectivité des « limites aux limites » aux droits garantis et, par là même, la protection constitutionnelle des droits fondamentaux, s'en trouveraient consolidées. Les exigences européennes spécifiques à la mise en cause de la liberté individuelle montrent, d'ailleurs, dans quelle mesure leur prise en compte engendre un ajustement des « limites aux limites » retenues par le Conseil constitutionnel et un changement du droit positif.

B) Les contraintes propres à la mise en cause de la liberté individuelle

952. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les exigences de rigueur nécessaire et de contrôle de l'autorité judiciaire, issues des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, constituent les « limites aux limites » spécifiques à la mise en cause de la liberté individuelle¹⁷⁹⁵. Entendue dans un sens étroit¹⁷⁹⁶, cette liberté bénéficie également d'un statut spécifique dans la Convention européenne des droits de l'homme. Contrairement aux articles 8 à 11 de la Convention qui contiennent une clause de limitation, l'article 5 détermine les exceptions au droit à la liberté et à la sûreté. Les limites pouvant lui être apportées sont étroitement encadrées. L'article 5 indique les cas dans lesquels une privation de liberté est autorisée (article 5 §1) puis les garanties qui doivent être reconnues à la personne privée de liberté (article 5 §2 et 3)¹⁷⁹⁷.

953. Le parallèle entre ces contraintes constitutionnelles et européennes est d'autant plus intéressant qu'il permet d'apprécier si la rédaction d'une clause détaillée de limitation engendre une protection juridictionnelle plus effective de ce droit. Bien que la norme constitutionnelle soit peu précise, les contraintes dégagées par le Conseil trouvent un écho

¹⁷⁹⁴ A. LEVADE, « Q.P.C. et "directive retour": retour en arrière jurisprudentiel ? – Décision n° 2011-217 Q.P.C. du Conseil constitutionnel du 3 février 2012 », *op. cit.*, p. 353.

¹⁷⁹⁵ *Supra*, n° 719 et s.

¹⁷⁹⁶ Comme le souligne la Cour européenne, « le droit à la liberté et à la sûreté vise à protéger la liberté physique de la personne contre toute arrestation et détention arbitraire ou abusive » : C.E.D.H., *Engel et autres c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 58.

¹⁷⁹⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 363 et s.

significatif dans la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, le degré d'encadrement paraît plus élevé dans la jurisprudence de la Cour. Cela s'analyse à travers les exigences relatives à la détermination (a) et au contrôle juridictionnel (b) des mesures privatives de liberté.

a) L'appréciation relativement convergente de la détermination des mesures privatives de liberté

954. La spécificité des exigences entourant la liberté individuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme repose sur le fait que l'article 5 §1 dresse la liste des six cas autorisés de privation de liberté. Une telle mesure ne peut intervenir qu'après une condamnation (§1 a), une arrestation ou une détention en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'une obligation légale (§1 b), lors d'une détention provisoire (§1 c), d'une détention de personnes « catégorisées » telles que l'aliéné, une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, un vagabond, un alcoolique ou un toxicomane (§1 d) et enfin, s'il s'agit de la détention d'un étranger en vue d'une expulsion ou afin de l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire (§1 f)¹⁷⁹⁸.

955. Pour être conforme à la Convention, la privation de liberté doit à la fois respecter les « voies légales » et être « régulière »¹⁷⁹⁹. Ces deux exigences se rapprochent, matériellement, de la « rigueur nécessaire » imposée par le Conseil constitutionnel. Pourtant, le degré de précision de l'article 5 de la Convention conduit la Cour à opérer un contrôle plus exigeant des mesures privatives de liberté. Le contrôle du respect des voies légales (1) et de la régularité de la privation de liberté (2) en témoigne.

1) Le respect des voies légales

956. Comme à l'égard de toutes les limites aux droits garantis, le Conseil constitutionnel s'assure que les mesures mettant en cause la liberté individuelle sont suffisamment claires et précises¹⁸⁰⁰. De manière similaire, la Cour de Strasbourg vérifie que la mesure privative de

¹⁷⁹⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 364.

¹⁷⁹⁹ C.E.D.H., *Winterwerp c/ Pays-Bas*, 24 octobre 1979, req. n° 6301/73, § 39.

¹⁸⁰⁰ *Supra*, n° 556 et s.

liberté a une base légale en droit interne et que la loi est « accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire »¹⁸⁰¹.

957. Cette contrainte générale comporte un aspect spécifique sur le plan européen. Dans l'arrêt *Zervudacki c/ France* du 27 juillet 2006, la Cour souligne qu'« il est essentiel, *en matière de privation de liberté*, que le droit interne définisse clairement les *conditions de détention* et que la loi soit *prévisible dans son application* ». En particulier, la loi « doit être suffisamment précise pour permettre au citoyen de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les *conséquences* de nature à dériver d'un acte déterminé »¹⁸⁰².

958. A ce sujet, la question se pose de savoir si la loi doit prévoir explicitement la durée maximale d'une mesure privative de liberté. Même si le législateur définit la durée de plusieurs d'entre elles¹⁸⁰³, cette exigence ne semble pas toujours s'imposer sur le plan constitutionnel. Par exemple, dans une décision Q.P.C. du 8 juin 2012, *M. Mickaël D.*, le Conseil ne censure pas la disposition du Code de la santé publique qui prévoit le placement d'une personne trouvée en état d'ivresse sur la voie publique dans un local de police, « jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison ». Le Conseil considère que cette condition « a pour objet et effet de limiter cette privation de liberté à quelques heures au maximum », de sorte que ce placement « n'est pas une détention arbitraire »¹⁸⁰⁴. Le Conseil impose néanmoins, à travers une réserve d'interprétation, que sa durée soit prise en compte lorsque ce placement est succédé d'une mesure de garde à vue¹⁸⁰⁵.

959. La détermination de la durée de la privation de liberté tend à résulter de l'exigence européenne de prévisibilité de la loi. Bien que la Cour n'a pas été conduite à se prononcer explicitement sur cette question, elle a admis, en 2007, la recevabilité d'une requête invoquant que l'article 3341-1 du Code de la santé publique laisse « la détermination de la durée de la détention en cellule de dégrisement à l'entière appréciation des forces de police »¹⁸⁰⁶. Il existerait donc une divergence d'appréciation en matière de prévisibilité de la loi. La

¹⁸⁰¹ C.E.D.H., *Amuur c/ France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92, §50.

¹⁸⁰² C.E.D.H., *Zervudacki c/ France*, 27 juillet 2006, req. n° 73947/01, §43 (souligné par nous). En ce sens également: C.E.D.H., *Baranowski c/ Pologne*, 28 mars 2000, req. n° 28358/95, § 52.

¹⁸⁰³ Il en est ainsi de la procédure de vérification d'identité, limitée à quatre heures selon l'article 78-3 du Code de procédure pénale, de la rétention de témoin prévue par les articles 62 et 78 du même code, limitée également à quatre heures, ou encore de la garde à vue, en vertu de l'article 63 de ce code.

¹⁸⁰⁴ Décision n° 2012-253 Q.P.C. du 8 juin 2012, *M. Mickaël D.*, *Rec.* p. 289, cons. 6.

¹⁸⁰⁵ *Idem*, cons. 9.

¹⁸⁰⁶ C.E.D.H., *Castelot c/ France*, déc., 21 juin 2007, req. n° 12332/03 (souligné par nous). Cette affaire s'est toutefois soldée par un règlement amiable entre l'État français et le requérant, de sorte que la Cour ne s'est pas prononcée sur ce point : Arrêt, règlement amiable, 24 avril 2008.

précision de l'article 5 §1 conduit par ailleurs le Conseil constitutionnel à prendre en compte les exigences relatives à la régularité de la privation de liberté.

2) *La régularité de la privation de liberté*

960. Les contrôles de la « régularité » de la privation de liberté au sens de la Convention européenne et de la « rigueur nécessaire » sur le plan constitutionnel apparaissent relativement convergents. Les deux juges vérifient les conditions auxquelles sont subordonnées les mesures privatives de liberté avant toute déclaration de culpabilité. En vertu de l'article 5 §1 c) de la Convention, par exemple, la Cour de Strasbourg vérifie que les mesures privatives de liberté sont conditionnées à l'exigence de « raisons plausibles » de soupçonner que l'individu a commis une infraction. Une telle condition tient à l'existence « de fait ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction »¹⁸⁰⁷.

961. Cet examen se retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil examine que ces mesures ne visent que les personnes à l'encontre desquelles « existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime »¹⁸⁰⁸. Sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration de 1789, il s'attache à contrôler qu'elles sont « nécessaires à la manifestation de la vérité, au maintien de ladite personne à la disposition de la justice, à sa protection, à la protection des tiers ou à la sauvegarde de l'ordre public »¹⁸⁰⁹.

962. Les convergences entre les deux juridictions se constatent également à propos des exigences posées à l'égard des mesures d'internement de personnes atteintes de troubles mentaux. Pour la Cour, elles ne seraient pas régulières, au sens de l'article 5 §1 e), si l'aliénation n'était pas « établie de manière probante », sur la base d'une expertise médicale objective. La Cour européenne des droits de l'homme précise aussi, notamment dans l'arrêt *R.L. et M.-J.D. c/ France* du 19 mai 2004, que le trouble « doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement » et que ce dernier « ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble »¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰⁷ C.E.D.H., *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, 30 août 1990, req. n° 12244/86, 12245/86, 12383/86, § 32.

¹⁸⁰⁸ Par exemple : décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *M. Michel F.*, *Rec.* p. 408, cons. 5.

¹⁸⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁸¹⁰ C.E.D.H., *R.L. et M.-J.D. c/ France*, 19 mai 2004, req. n° 44568/98, §§ 114-115.

963. Le Conseil impose une telle exigence lors de l'examen de l'hospitalisation d'office en cas de péril imminent. Dans la décision Q.P.C. du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P.*, le Conseil déclare contraire à l'article 66 de la Constitution la privation de liberté pour troubles mentaux prévue à l'article L. 3213-2 du Code de la santé publique, dans la mesure où elle peut être prononcée sur le fondement de la *seule notoriété publique*. Cette seule condition ne permettait de prouver que la mesure privative de liberté était établie de manière probante. Pour le Conseil, cette disposition n'assure pas « qu'une telle mesure est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public »¹⁸¹¹.

964. Par ailleurs, les deux juridictions vérifient qu'en matière de mesures privatives de liberté, aucun autre dispositif, moins attentatoire à la liberté individuelle, ne peut être envisagé pour atteindre le but visé. La Cour précise que « la privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt [...] public exigeant la détention »¹⁸¹². Dans la jurisprudence du Conseil, cette exigence s'impose depuis la décision du 21 février 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté. Il considère qu'« eu égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes »¹⁸¹³. De même, le Conseil s'attache à contrôler que le placement en chambre de sûreté d'une personne, retrouvée en état d'ivresse sur la voie publique, n'intervient que si une mesure moins attentatoire, consistant à confier celle-ci à une tierce personne, ne suffit pas¹⁸¹⁴.

965. Même si les articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution constituent des fondements moins précis que l'article 5 §1 de la Convention, les décisions analysées témoignent d'une convergence des exigences imposées aux mesures privatives de liberté.

966. Pourtant, le surplus de précision de l'article 5 §1 peut se révéler plus contraignant que l'exigence de rigueur nécessaire. Par exemple, dans la décision du Conseil du 21 février 2008, la rétention de sûreté intervenant suite à la méconnaissance des obligations relatives à la

¹⁸¹¹ Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *précitée*, cons. 10 (souligné par nous). L'arrêt *R.L. et M.-J.D. c/ France* est d'ailleurs expressément mentionné dans le commentaire aux Cahiers sous cette décision. Voir : Commentaire, Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P.*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 3.

¹⁸¹² C.E.D.H., *Witold Litwa c/ Pologne*, 4 avril 2000, req. n° 26629/95, §§ 78-79.

¹⁸¹³ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 17.

¹⁸¹⁴ Décision n° 2012-253 Q.P.C. du 8 juin 2012, *précitée*, cons. 6.

surveillance de sûreté a été déclarée conforme à la Constitution¹⁸¹⁵. Sa compatibilité à l'article 5 §1 a) de la Convention n'est toutefois pas acquise. Cet article autorise en effet la privation de liberté d'une personne « qui est détenue régulièrement *après condamnation par un tribunal compétent* ». Si la rétention de sûreté *ab initio* correspond à cette exigence, puisqu'elle intervient après la condamnation par la Cour d'assises et en vertu de celle-ci¹⁸¹⁶, il n'en est pas de même de celle prononcée suite à la méconnaissance des obligations de surveillance de sûreté.

967. En vertu de l'article 706-53-19 du Code de procédure pénale, d'application immédiate, ce placement peut intervenir même si la Cour d'assises ne l'a pas prévu dans les décisions de condamnation rendues avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2008. Or, la Cour européenne des droits de l'homme exige que le lien de causalité entre la détention et la condamnation initiale – c'est-à-dire la déclaration de culpabilité, consécutive à l'établissement légal d'une infraction – soit suffisant. La détention doit intervenir « à la suite et par suite », ou « en vertu de » celle-ci¹⁸¹⁷. En l'espèce, le lien avec la condamnation initiale est distendu. La circulaire d'application de cette mesure précise elle-même que « la violation de ses obligations par la personne placée sous surveillance de sûreté ne constitue pas une infraction »¹⁸¹⁸.

968. En ce sens, la rétention de sûreté suivant la méconnaissance des obligations de surveillance de sûreté ne semble pas conforme à l'article 5 §1 de la Convention¹⁸¹⁹. La position de la Cour pourrait conduire le Conseil constitutionnel à renforcer la « limite aux limites » selon laquelle la liberté individuelle ne peut être entravée par une rigueur non nécessaire, en « transposant », au sein de sa jurisprudence, l'exigence explicite d'un lien entre la détention et la condamnation.

969. La Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel imposent des exigences relativement semblables quant à la détermination des mesures privatives de liberté.

¹⁸¹⁵ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*.

¹⁸¹⁶ M. LACAZE, « La rétention de sûreté prononcée suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté et l'article 5 de la Convention européenne », *op. cit.*, spéc. p. 86. Pour une analyse *a contrario*, selon laquelle le lien serait distendu même dans le cadre de la rétention de sûreté *ab initio* : J. LEBLOIS-HAPPE, « Première confrontation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009 », *op. cit.*, spéc. p. 134.

¹⁸¹⁷ C.E.D.H., *M. c/ Allemagne*, 17 décembre 2009, *précité*, §§ 87-88.

¹⁸¹⁸ Circulaire de la D.A.C.G. crim 08-17/E8 NOR : JUSD08830031C, *Présentation générale des dispositions relatives à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté*, p. 11.

¹⁸¹⁹ M. LACAZE, « La rétention de sûreté prononcée suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté et l'article 5 de la Convention européenne », *op. cit.*, pp. 79-107.

Cependant, la rédaction plus fine de l'article 5 de la Convention peut se révéler plus contraignante que l'exigence découlant de l'article 9 de la Déclaration de 1789. Il en est de même des exigences inhérentes au contrôle juridictionnel de telles mesures, pour lesquelles des divergences latentes transparaissent des deux jurisprudences.

b) Des divergences latentes relatives au contrôle des mesures privatives de liberté

970. Les paragraphes 2 à 5 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme précisent les garanties devant être accordées à la personne faisant l'objet d'une mesure privative de liberté. Outre le droit de la personne d'être informée des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle (article 5 §2), les exigences visent principalement le contrôle juridictionnel de telles mesures. La Convention impose que la personne soit « aussitôt traduite devant un juge » et soit à même d'« introduire un recours devant un tribunal ».

971. La Constitution française n'est pas dépourvue de toute précision à ce sujet. Après avoir énoncé que « nul ne peut être arbitrairement détenu », l'article 66 dispose que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Pourtant, les exigences constitutionnelles et européennes quant au contrôle juridictionnel de la privation de liberté ne se recoupent pas nécessairement. Des divergences apparaissent quant à la qualité du magistrat habilité pour ce faire (1) et aux modalités de son intervention (2).

1) La qualité du magistrat

972. De manière constante, le Conseil constitutionnel considère que l'autorité judiciaire compétente pour contrôler les mesures privatives de liberté comprend les magistrats du siège et du parquet, en vertu de l'article 66 de la Constitution. Néanmoins, la jurisprudence révèle une répartition des compétences au sein de l'autorité judiciaire, selon le degré de contrainte de la mesure et le statut du magistrat. Si cette gradation est favorable à l'intervention du juge du siège jusque dans les années 1990, de plus en plus de compétences sont conférées au procureur de la République¹⁸²⁰. Le Conseil admet, en particulier, que ce dernier contrôle la

¹⁸²⁰ *Supra*, n° 815 et s.

garde à vue lors des vingt-quatre premières heures mais aussi, depuis la décision du 11 août 1993¹⁸²¹, qu'il autorise sa prolongation d'un nouveau délai de vingt-quatre heures. L'exigence de l'article 66 de la Constitution, telle qu'interprétée par le Conseil, permet donc au législateur de ne prévoir le contrôle d'un magistrat du siège qu'à partir de la quarante-huitième heure de garde à vue, pour en autoriser sa prolongation¹⁸²².

973. Cette différenciation dans le contrôle de l'autorité judiciaire se comprend au regard du statut de ces deux catégories de magistrats. Contrairement à ceux du siège, les membres du ministère public ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution. Ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des Sceaux¹⁸²³. En vertu de l'article 33 du Code de procédure pénale, ils sont tenus de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui leur sont données dans les conditions prévues aux articles 34, 36 et 37 de ce Code. De plus, le Parquet exerce l'action publique et est représenté auprès de chaque juridiction répressive de première instance. Ainsi, après avoir contrôlé la mesure privative de liberté que constitue, par exemple, la garde à vue, le Parquet agit contre la personne au cours de la procédure pénale¹⁸²⁴.

974. La position du Conseil constitutionnel est problématique au regard de l'article 5 §3 de la Convention européenne des droits de l'homme. En vertu de celui-ci, toute personne privée de sa liberté, à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction, doit être « aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». Dès 1978, la Cour impose que « le magistrat » en charge de contrôler la régularité de l'arrestation et de la détention présente des garanties, à savoir *l'indépendance* à l'égard du pouvoir exécutif et *l'impartialité* à l'égard des parties¹⁸²⁵. La Cour exige que ce magistrat ne reçoive pas d'instructions de la part de

¹⁸²¹ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 5.

¹⁸²² Décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *précitée*, cons. 11.

¹⁸²³ L'article 30 du Code de procédure pénale, modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions de la Garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique (*J.O.R.F.* n° 0172 du 26 juillet 2013 p. 12441), prévoit que « le ministre de justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales ». En revanche, l'article 30 interdit désormais au ministre de la justice d'adresser aux magistrats du parquet des instructions dans des affaires individuelles.

¹⁸²⁴ T. RENOUX, « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet – France », *A.I.J.C.*, 1995, pp. 221-247 ; E. BONIS-GARCON, O. DECIMA, « Statut du Parquet en droit interne, évolutions jurisprudentielles nationales et européennes », in *L'indépendance du parquet en question*, colloque organisé par le S.A.F., le Barreau de Bordeaux et l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Bordeaux, 5 avril 2013.

¹⁸²⁵ C.E.D.H., *Schiesser c/ Suisse*, 4 décembre 1979, req. n° 7710/76, § 31.

l'exécutif ni n'assume, en plus de la fonction d'instruction, le rôle de partie poursuivante¹⁸²⁶. En somme, « si le magistrat *peut* intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante, son indépendance et son impartialité sont sujettes à caution »¹⁸²⁷.

975. Dans ces conditions, la Cour de Strasbourg considère, dans les arrêts *Medvedyev et autres c/ France* du 10 juillet 2008 et du 29 mars 2010¹⁸²⁸, puis *Moulin c/ France* du 23 novembre 2010¹⁸²⁹, que les membres du ministère public « ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif », qui compte « parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de magistrat au sens de l'article 5 §3 »¹⁸³⁰. Intégrant la position de la Cour, la Cour de cassation juge que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 §3, car il « ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité », requises par cette disposition, et qu'il est « partie poursuivante »¹⁸³¹. En revanche, la Cour de Strasbourg considère que le juge d'instruction présente de telles garanties¹⁸³². Le point d'achoppement entre les jurisprudences constitutionnelle et européenne a donc trait au rôle dévolu au Parquet, comme garant des libertés individuelles pour certaines mesures privatives de liberté¹⁸³³.

976. La contradiction entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionalité n'est pourtant pas si nette qu'il y paraît. Dans l'arrêt *Moulin c/ France*, l'État est condamné car, en l'espèce, la requérante n'a été présentée à un juge au sens de l'article 5 §3 de la Convention que cinq jours après son arrestation et son placement en garde à vue¹⁸³⁴. Toutefois, les

¹⁸²⁶ C.E.D.H., *Pantea c/ Roumanie*, 3 juin 2003, req. n° 33343/96, §§ 236-239.

¹⁸²⁷ J.-F. RENUCCI, « Le Procureur de la République est-il un « magistrat » au sens européen du terme ? », in *Liberté, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, pp. 1345-1350 (souligné par nous). Voir également : M. ROBERT, « L'autorité judiciaire, la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011, pp. 29-43.

¹⁸²⁸ C.E.D.H., *Medvedyev et autres c/ France*, 10 juillet 2008, req. n° 3394/03, § 61 ; C.E.D.H., gr. Ch., *Medvedyev et autres c/ France*, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, § 124. Voir notamment : F. SUDRE, « Le rôle du Parquet en question », *J.C.P. G.*, 19 avril 2010, n° 16, pp. 830-834.

¹⁸²⁹ C.E.D.H., *Moulin c/ France*, 23 novembre 2010, req. n° 37104/06.

¹⁸³⁰ *Idem*, §§ 57-62. Voir aussi : C.E.D.H., *Vassis et autres c/ France*, 27 juin 2013, req. n° 62736/09, § 58.

¹⁸³¹ C. cass., crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674.

¹⁸³² C.E.D.H. (recevabilité), *A. C. c/ France*, 14 décembre 1999, req. n° 37547/97 ; C.E.D.H., *Zervudacki c/ France*, 27 juillet 2006, *précité*, § 51 ; C.E.D.H., *Medvedyev et autres c/ France*, 29 mars 2010, *précité*, § 128.

¹⁸³³ M. ROBERT, « L'autorité judiciaire, la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 40.

¹⁸³⁴ C.E.D.H., *Moulin c/ France*, 23 novembre 2010, *précité*, § 60. Voir aussi : C.E.D.H., *Vassis et autres c/ France*, 27 juin 2013, §§ 52 et s., où la Cour condamne la France pour violation de l'article 5 §3, dans la mesure où les requérants, privés de liberté pendant dix-huit jours sur le navire *Junior* puis placés en garde à vue, n'ont comparu pour la première fois devant « un juge ou un autre magistrat » au sens autonome de l'article 5§3 de la Convention, en l'espèce un J.L.D., qu'après un délai supplémentaire de quarante huit heures (spéc. § 58).

dispositions législatives relatives à la garde à vue prévoient l'intervention d'un magistrat du siège à l'issue d'un délai de quarante-huit heures pour prolonger cette mesure. Elles ne sont pas, en elles-mêmes, contraires à l'article 5 §3 de la Convention.

977. L'exigence selon laquelle la personne privée de sa liberté doit être *aussitôt* traduite devant un juge signifie, pour la Cour, que le déferrement doit intervenir avec « promptitude »¹⁸³⁵ ou « rapidement »¹⁸³⁶. Selon sa jurisprudence, la privation de liberté sans l'intervention d'un juge ne doit pas excéder trois ou quatre jours, selon la nature de l'infraction, la complexité de l'affaire ou l'âge des gardés à vue¹⁸³⁷. Il n'y a donc pas de contradiction frontale entre la Cour et le Conseil sur cette exigence¹⁸³⁸, puisque l'intervention d'un magistrat du siège est constitutionnellement requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures¹⁸³⁹.

978. Il n'en reste pas moins que le constat de l'absence d'indépendance et d'impartialité dressé par le juge de Strasbourg à l'égard du Parquet français, alors même qu'il détient des compétences importantes en matière de contrôle des mesures affectant la liberté individuelle, jette un discrédit sur son intervention¹⁸⁴⁰. Ce constat illustre également le manque de cohérence entre la position de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel sur la détermination de cette « limite aux limites » à la liberté individuelle. Ainsi, l'intervention du magistrat du Parquet en droit français ne constitue pas « une garantie additionnelle à celle de la jurisprudence européenne »¹⁸⁴¹. La position de la Cour incite le Conseil à redéfinir la répartition constitutionnelle entre magistrats du siège et du parquet et à exiger, plus fermement, le contrôle du magistrat du siège sur les mesures affectant l'exercice de la liberté individuelle. Reste à comparer, en dernier lieu, les exigences constitutionnelles et européennes quant aux modalités de contrôle du juge sur les mesures privatives de liberté.

¹⁸³⁵ C.E.D.H., *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, req. n° 11209/84 ; 11234/84 ; 11386/85, §59.

¹⁸³⁶ C.E.D.H., *Aquilina c/ Malte*, 29 avril 1999, req. n° 25642/94, § 49.

¹⁸³⁷ M. ROBERT, « L'autorité judiciaire, la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 42.

¹⁸³⁸ La Cour de cassation, bien que reconnaissant que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 §3 de la Convention, ne censure pas les arrêts de la chambre d'instruction dans la mesure où la privation de liberté a été d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté posée par ce texte. Voir : C. cass., crim., 15 décembre 2010, *précité* ; C. cass., crim., 29 mars 2011, n° 10-87.404.

¹⁸³⁹ Décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *précitée*, cons. 11.

¹⁸⁴⁰ Voir les actes du colloque sur *L'indépendance du parquet en question*, organisé par le S.A.F., le Barreau de Bordeaux et l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Bordeaux, le 5 avril 2013 ; D. SOULEZ-LARIVIERE, « Propositions pour une différenciation des corps du siège et du Parquet », *A.J. pénal*, octobre 2012, p. 508 ; J. FICARA, « Propositions pour la constitution d'un ministère public français indépendant », *A.J. pénal*, octobre 2012, p. 509.

¹⁸⁴¹ Dans ce sens : M. ROBERT, « L'autorité judiciaire, la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 42.

2) *L'intervention du magistrat*

979. En plus de requérir un magistrat pour contrôler les mesures privatives de liberté, l'article 5 de la Convention pose des conditions à son intervention. S'agissant des mesures visées dans le paragraphe 1 c), la personne privée de sa liberté doit être aussitôt traduite devant un juge et être jugée dans un délai raisonnable. Elle doit également, pour toutes les mesures visées par le 1^{er} paragraphe, pouvoir exercer un recours à l'encontre de cette mesure. L'article 5 est, là encore, plus précis que la norme constitutionnelle correspondante. Le Conseil prend implicitement en compte ces exigences, pour déterminer cette « limite aux limites » spécifique à la liberté individuelle.

980. Au sens de la Convention, l'exigence de promptitude et d'automaticité de l'intervention du magistrat impose qu'il examine rapidement la mesure privative de liberté dès le placement de la personne¹⁸⁴². Son contrôle ne doit pas dépendre d'une demande formulée par la personne privée de liberté. Cette intervention automatique du juge s'explique, aux yeux de la Cour, au regard des garanties appropriées à l'exercice des fonctions judiciaires.

981. A ce sujet, le juge constitutionnel impose de telles exigences, non seulement en matière de garde à vue¹⁸⁴³, mais aussi à propos des mesures de rétention administrative et d'hospitalisation sans consentement de personnes atteintes de troubles mentaux. Ainsi, le Conseil considère que le délai de quinze jours, pendant lequel aucun juge judiciaire n'intervient de plein droit pour contrôler l'hospitalisation à la demande d'un tiers¹⁸⁴⁴, l'hospitalisation d'office¹⁸⁴⁵ et l'hospitalisation sans consentement telle que prévue avant la loi du 27 juin 1990¹⁸⁴⁶, est contraire à la Constitution. De manière constante, le Conseil précise que le juge judiciaire doit intervenir « dans le plus court délai possible »¹⁸⁴⁷, même s'il module cette exigence selon le degré de contrainte, la nature et la finalité de la mesure examinée¹⁸⁴⁸.

982. L'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les décisions du Conseil constitutionnel est également prégnante à propos de l'exigence de « bref délai », dans lequel

¹⁸⁴² C.E.D.H., *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, précité, § 59 et *Aquilina c/ Malte*, précité, § 49.

¹⁸⁴³ Voir notamment : décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, précitée, cons. 26.

¹⁸⁴⁴ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, précitée, cons. 23-26.

¹⁸⁴⁵ Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, précitée, cons. 12-14.

¹⁸⁴⁶ Décision n° 2011-202 Q.P.C. du 2 décembre 2011, précitée, cons. 13.

¹⁸⁴⁷ Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, précitée, cons. 4.

¹⁸⁴⁸ *Supra*, n° 837 et s.

le juge judiciaire doit statuer suite au recours introduit par la personne privée de liberté. Dans plusieurs arrêts intervenus en 2002¹⁸⁴⁹, 2006¹⁸⁵⁰, 2010¹⁸⁵¹, puis 2011¹⁸⁵², la Cour condamne la France compte tenu du délai excessif dans lequel le juge judiciaire statue sur la légalité des internements psychiatriques et les demandes de sortie immédiate.

983. Dans la décision Q.P.C. du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, le Conseil constitutionnel examine l'article L. 351 du Code de la santé publique, qui reconnaît à toute personne hospitalisée sans son consentement le droit de se pourvoir par simple requête à tout moment devant le Président du tribunal de grande instance, pour qu'il soit mis fin à son hospitalisation. Incorporant l'exigence européenne, le Conseil émet une réserve d'interprétation. Il considère que « s'agissant d'une mesure privative de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate *dans les plus brefs délais* »¹⁸⁵³. Grâce au mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel précise sa jurisprudence. Il aligne, à l'issue de dix ans de divergences avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, cette « limite aux limites » sur l'exigence européenne.

984. Que ce soit à propos des exigences relatives à la détermination ou de celles relatives au contrôle juridictionnel des mesures privatives de liberté, les jurisprudences constitutionnelles et européennes sont progressivement convergentes. Des points d'achoppement persistent, dans la mesure où la précision de l'article 5 de la Convention, et l'interprétation qu'en retient la Cour de Strasbourg, confèrent un degré de contrainte plus élevé aux exigences prévues par la Convention que celui conféré aux « limites aux limites » de valeur constitutionnelle.

985. A l'issue de cette comparaison entre les droits européens et le droit constitutionnel français, les « limites aux limites » imposées aux mesures relatives aux exigences renouvelées de l'ordre public sont de plus en plus convergentes. A des fins de cohérence entre les ordres juridiques, le Conseil constitutionnel prend en compte le droit de la Convention européenne

¹⁸⁴⁹ C.E.D.H., *Delbec c/ France*, 18 juin 2002, req. n° 43125/98 ; C.E.D.H., *D.M. c/ France*, 27 juin 2002, req. n° 41376/98 ; C.E.D.H., *L.R. c/ France*, 27 juin 2002, req. n° 33395/96, § 38 ; C.E.D.H., *Laidin c/ France*, 5 novembre 2002, req. n° 43191/98.

¹⁸⁵⁰ C.E.D.H., *Mathieu c/ France*, 27 octobre 2005, req. n° 68673/01, § 37.

¹⁸⁵¹ C.E.D.H., *Baudouin c/ France*, 18 novembre 2010, req. n° 35935/03, §§ 116-120

¹⁸⁵² C.E.D.H., *Patoux c/ France*, 14 avril 2011, req. n° 35079/06, §§ 71-77.

¹⁸⁵³ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 39 (souligné par nous).

des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne. Les divergences sont alors de deux ordres. Certaines sont *médiates*. Elles concernent le droit de l'Union, puisque c'est à travers sa mise en œuvre que les contraintes européennes entrent en conflit avec les « limites aux limites » retenues par le juge constitutionnel. C'est en raison de la poursuite des objectifs de l'Union, tels que l'éloignement des étrangers en situation irrégulière ou l'interdiction des contrôles aux frontières, que les exigences constitutionnelles de nécessité des peines et du but poursuivi par les mesures de police se trouvent indirectement en deçà des contraintes européennes.

986. Les divergences entre les juges constitutionnels et européens peuvent également être *immédiates*. Des « limites aux limites » *a priori* similaires, telles que l'exigence de proportionnalité et celles propres à la mise en cause de la liberté individuelle, sont interprétées différemment par les juges constitutionnel et européen. La présence de clauses spécifiques de limitation dans la Convention tend ainsi à inviter la Cour à exercer un contrôle plus contraignant que celui mobilisé par le Conseil.

987. Certes, cette comparaison doit être nuancée, dans la mesure où les juges constitutionnels et européens se situent dans une position institutionnelle distincte. Toutefois, elle donne des indications sur l'influence potentielle des droits européens sur la détermination des « limites aux limites » aux droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel. Elle permet aussi de mesurer son pouvoir d'interprétation des dispositions de la Constitution, afin de les rendre cohérentes avec les normes conventionnelles. La question se pose désormais de savoir jusqu'où ce pouvoir d'interprétation constitutionnelle peut être mobilisé par le Conseil. En particulier, dans quelle mesure lui permet-il de puiser, dans la Constitution, de nouvelles « limites aux limites » aux droits fondamentaux ? C'est la recherche qu'il convient, à présent, d'effectuer.

SECTION 2 : LA RECHERCHE DE « LIMITES AUX LIMITES » DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE

988. L'analyse précédente a permis de montrer des divergences dans la détermination des « limites aux limites » aux droits fondamentaux entre les juges constitutionnels et européens. En l'absence de références explicites aux normes européennes dans la jurisprudence constitutionnelle, il est pourtant difficile d'identifier leur influence effective sur l'ajustement des instruments du contrôle de constitutionnalité. Celui-ci résulte, juridiquement, de la seule œuvre prétorienne du juge, qui tâche de « faciliter l'adaptation et l'évolution de la Constitution »¹⁸⁵⁴. Ce pouvoir d'interprétation est important. La majeure partie des « limites aux limites » qu'il retient pour examiner la concrétisation législative des exigences de l'ordre public n'est pas explicitement inscrite dans la Constitution¹⁸⁵⁵.

989. La recherche conduit à s'interroger sur l'étendue du pouvoir d'interprétation du Conseil constitutionnel en la matière. Nonobstant l'influence des droits européens, il convient d'examiner dans quelle mesure le juge peut s'appuyer sur des dispositions, jusqu'ici peu usitées, pour dégager de nouvelles « limites aux limites » aux droits fondamentaux. Cette réflexion n'est pas purement théorique, puisque dans la décision du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel se fonde sur l'article 5 de la Déclaration de 1789 pour contrôler la disposition prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public, alors que cet article n'avait été mobilisée qu'une seule fois auparavant¹⁸⁵⁶. La Constitution française a cette particularité de contenir des dispositions auxquelles le Conseil ne s'est jamais, ou très peu, référé pour exercer son contrôle¹⁸⁵⁷. De plus, la recherche de « limites aux limites » potentielles se pose avec acuité depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité et l'augmentation du contentieux.

990. Au-delà de la recherche de sources potentielles de « limites aux limites » aux droits fondamentaux à droit constitutionnel constant (§1), l'interrogation porte sur le texte même de la Constitution. Au regard de ses finalités, ne doit-il pas prévoir de manière explicite les

¹⁸⁵⁴ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, pp. 557-581, spéc. p. 570.

¹⁸⁵⁵ *Supra*, n° 870.

¹⁸⁵⁶ Décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010, *précitée*.

¹⁸⁵⁷ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, L.G.D.J., Fondation Varenne, collection des thèses, Paris, 2011, spéc. p. 497.

conditions de limitation des droits fondamentaux (§2) ? Ce seront les deux temps de la réflexion.

§1. La recherche d'instruments à droit constitutionnel constant

991. Existe-t-il d'autres dispositions que celles jusqu'à présent mobilisées par le Conseil constitutionnel, susceptibles de constituer des fondements à de nouvelles « limites aux limites » ou de renforcer celles aujourd'hui retenues ? La question mérite d'être posée. L'analyse du contrôle de constitutionnalité des mesures relatives aux exigences de l'ordre public démontre que le Conseil s'appuie sur neuf dispositions de la Constitution, en plus de celles consacrant les droits et libertés, soit environ 8% de l'ensemble du texte. Ce faible nombre de supports textuels peut s'expliquer par la relative imprécision des normes du bloc de constitutionnalité, qui dissuaderait le juge constitutionnel de s'y référer.

992. Pourtant, le Conseil se réfère à plusieurs dispositions de la Déclaration de 1789, en dépit du manque de juridicité qui lui est souvent reprochée¹⁸⁵⁸. Comme le relève Nicolas Molfessis, le juge « a fait basculer ce que certains pouvaient considérer comme une littérature des droits de l'homme du côté du droit »¹⁸⁵⁹. Le Conseil peut ainsi « révéler » la portée normative de dispositions jusqu'alors peu usitées et susceptibles de renforcer les contraintes constitutionnelles pesant sur le législateur (A). Ce travail d'interprétation est d'autant plus précieux que le Conseil intervient, depuis le 1^{er} mars 2010, dans un cadre *a posteriori* et contrôle un nombre accru de dispositions législatives. Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité peut constituer un puissant levier d'effectivité des « limites aux limites » aux droits fondamentaux (B).

¹⁸⁵⁸ B. JEANNEAU, « "Juridicisation" et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *R.D.P.*, mai-juin 1989, pp. 635-663 ; G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, spéc. p. 36 ; H. OBERDORFF, « A propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789 », *R.D.P.*, mai-juin 1989, pp. 665-684, spéc. p. 667.

¹⁸⁵⁹ N. MOLFESSIS, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 89-101, spéc. p. 93.

A) *Les apports potentiels de dispositions peu utilisées par le juge constitutionnel*

993. Sous l'égide d'une constitution démocratique, le recours au texte écrit est un outil indispensable à la disposition du juge pour fonder et motiver ses décisions. Le rattachement au support textuel constitue l'un des critères essentiels du caractère démocratique de la justice constitutionnelle¹⁸⁶⁰. Celui-ci s'impose d'autant plus dans le cas français que le Conseil constitutionnel n'a de compétences qu'en vertu des textes¹⁸⁶¹. La référence à la Constitution est un élément primordial de la légitimité de son action, qui explique pourquoi le Conseil s'attache à se référer au texte dans l'exercice de son contrôle¹⁸⁶².

994. Cependant, le juge opère un « tri » parmi les dispositions constitutionnelles. Lors de l'examen de la concrétisation législative des exigences de l'ordre public, il ne se réfère qu'à une faible partie d'entre elles, choisissant celles dont la portée normative n'est guère contestable. Par exemple, la norme principale de référence habilitant le législateur à concilier les droits et libertés avec les exigences de l'ordre public est l'article 34 de la Constitution¹⁸⁶³. Pourtant, les débats relatifs à son élaboration démontrent que cette disposition vise avant tout à délimiter matériellement le domaine de la loi¹⁸⁶⁴.

995. Surtout, d'autres dispositions du bloc de constitutionnalité pourraient établir la compétence du législateur en la matière. Tel est le cas des articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789. Bien que considéré comme peu opératoire et flou¹⁸⁶⁵, l'article 4 institue clairement la compétence du législateur pour déterminer « les bornes » à l'exercice des droits et libertés. Il contient, en lui seul, « toutes les bases du principe de conciliation des droits »¹⁸⁶⁶. Il précise également une limite à ces limites, puisque ces dernières ne peuvent être « *que* celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits ». Or, cet article

¹⁸⁶⁰ G. VEDEL, in *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, op. cit., spéc. p. 63 ; Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », op. cit., p. 9 ; J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », op. cit., spéc. p. 123.

¹⁸⁶¹ Et non pas en vertu de l'élection. Voir : P. PACTET, « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la Ve République », in *Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 425-440, spéc. p. 434.

¹⁸⁶² M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1994, p. 49.

¹⁸⁶³ *Supra*, n° 151 et s.

¹⁸⁶⁴ R. JANOT, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., vol. 2, pp. 261 et s. Voir : *supra*, n° 151.

¹⁸⁶⁵ G. VEDEL, Rapport des séances des 19 et 20 janvier 1981 relatives à la décision n°80-127 D.C., Sécurité et Liberté, op. cit., p. 375 ; G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », op. cit., spéc. p. 36.

¹⁸⁶⁶ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., pp. 63 et s.

n'a été mobilisé, en ce sens, que dans deux décisions du Conseil constitutionnel, en 1986¹⁸⁶⁷ et 2010¹⁸⁶⁸, comme fondement complémentaire de l'article 34 de la Constitution. Le Conseil pourrait rattacher la mission de conciliation appartenant au législateur à cette disposition, ce qui rendrait plus légitime son contrôle.

996. Quant à l'article 5 de la Déclaration, il contient les principes même des « limites aux limites » aux droits garantis. En affirmant que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société », les Constituants fixent l'étendue de la compétence législative. Cet article constitue « l'une des dispositions cardinales du texte et, au delà, de tout notre système juridique »¹⁸⁶⁹. Rapproché de l'article 61 de la Constitution, cette disposition établirait un support textuel effectif à l'exercice du contrôle de constitutionnalité et à la mobilisation des « limites aux limites » aux droits et libertés. Comme le relève Benoît Jeanneau, il résulte de cet article « que, dans l'esprit des constituants, la loi ne doit apporter à la liberté que les limitations vraiment indispensables de la vie sociale »¹⁸⁷⁰.

997. Dans la jurisprudence constitutionnelle, l'article 5 constitue l'un des fondements à partir duquel le Conseil consacre l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁸⁷¹. Il a aussi été mobilisé dans la décision du 7 octobre 2010 relative à la loi sur la l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, comme fondement de l'ordre public immatériel¹⁸⁷².

998. Néanmoins, le Conseil n'exploite pas l'ensemble des instruments pouvant résulter de cette disposition, alors qu'ils légitimeraient davantage son action. Guy Carcassonne considérerait, en particulier, que l'article 5 de la Déclaration pouvait être un fondement solide à l'exigence de nécessité des mesures privatives de liberté¹⁸⁷³. Il s'agirait d'une disposition plus sûre que l'article 9 de la Déclaration, à partir duquel le Conseil rattache l'exigence de rigueur nécessaire. Le Conseil pourrait également vérifier « les actions nuisibles » déterminées par le législateur. En effet, il appartient uniquement à ce dernier d'effectuer le choix des valeurs sociales à protéger. Seul le législateur peut « élever au rang des infractions les différents comportements qu'il sanctionne »¹⁸⁷⁴. Si ce champ relève du « non-juridicisable »¹⁸⁷⁵, il

¹⁸⁶⁷ Décision n° 86-216 D.C. du 3 septembre 1986, *précitée*, cons. 13 et 14.

¹⁸⁶⁸ Décision n° 2010-613 D.C. du 7 octobre 2010, *précitée*, cons. 3 et 4.

¹⁸⁶⁹ G. CARCASSONNE, « Les interdits et la liberté d'expression », *op. cit.*, spéc. p. 65.

¹⁸⁷⁰ B. JEANNEAU, « "Juridicisation" et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *op. cit.*, p. 641.

¹⁸⁷¹ Décision n° 99-421 D.C. du 16 décembre 1999, *précitée*, cons. 13.

¹⁸⁷² *Supra*, n° 245 et s.

¹⁸⁷³ G. CARCASSONNE, « Les interdits et la liberté d'expression », *op. cit.*, spéc. pp. 64-65.

¹⁸⁷⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 4^e édition, 2013, spéc. p. 27.

revient au juge constitutionnel d'examiner qu'il existe une valeur fondant l'infraction¹⁸⁷⁶. Rattacher cet examen à l'article 5 de la Déclaration permettrait de renforcer l'effectivité du contrôle de la nécessité des incriminations, lacunaire dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁸⁷⁷.

999. D'autres dispositions de la Déclaration de 1789 permettraient au Conseil de consolider l'effectivité des « limites aux limites » aux droits garantis. Comme le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la Déclaration est composée d'un « pré-texte », qui « pose le cadre axiologique dans lequel s'inscrit le dispositif »¹⁸⁷⁸. Celui-ci est potentiellement riche de portée normative. Par exemple, les constituants rappellent que les actes du pouvoir législatif peuvent « être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique ». Cette finalité, précisée à l'article 2 de la Déclaration, réside dans la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme.

1000. Cette disposition préliminaire pourrait être un fondement permettant au Conseil de vérifier que le législateur n'outrepasse pas ses compétences lors de la détermination des limites aux droits fondamentaux. Comme l'y invite le préambule de la Déclaration, il pourrait comparer ces mesures au but de notre institution politique, en recherchant de manière plus approfondie leurs apports et finalités. Il s'agirait d'un support potentiel au contrôle de proportionnalité et, par là même, d'un moyen de renforcement de l'intensité du contrôle juridictionnel.

1001. Le travail d'interprétation constructive de la Constitution par le Conseil est par conséquent loin d'être achevé. Cela lui permettrait de dégager des fondements plus explicites aux « limites aux limites » mobilisées et de renforcer à la fois l'effectivité et la légitimité du contrôle de constitutionnalité. Comme le relève Annabelle Pena-Soler, « l'utilisation à plain des supports constitutionnels écrits apparaît comme la voie la plus sûre qu'il conviendrait d'exploiter dans ses moindres retranchements avant de recourir à des principes non écrits »¹⁸⁷⁹. Dans cette optique, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité peut constituer un outil précieux.

¹⁸⁷⁵ B. JEANNEAU, « « Juridicisation » et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *op. cit.*, p. 650.

¹⁸⁷⁶ P. CASTERA, « Le principe de nécessité de la loi : le point de vue du constitutionnaliste », *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁷⁷ *Supra*, n° 729 et s.

¹⁸⁷⁸ J. CHEVALLIER, « Essai d'analyse structurale du Préambule », in G. KOUBI, J. CHEVALLIER (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁷⁹ A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, spéc. p. 1708.

B) Les apports potentiels de la question prioritaire de constitutionnalité à l'effectivité des « limites aux limites » aux droits fondamentaux

1002. Développées dans le cadre du contrôle *a priori*, les « limites aux limites » aux droits fondamentaux imposées aux mesures concrétisant les exigences de l'ordre public peuvent trouver un nouvel essor lors du contrôle *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel. L'une des conditions posées à la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité consiste à ce que la disposition législative n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution, sauf dans l'hypothèse d'un changement de circonstances¹⁸⁸⁰. En cela, le Conseil constitutionnel peut être saisi de dispositions qu'il n'a jamais examinées auparavant (a) ou de mesures dont la constitutionnalité est de nouveau contestée (b). Si les instruments du contrôle demeurent sensiblement identiques à ceux utilisés par la voie du contrôle *a priori*, le Conseil peut être conduit, dans ces deux hypothèses, à préciser et ajuster les « limites aux limites » aux droits fondamentaux jusque là retenues.

a) Effectivité des « limites aux limites » et disposition n'ayant pas déjà été déclarée conforme à la Constitution

1003. Pour être renvoyée devant le Conseil constitutionnel, une question prioritaire de constitutionnalité doit viser une disposition qui « n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances »¹⁸⁸¹. Examinée lors du contrôle de la loi organique¹⁸⁸², cette condition a été précisée dans la décision Q.P.C. du 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons*¹⁸⁸³. Elle concerne la disposition qui n'a pas été « spécialement examinée » dans les motifs de la décision et déclarée conforme dans le dispositif, ce qui confirme la lecture cumulative de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7

¹⁸⁸⁰ Articles 23-2 alinéa 2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009 : Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *J.O.R.F.* n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

¹⁸⁸¹ Article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

¹⁸⁸² Décision n° 2009-595 D.C. du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.* p. 206.

¹⁸⁸³ Décision n° 2010-9 Q.P.C. du 2 juillet 2010, *précitée*, cons. 4.

novembre 1958¹⁸⁸⁴. Ce mécanisme donne l'occasion au Conseil, lors de l'examen de dispositions parfois anciennes, de préciser, voire de renforcer, les instruments de son contrôle.

1004. L'étude des lois relatives à l'hospitalisation sans consentement de personnes atteintes de troubles mentaux constitue un bon exemple. Comme il a déjà été indiqué, le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans quatre décisions Q.P.C. sur ces mesures privatives de liberté et a censuré une partie d'entre elles¹⁸⁸⁵. Le contrôle *a posteriori* a permis au Conseil d'énoncer le support textuel de l'exigence de rigueur nécessaire, à savoir l'article 66 de la Constitution, et les implications du contrôle de l'autorité judiciaire¹⁸⁸⁶. A cette occasion, le Conseil a confirmé la nécessaire intervention de plein droit du juge judiciaire pour contrôler une mesure privative de liberté, dans le plus court délai possible¹⁸⁸⁷. De même, il a pu être à même de préciser le délai dans lequel le juge judiciaire doit statuer suite au recours effectué par la personne privée de liberté, en « intégrant » l'exigence conventionnelle de bref délai¹⁸⁸⁸. Le juge constitutionnel peut non seulement purger l'ordre juridique de dispositions non conformes à la Constitution, mais aussi consolider les contraintes pesant sur le législateur, grâce à une interprétation constructive des dispositions constitutionnelles.

1005. L'analyse pourrait également être plus prospective. Pour des raisons d'opportunité politique, les autorités peuvent ne pas saisir le juge constitutionnel par la voie du contrôle s'exerçant *a priori*¹⁸⁸⁹. Tel est le cas des lois qui rencontrent, au moment de leur élaboration, un consensus dans la classe politique. Par exemple, la loi pour la sécurité quotidienne, adoptée par le Parlement peu après les attentats du 11 septembre 2001, n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel. Celle-ci contient pourtant des dispositifs novateurs sur le fond, en matière de police administrative et de police judiciaire, et sur la forme, puisqu'elle introduit des dispositions temporaires¹⁸⁹⁰. Dans l'hypothèse où le Conseil serait saisi de telles dispositions, il aurait l'occasion de confirmer les « limites aux limites » propres aux mesures de police administrative et judiciaire et de renforcer leur effectivité, à travers un contrôle plus minutieux de la qualification juridique.

¹⁸⁸⁴ M. DISANT, « L'identification d'une disposition n'ayant pas déjà été déclarée conforme à la Constitution », *Constitutions*, n° 4, octobre-décembre 2010, pp. 541-547.

¹⁸⁸⁵ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*; Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *précitée*; Décision n° 2011-202 Q.P.C. du 2 décembre 2011, *précitée*.

¹⁸⁸⁶ *Supra*, n° 791 et s.

¹⁸⁸⁷ Décisions *précitées*.

¹⁸⁸⁸ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 39.

¹⁸⁸⁹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, *op. cit.*, pp. 87 et s.

¹⁸⁹⁰ *Supra*, n° 362 et s.

1006. Le contrôle de constitutionnalité de dispositions n'ayant jamais été déclarées conformes à la Constitution peut donc se révéler fructueux. L'apport de cette hypothèse doit toutefois être nuancée, puisque la majorité des lois visant à concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public ont été déférées au Conseil constitutionnel. Ce sont dès lors les apports de la seconde piste qu'il convient de rechercher.

b) Effectivité des « limites aux limites » et disposition ayant déjà été déclarée conforme à la Constitution

1007. Une disposition législative ayant déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel peut lui être renvoyée uniquement dans l'hypothèse d'un changement de circonstances. Exception au principe *non bis in idem*, cette notion vise « les changements intervenus, depuis la dernière décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée »¹⁸⁹¹. Critiqué par les parlementaires¹⁸⁹² et la doctrine¹⁸⁹³ lors de son adoption, ce mécanisme pouvait à première vue porter atteinte à l'autorité des décisions du Conseil et au pouvoir d'appréciation du législateur. Il a néanmoins été retenu par le Constituant, dans la mesure où « le droit courrait un risque aussi grand pour son autorité, sa légitimité et sa crédibilité, s'il était interdit de demander l'abrogation d'une loi déjà contrôlée » et devenue inconstitutionnelle suite à un changement de circonstances¹⁸⁹⁴.

1008. L'intérêt du mécanisme du changement de circonstances aux fins de renforcer l'effectivité des « limites aux limites » mobilisées par le Conseil se mesure lors de l'examen

¹⁸⁹¹ Décision n° 2009-595 D.C. du 3 décembre 2009, *précitée*, cons. 13.

¹⁸⁹² H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale, sur le projet de loi organique relatif à l'article 61-1 de la Constitution*, n° 637, Sénat, 29 septembre 2009, spéc. pp. 42-43.

¹⁸⁹³ B. MATHIEU, audition du 23 juin 2009 devant la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, in J.-L. WARSMANN, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 1898, Assemblée Nationale, 3 septembre 2009, pp. 104 et s. ; B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité. Les améliorations apportées par l'Assemblée nationale au projet de loi organique », *J.C.P. G.*, n° 40, 28 septembre 2009, pp. 11-13, spéc. p. 13 ; N. MOLFESSIS, audition du 23 juin 2009 devant la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, in J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1898 précité*, spéc. pp. 137-138 ; J.-M. SAUVÉ, « L'appréciation des conditions de recevabilité », *J.C.P. G.*, supplément au n° 48, 29 novembre 2010, pp. 13-17, spéc. p. 14.

¹⁸⁹⁴ D. ROUSSEAU, « La prise en compte du changement de circonstances », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Les cahiers constitutionnels de Paris I, Paris, 2010, pp. 99-105, spéc. p. 103.

des lois relatives aux exigences de l'ordre public. Les dispositions portant sur la garde à vue de droit commun constituent un exemple emblématique. Contrôlées en 1993, celles-ci ont été déferées, suite à plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité, au juge constitutionnel, qui a admis l'existence de changements de circonstances de droit et de fait.

1009. Dans la décision Q.P.C. du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, le Conseil considère que les modifications des règles de procédure pénale ont « conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire »¹⁸⁹⁵, seul habilité à placer une personne en garde à vue. Il retient également des circonstances liées à la pratique judiciaire et pénale, telle que la diminution constante des procédures soumises à l'instruction préparatoire, la généralisation de la pratique en temps réel des procédures pénales, la banalisation du recours à la garde à vue et l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée¹⁸⁹⁶.

1010. Le Conseil déclare contraire à la Constitution le régime de droit commun de la garde à vue¹⁸⁹⁷, grâce à un renouvellement des instruments du contrôle. D'une part, un ajustement du contrôle de proportionnalité des limites aux droits de la défense peut être observé. Considérant que les dispositions du Code de procédure pénale contestées « n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées »¹⁸⁹⁸, le Conseil procède à un contrôle de « l'utilisation de la loi »¹⁸⁹⁹. La prise en compte des changements de circonstances de droit et de fait conduit le Conseil à enrichir les modalités du contrôle de proportionnalité.

1011. D'autre part, le Conseil constitutionnel précise l'exigence de rigueur nécessaire propre aux mesures privatives de liberté. Examinant la garde à vue sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration de 1789¹⁹⁰⁰, il souligne que l'absence de prise en compte de la gravité de l'infraction commise par la personne, lors du placement et de la prolongation de la garde à vue, ne peut satisfaire le critère de nécessité. Le Conseil indique au législateur les critères à respecter en la matière. Grâce aux changements de circonstances, le réexamen du régime de droit commun de la garde à vue conduit le Conseil à évaluer la nécessité de cette mesure

¹⁸⁹⁵ Décision n°2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 17-18.

¹⁸⁹⁶ *Idem*, cons. 16-18.

¹⁸⁹⁷ *Idem*, cons. 29.

¹⁸⁹⁸ *Ibidem* (souligné par nous).

¹⁸⁹⁹ *Supra*, n° 613-615.

¹⁹⁰⁰ Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 29.

compte tenu des évolutions de droit et de fait qui l'entourent. Il considère ainsi que la conciliation opérée par le législateur « ne peut *plus* être regardée comme équilibrée »¹⁹⁰¹.

1012. Cette décision est d'autant plus intéressante qu'elle peut renouveler l'exercice du contrôle de proportionnalité, et notamment de la nécessité. Déclarée conforme par le Conseil, une limite à l'exercice des droits fondamentaux pourrait ne plus être considérée comme nécessaire quelque temps plus tard, au regard de l'évolution des exigences de l'ordre public. Il conviendrait pour cela que la perte de nécessité démontrée par les requérants soit manifeste, dans la mesure où le Conseil constitutionnel exerce un contrôle restreint en la matière.

1013. L'apport du mécanisme du changement des circonstances au renforcement de l'effectivité des « limites aux limites » peut se mesurer dans d'autres domaines. En particulier, si les mesures de police judiciaire sont contrôlées à l'aune de l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire¹⁹⁰², des changements de circonstances de fait pourraient conduire le juge constitutionnel à les réexaminer. Il découle de l'article 66 de la Constitution que le contrôle réalisé par le procureur de la République sur ces mesures doit être « permanent » et « effectif »¹⁹⁰³. Plusieurs dispositions du Code de procédure pénale mettent en place les obligations d'information des officiers de policiers judiciaire à l'attention du procureur¹⁹⁰⁴. La mise en place du traitement en temps réel des procédures, instituée par la loi du 15 juin 2000¹⁹⁰⁵, conduit les officiers à prévenir le Parquet et lui rendre compte des affaires de flagrant délit et des affaires correctionnelles ou contraventionnelles de cinquième classe.

1014. Pourtant, en pratique, le contrôle opéré sur la base de déclarations téléphoniques est fragmentaire et tend à priver de portée l'exigence de direction et de contrôle des opérations de police judiciaire¹⁹⁰⁶. L'effectivité et la permanence du contrôle requises par la Constitution se heurtent à des questions techniques et matérielles, telles que les difficultés à faire remonter les informations au Parquet et l'impossibilité pour les magistrats de se déplacer sur le terrain¹⁹⁰⁷. La direction et le contrôle de l'enquête confiés au magistrat s'apparenteraient davantage « à

¹⁹⁰¹ *Ibidem* (souligné par nous).

¹⁹⁰² *Supra*, n° 686 et s.

¹⁹⁰³ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 19 et 76.

¹⁹⁰⁴ Voir notamment : articles 12 à 14 et 40 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁰⁵ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *J.O.R.F.* du 16 juin 2000, p. 9038.

¹⁹⁰⁶ Syndicat de la magistrature, « Faut-il réformer l'enquête policière ? Table ronde », in A.VALLINI, P. HOUILLON, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, n° 3125, Assemblée nationale, 6 juin 2006.

¹⁹⁰⁷ C. GIUDICELLI, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *A.J. Pénal*, n° 11, 2008, pp. 439-445, spéc. p. 440.

un contrôle formel *a posteriori*, qu'à un contrôle serré en "temps réel" du magistrat sur l'activité des policiers »¹⁹⁰⁸.

1015. Outre ces circonstances de fait affectant la constitutionnalité des dispositions relatives au contrôle du Parquet sur les mesures de police judiciaire, des circonstances de droit peuvent être relevées. Le magistrat Jean-Luc Lennon souligne que « la loi a omis de prévoir des sanctions en cas de carence ou de négligence » de la part des enquêteurs à rendre compte auprès du Parquet¹⁹⁰⁹. La Cour de cassation ne sanctionne donc pas le défaut d'information du Parquet. Dans un arrêt du 1^{er} décembre 2004, la Chambre criminelle juge que « les officiers de police judiciaire peuvent procéder d'office à des enquêtes préliminaires et que le défaut d'information du procureur de la République est sans effet sur la validité des actes accomplis par ce dernier »¹⁹¹⁰.

1016. La direction et le contrôle du procureur sur les mesures de police judiciaire au cours de l'enquête ne seraient-ils qu'une « coquille vide »¹⁹¹¹ ? Au regard de ces évolutions, le mécanisme du changement des circonstances permettrait au Conseil constitutionnel de réexaminer les dispositions du Code de procédure pénale, relatives à l'information et au contrôle de l'autorité judiciaire.

1017. Dès lors, le Conseil constitutionnel dispose d'instruments à droit constant lui permettant de préciser et de renforcer l'effectivité des contraintes pesant sur le législateur lors de la concrétisation des exigences de l'ordre public. Il poursuivrait alors son « œuvre normative » puisque, depuis 1971, « de nombreuses dispositions à caractère général ont été nourries par les interprétations ingénieuses ou subtiles du Conseil, qui en sont devenues indissociables »¹⁹¹². Ce travail d'interprétation rencontre néanmoins une limite irrémédiable : la Constitution elle-même. Une « marge de jeu » est certes autorisée à l'interprète, mais uniquement « dans le cadre tracé par la règle du jeu »¹⁹¹³. Or, celle-ci est imprécise.

¹⁹⁰⁸ Y. CARTUYVELS, M. VOGLIOTTI, « Présentation. Vers une transformation des relations entre la police et le parquet ? La situation en Angleterre, Belgique, France, Italie, Pays-Bas », *Droit et société*, n° 58, 2004, pp. 445-451, spéc. pp. 449-450. Voir aussi : C. MOUHANNA, « Les relations police-parquet en France : un partenariat mis en cause ? », *Droit et Société*, n° 58, 2004, pp. 505-522.

¹⁹⁰⁹ J.-L. LENNON, « L'affaiblissement du pouvoir de direction de la police judiciaire par le Procureur de la République », *Recueil Dalloz*, 2005, n° 20, pp. 1336-1340, spéc. p. 1340.

¹⁹¹⁰ C. cass., crim., 1^{er} décembre 2004, n° 04-80536, *Bull. crim.* pp. 1127-1129.

¹⁹¹¹ M.-A. GRANGER, *Constitution et Sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, op. cit., p. 163.

¹⁹¹² P. PACTET, « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 279-295, spéc. p. 295.

¹⁹¹³ J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », op. cit., p. 123.

1018. Comme le soulignait Jean Rivero, « la difficulté fondamentale à laquelle se heurte un contrôle de constitutionnalité vraiment efficace réside peut-être moins dans ses instruments que dans sa base : les dispositions dont il doit assurer le respect. Incertaines, fuyantes, elles laissent le champ à l'interprétation du juge, c'est-à-dire à son arbitraire : sous l'apparence d'une norme constitutionnelle, c'est alors la volonté du juge qui va s'imposer à ceux qui expriment la volonté de la nation. Au contraire, si la censure est prononcée à partir d'un principe constitutionnel suffisamment précis, ce n'est pas le juge qui juge la loi, c'est la Constitution, dont il n'est que le porte-parole »¹⁹¹⁴. La recherche de « limites aux limites » aux droits fondamentaux nécessite-elle alors le recours au pouvoir constituant ? C'est ce qu'il convient à présent d'envisager.

§2. La recherche de dispositions nécessitant le recours au pouvoir constituant

1019. L'un des critères *a priori* essentiels d'une constitution est qu'elle soit rédigée en termes clairs. Comprenant les règles les plus importantes relatives au fonctionnement des institutions et aux droits et libertés fondamentaux, celle-ci doit logiquement être lisible et comprise par les citoyens. Cette exigence d'intelligibilité s'impose d'autant plus en présence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. En tant que mesure juridique, la constitution exige « une haute dose de positivité et de clarté ainsi qu'une interprétation disciplinée et retenue » de la part du juge constitutionnel¹⁹¹⁵.

1020. En France, le paradoxe est que les dispositions constitutionnelles n'ont pas été conçues pour devenir des normes de référence du contrôle de constitutionnalité¹⁹¹⁶. Souvent

¹⁹¹⁴ J. RIVERO, « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *Recueil Dalloz*, Chron., 1972, pp. 265-268, spéc. p. 268.

¹⁹¹⁵ C. STARCK, *La Constitution, cadre et mesure du droit*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Marseille, 1994, p. 26.

¹⁹¹⁶ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, p. 36 ; F. LUCHAIRE, « Constitutions et contradictions », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1995, pp. 263-273 ; P. PACTET, « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 288 ; D. MAUS, in M. VERPEAUX (dir.), *Code civil et constitution (s)*, Economica, P.U.A.M., Paris, 2005, p. 53 ; D. MAUS, « La notion de Constitution sous la Ve République », in M. TROPER et L. JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., coll. La pensée juridique moderne, Paris, 1994, pp. 235-248, spéc. p. 242.

imprécise¹⁹¹⁷, la Constitution apparaît de manière générale lacunaire¹⁹¹⁸. Le Conseil constitutionnel a du dépasser la seule application des textes, afin de dégager « des règles supérieures non nécessairement écrites »¹⁹¹⁹. Le revers de cette interprétation constructive réside dans l'inaccessibilité des normes de référence du contrôle. Le « bloc de constitutionnalité » est composé de normes dont la majorité n'est pas expressément inscrite dans le texte constitutionnel¹⁹²⁰. Outre la Constitution et son préambule, celui-ci est composé de règles non codifiées¹⁹²¹. La cohérence de la Constitution est donc fragile, au regard de l'hétérogénéité des normes et des révisions dont elle a fait l'objet¹⁹²². Elle formerait un « ensemble peu cohérent, non dépourvu de contradictions [et] mal adapté à l'application concrète »¹⁹²³.

1021. L'inintelligibilité et l'inaccessibilité de la Constitution se mesure particulièrement en matière de limitation des droits fondamentaux. En premier lieu, seul un tiers des instruments du contrôle de constitutionnalité des lois concrétisant les exigences de l'ordre public est explicitement inscrit dans la Constitution. Pour ne prendre qu'un exemple, l'exigence de proportionnalité a été dégagée par le Conseil afin de combler une « lacune constitutionnelle », telle qu'une formule générale de limitation des droits et libertés¹⁹²⁴. La multiplication des normes de référence du contrôle hors du texte altère inévitablement la lisibilité des conditions de limitation des droits fondamentaux. Comme le relève le Professeur Agnès Roblot-Troizier, « il n'y a plus une Constitution mais des normes constitutionnelles ; il n'y a plus des normes

¹⁹¹⁷ J. RIVERO, « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 268 ; B. JEANNEAU, « "Juridicisation" et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *op. cit.*, p. 636 ; P. MBOMGO, « Constitution française et libertés. Dits, non-dits, clairs-obscur et idées reçues », *R.A.*, 2002, n° 330, pp. 594-610.

¹⁹¹⁸ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Les lacunes en droit constitutionnel », in R. BEN ACHOUR (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 53-61.

¹⁹¹⁹ J.-P. COSTA, « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, L.G.D.J., Montchrestien, Paris, 1988, pp. 133-144, spéc. p. 133.

¹⁹²⁰ B. GENEVOIS, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'État de droit*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 323-340, spéc. p. 324.

¹⁹²¹ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, *op. cit.*, pp. 482 et s.

¹⁹²² D. GEORGES LAVROFF, « A propos de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, L'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 283-297, p. 284 ; D. GEORGES LAVROFF, « La crise de la Constitution française », in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 757-768.

¹⁹²³ J. RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *R.I.D.C.*, 1977, pp. 9-23.

¹⁹²⁴ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Les normes de références extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes en l'honneur de Loïc Philip, Constitution et finances publiques*, Economica, Paris, 2005, pp. 155-170, spéc. pp. 164 et s.

constitutionnelles mais des normes de référence du contrôle de constitutionnalité : il n'y a plus un contrôle de constitutionnalité mais des contrôles de constitutionnalité »¹⁹²⁵.

1022. La faible intelligibilité des « limites aux limites » aux droits fondamentaux est également problématique depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. Ce mécanisme implique une collaboration entre le Conseil constitutionnel et les deux juridictions suprêmes¹⁹²⁶. L'insuffisante précision du catalogue des droits fondamentaux¹⁹²⁷ et des conditions de leur limitation peut ainsi générer des conflits d'interprétation entre juges¹⁹²⁸.

1023. En second lieu, la distinction entre le régime de limitation en temps normal et les régimes d'exception est de plus en plus malaisée. Nonobstant les articles 16 et 36 de la Constitution, il résulte de la décision du 25 janvier 1985 sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie que le fondement à partir duquel le législateur est habilité à concilier les exigences de l'ordre public avec les droits fondamentaux en temps normal et en temps exceptionnel est le même : l'article 34 de la Constitution¹⁹²⁹. Or, la mobilisation d'un support identique n'est pas sans conséquences sur le plan législatif. Comme il a déjà été analysé, des techniques propres aux régimes d'exception sont désormais mobilisées dans le cadre du régime de limitation des droits en temps normal, en particulier lors de la concrétisation de la lutte contre le terrorisme et de la criminalité organisée¹⁹³⁰.

1024. Afin de remédier à ces deux principales difficultés, deux voies peuvent être examinées. Pour combler les lacunes du texte constitutionnel, une première hypothèse consisterait à *constitutionnaliser* les exigences spécifiques de l'ordre public. Il s'agirait ici de rendre plus lisible les régimes spécifiques et d'exception par rapport au régime de limitation des droits en temps normal (A). La seconde hypothèse viserait quant à elle à remédier à l'imprécision de la Constitution, en procédant à une *codification* des « limites aux limites » telles que mobilisées par le Conseil constitutionnel, de manière à ce qu'elles soient davantage

¹⁹²⁵ A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2007, spéc. p. 581.

¹⁹²⁶ M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 1079-1095.

¹⁹²⁷ J. RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *op. cit.*, p. 21 ; J. RIVERO, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire, Etudes offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Editions Cujas, Paris, 1977, pp. 247-258, spéc. p. 256.

¹⁹²⁸ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, *op. cit.*, pp. 500 et s.

¹⁹²⁹ Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *précitée*, cons. 3 et 4.

¹⁹³⁰ *Supra*, n° 361 et s.

intelligibles (B). Il convient d'analyser l'utilité et les modalités de ces deux hypothèses, riches d'implications théoriques et pratiques.

A) Constitutionnaliser les exigences spécifiques de l'ordre public : une voie à envisager ?

1025. Rendre plus lisible le régime de limitation des droits fondamentaux peut passer par sa plus grande distinction avec les régimes d'exception. La Constitution française contient deux dispositions en la matière : l'article 16, relatif aux pouvoirs de crise du président de la République et l'article 36, inhérent à l'état de siège. De plus, un régime légal de pouvoirs exceptionnels est prévu par la loi du 3 août 1955 relative à l'état d'urgence. Ces régimes ne sont pourtant pas adaptés aux exigences renouvelées de l'ordre public, et notamment à celles inhérentes à la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée¹⁹³¹. Preuve en est, le recours à la loi et au « jeu normal des limitations »¹⁹³² des droits et libertés garantis ont été privilégiés par plusieurs pays, dont la France¹⁹³³.

1026. Toutefois, ce choix n'est pas sans générer des difficultés. Si les fondements de ces deux mécanismes d'aménagement des droits fondamentaux sont distincts, des rapprochements matériels entre les régimes d'exception et le régime de limitation en temps normal s'observent. Le législateur mobilise, en temps normal, des techniques propres aux régimes d'exception. La concrétisation des exigences spécifiques de l'ordre public se traduit par des régimes dérogatoires du droit commun, qui influencent nécessairement le droit commun lui-même. Bien que le Conseil constitutionnel ait quelque peu ajusté les « limites aux limites » face au renforcement des exigences de l'ordre public, les instruments du contrôle de constitutionnalité demeurent sensiblement identiques qu'auparavant.

1027. La question se pose ainsi de savoir si la Constitution ne devrait pas elle-même prévoir un cadre adapté à la concrétisation législative des exigences spécifiques de l'ordre public, afin de satisfaire à l'intelligibilité et l'accessibilité requises d'un texte constitutionnel. Il convient d'analyser les apports et modalités d'une telle constitutionnalisation (a), avant d'identifier les difficultés d'une telle hypothèse (b).

¹⁹³¹ P. CHAUDRON, in « Débat – Terrorisme et liberté », *Constitutions*, n° 3, juillet-septembre 2012, pp. 405 et s. ; B. ACKERMAN, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Esprit*, août-septembre 2006, pp. 150-164, spéc. p. 151 et p. 156 ; M. DELMAS-MARTY, « Libertés et sûreté. Les mutations de l'État de droit », *op. cit.*, spéc. p. 472.

¹⁹³² X. PHILIPPE, « Constitution et terrorisme en Afrique du Sud », *A.I.J.C.*, 2003, pp. 11-28, spéc. p. 19.

¹⁹³³ C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, pp. 46 et s.

a) Les apports de la constitutionnalisation : la lisibilité du régime dérogatoire du droit commun

1028. Bien que la majorité des pays n'ait pas inscrit la lutte contre le terrorisme dans leur texte constitutionnel¹⁹³⁴, certains ont opté pour ce choix. Les expériences en droit comparé permettent d'identifier les apports de la constitutionnalisation (1). Il s'agit alors d'analyser les enjeux et paramètres de cette démarche en droit constitutionnel français (2).

1) Les enseignements du droit constitutionnel comparé

1029. L'inscription explicite de la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée au sein du texte constitutionnel peut revêtir différentes formes. Comme le montre Carolina Cerda-Guzman¹⁹³⁵, un premier groupe de pays a choisi de constitutionnaliser la sanction infligée au terrorisme. Tel est le cas des Constitutions chilienne et péruvienne, qui prévoient les peines encourues. Ces textes visent avant tout à condamner ce crime spécifique, au plus haut sommet de la hiérarchie des normes¹⁹³⁶. Toutefois, l'apport de cette constitutionnalisation est relatif¹⁹³⁷, puisqu'elle ne fixe pas les modalités spécifiques de dérogation aux droits fondamentaux.

1030. Un second groupe de pays répond progressivement à cet objectif. Dans sa version antérieure à celle ratifiée le 26 décembre 2012, la Constitution égyptienne prévoyait que, lors de l'adoption d'une loi anti-terroriste, le législateur n'était pas lié par trois droits fondamentaux garantis par la Constitution¹⁹³⁸. Les mesures anti-terroristes, « sous le contrôle de la justice », ne pouvaient être entravées par les articles 41, 44 et 45 alinéa 2 de la Constitution, respectivement relatifs à l'interdiction des arrestations arbitraires, à l'exigence d'un mandat judiciaire pour effectuer une perquisition et à la protection des

¹⁹³⁴ Pour une analyse comparée exhaustive sur la question, voir la table ronde : « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002.

¹⁹³⁵ C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, pp. 45 et s.

¹⁹³⁶ Article 9 de la Constitution du Chili ; Articles 37 et 140 de la Constitution du Pérou.

¹⁹³⁷ C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, pp. 51 et s.

¹⁹³⁸ N. BERNARD-MAUGIRON, « Nouvelle révision constitutionnelle en Egypte : vers une réforme démocratique ? », *R.F.D.C.*, 2007, n° 72, pp. 843-860, spéc. p. 854.

communications¹⁹³⁹. Cependant, la Constitution ne précise pas les « limites aux limites » spécifiques qui se rattachent à ces modalités de suspension des droits garantis. Les apports de la constitutionnalisation sont donc contre-productifs en matière de protection des droits fondamentaux.

1031. Par ailleurs, la Constitution portugaise énonce des dérogations à l'application de deux droits fondamentaux pour les affaires de terrorisme. Suite à deux révisions constitutionnelles de 1989 puis de 2001, l'article 201 n°1 reporte la possibilité d'intervention du jury lors d'un procès en la matière. Quant à l'article 34 n°3, il prévoit, par exception, la possibilité pour les forces publiques d'entrer dans les domiciles la nuit, sans le consentement de la personne, « dans des cas de criminalité spécialement violente ou hautement organisée, y compris le terrorisme et le trafic de personne, d'armes et de drogue, aux termes prévus par la loi »¹⁹⁴⁰. Bien que ces modalités de dérogation satisfont à l'exigence de lisibilité de la Constitution, aucune mention n'est faite, là encore, d'instruments particuliers à la disposition du juge constitutionnel pour contrôler ces mesures législatives.

1032. La Constitution espagnole apparaît comme la plus aboutie sur ce point. Elle prévoit non seulement les modalités de suspension de certains droits fondamentaux mais aussi le cadre dans lequel le législateur peut intervenir. Selon l'article 55-2 de la Constitution du 27 décembre 1978, « une loi organique pourra déterminer la forme et les cas dans lesquels de façon individuelle et avec la nécessaire intervention judiciaire et le contrôle parlementaire adéquat, les droits reconnus aux articles 17 alinéa 2 et 18 alinéa 2 et 3 peuvent être suspendus pour des personnes déterminées, en relation avec les investigations correspondant aux agissements de bandes armées ou d'éléments terroristes ». Manifestation du « réalisme constitutionnel »¹⁹⁴¹, dans la mesure où ce pays a été frappé par le terrorisme pendant plusieurs décennies¹⁹⁴², cette disposition présente plusieurs avantages.

¹⁹³⁹ L'article 179 de la Constitution de 1971, amendée par la loi constitutionnelle du 26 mars 2007, disposait : « L'État assure la préservation de la sécurité et de l'ordre public face au danger de terrorisme. La loi définit les mesures relatives aux méthodes d'investigation et d'enquêtes nécessaires pour affronter ce danger, sous le contrôle de la justice. Ces mesures ne peuvent être entravées par les dispositions visées aux articles 41, 44 et 45 alinéa 2 de la Constitution. Le Président de la République peut déférer n'importe quel acte terroriste à tout organe judiciaire mentionné dans la loi ou la Constitution ».

¹⁹⁴⁰ R. PEREIRA, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux – Portugal », Table ronde, *A.I.J.C.*, 2002, pp. 305-318, spéc. p. 308.

¹⁹⁴¹ J. J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux – Espagne », Table ronde, *A.I.J.C.*, 2002, pp. 151-160, spéc. p. 152.

¹⁹⁴² K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2012, pp. 82 et s.

1033. Elle se distingue, d'une part, des régimes d'exception « classiques » et notamment de l'article 55-1, relatif à la suspension territoriale de certains droits garantis lorsqu'est déclaré l'état d'exception et l'état de siège¹⁹⁴³. Cette disposition se différencie, d'autre part, du régime de limitation des droits et libertés, par la spécificité de l'aménagement des droits fondamentaux prévu par l'article 55-2 de la Constitution. En plus d'assurer la lisibilité des conditions de suspension de droits et libertés dans les affaires de terrorisme et de bandes armées, cet article facilite le contrôle du Tribunal constitutionnel. Karine Roudier l'a notamment démontré dans sa thèse. La constitutionnalisation des moyens de lutte contre le terrorisme offre à la fois une légitimité certaine et un cadre stable à l'action des pouvoirs publics¹⁹⁴⁴.

1034. L'article 55-2 de la Constitution limite par là même la marge de manœuvre du législateur, qui doit respecter les conditions de fond et de forme posées par le Constituant. Par exemple, il ne peut en aucun cas suspendre l'application de droits fondamentaux qui ne sont pas mentionnés dans l'article 55-2 de la Constitution¹⁹⁴⁵. En plus de préciser le fondement de l'action législative, cette disposition « pose une limite au législateur », afin qu'il sache jusqu'où il peut aller dans le degré d'aménagements des droits fondamentaux. Quant au juge constitutionnel, il peut tirer un « confort certain » de l'existence de cette disposition. Il dispose d'un « paramètre de contrôle solide » pour procéder à l'examen de ces lois¹⁹⁴⁶.

1035. Les avantages de telles dispositions démontrent l'intérêt de constitutionnaliser les exigences spécifiques de l'ordre public. Les réflexions sur cette question sont particulièrement prégnantes aux Etats-Unis, suite aux réactions législatives et politiques des pouvoirs publics face aux attentats terroristes du 11 septembre 2001. A ce sujet, Bruce Ackerman présente une position doctrinale aboutie. A l'inverse des tenants des « extra legal measures » qui soutiennent un droit de la nécessité non organisé à l'avance¹⁹⁴⁷, il défend la constitutionnalisation des dispositions exceptionnelles par l'adoption d'une « Constitution

¹⁹⁴³ Sur leur complémentarité : J. J. SOLOZABAL ECHAVARRIA, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux – Espagne », *op. cit.*, p. 152.

¹⁹⁴⁴ K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, *op. cit.*, pp. 92 et 230.

¹⁹⁴⁵ *Idem*, p. 279.

¹⁹⁴⁶ *Idem*, pp. 382-383.

¹⁹⁴⁷ O. GROSS, « Chaos and Rules : Should Responses to Violent Crises always be constitutional? », *Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pp. 1011-1134.

d'urgence »¹⁹⁴⁸. S'inscrivant dans la tradition des « checks and balances », celle-ci offrirait « une réponse effective à court terme, tout en empêchant les responsables politiques d'exploiter les moments de panique pour imposer des limitations durables aux libertés »¹⁹⁴⁹. L'objectif serait que cette Constitution soit source de légitimité, tant en période normale qu'en période d'exception¹⁹⁵⁰.

1036. Concrètement, Bruce Ackerman se prononce en faveur de dispositions adaptées au terrorisme. Il réfute l'approche « taille unique » propre aux régimes d'exception actuels, qui régulent des situations d'urgence variées dans un même cadre¹⁹⁵¹. Axée sur le rôle de la séparation des pouvoirs, la Constitution d'urgence serait articulée autour de trois points. Sur le plan politique, elle n'autoriserait le pouvoir exécutif à prolonger l'état d'exception que si des majorités de plus en plus importantes au Congrès la votaient, grâce à un système d'« escalier supermajoritaire ». D'un point de vue légal, la Constitution d'urgence contraindrait « à un strict respect de la personne pendant la période de suspension du droit pénal traditionnel et des garanties qu'il offre »¹⁹⁵². Le rôle du juge consisterait à contrôler la séparation et la limitation des pouvoirs ainsi que la garantie individuelle des droits¹⁹⁵³. Sur le plan économique, Bruce Ackerman propose un système de compensation financière, afin de réparer les atteintes portées aux droits de manière injustifiée lors de la mise en œuvre des pouvoirs de crise¹⁹⁵⁴.

1037. L'idée défendue repose ainsi sur la constitutionnalisation d'un état d'exception propre au terrorisme, qui obéirait « aux principes fondamentaux du droit constitutionnel (séparation

¹⁹⁴⁸ B. ACKERMAN, « The Emergency Constitution », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1029-1091 ; B. ACKERMAN, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *op. cit.*, spéc. p. 151 ; B. ACKERMAN, « This is not a war », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1871-1907 ; B. ACKERMAN, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University, Press, 2006. Pour des critiques de sa pensée : D. COLE, « The priority of morality : The Emergency Constitution's Blind Spot », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1753-1800 ; L. H. TRIBE, P. O. GUDRIDGE, « The anti-Emergency Constitution », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1801-1870.

¹⁹⁴⁹ B. ACKERMAN, « L'évolution de la lutte contre le terrorisme. Préparer la gestion de l'urgence pour une *Emergency Constitution* », in J. FOYER (dir.), *L'égalité, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Paris, n° 51, 2008, pp. 243-251.

¹⁹⁵⁰ L. FONTAINE, « Pouvoirs exceptionnels vs Garantie des droits : l'ambiguïté de la question constitutionnelle », *R.D.P.*, n° 2, 2009, pp. 351-374, spéc. p. 372. Pour une version plus longue de cet article : L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 39-60.

¹⁹⁵¹ B. ACKERMAN, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *op. cit.*, spéc. p. 159.

¹⁹⁵² *Idem*, p. 163.

¹⁹⁵³ Son rôle serait à la fois « macro » et « micro ». Sur cette analyse, voir : L. FONTAINE, « Pouvoirs exceptionnels vs Garantie des droits : l'ambiguïté de la question constitutionnelle », *op. cit.*, p. 373.

¹⁹⁵⁴ B. ACKERMAN, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *op. cit.*, spéc. p. 161.

des pouvoirs, respect des droits fondamentaux, système d'information et de contrôle des juges) *mais d'une autre manière* qu'en période normale »¹⁹⁵⁵.

1038. Ces expériences et réflexions sont intéressantes puisqu'elles permettent de dépasser la dichotomie traditionnelle entre le régime de limitation en temps normal et les régimes d'exception en période exceptionnelle. Ces aménagements particuliers des droits fondamentaux, propres à des exigences spécifiques de l'ordre public, s'inscrivent en temps normal et/ou exceptionnel et répondent à des motifs singuliers. Dès lors, en quoi consisterait une telle constitutionnalisation en droit français ?

2) Les modalités d'une constitutionnalisation en droit français

1039. Dans le cas français, l'idée de constitutionnaliser un régime dérogatoire du droit commun propre à la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée n'a jamais été véritablement envisagée. Toutefois, la prise en compte des exigences renouvelées de l'ordre public n'est pas absente du débat constitutionnel. Outre l'analyse des propositions faites en la matière, il convient d'identifier les critères pour qu'une telle constitutionnalisation soit utile, tant à la lisibilité du régime, qu'à l'encadrement du contrôle du juge constitutionnel.

1040. Jusqu'à présent, les tentatives ont consisté à réviser les articles de la Constitution relatifs aux régimes d'exception. Lors des travaux du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République en 2008, la question s'est posée de la suppression de l'article 16 de la Constitution¹⁹⁵⁶. Malgré plusieurs amendements déposés en ce sens à l'Assemblée nationale¹⁹⁵⁷, cette hypothèse a été abandonnée. Pour le Comité, « la diversité des menaces potentielles qui pèsent sur la sécurité nationale à l'ère du terrorisme mondialisé justifie le maintien de dispositions d'exception »¹⁹⁵⁸. Deux propositions ont alors été faites.

¹⁹⁵⁵ L. FONTAINE, « Pouvoirs exceptionnels vs Garantie des droits : l'ambiguïté de la question constitutionnelle », *op. cit.*, p. 372 (souligné par nous).

¹⁹⁵⁶ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, *op. cit.*, pp. 20-21 ; F. HOURQUEBIE, « Régimes d'exception et contre-pouvoirs en droit français aujourd'hui », in P. M. MAKABA (dir.), *Constitution et Risque(s)*, L'Harmattan, coll. Droit, société et risques, Paris, 2010, pp. 93-108, spéc. p. 97.

¹⁹⁵⁷ Voir notamment les amendements n° 280, 316 et 386 déposés à l'Assemblée nationale visant à supprimer cet article de la Constitution.

¹⁹⁵⁸ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, *op. cit.*, pp. 20-21.

1041. D'une part, le Comité a proposé de renforcer le contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel sur la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution. Modifiée suite à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette disposition prévoit désormais que le Conseil constitutionnel peut être saisi par les présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat et par soixante députés et soixante sénateurs, afin d'examiner si les conditions de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels sont toujours réunies. C'est à ce même examen qu'il procède ensuite de plein droit, « au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée »¹⁹⁵⁹.

1042. D'autre part, sans cette fois être reprise dans la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, la proposition n° 10 du Comité visait à conférer à l'état d'urgence un fondement constitutionnel : l'article 36. Il était également proposé de modifier ce dernier, de telle sorte que les régimes de l'état d'urgence et de l'état de siège soient définis par une loi organique et que la ratification de leur prorogation soit autorisée par le Parlement dans des conditions harmonisées¹⁹⁶⁰.

1043. Toutefois, ces modifications du texte constitutionnel se révèlent insuffisantes. S'agissant de la révision de l'article 16, celle-ci va moins loin que la proposition faite quinze ans plus tôt par le Comité Vedel. Ce dernier soulignait la nécessité que le Conseil constitutionnel précise à partir de quelle date chacune des mesures prises ne pourra plus être mise en œuvre¹⁹⁶¹. Outre le fait que l'avis émis par le Conseil n'a pas, juridiquement, de valeur contraignante pour le président de la République, la saisine du Conseil ne peut intervenir que trente jours après le début de mise en œuvre de l'article 16, ce qui affaiblit fortement l'effectivité du contrôle juridictionnel¹⁹⁶².

1044. Pour qu'une révision de cette disposition soit véritablement utile, il conviendrait de préciser davantage les modalités de mise en œuvre de cet article et le cadre de l'examen du juge constitutionnel. En plus du caractère contraignant de l'avis du Conseil, la précision de critères stables permettrait une plus grande lisibilité et légitimité de ce régime et du contrôle

¹⁹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁹⁶¹ Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, *J.O.R.F.*, 16 février 1993, p. 2540. Le comité proposait que l'article 16 soit complété par un dernier alinéa ainsi rédigé : « Le Conseil constitutionnel constate, soit à l'initiative du Président de la République, soit à la demande conjointe du président du Sénat et du président de l'Assemblée nationale, que les conditions exigées pour l'application du présent article ne sont plus réunies. Il précise à partir de quelle date chacune des mesures prises en application de l'alinéa 1^{er} ne pourra plus être mise en œuvre ».

¹⁹⁶² A. VIDAL-NAQUET, « Un Président de la République plus "encadré" », *J.C.P. G.*, 2008, n° 31-35, pp. 28-34, spéc. p. 30.

exercé. L'examen à espace régulier de la nécessité des mesures prises assurerait à l'évidence une plus grande effectivité de l'intervention du Conseil constitutionnel.

1045. S'agissant de la constitutionnalisation de l'état d'urgence telle qu'envisagée par le Comité Balladur, celle-ci aurait été *a priori* bénéfique pour plusieurs raisons. En consacrant un fondement constitutionnel propre à l'état d'urgence, l'article 34 de la Constitution aurait été assigné à la seule habilitation du législateur à mettre en œuvre et limiter l'exercice des droits et libertés en temps normal. Il n'y aurait donc plus eu de confusions sur ce point, issues de la décision du 25 janvier 1985 relative à la loi sur l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie¹⁹⁶³. Le Comité Balladur proposait également qu'une loi organique définisse le régime de l'état d'urgence et ses conditions d'application. Saisi obligatoirement, le Conseil aurait dû contrôler sa conformité au regard des droits et libertés garantis. De plus, aurait été mentionnée à l'article 36 l'autorisation obligatoire du Parlement pour prolonger au-delà de douze jours l'état d'urgence.

1046. L'apport d'une telle constitutionnalisation supposait toutefois que la loi organique contienne les précisions indispensables à la réussite d'une telle démarche. Notamment, la délimitation des droits fondamentaux concernés, les aménagements particuliers dont ils peuvent faire l'objet pendant la mise en œuvre de l'état d'urgence et le contrôle juridictionnel des lois de prorogation, auraient dû constituer des données essentielles de la loi organique.

1047. Finalement, les tentatives de redéfinition des régimes d'exception au regard des exigences renouvelées de l'ordre public se révèlent en grande partie lacunaires. Une telle démarche n'exige pas seulement d'inscrire ces régimes au sein de la Constitution, mais aussi, et surtout, d'en préciser les conditions ainsi que les modalités d'application et de contrôle. Qui plus est, les tentatives étudiées ne visent que les régimes d'exception proprement dits. Or, l'objectif d'une constitutionnalisation des exigences spécifiques de l'ordre public consiste à en envisager le régime, certes en temps exceptionnel, mais aussi et surtout, en temps normal. Il s'agit là de l'un des atouts de l'article 55-2 de la Constitution espagnole¹⁹⁶⁴.

1048. Constitutionnaliser les impératifs de lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée dans le cas français permettrait de rendre davantage intelligible la spécificité de ce régime, en lui associant un contrôle juridictionnel adapté. Cette opération consisterait à

¹⁹⁶³ Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *précitée*, cons. 3 et 4. Voir : *supra*, n° 162-165.

¹⁹⁶⁴ K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, *op. cit.*, pp. 382-383.

préciser, au sein d'une disposition, l'aménagement de certains droits fondamentaux, les conditions de mise en œuvre d'un tel régime et le cadre du contrôle du juge constitutionnel. Par exemple, il pourrait être prévu qu'en cas de stricte nécessité, les droits de la défense et la liberté individuelle peuvent faire l'objet de restrictions particulières lors de la phase d'enquête et d'instruction de crimes et délits liés au terrorisme et à la criminalité organisée, dans des cas définis par la loi et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Seuls certains droits seraient visés, ce qui permettrait de restreindre la marge de manœuvre du législateur et de guider le contrôle du juge constitutionnel. Cette constitutionnalisation permettrait ainsi de dissocier le régime propre à la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée et celui, de droit commun, de limitation des droits garantis, afin d'éviter les rapprochements techniques entre eux.

1049. Pourtant, de nombreuses questions apparaissent. Quelle définition du terrorisme et de la criminalité organisée retenir ? Quels droits seraient concernés ? Quelles techniques de limitation doivent être mobilisées : restriction, dérogation, suspension partielle ? A ce sujet, les faiblesses théoriques et pratiques d'une telle constitutionnalisation ne doivent pas être sous-estimées.

b) Les difficultés de la constitutionnalisation : la détermination du régime dérogatoire du droit commun

1050. Comme le souligne Lauréline Fontaine, toute tentative de constitutionnalisation ne doit pas occulter l'idée, un peu utopique, consistant à penser que tout serait bien encadré et respecté s'il existait des règles préalables et supérieures¹⁹⁶⁵. En cela, il n'est pas évident que l'inscription au sein de la Constitution d'un régime dérogatoire du droit commun, adapté aux exigences spécifiques de l'ordre public, favorise la prévisibilité du contrôle du juge constitutionnel et la garantie des droits¹⁹⁶⁶. A tout le moins, cette constitutionnalisation tend à rencontrer des difficultés théoriques (1). De plus, les apports pratiques relatifs, tirés du droit comparé, invitent à nuancer l'utilité de cette opération (2).

¹⁹⁶⁵ L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 40-41.

¹⁹⁶⁶ *Idem*, p. 42.

1) *Les faiblesses théoriques de la constitutionnalisation*

1051. Que la constitutionnalisation s'effectue à travers un régime exceptionnel ou une disposition ayant vocation à s'appliquer en temps normal, celle-ci rencontre, principalement, trois difficultés. Tout d'abord, surgit le problème de la détermination des exigences spécifiques de l'ordre public, notamment du terrorisme et de la criminalité organisée. Ces notions font l'objet de définitions plurielles en droit interne et international¹⁹⁶⁷. Elles révèlent à la fois leur mouvance et la difficulté de les enserrer dans des termes juridiques. Ce constat, au stade de la loi ou de conventions internationales, serait à plus forte raison problématique si ces notions devaient être inscrites dans la Constitution.

1052. Au demeurant, cet achoppement s'analyse à propos de la définition juridique de l'état d'exception. Les termes d'état d'urgence, d'état de siège, de circonstances exceptionnelles et de nécessité urgente, indiqués dans de nombreuses constitutions, sont rarement précisés et qualifiés. Ils laissent une marge de manœuvre importante aux autorités qui ont la capacité de déclencher les pouvoirs exceptionnels¹⁹⁶⁸.

1053. Se pose également la question de l'encadrement du régime dérogatoire du droit commun. Si la constitutionnalisation revient à « poser simplement le principe d'une limitation aux droits fondamentaux dans l'ordonnancement, elle ne devient qu'une déclaration symbolique »¹⁹⁶⁹. Les effets escomptés ne seront que très relatifs. En revanche, la constitutionnalisation trouve une réelle utilité si les constituants précisent les droits fondamentaux visés par le régime spécifique, les techniques de limitation mobilisées ainsi que les contraintes particulières qui s'imposent au législateur. Cet aspect est d'autant plus essentiel que la délimitation de tels régimes est souvent insuffisante. L'inscription de pouvoirs

¹⁹⁶⁷ L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « Le problème de la définition du terrorisme », in D. VANDERMEERSCH et L. HENNEBEL (dir.), *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 17-59 ; C. GREWE et R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures anti-terroristes », *op. cit.*, pp. 891-916 ; M.-L. CESONI, « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale », *op. cit.*, pp. 1-56.

¹⁹⁶⁸ L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 44-45.

¹⁹⁶⁹ K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, *op. cit.*, p. 381.

exceptionnels au sein des constitutions est-européennes démontre ces défaillances¹⁹⁷⁰, dans lesquelles l'objet juridique est avant tout « exhibé en symbole démocratique »¹⁹⁷¹.

1054. Cette difficulté se retrouverait inévitablement en matière de lutte contre le terrorisme et de criminalité organisée. Leur constitutionnalisation nécessiterait donc une définition précise et une qualification juridique déterminée, ainsi qu'un encadrement clair de l'étendue des prérogatives. A défaut, une telle opération ne parviendrait pas à atteindre les objectifs de légitimation de ces régimes et de limitation des pouvoirs¹⁹⁷².

1055. L'appréhension délicate du phénomène terroriste et de la criminalité organisée aboutit alors à une seconde difficulté. Elle conduit à s'interroger sur le support textuel adéquat à la poursuite de ces exigences spécifiques de l'ordre public. A ce sujet, Wanda Mastor considère que leur constitutionnalisation pourrait être le signe d'un dépérissement du caractère suprême des constitutions¹⁹⁷³. Non seulement ces dernières ne sauraient être modifiées comme peut l'être une loi ou un règlement, mais elles ne peuvent accueillir des notions fluctuantes. Si les constitutions doivent s'adapter aux évolutions de la société, elles ne doivent être retouchées qu'avec parcimonie. Procéder à une révision de la Constitution pour y intégrer des objets juridiques incertains affaiblirait sa valeur et apparaîtrait « comme la dernière étape d'une aporie juridique »¹⁹⁷⁴. La loi serait ainsi le support le plus efficace, car davantage adaptable à l'évolution des exigences spécifiques de l'ordre public, et le plus à même de garantir la stabilité de la Constitution.

1056. Si cet argument est parfaitement recevable, il n'est pas entièrement convaincant. L'exemple de la Constitution des Etats-Unis peut le démontrer. Celle-ci contient certes des outils inchangés depuis deux siècles, permettant aux autorités de réagir face à la menace terroriste, mais les mesures législatives et réglementaires adoptées suite au 11 septembre 2001

¹⁹⁷⁰ L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 46 et s.

¹⁹⁷¹ S. MILACIC, « Les ambiguïtés du constitutionnalisme postcommuniste », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, pp. 339-356, spéc. p. 350.

¹⁹⁷² L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 46 et s.

¹⁹⁷³ W. MASTOR, « Débat – Terrorisme et liberté », *Constitutions*, n°3, juillet-septembre 2012, pp. 403-414, spéc. p. 405.

¹⁹⁷⁴ *Idem*, spéc. p. 406.

et la réaction tardive des juges en faveur des principes fondamentaux de l'État de droit¹⁹⁷⁵, montrent que ces outils sont peu adaptés et doivent être réexaminés¹⁹⁷⁶. Par conséquent, la constitutionnalisation d'un régime dérogatoire du droit commun exigerait non seulement une définition précise des notions et techniques mobilisées, mais aussi un cadre suffisamment souple pour perdurer et ne pas altérer la stabilité de la Constitution.

1057. Pourtant, même dans cette hypothèse, une troisième difficulté apparaît. En effet, « co-constitutionnaliser »¹⁹⁷⁷ les droits fondamentaux et les pouvoirs dérogatoires, qu'ils découlent d'un régime d'exception ou qu'ils s'appliquent en temps normal, soulève une contradiction, dans la mesure où les dispositions constitutionnelles sont d'égale valeur. Si la question de leur hiérarchie a suscité de nombreux débats doctrinaux, le constat est qu'il n'y a pas, dans la Constitution de 1958, de différence de valeur entre normes constitutionnelles¹⁹⁷⁸. Toutefois, comme le démontre Lauréline Fontaine, l'application de ces règles conduit à opérer un choix entre les libertés et les pouvoirs exceptionnels¹⁹⁷⁹. Le respect des droits fondamentaux ne s'imposerait aux pouvoirs d'exception que dans deux hypothèses : soit, à travers la reconnaissance d'une supra-constitutionnalité, en leur conférant un statut normatif supérieur ; soit, « en faisant redescendre la normativité des pouvoirs d'exception » à l'échelle législative, auquel cas ils seraient subordonnés au respect des droits fondamentaux constitutionnels¹⁹⁸⁰.

1058. Les questions théoriques soulevées par la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée conduisent ainsi à s'interroger sur l'opportunité et la possibilité d'une telle opération. Et ce, d'autant plus que les apports de la constitutionnalisation semblent, en pratique, relatifs.

¹⁹⁷⁵ C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, spéc. pp. 50-51 ; H. TIGROUDJA, « L'équité du procès pénal et la lutte internationale contre le terrorisme. Réflexions autour de décisions internes et internationales récentes », *R.T.D.H.*, n° 69, 2007, pp. 3-38.

¹⁹⁷⁶ B. ACKERMAN, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *op. cit.*

¹⁹⁷⁷ L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 53 et s.

¹⁹⁷⁸ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, p. 56 ; G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *op. cit.*, p. 265 ; L. PHILIP, « L'interprétation de la Constitution. Le cas français », in *Mélanges en hommage à François Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 1169-1182, spéc. pp. 1172 et s. Sur ce point : *infra*, n° 1204.

¹⁹⁷⁹ L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », *op. cit.*, p. 56.

¹⁹⁸⁰ *Ibidem*.

2) *Les apports pratiques relatifs de la constitutionnalisation*

1059. L'analyse des exemples de constitutionnalisation en droit comparé implique de s'interroger sur deux points. La marge de manœuvre des autorités publiques est-elle davantage encadrée à l'étranger? La garantie des droits est-elle renforcée? A cet égard, la comparaison entre les jurisprudences constitutionnelles française et espagnole apporte des éléments de réponse. En dépit de l'article 55-2 de la Constitution du 27 décembre 1978, la latitude du législateur espagnol pour fixer les limites aux droits fondamentaux en matière de lutte contre le terrorisme apparaît aussi discrétionnaire que celle du législateur français¹⁹⁸¹. La pratique montre que le législateur organique espagnol dispose d'un « réel pouvoir d'interprétation pour mettre en œuvre les garanties prescrites par l'article 55-2 de la Constitution, qui lui permet de les détourner de leur but initial »¹⁹⁸².

1060. La persistance d'une marge de manœuvre importante, malgré une habilitation législative relativement précise dans le texte constitutionnel, se vérifie dans l'hypothèse d'un régime d'exception¹⁹⁸³. Il n'y a aucune raison que les règles relatives à l'organisation des pouvoirs et la limitation des droits fondamentaux en période normale soient « plus interprétées » que celles relatives à l'organisation des pouvoirs exceptionnels¹⁹⁸⁴.

1061. Par ailleurs, la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée, à travers l'inscription de règles particulières relatives à l'aménagement des droits et libertés, ne supprime pas la latitude du juge dans l'interprétation de ces dispositions. Par exemple, le Tribunal constitutionnel espagnol retient, comme le Conseil constitutionnel¹⁹⁸⁵, une appréciation souple de la légalité de l'infraction terroriste¹⁹⁸⁶.

1062. Dans une décision de 1994, il ne déclare pas inconstitutionnelle l'omission, par la loi organique 4/1988, des précisions relatives au contrôle parlementaire adéquat exigée par l'article 55-2 de la Constitution¹⁹⁸⁷. Pour le tribunal, « si la garantie de la nécessaire

¹⁹⁸¹ K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, op. cit., p. 135.

¹⁹⁸² *Idem*, p. 134.

¹⁹⁸³ L. FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », op. cit., spéc. p. 60.

¹⁹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁸⁵ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », op. cit., spéc. pp. 10 et s.

¹⁹⁸⁶ K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, op. cit., pp. 318-319.

¹⁹⁸⁷ STC 71/1994 sur la Loi organique 4/1988 du 25 mai, *Réforme du Code de procédure pénale*, cons. en droit n° 3. Pour une traduction de cette décision, voir : K. ROUDIER *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, op. cit., annexe, pp. 407 et s. et ses développements sur cette décision : pp. 363 et s.

intervention judiciaire se révèle être un élément obligatoire de la loi organique, en tant qu'instrument de préservation des droits individuels, on ne peut en dire autant de cette autre garantie de caractère parlementaire, qui peut figurer, évidemment, dans l'articulation de la loi organique, mais que l'on doit aussi envisager à travers d'autres instruments normatifs, c'est-à-dire à travers des dispositions législatives spécifiques ou [...] dans le propre Règlement parlementaire »¹⁹⁸⁸.

1063. La constitutionnalisation n'est donc pas toujours synonyme d'un renforcement de la garantie des droits, qui plus est lorsque sont visées des notions par nature imprécises et ambiguës. Le faible recours à la constitutionnalisation du terrorisme en droit comparé¹⁹⁸⁹ illustre qu'elle ne constitue ni la solution la plus efficace, ni la plus protectrice des droits et libertés. Parce qu'elle est « plus réactive et adaptable, permettant de faire davantage œuvre de pragmatisme »¹⁹⁹⁰, la loi apparaît ainsi comme le support privilégié de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée¹⁹⁹¹.

1064. Dès lors, si la constitutionnalisation des exigences spécifiques de l'ordre public constitue une hypothèse *a priori* légitime et séduisante, permettant d'accroître la lisibilité du régime dérogatoire du droit commun comme celle du contrôle du juge constitutionnel, cette voie semble devoir être exclue, au regard des difficultés théoriques et pratiques qu'elle génère. La concrétisation de la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée doit demeurer législative, sous le contrôle du juge constitutionnel¹⁹⁹². Néanmoins, le problème de l'imprécision du texte constitutionnel et du manque de lisibilité des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois reste entier. A défaut de constitutionnaliser des notions incertaines, ne convient-il pas de procéder à une codification des critères du contrôle mobilisés par le Conseil constitutionnel ? C'est la voie qu'il convient, en dernier lieu, d'analyser.

¹⁹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁸⁹ C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, spéc. pp. 52-53.

¹⁹⁹⁰ A. GARAPON, « Les dispositifs antiterroristes de la France et des Etats-Unis », *Esprit*, n°8-9, 2006, pp. 129-149, spéc. p. 133.

¹⁹⁹¹ C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *op. cit.*, spéc. pp. 52-53.

¹⁹⁹² W. MASTOR, « Débat – Terrorisme et liberté », *op. cit.*, spéc. p. 405.

B) Codifier les conditions de limitation des droits fondamentaux : une voie à privilégier ?

1065. Comme il a déjà été indiqué, la Constitution française ne contient pas de clause expresse de limitation des droits fondamentaux. Les instruments du contrôle de constitutionnalité des lois ont été dégagés par le Conseil constitutionnel, grâce à son travail d'interprétation constructive du texte. Pourtant, l'intelligibilité et l'accessibilité relatives des « limites aux limites » affaiblissent l'effectivité du contrôle. Ces constats conduisent à s'interroger sur l'hypothèse de leur codification explicite au sein de la Constitution. La question se pose de savoir s'« il serait bon de codifier, c'est-à-dire d'écrire, *noir sur blanc*, [...] tout ou partie des règles que le Conseil constitutionnel a déduites de son interprétation de la Constitution »¹⁹⁹³.

1066. Comme le démontre Carolina Cerda-Guzman dans sa thèse, la recodification globale de la Constitution constituerait un moyen solide pour rendre cohérent, tant le texte constitutionnel, que le contrôle de constitutionnalité¹⁹⁹⁴. De surcroît, l'inscription d'une clause explicite de limitation des droits fondamentaux se retrouve majoritairement en droit constitutionnel comparé¹⁹⁹⁵. La latitude du législateur à limiter l'exercice des droits et libertés garantis est prévue et encadrée, à travers l'inscription de critères qui sont autant de balises du contrôle de constitutionnalité. Procéder à une révision de la Constitution pour y inscrire explicitement les « limites aux limites » serait d'autant plus justifié que les exigences de l'ordre public se renforcent et se renouvellent. L'exigence démocratique impose de connaître précisément la marge de manœuvre du législateur. Pour autant, recourir à un tel procédé est-il synonyme de renforcement du contrôle juridictionnel ? Il convient d'analyser en quoi consisterait l'insertion d'une clause de limitation des droits fondamentaux dans la Constitution française (a), puis d'en identifier les apports (b).

¹⁹⁹³ COMITE DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, La Documentation française, coll. Rapports officiels, Paris, 2008, p. 27.

¹⁹⁹⁴ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, *op. cit.*, pp. 480 et s., spéc. p. 523.

¹⁹⁹⁵ C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, pp. 152 et s. Voir également: *Supra*, n° 115-121.

a) Les modalités d'une codification des « limites aux limites » aux droits fondamentaux

1067. A première vue, l'idée d'insérer explicitement les « limites aux limites » aux droits et libertés dans la Constitution semble incongrue. Elle apparaît antinomique à la consubstantialité de l'ordre public et des droits fondamentaux, inhérent à l'histoire constitutionnelle française¹⁹⁹⁶. Cependant, plusieurs initiatives, législatives et doctrinales, indiquent que cette réflexion n'est pas étrangère au droit français. L'analyse préalable des tentatives de codification (1) permet d'envisager, à la lumière du droit comparé, l'inscription d'une clause de limitation des droits fondamentaux dans la Constitution (2).

1) Les tentatives de codification en droit français

1068. En droit constitutionnel français, la limite à l'exercice des droits garantis a toujours été considérée comme faisant partie intégrante de la définition même du droit fondamental. La Constitution du 4 octobre 1958 n'échappe pas à cette conception constante, comme l'illustrent les débats relatifs à la rédaction de l'article 34¹⁹⁹⁷. Pour Georges Burdeau, en 1958, « le changement de régime se traduit exclusivement par une modification des techniques gouvernementales [...] : ni la philosophie sociale, ni l'idéologie politique antérieure n'ont été atteintes »¹⁹⁹⁸. Les Constituants de 1958 étaient davantage soucieux de « restaurer l'autorité de l'État et du gouvernement que de réécrire les droits de l'homme et du citoyen »¹⁹⁹⁹. Toutefois, tant avant qu'après 1958, la volonté de préciser la faculté du législateur de limiter l'exercice des droits et libertés et de l'encadrer n'est pas totalement absente de la pensée constitutionnelle.

1069. L'idée de poser des limites aux droits proclamés est longuement discutée lors des travaux de l'Assemblée constituante en 1848. Le député Fresneau souligne que « l'objet des vérités politiques, c'est de définir la ligne de démarcation où le droit de l'individu finit, et où le droit de l'État commence. Mais tracer cette limite, on serait bien heureux si l'on pouvait le faire par une formule, car c'est là l'effort de toutes les constitutions, de toutes les lois, de la

¹⁹⁹⁶ *Supra*, n° 122 et s.

¹⁹⁹⁷ *Supra*, n° 166-167.

¹⁹⁹⁸ G. BURDEAU, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique*, mars 1959, pp. 87-100, spéc. p. 87.

¹⁹⁹⁹ S.-L. FORMERY, *La Constitution commentée article par article*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, Paris, 15^e édition, 2012, p. 6.

législation toute entière, que de tracer des limites »²⁰⁰⁰. La difficulté de la tâche et la volonté que le peuple « ne connaisse ses droits que par la disposition même qui les limite ou les garantit »²⁰⁰¹ conduisent les Constituants à renoncer à poser, explicitement, les limites aux droits et libertés. Toutefois, l'article 8 alinéa 2 de la Constitution de la Seconde République contient une habilitation du législateur à limiter l'exercice des libertés. Relatif au droit de s'associer, au droit de pétition et au droit de manifester, il dispose que « l'exercice de ces droits n'a pour limites que les droits ou la liberté d'autrui et la sécurité publique ».

1070. Le projet de constitution du 19 avril 1946 contient une précision à ce sujet. L'article 3 du préambule qui la précède disposait que « la liberté est la faculté de faire tout ce qui ne porte pas atteinte aux droits d'autrui. Les *conditions d'exercice* de la liberté sont définies par la loi »²⁰⁰². La faculté de limiter se retrouve davantage ici que dans l'énoncé de l'article 34 de la Constitution de 1958, dans lequel elle est confondue avec la détermination des garanties fondamentales.

1071. Après 1958, les réflexions menées visent à préciser les « limites aux limites » aux droits fondamentaux au sein de la Constitution. Les initiatives sont tout d'abord parlementaires. En 1975, trois propositions de déclarations relatives aux libertés sont déposées sur le bureau de l'Assemblée nationale et étudiées par une commission spéciale, présidée par Edgar Faure²⁰⁰³. L'idée est d'adapter les règles essentielles posées en 1789 et 1946 aux nouvelles problématiques de l'époque²⁰⁰⁴. Il s'agit également, en conférant valeur constitutionnelle à la proposition de loi élaborée par la Commission²⁰⁰⁵, de donner « des fondements plus sûrs aux décisions du Conseil constitutionnel dans son appréciation de la constitutionnalité des lois »²⁰⁰⁶.

²⁰⁰⁰ Député Fresneau, séance du mardi 5 septembre 1848, *J.O.R.F.* du 6 septembre 1848, *Moniteur universel*, p. 2322.

²⁰⁰¹ Citoyen Levet, séance du mardi 5 septembre 1848, *J.O.R.F.* du 6 septembre 1848, *Moniteur universel*, p. 2330.

²⁰⁰² Souligné par nous.

²⁰⁰³ J. MORANGE, « Vers une codification des libertés en France ? », *R.D.P.*, 1977, pp. 259-281.

²⁰⁰⁴ COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁰⁵ Pour J. RIVERO, il s'agit de la seule place possible dans la hiérarchie des normes pour assurer à cette proposition « sa pleine efficacité juridique ». Voir : J. RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *op. cit.*, p. 17 ; J. RIVERO, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », *op. cit.*, spéc. pp. 255-256. *A contrario*, voir la position de Jean Foyer, rapporteur de la Commission, sur ce point : J. MORANGE, « Vers une codification des libertés en France ? », *op. cit.*, p. 276.

²⁰⁰⁶ COMITE DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, *op. cit.*, p. 14.

1072. Outre les propositions tendant à proclamer de nouvelles libertés²⁰⁰⁷, l'une d'entre elles vise à réécrire l'article 4 de la Déclaration de 1789²⁰⁰⁸. Il est proposé d'y ajouter la mention selon laquelle « la loi concilie la liberté de chacun avec celle des autres, et avec les intérêts des individus, ceux des groupes, de l'État et de la communauté internationale. Elle s'assure que les limitations à la liberté n'ont pas pour effet de les supprimer mais qu'elles n'y apportent que les seules atteintes justifiées par les nécessités de la vie en société. Ces limitations doivent être réduites dans leur objet et, chaque fois que cela est possible, dans le temps ». Si la volonté de préciser les « limites aux limites » est manifeste, la rigueur juridique ne semble pas y avoir gagné. Pour Jean Morange, cet ajout serait même inutile²⁰⁰⁹. Adoptée par la Commission le 14 décembre 1977, la proposition de loi constitutionnelle sur les libertés et les droits de l'homme ne fut cependant jamais présentée à l'Assemblée nationale, à défaut de consensus politique²⁰¹⁰.

1073. Face à l'inintelligibilité et l'inaccessibilité croissante de la Constitution du 1958, l'idée d'y insérer une clause expresse de limitation des droits et libertés garantis demeure pourtant d'actualité. Plusieurs membres de la doctrine se positionnent en faveur d'une « rédaction plus juridicisée »²⁰¹¹ des droits fondamentaux²⁰¹², accompagnée des conditions de leur limitation. Pour Bertrand Mathieu, il serait « opportun d'inscrire dans la Constitution, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme et dans le sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une formule générale de limitation des droits individuels »²⁰¹³.

1074. La question de la codification des normes de référence du contrôle de constitutionnalité a été analysée par le Comité de réflexion sur le Préambule de la

²⁰⁰⁷ COMITE DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, op. cit., p. 15.

²⁰⁰⁸ Proposition n° 2080 présentée par les trois groupes de la majorité. Voir : J. MORANGE, « Vers une codification des libertés en France ? », op. cit., spéc. pp. 263-264.

²⁰⁰⁹ *Ibidem*.

²⁰¹⁰ COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, op. cit., p. 15 ; J. RIVERO, « Libertés publiques et institutions judiciaires », in F. BLOCH-LAINÉ (dir.), *La France en mai 1981. Force et faiblesses*, Commission du Bilan, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, Paris, 1982, pp. 294-309, spéc. p. 302.

²⁰¹¹ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, op. cit., pp. 541 et s., spéc. p. 544.

²⁰¹² J. RIVERO, « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », op. cit., spéc. p. 268 ; L. PHILIP, « L'interprétation de la Constitution. Le cas français », op. cit., spéc. p. 1181 ; F. DELPEREE, « La Constitution, l'État et la Cour constitutionnelle », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 317-328, spéc. p. 318.

²⁰¹³ B. MATHIEU, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », in *Mélanges Yves Jégouzo, Terres du droit*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 149-156, spéc. p. 155.

Constitution²⁰¹⁴. Mis en place le 9 avril 2008 et présidé par Simone Veil²⁰¹⁵, celui-ci avait pour but de porter une réflexion d'ensemble sur les droits et libertés reconnus aux citoyens, afin de moderniser le texte du Préambule de la Constitution de 1958. Pour le Comité, codifier la jurisprudence du Conseil permettrait « d'améliorer la connaissance et la lisibilité des droits constitutionnels » mais aussi des « principes innommés », tels que la proportionnalité²⁰¹⁶. Toutefois, au regard des problèmes essentiellement para-juridiques qu'elle soulève, cette idée a été écartée, car considérée comme régressive par rapport à la « tradition française de protection des droits fondamentaux ». La codification constitutionnelle lui serait contraire, en ce que la succession historique des textes relatifs aux droits constitutionnels s'est toujours opérée par stratification, et non par remplacement²⁰¹⁷.

1075. Partant, sans être entièrement absente de la pensée constitutionnelle française, les tentatives d'inscription des conditions de limitation des droits fondamentaux n'ont jamais abouti. Il est incontestable que cette démarche rencontre des difficultés à la fois techniques et substantielles²⁰¹⁸. Comme le soulignait Jean Rivero à propos du Préambule de la Constitution, « remplacer cette rétrospective de l'histoire de nos libertés par un texte moins prestigieux, mais plus cohérent et davantage tourné vers l'application concrète d'une part, vers le présent, d'autre part, est une tâche difficile »²⁰¹⁹. Le choix d'inscrire une clause de limitation des droits et libertés dans la constitution est néanmoins majoritairement retenu en droit comparé. Quels forme et contenu pourrait prendre une telle clause au sein de la Constitution française ?

2) Les critères d'une codification en droit français

1076. En l'absence d'études approfondies sur ce point, il semble *a priori* difficile de proposer la rédaction d'une clause de limitation des droits fondamentaux à insérer dans la Constitution française. Néanmoins, les expériences en droit comparé et les difficultés rencontrées en droit français donnent des indices pour esquisser les modalités d'une codification des « limites aux limites » aux droits garantis.

²⁰¹⁴ COMITE DE REFLEXION SUR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, op. cit., pp. 27 et s.

²⁰¹⁵ Décret n° 2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *J.O.R.F.* du 10 avril 2008, p. 6033.

²⁰¹⁶ COMITE DE REFLEXION SUR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, op. cit., p. 31 et p. 24.

²⁰¹⁷ *Idem*, pp. 31-33, spéc. p. 32.

²⁰¹⁸ B. MATHIEU, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », op. cit., spéc. p. 149.

²⁰¹⁹ J. RIVERO, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », op. cit., spéc. p. 256.

1077. Si la codification des conditions de limitation des droits et libertés peut prendre des formes différentes selon les constitutions, un socle de critères matériels se retrouve fréquemment²⁰²⁰. Pour ne prendre que quelques exemples, que ce soit dans la Charte canadienne des droits et libertés²⁰²¹, dans les constitutions de la République fédérale d'Allemagne²⁰²², de la République d'Afrique du Sud²⁰²³, de la République portugaise²⁰²⁴ ou de la République polonaise²⁰²⁵, il est inscrit, en premier lieu, que seule la loi peut limiter l'exercice d'un droit. Cette condition traduit l'exigence démocratique, largement consacrée, selon laquelle seuls les représentants de la Nation peuvent décider des mesures visant à restreindre l'exercice des droits fondamentaux constitutionnels²⁰²⁶.

1078. En second lieu, les constituants font mention de l'exigence de proportionnalité des mesures restrictives. Elle signifie que les droits garantis peuvent être restreints uniquement lorsque cette limitation est nécessaire au but visé. En cela, des critères relatifs aux *moyens* et aux *objectifs* peuvent être inscrits dans le texte constitutionnel. L'article 18 alinéa 2 de la Constitution portugaise précise, par exemple, que les restrictions doivent « se limiter au nécessaire pour préserver d'autres droits ou intérêts constitutionnellement protégés »²⁰²⁷. Il en est de même de la Constitution polonaise, qui énonce que « l'exercice des libertés et droits constitutionnels ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires, dans un État démocratique, à la sécurité ou à l'ordre public »²⁰²⁸.

1079. L'exigence de proportionnalité peut également se traduire par l'emploi de standards tenant à ce que l'atteinte soit *raisonnable* ou *justifiée*. Tel est le cas de l'article 1^{er} de la Charte canadienne. Les droits et libertés reconnus ne peuvent être restreints « que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans

²⁰²⁰ J.-F. AUBERT, « Limitation des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux », in A. de MESTRAL, S. BIRKS, M. BOTHE, I. COTLER, D. KLNCK, A. MOREL (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Editions Yvons Blais Inc, Québec, 1986, pp. 185-219, spéc. pp. 195 et s.

²⁰²¹ Article 1^{er} de la Charte canadienne des droits et libertés du 17 avril 1982.

²⁰²² Article 19 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.

²⁰²³ Article 36 de la Constitution de la République d'Afrique du Sud du 10 décembre 1996.

²⁰²⁴ Article 18 de la Constitution de la République portugaise du 25 avril 1976.

²⁰²⁵ Article 31 alinéa 3 de la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997.

²⁰²⁶ J. TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et constitution*, op. cit., p. 26.

²⁰²⁷ Sur ce point, J. M. M. CARDOSO DA COSTA, « Les conditions de la limitation des droits fondamentaux dans le droit et la justice constitutionnelle portugaise », op. cit., pp. 67-77.

²⁰²⁸ L. GARLICKI, « Le catalogue et le champ d'application des droits fondamentaux. Les conditions des restrictions autorisées et leur impact sur l'ordre juridique », in *L'État et le droit d'Est en Ouest. Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Société de législation comparée, Paris, 2006, pp. 129-140.

le cadre d'une société libre et démocratique »²⁰²⁹. Ces critères se retrouvent à l'article 36 de la Constitution sud-africaine. En vertu de celui-ci, les droits « ne peuvent être limités qu'aux termes d'une loi d'application générale pour autant que la limitation soit raisonnable et justifiée dans une société ouverte et démocratique [...] »²⁰³⁰.

1080. A cet égard, la Constitution sud-africaine fait figure d'exception, dans la mesure où elle précise les critères d'évaluation de la proportionnalité de la mesure restrictive. Les Constituants énoncent cinq facteurs devant être pris en considération: « la nature du droit ; l'importance et le but de la limitation ; la nature et l'étendue de la limitation ; la relation entre la limitation et son but ; et l'existence de moyens moins restrictifs pour atteindre ce but ». Ces critères se révèlent précieux pour le juge constitutionnel, puisqu'il s'agit d'« un ensemble de moyens de contrôle organisés permettant d'apprécier la constitutionnalité de la norme »²⁰³¹.

1081. La précision des critères du test de proportionnalité est d'autant plus bénéfique que celui-ci est sujet à critiques. Pour Stavros Tsakyrakis, la mise en balance de deux intérêts, inhérent au contrôle de proportionnalité, revêt un caractère quantitatif qui ne permet pas d'apprécier de manière adéquate le conflit et néglige la complexité des droits²⁰³². Il démontre que les deux premiers tests, tenant à l'adéquation et à la nécessité, sont futiles. De plus, le raisonnement en termes de poids relatifs, propre au critère de la proportionnalité au sens strict, ne permet pas d'aborder toutes les difficultés soulevées par le conflit²⁰³³. Cette position est également soutenue par Ronald Dworkin, qui critique l'analyse « coût/bénéfice » propre au test de la balance²⁰³⁴. Il propose de rejeter cet argument, porteur de confusion et de dépasser la

²⁰²⁹ J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *op. cit.*, spéc. pp. 386 et s. ; L. B. TREMBLAY, G.C.N. WEBBER, « Introduction : la fin de *Oakes* ? », *op. cit.*, pp. 1-12 ; L. B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité ? », *National Journal of constitutional law*, n° 10, 1998, pp. 41-67 ; P. W. HOGG, « Section one of the Canadian charter of rights and freedom », in A. de MESTRAL, S. BIRKS, M. BOTHE, I. COTLER, D. KLNCK, A. MOREL (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Editions Yvon Blais Inc, Québec, 1986, pp. 3-19.

²⁰³⁰ J. DE WAAL, I. CURRIE, G. ERASMS (dir.), *The Bill of Rights Handbook*, *op. cit.*, pp. 133-153 ; X. PHILIPPE, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud-africaine de 1996 », *op. cit.*, spéc. pp. 907 et s.

²⁰³¹ *Idem*, spéc. p. 908.

²⁰³² S. TSAKYRAKIS, « Proportionality: an assault on human rights? », *International Journal of Constitutional Law*, 2009, pp. 468-493.

²⁰³³ *Ibidem*. Voir également le débat sur ce point : M. KHOSLA, « Proportionality : an assault of human rights ? a reply », *I.C.O.N.*, 2010, vol. 8, n° 2, pp. 298-306. Et la réponse qui suit : S. TSAKYRAKIS, « Proportionality : an assault of human rights ? A rejoinder to Madhav Khosla », *I.C.O.N.*, 2010, vol. 8, n° 2, pp. 307-310.

²⁰³⁴ R. DWORKIN, « It is absurd to calculate human rights according to a cost-benefit analysis », *The guardian*, 24 mai 2006.

métaphore de la balance, pour raisonner davantage en terme de justice²⁰³⁵. Dès lors, préciser les paramètres devant être pris en compte pour évaluer la proportionnalité d'une mesure restrictive peut constituer un outil fonctionnel, afin de contrecarrer les inconvénients propres à ce contrôle.

1082. Outre les deux critères principaux tenant à la réserve de loi et à la proportionnalité de la mesure, le constituant peut mentionner, en troisième lieu, qu'il ne peut être porté atteinte au noyau dur, c'est-à-dire au contenu essentiel des droits et libertés. Par exemple, l'article 19 alinéa 2 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne indique qu'« en aucun cas, il ne peut être prévu de limitations telles que la liberté en cause perde toute substance »²⁰³⁶. De la même manière, les constitutions espagnole, portugaise, polonaise et suisse font référence au contenu essentiel²⁰³⁷ ou à l'essence²⁰³⁸ d'un droit.

1083. Justifiée par l'amélioration de la protection de l'individu²⁰³⁹, la notion de noyau dur signifierait qu'il existe « une part irréductible, essentielle de liberté à laquelle les pouvoirs publics ont l'interdiction absolue de porter atteinte »²⁰⁴⁰. Dans une certaine mesure, inscrire une telle notion dans la Constitution renforcerait la sécurité juridique. Sébastien Van Drooghenbroeck souligne que, « déclarée attentatoire à la substance d'un droit fondamental, telle action ou telle omission se voit à jamais condamnée, sans que la hauteur des buts qu'on pourrait à l'avenir lui assigner ne puisse lever la condamnation ». Et de préciser que cette décontextualisation signe « un repli de la casuistique, et un gain corrélatif de stabilité et de sécurité juridique : le temps des droits de l'homme se trouve lié, engagé »²⁰⁴¹.

²⁰³⁵ R. DWORKIN, « Georges W. Bush, une menace pour le patriotisme américain », *Esprit*, juin 2002, pp. 6-23, spéc. pp. 17-18.

²⁰³⁶ R. ARNOLD, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 463-480, spéc. pp. 468 et s.

²⁰³⁷ Article 18 de la Constitution de la République portugaise ; Article 53-1 de la Constitution du Royaume d'Espagne.

²⁰³⁸ Article 31 alinéa 3 de la Constitution polonaise ; Article 36 alinéa 4 de la Constitution helvétique du 4 avril 1999, selon lequel : « L'essence des droits fondamentaux est inviolable ».

²⁰³⁹ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la C.E.D.H. », *R.D.P.*, n° 4, 2006, pp. 977-1005, spéc. p. 979.

²⁰⁴⁰ M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », in P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1991, pp. 67-74, spéc. p. 70.

²⁰⁴¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., spéc. p. 357.

1084. Pourtant, la consécration textuelle de la notion de noyau dur n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Sa signification demeure difficile à appréhender²⁰⁴². Il semble pour le moins délicat de « déterminer concrètement les prérogatives "absolues", qui seraient totalement à l'abri de toute ingérence »²⁰⁴³. De plus, ce critère apparaît surabondant à celui de la proportionnalité. Une mesure restrictive, qui viderait un droit de sa substance, ne pourrait en effet passer le cap de la proportionnalité au sens strict. Cette interprétation est confirmée par la Cour constitutionnelle allemande, puisqu'une atteinte à un droit contraire au principe de proportionnalité touche à son essence même²⁰⁴⁴.

1085. Les dangers de la codification de la notion de noyau dur ne doivent pas, non plus, être négligés. Comme le relève Petr Muzny, « s'engager irrévocablement, au moyen d'une promesse solennelle, à censurer de manière absolue une catégorie d'actes, constitue un acte trop grave pour être pris, même de manière exceptionnelle »²⁰⁴⁵. Le risque se situe également pour le juge, qui se voit contraint, face à une norme absolue, de suivre une ligne d'action dépourvue de souplesse²⁰⁴⁶. Pour l'ensemble de ces raisons, inscrire ce troisième critère au sein de la Constitution semble poser davantage de difficultés que de garanties.

1086. En quatrième lieu, au-delà du noyau dur *de* chaque droit fondamental, la question se pose de savoir s'il convient de consacrer l'existence d'un noyau dur *des* droits fondamentaux²⁰⁴⁷. Cette notion renvoie à un ensemble de droits qui sont totalement intangibles, c'est-à-dire insusceptibles de limitation, tels que l'interdiction de la torture garantie par la Convention européenne des droits de l'homme²⁰⁴⁸. Bien que la consécration de

²⁰⁴² P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la C.E.D.H. », *op. cit.*, pp. 979 et s. ; L. GARLICKI, « Le catalogue et le champ d'application des droits fondamentaux. Les conditions des restrictions autorisées et leur impact sur l'ordre juridique », *op. cit.*, pp. 138 et s. ; M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », *op. cit.*, spéc. p. 68.

²⁰⁴³ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, spéc. pp. 616 et s.

²⁰⁴⁴ R. ARNOLD, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », *op. cit.*, spéc. p. 469. Voir également : E. GEORGITSI, « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *R.I.D.C.*, n° 3, 2011, pp. 559-584, spéc. pp. 575 et s. ; J.-F. AUBERT, « Limitation des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux », *op. cit.*, spéc. p. 198.

²⁰⁴⁵ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la C.E.D.H. », *op. cit.*, spéc. p. 995.

²⁰⁴⁶ *Idem*, pp. 1001-1002.

²⁰⁴⁷ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, p. 617.

²⁰⁴⁸ *Ibidem* ; F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 381-398.

droits intangibles apparaissent *a priori* antinomique avec la conception consubstantielle des droits fondamentaux et de l'ordre public, certains droits, comme la dignité de l'être humain, appartiennent implicitement à cette catégorie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, Bertrand Mathieu propose d'exclure la dignité de l'être humain du mécanisme de limitation des droits garantis, si celui-ci devait être inscrit dans la Constitution²⁰⁴⁹. Cette précision participerait, là aussi, à l'intelligibilité du texte constitutionnel et à l'encadrement de la marge du législateur.

1087. L'inscription d'une clause explicite de limitation des droits et libertés dans la Constitution française n'est donc pas sans soulever d'importantes difficultés matérielles. En substance, cette clause devrait comporter les exigences relatives à la réserve de loi et à la proportionnalité. Bertrand Mathieu propose d'inscrire dans la Constitution une formule rédigée comme telle : « Les droits et les principes reconnus par la Constitution, à l'exception de ceux tenant à la dignité de l'être humain, peuvent faire l'objet de restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires à la satisfaction d'un intérêt général suffisant ou à la protection des droits d'autrui »²⁰⁵⁰.

1088. Cette clause poserait ainsi les critères du contrôle de constitutionnalité en la matière. Elle revêt l'avantage d'intégrer une part explicite de droits intangibles, sans trop entrer dans les procédures de mise en œuvre. Une constitution doit, en effet, être brève et concise²⁰⁵¹. Dans cette optique, il conviendrait qu'une loi organique précise cette clause de limitation. Elle pourrait énoncer les critères d'évaluation de ce que peut être « une mesure nécessaire », en fixant des paramètres qui seraient autant d'appuis pour le contrôle du juge.

1089. Sur le plan formel, enfin, la question est délicate : à quelle place, dans la Constitution, une telle clause pourrait-elle être insérée ? A ce sujet, le Comité Veil avait évacué la possibilité de modifier le Préambule de la Constitution, pour y intégrer des principes nouveaux ou codifier tout ou partie de la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agit ici de préserver l'« héritage constitutionnel français » et ne pas bouleverser la « tradition française de protection des droits fondamentaux »²⁰⁵². Si l'inscription de la clause de limitation apparaît

²⁰⁴⁹ B. MATHIEU, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », *op. cit.*, spéc. p. 155.

²⁰⁵⁰ *Ibidem*.

²⁰⁵¹ P. PACTET, « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 285 ; P. PACTET, « La désacralisation progressive de la Constitution de 1958 », *op. cit.*, p. 393 ; C. GREVE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 45.

²⁰⁵² COMITE DE REFLEXION SUR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, *op. cit.*, pp. 21 et s. et p. 32.

difficilement envisageable au sein du Préambule²⁰⁵³, il conviendrait de l'intégrer dans la Constitution de 1958 *stricto sensu*. Elle pourrait être incorporée à l'article 34, à la suite du premier tiret relatif aux règles relatives aux droits civiques et aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

1090. Toutefois, cet ajout rencontre des difficultés. Il peut paraître incongru d'insérer une telle clause dans un titre relatif aux « rapports entre le Gouvernement et le Parlement ». De même, la question se poserait de nouveau de savoir si une clause de limitation des droits et libertés ne remet pas en cause la conception consubstantielle française, entre les garanties et les limites aux droits reconnus. Ne bouleverserait-elle pas, en outre, la logique de la construction constitutionnelle²⁰⁵⁴ ? La question de son utilité peut aussi se poser, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a d'ores et déjà dégagé les « limites aux limites » aux droits garantis²⁰⁵⁵. Pourtant, plusieurs arguments plaident en faveur d'une codification explicite des conditions de limitation des droits fondamentaux dans la Constitution.

b) Les apports d'une codification des « limites aux limites » aux droits fondamentaux

1091. Dans une certaine mesure, insérer une clause de limitation dans une constitution ne représente « *que* la formalisation écrite d'un processus que tout interprète est amené à mettre en œuvre face à la contradiction des droits fondamentaux et à la préservation d'intérêts collectifs, estimés hiérarchiquement supérieurs à certains intérêts individuels »²⁰⁵⁶. Procéder à une telle opération présente néanmoins plusieurs avantages. Comme le souligne Xavier Philippe, son objectif consiste à « révéler aux acteurs du système les règles du jeu ainsi que les limites à ne pas franchir »²⁰⁵⁷.

1092. Dans le cas français, le but de la codification serait davantage formel que matériel. L'intelligibilité du mécanisme de limitation permettrait de reconnaître expressément la compétence du législateur en la matière, en lui donnant un fondement certain et non

²⁰⁵³ B. MATHIEU, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », *op. cit.*, p. 151.

²⁰⁵⁴ B. MATHIEU, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », *op. cit.*, p. 149.

²⁰⁵⁵ *Idem*, p. 150.

²⁰⁵⁶ X. PHILIPPE, « les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud-africaine de 1996 », *op. cit.*, spéc. p. 903 (souligné par nous).

²⁰⁵⁷ *Ibidem*.

équivoque (1). Ce procédé renforcerait la légitimité et la prévisibilité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, grâce à un socle de critère prédéterminé (2). Il convient de s'interroger, dans un dernier temps, sur les apports matériels d'une telle opération (3).

1) L'habilitation explicite du législateur en matière de limitation des droits fondamentaux

1093. Bien que la limitation des droits et libertés constitue une question principielle²⁰⁵⁸, la compétence du législateur en ce domaine n'est pas expressément précisée par la Constitution de 1958. Cette compétence a été dégagée par le Conseil constitutionnel au fil de ses décisions, à partir de l'article 34 de la Constitution et, plus globalement, du texte constitutionnel. Cette absence de consécration textuelle n'est pas satisfaisante. Comme le relève Wanda Mastor, l'ambiguïté du texte entraîne une « suspicion sur toute tentative de restriction. Quelle autorité peut fixer des bornes aux libertés ? Pour quel motif ? Dans quel but ? Jusqu'à quel point ? »²⁰⁵⁹. Critiqué pour sa rédaction et ses incohérences²⁰⁶⁰, l'article 34 de la Constitution manque de rigueur. Les termes employés ne permettent pas de pallier l'absence de clause expresse de limitation des droits garantis. Pour Raymond Odent, « dès qu'on veut les approfondir, on s'aperçoit qu'ils sont imprécis »²⁰⁶¹. La compétence du législateur pour limiter l'exercice des droits et libertés ne dispose donc pas de fondement certain.

1094. Préciser, dans la Constitution, l'habilitation du législateur en la matière renforcerait la compréhensibilité du mécanisme de limitation et la légitimité du Parlement. Certes, cette compétence est consacrée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cependant, il n'est guère « souhaitable que le juge se substitue au constituant dans l'énoncé de tels principes et soit conduit à palier la carence de ce dernier »²⁰⁶². Cet argument est d'autant plus convaincant que les exigences de l'ordre public se renforcent. Le législateur est ainsi de plus en plus enclin à limiter l'exercice des droits et libertés garantis.

²⁰⁵⁸ W. MASTOR, « Débat – Terrorisme et liberté », *op. cit.*, spéc. p. 409.

²⁰⁵⁹ W. MASTOR, *ibidem*.

²⁰⁶⁰ L. PHILIP, « Les lacunes et les imperfections des articles 34 et 37. Le problème de leur réforme », in L. FAVOREU (dir.), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958. Le domaine de la loi et du règlement*, *op. cit.*, pp. 227-237.

²⁰⁶¹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, tome 1, 2007, p. 204.

²⁰⁶² B. MATHIEU, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », *op. cit.*, p. 150.

1095. Préciser la compétence de principe du législateur dans la Constitution renforcerait, tant sa lisibilité, que son effectivité²⁰⁶³. Cette codification permettrait d'assurer la pédagogie du texte constitutionnel, afin que les citoyens connaissent la compétence du législateur et sa marge de manœuvre. Un tel apport serait d'ailleurs en rapport avec l'« idéalisme pédagogique », dont la Déclaration de 1789 est imprégnée²⁰⁶⁴. En plus de conférer un fondement non équivoque à la compétence du législateur, l'insertion d'une clause de limitation des droits garantis permettrait de renforcer l'action du Conseil constitutionnel.

2) La légitimité et la prévisibilité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel

1096. La faible précision du texte constitutionnel à propos des « limites aux limites » aux droits fondamentaux est problématique à plusieurs égards. Elle l'est d'abord pour le citoyen. Dans une société démocratique, celui-ci doit être à même d'interpréter l'étendue de ses droits²⁰⁶⁵ et de connaître la faculté du législateur de les restreindre. Elle l'est également pour le justiciable et les juges ordinaires, spécifiquement dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Préciser les conditions de limitation des droits et libertés dans la Constitution renforcerait l'efficacité de ce mécanisme et permettrait d'atténuer les possibilités de différends entre juges ordinaires et juge constitutionnel²⁰⁶⁶.

1097. L'imprécision relative de la Constitution est problématique, ensuite, pour le Conseil constitutionnel. Comme le relève Jacques Robert, « à chaque fois qu'il rend une décision qui déplaît ou dérange, le juge constitutionnel se voit accusé de donner une interprétation subjective des textes constitutionnels dont il ne devrait confronter que le texte littéral, éclairé par la seule volonté du constituant initial, à la norme législative qui lui est déférée »²⁰⁶⁷. Peu lisible, le texte constitutionnel en matière de limitation des droits affecte la légitimité et l'effectivité du contrôle exercé par le Conseil.

1098. Codifier les conditions de limitation des droits fondamentaux dans la Constitution renforcerait l'action du juge. Fondé sur des exigences précises, l'examen des limites serait, en premier lieu, davantage prévisible. Comme le souligne Bertrand Mathieu, l'insertion de

²⁰⁶³ *Ibidem*.

²⁰⁶⁴ J. MORANGE, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, Paris, 4^e édition, 2002, pp. 24 et s.

²⁰⁶⁵ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, *op. cit.*, p. 541.

²⁰⁶⁶ *Idem*, pp. 543 et s.

²⁰⁶⁷ J. ROBERT, « Droit administratif et droit constitutionnel », *R.D.P.*, n° 4, 1998, pp. 971-978, spéc. p. 972.

principes dans la Constitution renforce nécessairement leur effectivité et leur lisibilité²⁰⁶⁸. Le contrôle du Conseil serait plus accessible, exercé à l'appui de principes codifiés. Notamment, l'intégration d'une clause de limitation faciliterait le contrôle de la conciliation législative entre l'exercice des droits garantis et la poursuite des exigences de l'ordre public. En effet, ces clauses sont à la fois « habilitatrice et limitatrice »²⁰⁶⁹. Elles encadrent le pouvoir du juge et lui procurent, en même temps, un titre pour contrôler les dispositions législatives. La codification des conditions de limitation conduirait à mieux reconnaître l'attribution du Conseil constitutionnel en la matière. Le contenu des moyens de contrôle lui étant prescrit par la Constitution, il « se voit du même coup légitimé dans son action »²⁰⁷⁰.

1099. Procéder à une telle opération renforcerait, en second lieu, la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois. Carolina Cerda-Guzman le souligne particulièrement dans sa thèse. S'interrogeant sur l'hypothèse d'une recodification de la Constitution, elle démontre qu'en obligeant le juge constitutionnel à « rattacher ses constructions à des dispositions précises, la recodification écarte les risques d'arbitraire »²⁰⁷¹. Préciser les « limites aux limites » dans la Constitution amoindrirait ainsi les suspicions relatives à l'interprétation subjective du texte par le Conseil. En revanche, cela n'éliminerait ni l'interprétation constitutionnelle, ni la formation de « conventions »²⁰⁷². Une telle codification tendrait à la faciliter²⁰⁷³. Le droit étant « créé pour être recréé »²⁰⁷⁴, l'insertion d'une clause de limitation conduirait le juge à interpréter les critères qu'elle contient et à dégager des constructions jurisprudentielles.

1100. L'exemple de la Constitution sud-africaine est significatif. Dans une décision relative à la peine de mort, la Cour constitutionnelle considère qu'« il n'existe pas de standard absolu qui puisse être établi pour déterminer ce qu'est la proportionnalité et la nécessité. Des principes peuvent être établis mais leur application impose une analyse au cas par cas. Ceci est inhérent à la proportionnalité qui implique la recherche d'un équilibre entre différents

²⁰⁶⁸ B. MATHIEU, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », *op. cit.*, p. 150.

²⁰⁶⁹ X. PHILIPPE, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud-africaine de 1996 », *op. cit.*, spéc. p. 897.

²⁰⁷⁰ *Idem*, p. 902.

²⁰⁷¹ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, *op. cit.*, p. 546.

²⁰⁷² P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution : normes non écrites du droit politique*, P.U.F., coll. Léviathan, France, 1997.

²⁰⁷³ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, *op. cit.*, pp. 544 et s.

²⁰⁷⁴ P. AMSELEK, « Rapport français », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit, journées suisses*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Economica, Paris, 1985, pp. 421-449, spéc. p. 449.

intérêts »²⁰⁷⁵. L'insertion dans la Constitution de critères, par nature ouverts, implique dès lors un travail d'interprétation du juge.

1101. Cela se vérifie en droit constitutionnel canadien, où la Cour suprême a entrepris une large réflexion sur la signification des critères inscrits à l'article premier de la Charte²⁰⁷⁶. La disposition limitative engendre un large « interventionnisme judiciaire », dans la mesure où la Cour a dégagé un « test » destiné à la mettre en œuvre²⁰⁷⁷. Elle précise les éléments composant le critère de proportionnalité et les différents niveaux d'intensité du contrôle²⁰⁷⁸. Luc B. Tremblay démontre sur ce point que la « justification » d'une restriction aux droits constitutionnels peut être analysée à travers deux conceptions: la « théorie du fondement rationnel » ou celle du « fondement légitime »²⁰⁷⁹. Cet exemple illustre que l'interprétation constitutionnelle demeure notable, y compris lorsqu'une clause expresse est inscrite dans la Constitution²⁰⁸⁰.

1102. Fonder les décisions juridictionnelles sur des dispositions précises renforcerait ainsi la légitimité de la création jurisprudentielle. Le recours à une clause écrite permettrait d'appuyer la motivation des décisions du Conseil constitutionnel. Etant un critère essentiel du caractère démocratique de la justice constitutionnelle, le rattachement à une référence textuelle constituerait un puissant vecteur de légitimité de son action.

1103. Par conséquent, l'apport d'une clause de limitation des droits fondamentaux se mesurerait singulièrement sur le plan formel. Elle participerait tant à la prévisibilité qu'à la légitimité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. En revanche, sur le plan matériel, cette clause n'aurait vraisemblablement qu'un apport limité, puisque le juge utilise d'ores et

²⁰⁷⁵ Cour Constitutionnelle sud-africaine, *S. v/ Makwanyane*, 1995 (3), SA 391, § 104.

²⁰⁷⁶ J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *op. cit.*, spéc. pp. 386 et s.

²⁰⁷⁷ *Idem*, spéc. p. 385.

²⁰⁷⁸ *Idem*, spéc. pp. 388 et s. et spéc. pp. 397 et s.

²⁰⁷⁹ La première signifie que l'auteur de la restriction aux droits garantis a des raisons valables d'édicter cette règle ; dans le cadre de la seconde, en plus d'être rationnelle, la restriction doit être bien fondée, légitime : les motifs avancés doivent constituer des bonnes raisons. Dès lors, le contrôle judiciaire est qualifié de retenu dans le premier cas, et d'« interventionniste » ou d'« activiste » dans le second. Sur ces deux théories : L. B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité ? », *op. cit.*, pp. 41-67.

²⁰⁸⁰ Voir notamment, en droit constitutionnel canadien : L. B. TREMBLAY, G.C.N. WEBBER, « Introduction : la fin de *Oakes* ? », *op. cit.*, pp. 1-12 ; G. C. N. WEBBER, « La disposition limitative de la Charte canadienne : une invitation à définir les droits et libertés aux contours indéterminés », in L. B. TREMBLAY et G. C. N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. OAKES*, Les éditions Thémis, Montréal, 2009, pp. 37-57. Voir également, en droit constitutionnel portugais : P. BON et D. MAUS, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. Grands arrêts, Paris, 2008, spéc. pp. 142-147.

déjà ces instruments pour évaluer une limite aux droits garantis. Pourtant, l'insertion d'une clause expresse de limitation peut générer certains apports matériels.

3) *Un renforcement de l'effectivité du contrôle de constitutionnalité ?*

1104. Légitimé dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des limites aux droits garantis, le Conseil constitutionnel pourrait renforcer son effectivité. Il est possible d'envisager que, dans la mesure où la Constitution expliciterait les critères de son contrôle, il serait davantage contraint de les confronter tour à tour à la disposition législative. Par exemple, le Conseil devrait nécessairement procéder au contrôle de proportionnalité, en se retranchant moins systématiquement derrière le pouvoir d'appréciation du législateur. L'examen de cette « limite aux limites » pourrait le conduire à approfondir le contrôle de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict. L'inscription de ce critère permettrait de renforcer l'intensité du contrôle.

1105. L'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés, et l'interprétation qu'en retient la Cour Suprême, l'illustrent notamment. Cet article dispose que les droits et libertés reconnus « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société démocratique ». A partir de cette disposition, la Cour a développé, dans l'arrêt *R. c/ Oakes* en 1986, le contrôle de proportionnalité autour des trois éléments classiques. Elle a, en particulier, précisé le critère de la nécessité de la mesure²⁰⁸¹. Le juge en Chef Dickson énonce qu'au-delà du lien rationnel entre la mesure et l'objectif, « le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question [...] »²⁰⁸². La Cour mobilise ainsi le critère de l'« atteinte minimale » pour apprécier la constitutionnalité de la mesure, même s'il n'est pas formellement inscrit dans l'article premier²⁰⁸³. Il en découle un resserrement du contrôle de proportionnalité, puisque la Cour Suprême considère qu'il faut toujours y recourir²⁰⁸⁴.

²⁰⁸¹ Cour Suprême du Canada, *R. c/ Oakes*, 1986.

²⁰⁸² *Idem*, § 139.

²⁰⁸³ J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *op. cit.*, spéc. pp. 392 et s.

²⁰⁸⁴ *Idem*, p. 395.

1106. Dans l'arrêt *Charkaoui c/ Ministre de la citoyenneté et de l'immigration* du 23 février 2007²⁰⁸⁵, la Cour déclare non conforme à l'article premier de la Charte le certificat de sécurité émis à l'encontre d'un étranger soupçonné d'activités avec des réseaux terroristes et sa détention subséquente sur le territoire canadien. Elle considère que le gouvernement canadien n'a pas réussi à démontrer qu'il avait choisi les solutions législatives les moins attentatoires aux droits fondamentaux des étrangers détenus sur son territoire²⁰⁸⁶. Plus précisément, ce n'est pas le caractère indéterminé de la détention qui conduit la Cour à censurer la disposition mais le fait que cette détention se prolonge sans être assortie d'un processus continu d'évaluation des circonstances propres à chaque cas²⁰⁸⁷. Cet exemple illustre l'impact que peut avoir une clause écrite mentionnant les conditions de limitation des droits garantis, et notamment l'exigence d'une mesure « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société démocratique ». Suite à cette décision, le gouvernement canadien a déposé un projet de loi pour remédier à cette inconstitutionnalité²⁰⁸⁸.

1107. Il convient cependant de nuancer les apports matériels que peut engendrer une clause écrite de limitation des droits fondamentaux. Dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, la proportionnalité, même imposée par l'article premier de la Charte, est appréciée de manière souple, en fonction de plusieurs facteurs. La nature du droit, la législation contestée et les intérêts en cause sont pris en considération, de sorte que l'intensité du contrôle varie d'une décision à l'autre²⁰⁸⁹. Par exemple, la situation géopolitique postérieure aux attentats du 11 septembre 2001 a clairement été prise en compte par la Cour, à propos de mesures d'expulsion impliquant un risque de torture²⁰⁹⁰. Cet état de fait a conduit à un infléchissement de l'intensité du contrôle de proportionnalité et à une attitude très prudente de la Cour par rapport aux évaluations gouvernementales²⁰⁹¹.

²⁰⁸⁵ *Charkaoui c/ Ministre de la citoyenneté et de l'immigration et al.*, 2007, 1 RSC 350.

²⁰⁸⁶ H. DUMONT, M. DESHAIES, « La peur de l'autre ou la peur dans l'œil de l'autre : quelle est la pire menace pour la société canadienne libre et démocratique ? Commentaires des affaires Arar et Charkaoui », *R.S.C.*, janvier/mars 2008, pp. 221-232, spéc. pp. 225 et s.

²⁰⁸⁷ *Idem*, p. 229.

²⁰⁸⁸ *Idem*, p. 230.

²⁰⁸⁹ J. WOEHRLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *op. cit.*, p. 406.

²⁰⁹⁰ Cour Suprême du Canada, *Suresh c. Canada, Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, 2002, 1 R.S.C. 3, § 87. Voir également : Cour Suprême du Canada, *Ahani c. Canada, Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, 2002, 1 R.S.C. 72.

²⁰⁹¹ *Ibidem* ; M. COUTU, M.-H. GIROUX, « La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'après-11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes du droit international », *R.U.D.H.*, 2004, pp. 49-56, spéc. p. 53.

1108. En dépit de son inscription dans la Constitution, l'examen de la proportionnalité présente donc des faiblesses, inhérentes à ce standard. Ce constat transparaît également de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, notamment après 2001. En présence de la menace terroriste, l'examen de la proportionnalité se révèle moins efficace en raison de l'importance de l'objectif visé²⁰⁹². Quand bien même le juge constitutionnel serait davantage encadré par le Constituant, le risque de déférence du pouvoir juridictionnel à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif dans un contexte d'exigences renforcées de l'ordre public ne disparaît, en aucun cas, totalement.

1109. Potentiels sur le plan matériel, les apports d'une codification des conditions de limitation des droits fondamentaux dans la Constitution de 1958 sont avant tout formels. Cette opération participerait à la prévisibilité du mécanisme de limitation des droits garantis. Bénéfique pour le justiciable et les juges ordinaires, elle le serait également pour le législateur et le Conseil constitutionnel, dont l'action serait renforcée et légitimée.

1110. Pourtant, les interrogations et obstacles à cette opération sont nombreux. Notamment, ne devrait-elle pas être accompagnée d'une refonte du catalogue des droits fondamentaux, pour lui assurer une pleine efficacité²⁰⁹³ ? Une codification des objectifs de valeur constitutionnelle par le Constituant ne serait-elle pas opportune²⁰⁹⁴ ? Aussi, il est évident qu'insérer une clause de limitation des droits dans la Constitution ne serait efficace que si celle-ci est correctement rédigée. Or, sa formulation peut apparaître très délicate. Les arguments tenant au respect de la tradition, développés par le Comité présidé par Simone Veil²⁰⁹⁵ et pour l'essentiel extra-juridiques²⁰⁹⁶, en témoignent. Bertrand Mathieu relève que « toucher aux principes fondamentaux, relatifs aux droits de l'homme, inscrits dans la Constitution, présente une difficulté politique plus grande que d'en modifier des dispositions techniques ». Une révision constitutionnelle en la matière focalise « les oppositions et les crispations » et peut « susciter une réaction de repli »²⁰⁹⁷.

²⁰⁹² C. GREWE, K.-P. SOMMERMAN, « Rapport Allemagne. Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, *spéc.* pp. 88-89.

²⁰⁹³ C. CERDA-GUZMAN, *Codification et constitutionnalisation*, *op. cit.*, pp. 541 et s.

²⁰⁹⁴ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 572-573.

²⁰⁹⁵ COMITE DE REFLEXION SUR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, *op. cit.*, pp. 21 et s.

²⁰⁹⁶ C. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 1992, p. 305 ; R. GRANGER, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », *R.I.D.C.*, n° 1, janvier-mars 1979, pp. 37-125.

²⁰⁹⁷ B. MATHIEU, « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », *op. cit.*, p. 149.

1111. Malgré ces difficultés, la codification des « limites aux limites » aux droits fondamentaux par le Constituant serait nécessaire. Comme le souligne Pierre Pactet, « il n'y a rien de surprenant dans la complexité de l'ordre constitutionnel, qui correspond à celle du monde moderne, non plus que dans ses contradictions, qui reflètent une période de mutations. On pourrait cependant essayer de satisfaire davantage au besoin de clarté et aux exigences de la démocratie »²⁰⁹⁸.

²⁰⁹⁸ P. PACTET, « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la V^e République », *op. cit.*, spéc. p. 440.

Conclusion du chapitre 2 de la Deuxième Partie

1112. A l'issue de cette analyse, la recherche de sources potentielles de « limites aux limites » aux droits fondamentaux pour le Conseil constitutionnel se révèle relativement fructueuse. S'agissant des sources extranationales, le Conseil prend en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, lors de l'examen des mesures relatives aux exigences de l'ordre public. Les exigences européennes peuvent exercer une influence notable sur la jurisprudence constitutionnelle. Si des points d'achoppement perdurent, les droits européens renforcent l'effectivité des instruments génériques et spécifiques du contrôle de constitutionnalité.

1113. S'agissant des sources constitutionnelles, l'analyse est plus nuancée. A droit constant, le Conseil dispose de fondements peu exploités et susceptibles de constituer des ancrages aux « limites aux limites » aux droits garantis. Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité participe aussi au regain d'effectivité des instruments mobilisés. Cependant, le pouvoir d'interprétation du Conseil constitutionnel ne peut pallier, à lui seul, les lacunes de la Constitution qui affectent l'effectivité de son contrôle. Si le recours au pouvoir constituant semble séduisant, il est périlleux. La constitutionnalisation des exigences spécifiques de l'ordre public présente des défauts théoriques et de faibles apports pratiques, liés à l'ambiguïté des notions de terrorisme et de criminalité organisée.

1114. La codification explicite des conditions de limitation des droits fondamentaux par le Constituant serait alors la voie à privilégier. Bien que rencontrant des obstacles techniques et extra-juridiques, cette opération renforcerait l'action du juge constitutionnel et faciliterait la prévisibilité des « limites aux limites » aux droits fondamentaux. Elle serait utile, non pour répondre à des circonstances particulières, mais pour préciser le mécanisme de limitation des droits et libertés, mobilisé désormais en tout temps pour répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public.

Conclusion de la Deuxième Partie

1115. A première vue peu précise quant aux « limites aux limites » aux droits fondamentaux, la Constitution de 1958 recèle un nombre important d'exigences progressivement révélées par le Conseil constitutionnel. Son pouvoir d'interprétation a permis de dégager deux types de contraintes, s'imposant au législateur lors de la concrétisation des exigences de l'ordre public : les instruments génériques du contrôle, d'une part et ceux spécifiques à des catégories de limites, d'autre part. Même précisées et ajustées, ces « limites aux limites » ne sont qu'imparfaitement adaptées au renouvellement formel et matériel des limites aux droits garantis. L'interprétation de la Constitution peut, certes, évoluer sous l'influence des droits européens. De même, le Conseil peut trouver, dans la Constitution, des ancrages plus solides pour renforcer l'effectivité des exigences constitutionnelles. Pourtant, la question d'une codification explicite des « limites aux limites » par le Constituant se pose avec acuité. Leur identification serait facilitée et leur effectivité, renforcée.

1116. Cette opération permettrait également de mieux cerner les conséquences du contrôle de constitutionnalité sur l'exercice des droits fondamentaux. L'analyse des contraintes imposées au législateur lors de la concrétisation des exigences de l'ordre public conduit à se poser une dernière question : quels sont les impacts du contrôle sur la définition et l'exercice des droits fondamentaux constitutionnels ?

TROISIÈME PARTIE

L'ORDRE PUBLIC ET LA REDÉFINITION DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LES LIMITES

1117. Une fois la conciliation entre les droits garantis et les exigences de l'ordre public opérée par le législateur et contrôlée par le juge constitutionnel, celle-ci produit des effets dans l'ordre juridique qu'il convient, à présent, d'examiner. L'analyse de la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public ne peut se cantonner à la seule étude de la définition et de l'encadrement des limites législatives. Encore faut-il en appréhender les conséquences sur les droits fondamentaux eux-mêmes. La conciliation entre ces deux exigences aboutit à un résultat, qui réside dans la redéfinition des droits garantis²⁰⁹⁹. Établies par le législateur et examinées par le Conseil constitutionnel, les limites donnent des indices précieux sur le champ d'application des droits concernés. En ce sens, les mesures inhérentes aux exigences de l'ordre public tendent à redéfinir la protection constitutionnelle des droits fondamentaux (**Chapitre 1**). Toutefois, la redéfinition ne consiste pas seulement à préciser les contours des droits reconnus : elle renseigne également sur leur régime juridique²¹⁰⁰. Il convient d'analyser ce second aspect, relatif à la redéfinition des conditions d'exercice des droits fondamentaux (**Chapitre 2**).

²⁰⁹⁹ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., spéc. pp. 282 et s.

²¹⁰⁰ *Idem*, p. 299.

CHAPITRE 1 – LA REDÉFINITION DU CHAMP DE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX

1118. Le champ de protection constitutionnelle d'un droit vise son domaine protégé²¹⁰¹, son champ d'application matériel²¹⁰². Cette notion renvoie au domaine matériel au sein duquel il est possible d'invoquer le droit fondamental comme norme de contrôle. Le domaine protégé s'inscrit dans le domaine de réglementation du droit, qui couvre le champ des activités humaines au sein duquel le droit fondamental exerce sa protection²¹⁰³. Pour Sébastien Platon, le champ d'application matériel d'un droit se définit comme « l'ensemble des situations de fait dans lesquelles une personne pourrait soit faire usage des libertés qui lui sont garanties, soit exiger les créances qui lui sont reconnues ». Celui-ci constitue donc le champ des « prérogatives » fondamentales²¹⁰⁴.

1119. Le champ de protection constitutionnelle des droits et libertés est cependant délicat à identifier²¹⁰⁵. Ce constat se vérifie dans le cas français, où la Constitution ne contient pas de catalogue précis de droits fondamentaux et, plus généralement, dans les cas où est posé un principe de « liste ouverte » des droits fondamentaux²¹⁰⁶. Dans ces hypothèses, il revient au juge constitutionnel de définir les contours des droits garantis²¹⁰⁷. Cette tâche est d'autant plus périlleuse lorsque l'examen porte sur la conciliation entre deux exigences antinomiques. Pourtant, c'est à cette occasion que le juge approfondit le contenu des droits²¹⁰⁸. Pour Constance Grewe, cette démarche consiste, à partir du texte de proclamation et de l'aménagement législatif, à délimiter le champ d'application *ratione materiae* et déterminer ce

²¹⁰¹ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., spéc. pp. 109 et s.

²¹⁰² S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., spéc. pp. 201 et s.

²¹⁰³ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 110 ; L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 80-81.

²¹⁰⁴ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., spéc. p. 201.

²¹⁰⁵ *Idem*, p. 202 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 113 et pp. 143 et s. ; C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », op. cit., spéc. p. 28.

²¹⁰⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., spéc. p. 67 ; C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., spéc. p. 155.

²¹⁰⁷ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 73.

²¹⁰⁸ J. RIVERO, « Rapport de synthèse », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, Aix-Marseille, pp. 517-529, spéc. p. 524.

qui relève du droit fondamental²¹⁰⁹. Il s'agit ainsi de se demander dans quelle mesure le contrôle de constitutionnalité des mesures relatives aux exigences de l'ordre public engendre une redéfinition du champ de protection constitutionnelle des droits fondamentaux. Pour y répondre, il convient d'examiner leur portée (**Section 1**) et leur degré de protection (**Section 2**).

²¹⁰⁹ C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 28.

SECTION 1. LA REDÉFINITION DE LA PORTÉE DES DROITS FONDAMENTAUX

1120. La redéfinition d'un droit peut se concevoir comme l'exercice consistant à délimiter ses contours en aménageant sa portée et ses conséquences²¹¹⁰. En l'absence de mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois avant 1958 dans le cas français, la redéfinition des droits était initialement l'apanage exclusif de la loi²¹¹¹. Depuis 1958, le Conseil constitutionnel occupe une place privilégiée dans ce processus. Lors du contrôle de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis, le Conseil évalue l'étendue du champ d'application matériel du droit visé, afin de déterminer si la limitation qui en résulte est conforme à la Constitution. Il tend à procéder à une « interprétation-recréation » des normes constitutionnelles²¹¹². La redéfinition des droits fondamentaux apparaît alors comme le résultat de la conciliation opérée par le législateur et contrôlée par le juge constitutionnel. Comme le relève Virginie Saint-James, ce concept se distingue de celui de « relecture » d'un droit par rapport à une vision antérieurement acquise. Il se différencie aussi de son « actualisation »²¹¹³, telle que celle du droit de propriété²¹¹⁴. De manière spécifique, la redéfinition vise à préciser, suite à chaque conciliation, le rayon d'action des droits.

1121. La redéfinition des droits garantis se constate lors de la concrétisation des exigences de l'ordre public effectuée par le législateur et contrôlée par le Conseil. D'une part, ce processus peut affecter directement les contours des droits fondamentaux (§1). D'autre part, la redéfinition peut se révéler davantage médiate, lorsque la réinterprétation d'une notion constitutionnelle influence indirectement le champ d'application des droits protégés (§2). Le processus de redéfinition constitue une clé de compréhension, permettant d'identifier l'impact des mesures relatives aux exigences de l'ordre public sur le champ d'application des droits fondamentaux.

²¹¹⁰ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 282.

²¹¹¹ Par exemple, sous la III^{ème} République, la liberté d'association a été redéfinie par le législateur suite à la réévaluation de ce que devait être le rôle de l'État face à cette liberté collective. Voir : V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., pp. 290 et s.

²¹¹² D. TURPIN, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 85-97, spéc. p. 92.

²¹¹³ B. GENEVOIS, « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *E.D.C.E.*, 1988, pp. 151-184, spéc. p. 182 et s.

²¹¹⁴ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., pp. 284-285.

§1. La redéfinition des contours des droits garantis

1122. Si la redéfinition peut se traduire par l'extension du champ d'action d'un droit fondamental à l'issue de sa conciliation avec un autre droit²¹¹⁵, celle issue de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis s'analyse dans le sens d'un resserrement de leur champ d'application. Comme il a été indiqué, la réalisation des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public conduit le législateur à restreindre l'exercice des droits et libertés²¹¹⁶. Dans l'exercice de son contrôle, le Conseil constitutionnel peut réinterpréter des dispositions de la Constitution, c'est-à-dire ajuster leur sens ou leur contenu par rapport à ceux antérieurement retenus dans la jurisprudence. Pour ce faire, le Conseil peut procéder à une redéfinition des fondements de droits et libertés déjà consacrés (A). Ce travail de réinterprétation de la norme constitutionnelle peut également le conduire à redéfinir directement le domaine protégé de droits et libertés garantis par la Constitution (B).

A) La redéfinition des fondements de droits et libertés consacrés

1123. La redéfinition des fondements par le juge constitutionnel s'analyse principalement en matière de droits-libertés. La notion de liberté individuelle, protégée à l'article 66 de la Constitution, fait l'objet d'une réinterprétation étroite par le Conseil (a). Elle engendre, *ipso facto*, une redéfinition des fondements des libertés qui lui étaient auparavant rattachées (b). Il convient d'analyser les conséquences de ce travail de redéfinition, quant à la protection constitutionnelle de ces droits-libertés (c).

a) La redéfinition étroite de l'article 66 de la Constitution

1124. Depuis son inscription dans le corps de la Constitution de 1958 et sa mobilisation en contentieux constitutionnel, la notion de liberté individuelle suscite de nombreux débats, tant

²¹¹⁵ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 282 ; B. JEANNEAU, « "Juridicisation" et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », op. cit., spéc. p. 648.

²¹¹⁶ B. GENEVOIS, « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », op. cit., spéc. p. 181 ; P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., pp. 400 et s. ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, op. cit., p. 293.

elle recouvre des sens divers²¹¹⁷. Pour certains, cette liberté renvoie à la sûreté, c'est-à-dire le droit de n'être ni arrêté ni détenu. Il ne s'agit pas ici de la liberté d'aller et venir, mais de la seule « certitude pour les citoyens qu'ils ne feront pas l'objet, notamment de la part du pouvoir, de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle, telles qu'arrestation ou détention »²¹¹⁸. D'autres retiennent une vision plus étendue de la liberté individuelle. Celle-ci ne pourrait se détacher de la liberté d'aller et venir²¹¹⁹ et de l'inviolabilité du domicile, auxquelles il conviendrait d'ajouter le droit au respect de la vie privée²¹²⁰.

1125. Cette conception large de la liberté individuelle a d'abord été confirmée par le Conseil constitutionnel. Grâce à une interprétation constructive du texte, il a utilisé « la force d'attraction de l'article 66 de la Constitution pour alimenter de libertés nouvelles le catalogue constitutionnel »²¹²¹. Il a successivement consacré et rattaché à ce fondement le droit au respect de la vie privée²¹²², la liberté d'aller et venir²¹²³, l'inviolabilité du domicile²¹²⁴ et la liberté du mariage²¹²⁵.

1126. Dorénavant, le Conseil retient une conception plus étroite de l'article 66 de la Constitution. Esquissée en 1995 puis en 1998²¹²⁶, la dissociation entre la liberté individuelle et ses « concepts satellites »²¹²⁷ s'amorce dans la décision du 23 juillet 1999 relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle. Le Conseil rattache explicitement le

²¹¹⁷ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée. A propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules », *op. cit.*, spéc. pp. 412 et s. ; F. LUCHAIRE, « Le fisc, la liberté individuelle et la Constitution », in B. BECK, G. VEDEL (dir.), *Etudes de finances publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul-Marie Gaudemet*, Economica, 1984, pp. 603-615 ; J. MOREAU, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 1661-1674. Pour une étude complète : A. PENA-GAÏA, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

²¹¹⁸ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 2, *op. cit.*, pp. 45-82, spéc. p. 45.

²¹¹⁹ C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, Précis, Paris, 5^e édition, 1975, spéc. p. 218.

²¹²⁰ G. BURDEAU, *Libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 4^e édition, 1972, spéc. pp. 111 et s.

²¹²¹ A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, spéc. p. 1679.

²¹²² Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *précitée*, cons. 2-5. Sur ce point : L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée. A propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules », *op. cit.*, spéc. pp. 412 et s. ; P. KAYSER, « Le Conseil constitutionnel, protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, Paris, 1985, pp. 329-348.

²¹²³ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 54.

²¹²⁴ Décision n° 83-164 D.C. du 29 décembre 1983, *Loi de Finances pour 1984*, *Rec.* p. 67, cons. 28. Voir notamment : F. LUCHAIRE, « Le fisc, la liberté individuelle et la Constitution », *op. cit.*, pp. 603-615.

²¹²⁵ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 3.

²¹²⁶ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 3 et s. ; Décision n° 98-405 D.C. du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, *Rec.* p. 326, cons. 60.

²¹²⁷ J. MOREAU, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 1665.

respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration de 1789²¹²⁸. Cette distinction s'explique aisément pour Jean-Eric Schoettl, selon qui « considérer que l'article 66 protège directement la confidentialité des données personnelles serait donner à la notion de la liberté individuelle une portée excessive. La signification véritable de l'article 66 [...] est d'instituer en droit français l'équivalent de la notion anglaise d'habeas corpus. Rien de plus, rien de moins »²¹²⁹.

1127. Le Conseil poursuit ce travail de redéfinition dans la décision du 13 mars 2003, relative à la loi sur la sécurité intérieure²¹³⁰. Depuis lors, il différencie de manière constante la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et la liberté individuelle, que l'article 66 place sous la surveillance de l'autorité judiciaire²¹³¹.

1128. Cette rupture du lien entre la liberté individuelle et ses composantes a pour conséquence un resserrement du champ d'application de l'article 66 de la Constitution. Cette disposition tend désormais à être mobilisée par le Conseil uniquement lors de l'examen de mesures privatives de liberté, intervenant lors de missions de police administrative ou de police judiciaire²¹³². D'ailleurs, les décisions ultérieures à celle du 13 mars 2003 témoignent d'une « raréfaction des références » à l'article 66 de la Constitution²¹³³. Les mesures de police, n'entraînant pas de privation de liberté, relèvent exclusivement de la liberté d'aller et venir ou du droit au respect de la vie privée, désormais protégés par des fondements propres.

1129. Par exemple, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules, mais aussi le fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, adoptés par le législateur en 2004, relèvent du respect de la vie privée, et non de la liberté individuelle et des garanties, notamment judiciaires, qui s'y rattachent²¹³⁴. Dans la décision du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, le Conseil considère explicitement que le dispositif d'assignation à résidence, dans l'attente de l'exécution d'une obligation de quitter le territoire,

²¹²⁸ Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *précitée*, cons. 45. Dans le même sens : décision n° 99-419 D.C. du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116, cons. 76 ; Décision n° 99-422 D.C. du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, Rec. p. 143, cons. 52. Voir : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Rapport France. Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *A.I.J.C.*, 2000, pp. 259-290, spéc. pp. 280 et s.

²¹²⁹ J.-E. SCHOETTL, note sous Décision n° 98-403 D.C. du 29 juillet 1998 : *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, *A.J.D.A.*, 20 septembre 1998, pp. 705-715, spéc. p. 711.

²¹³⁰ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 8.

²¹³¹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 4.

²¹³² *Supra*, n° 811 et s.

²¹³³ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, p. 70.

²¹³⁴ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 57-66, 72-88.

ne comporte « aucune *privation* de la liberté individuelle » et qu'ainsi, « le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution est inopérant »²¹³⁵.

1130. Cette redéfinition de l'article 66 de la Constitution résulte également de la décision du 19 janvier 2006 relative à la loi sur la lutte contre le terrorisme, dans laquelle le Conseil exclut cette disposition du contrôle de constitutionnalité de la procédure de réquisition de données techniques de connexion²¹³⁶. Dès lors, le resserrement du rayon d'action de la liberté individuelle est significatif. Celle-ci est dorénavant centrée sur la sûreté.

1131. Plusieurs raisons expliquent ce revirement jurisprudentiel. A titre principal, il se justifie par la nécessité de clarifier les règles de répartition des compétences entre les juges administratif et judiciaire. Comme le souligne Annabelle Pena-Soler, la surexploitation de l'article 66 de la Constitution s'est accompagnée d'un télescopage entre la réserve de compétence du juge judiciaire, posée en matière de liberté individuelle, et celle reconnue en faveur du juge administratif²¹³⁷, pour connaître de l'annulation et de la réformation des actes pris dans l'exercice des prérogatives de puissance publique²¹³⁸. Le resserrement du champ d'application de l'article 66 redonnerait un caractère opératoire à cette répartition juridictionnelle²¹³⁹.

1132. Une seconde raison peut être avancée. Le fait que la redéfinition de l'article 66 de la Constitution intervienne dans les décisions phares de la conciliation entre les droits et libertés garantis *et* les objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public ne semble pas être le fruit du hasard. Les travaux législatifs manifestent la volonté de « contourner » l'intervention de l'autorité judiciaire, afin de répondre efficacement aux exigences de l'ordre public.

1133. Les mesures de police administrative visant à prévenir des infractions prédéterminées l'illustrent notamment. Lors de la présentation du projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme en 2005, le gouvernement justifie la possibilité de consultation de certains fichiers

²¹³⁵ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 68.

²¹³⁶ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 8 et s. Le Conseil considère que « l'article 66 de la Constitution [...] ne saurait être méconnu par une disposition qui se borne à instaurer une procédure de réquisition de données techniques ».

²¹³⁷ A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, p. 1679.

²¹³⁸ Décision n° 86-224 D.C. du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *Rec.* p. 8, cons. 15.

²¹³⁹ A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, pp. 1679 et s. ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Rapport France. Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *op. cit.*, pp. 280 et s. ; J. MOREAU, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 1670 et s.

administratifs du ministère de l'intérieur par les services chargés de prévenir les actions terroristes, « pour des raisons évidentes de réactivité ». Selon l'exposé des motifs, ce travail « ne peut s'opérer que dans un cadre de police administrative, préalable au déclenchement de la procédure judiciaire, qui possède ses contraintes procédurales propres »²¹⁴⁰. En insérant la prévention des infractions dans les finalités de la police administrative, le législateur justifie la non-intervention de l'autorité judiciaire²¹⁴¹. La redéfinition du champ d'application de l'article 66 de la Constitution par le Conseil constitutionnel permet de rétablir la distinction entre police administrative et police judiciaire²¹⁴², alors même que cette distinction est édulcorée lorsque sont concrétisées les exigences de l'ordre public.

1134. Le critère de la qualification juridique de la mesure de police tend ainsi à prévaloir, dans la distribution des compétences entre juges judiciaire et administratif, sur celui de la liberté, induit par l'article 66 de la Constitution. La motivation retenue par le Conseil dans la décision du 19 janvier 2006 le confirme. Elle montre la volonté du juge « d'abattre la vision dogmatique assimilant toute restriction de liberté (du fait de la police administrative) à une atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, et appelant dès lors l'intervention du juge judiciaire »²¹⁴³. La précision de la distinction entre la police administrative et la police judiciaire, opérée par le Conseil²¹⁴⁴, constitue le corollaire indispensable au resserrement du champ d'application de la liberté individuelle.

1135. Par conséquent, la concrétisation des exigences de l'ordre public et le respect du pouvoir d'appréciation du législateur en la matière apparaissent comme le soubassement de la redéfinition étroite de l'article 66 de la Constitution. A l'image du principe des vases communicants, ce processus engendre une redéfinition extensive des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789.

²¹⁴⁰ N. SARKOZY, *Projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, n° 2615, Exposé des motifs, Assemblée Nationale, 26 octobre 2005, p. 9.

²¹⁴¹ Cette technique d'évitement de l'autorité judiciaire est déplorée par le sénateur J.-J. SUEUR, pour qui « le texte dans son ensemble a malheureusement pour objet de dessaisir les juges de leurs prérogatives. Or, qu'il s'agisse de vidéosurveillance, de contrôle des déplacements, des communications et des échanges téléphoniques et électroniques, [...] il est nécessaire que certaines dispositions soient prises par l'autorité judiciaire ». Voir : J.-J. SUEUR, in *compte rendu des débats du Sénat sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, 22 décembre 2005. Voir sur ce point : M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, op. cit., p. 218.

²¹⁴² A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », op. cit., spéc. pp. 1680 et s.

²¹⁴³ J.-E. SCHOETTL, « La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 5-7 février 2006, pp. 20-39, spéc. p. 26. Dans le même sens : A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », op. cit., p. 1682.

²¹⁴⁴ *Supra*, n° 662 et s.

b) La redéfinition extensive des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789

1136. Le resserrement du champ d'application de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle s'accompagne d'un travail de redéfinition des fondements des droits et libertés anciennement protégés par l'article 66 de la Constitution. Comme il a été indiqué, le respect du droit à la vie privée²¹⁴⁵, la liberté d'aller et venir²¹⁴⁶, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances²¹⁴⁷ et la liberté du mariage²¹⁴⁸ bénéficient désormais de fondements autonomes, aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789²¹⁴⁹. A ces droits-libertés, s'ajoute la liberté personnelle. Apparue à la fin des années 1980 dans deux décisions du Conseil constitutionnel²¹⁵⁰, celle-ci trouve une assise dans les articles 2 et 4 de la Déclaration, depuis la décision du 20 novembre 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration²¹⁵¹. De la sorte, le Conseil a singulièrement enrichi le champ d'application matériel de ces deux articles, dont les applications jurisprudentielles étaient relativement faibles jusqu'alors²¹⁵².

1137. Rattacher ces droits-libertés à des fondements propres participe à l'idée de « désengorger » le champ d'application de l'article 66 de la Constitution. L'objectif est de redonner à la juridiction administrative la place qui lui revient en vertu du principe fondamental reconnu par les lois de la République, faisant d'elle juge de la légalité des actes administratifs²¹⁵³.

1138. L'émergence de la liberté personnelle dans la jurisprudence constitutionnelle en constitue une illustration révélatrice²¹⁵⁴. Elle apparaît comme une notion fonctionnelle, telle

²¹⁴⁵ Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *précitée*, cons. 45.

²¹⁴⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 8.

²¹⁴⁷ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 4.

²¹⁴⁸ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 22.

²¹⁴⁹ Constamment confirmé depuis : décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 2 ; Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 9 ; Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 21.

²¹⁵⁰ Décision n° 88-244 D.C. du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*, *Rec.* p. 119 ; Décision n° 89-257 D.C. du 25 juillet 1989, *Prévention des licenciements économiques*, *Rec.* p. 59.

²¹⁵¹ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 22.

²¹⁵² T. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 13 et s.

²¹⁵³ Décision n° 86-224 D.C. du 23 janvier 1987, *précitée*, cons. 15.

²¹⁵⁴ A. PARIENTE, « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in J.-F. AUBY et al., *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 267-282 ; H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, spéc. pp. 35-56.

que définie par le Doyen Georges Vedel²¹⁵⁵. Son activation par le Conseil constitutionnel, principalement dans le domaine de la protection des données personnelles, vise avant tout à ramener à de plus justes proportions le rayonnement de l'article 66 de la Constitution et le champ de compétence du juge judiciaire²¹⁵⁶.

1139. La mobilisation de cette liberté tend à reproduire un schéma identique à celui de la liberté individuelle, puisque le Conseil qualifie la liberté du mariage²¹⁵⁷ et la liberté d'aller et venir²¹⁵⁸ de composantes de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Ce transfert de tutelle, opéré en faveur de la liberté personnelle²¹⁵⁹, témoigne de sa seule vocation substitutive²¹⁶⁰. Elle permet d'éviter l'intervention systématique du juge judiciaire, induite par la référence à la liberté individuelle²¹⁶¹.

1140. L'intérêt de la redéfinition des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 semble de ce fait mitigé. Parfois saluée²¹⁶², celle-ci fait face à des critiques doctrinales. Selon Marthe Fatin-Rouge Stefanini, il est regrettable que le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 2 de la Déclaration, à savoir à une notion encore plus large que la liberté individuelle, pour consacrer le droit, si élémentaire, au respect de la vie privée²¹⁶³. De même, la question se pose de savoir si le principe général de liberté énoncé aux articles 2 et 4 de la Déclaration constitue un fondement constitutionnel « plus solide, plus explicite » et donc « plus convaincant » que l'article 66 de la Constitution²¹⁶⁴. Pour Véronique Champeil-Desplats, ce travail de

²¹⁵⁵ Les notions *conceptuelles*, à savoir celles qui « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels » et dont « le contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes », se distinguent des notions purement *fonctionnelles*, qui « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité ». Voir : G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.* 1950.I.851.

²¹⁵⁶ A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, spéc. pp. 1678 et s.

²¹⁵⁷ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 94.

²¹⁵⁸ Décision n° 2012-279 Q.P.C. du 5 octobre 2012, *M. Jean-Claude P.*, *Rec.* p. 514, cons. 15.

²¹⁵⁹ O. DUTHEILLET DE LAMOTTE, « Les aspects constitutionnels de la liberté personnelle – Table ronde », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2006, pp. 44-45.

²¹⁶⁰ B. GENEVOIS, « Préface », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2006, pp. 7-16, spéc. p. 12.

²¹⁶¹ Sa seconde fonction potentielle, tenant à la reconnaissance de libertés nouvelles, a été faiblement mise en œuvre par le Conseil constitutionnel. Voir : A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, pp. 1685 et s.

²¹⁶² J.-E. SCHOETTL, « La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 26.

²¹⁶³ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Rapport France. Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *op. cit.*, p. 283.

²¹⁶⁴ C. LAZERGES et D. ROUSSEAU, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *op. cit.*, p. 1154 ; M. VERPEAUX, « Les aspects constitutionnels de la liberté personnelle – table ronde », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2006, p. 44.

redéfinition est peu significatif, dans la mesure où il ne s'accompagne pas d'une consécration de nouveaux droits et libertés²¹⁶⁵.

1141. Surtout, la redéfinition extensive des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 n'implique pas un élargissement du champ d'application matériel des droits-libertés qu'ils protègent, mais un affaïssement des prérogatives en faveur de leurs bénéficiaires. Le champ de protection constitutionnelle de ces droits-libertés apparaît amoindri, suite à la redéfinition de leurs fondements.

c) Conséquences sur la protection constitutionnelle des droits-libertés

1142. La redéfinition de l'article 66 de la Constitution et des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 engendre un resserrement du champ d'application matériel de la liberté individuelle ainsi que de ses anciennes composantes. La première est dorénavant cantonnée à la seule interdiction de la détention arbitraire ; les bénéficiaires des secondes ne disposent plus de la garantie de l'intervention de l'autorité judiciaire, lorsqu'une mesure législative relève du champ d'application de ces droits-libertés.

1143. Par exemple, les dispositions relatives à la fouille des véhicules, contrôlées en 1977 et en 1995 au regard de la liberté individuelle²¹⁶⁶, ne sont plus contrôlées à l'aune de l'article 66 de la Constitution. Comme le précisent Christine Lazerges et Dominique Rousseau, les visites de véhicules relèvent uniquement d'une confrontation à la liberté d'aller et venir, au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile qui, selon la nouvelle « doctrine » du Conseil, échappent au champ couvert par l'article 66 de la Constitution²¹⁶⁷. Il en résulte un appauvrissement des prérogatives fondamentales inhérentes au droit au respect de la vie privée, à la liberté d'aller et venir et à l'inviolabilité du domicile.

1144. Néanmoins, la garantie de l'intervention du juge judiciaire ne disparaît pas totalement, y compris lorsque sont seulement en cause ces droits-libertés. Il peut être observé une « substitution de garanties » au sein de la jurisprudence constitutionnelle. En premier lieu, si

²¹⁶⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE, *Frontières du Droit, critiques des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., Maison des sciences et de l'homme, réseau européen droit et société, Paris, 2007, pp. 251-254, spéc. p. 253.

²¹⁶⁶ Décision n° 76-75 D.C. du 22 janvier 1977, *précitée*, cons. 2-4; Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 19.

²¹⁶⁷ C. LAZERGES et D. ROUSSEAU, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *op. cit.*, p. 1153.

l'intervention du juge judiciaire induite par la liberté individuelle n'est plus requise, elle l'est de nouveau lorsque le contrôle de constitutionnalité porte sur des mesures de police judiciaire. Il a été indiqué que le contrôle et la direction de l'autorité judiciaire sur les mesures qualifiées comme telles constitue une « limite aux limites » qui leur est spécifique²¹⁶⁸. Si la compétence du juge judiciaire disparaît comme garantie de la liberté individuelle lorsque sont en cause des mesures seulement restrictives de liberté, elle réapparaît à titre d'instrument de contrôle des mesures de police judiciaire, rattaché à l'article 66 de la Constitution.

1145. C'est pourquoi, dans la décision du 13 mars 2003 portant sur la loi relative à la sécurité intérieure, le Conseil se réfère à cette disposition pour apprécier la constitutionnalité des mesures de fouille des véhicules²¹⁶⁹. Cela explique également pourquoi l'activation de la liberté personnelle ne remplit qu'une fonction résiduelle dans la jurisprudence, puisque la réserve de compétence du juge administratif qu'elle est censée préserver heurte celle du juge judiciaire, seul compétent pour contrôler les opérations de police judiciaire²¹⁷⁰.

1146. En second lieu, les compétences reconnues au juge judiciaire constituent des garanties prises en compte par le Conseil constitutionnel pour apprécier la proportionnalité de mesures mettant en cause le droit au respect de la vie privée. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relatives aux évolutions de la criminalité, il considère, à propos du fichier judiciaire national des auteurs d'infractions sexuelles, qu'eu égard « aux garanties apportées par les conditions d'utilisation et de consultation du fichier et *par l'attribution à l'autorité judiciaire du pouvoir d'inscription et de retrait des données nominatives* [...], les dispositions contestées sont de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »²¹⁷¹.

1147. En dépit de la substitution de garanties observée, le champ de protection constitutionnelle des anciennes composantes de la liberté individuelle s'est réduit²¹⁷². L'intervention de l'autorité judiciaire induite par la liberté individuelle et celle requise lors du contrôle des mesures de police judiciaire ne sont pas strictement identiques. La protection offerte au titre de la première, bien qu'en recul et graduée²¹⁷³, demeure davantage protectrice

²¹⁶⁸ *Supra*, n° 686 et s.

²¹⁶⁹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 7 et s.

²¹⁷⁰ A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, spéc. p. 1688.

²¹⁷¹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 87 (souligné par nous).

²¹⁷² A. PARIENTE, « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 281.

²¹⁷³ *Supra*, n° 825 et s.

que celle découlant du contrôle des mesures de police judiciaire²¹⁷⁴. De même, les compétences reconnues à l'autorité judiciaire, lors du contrôle de proportionnalité des mesures affectant le droit au respect de la vie privée, ne constituent qu'une garantie, parmi d'autres, qui n'est pas imposée par le texte constitutionnel. Comme le relève Alain Pariente, le passage « d'une intervention obligatoire de l'autorité judiciaire en matière de liberté individuelle à une intervention possible de l'autorité judiciaire en matière de liberté personnelle » traduit la mise en place d'un régime moins protecteur des libertés²¹⁷⁵.

1148. La redéfinition des fondements de ces droits-libertés aboutit, en conséquence, à un resserrement de leur protection constitutionnelle²¹⁷⁶. Par ailleurs, la conciliation opérée par le législateur peut conduire le Conseil à redéfinir directement le contenu de droits et libertés garantis.

B) La redéfinition du contenu de droits et libertés garantis

1149. La conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et l'exercice des droits garantis donne des indications précieuses sur le domaine protégé du droit fondamental concilié. Les déclarations de conformité par le Conseil constitutionnel peuvent engendrer une redéfinition des contours du droit, par rapport à un état antérieur de la jurisprudence. L'analyse de ses décisions permet de rendre compte du champ de protection des droits et libertés concernés. Tel est le cas de la présomption d'innocence (a), de l'individualisation des peines (b) et de l'inviolabilité du domicile (c).

a) Le droit à la présomption d'innocence

1150. Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel portant sur la conciliation entre les objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public et le droit à la présomption d'innocence tendent à redéfinir les contours de ce principe cardinal du droit pénal. Consacré à l'article 9 de la Déclaration de 1789 et mobilisé pour la première fois dans

²¹⁷⁴ *Supra*, n° 686 et s.

²¹⁷⁵ A. PARIENTE, « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 281.

²¹⁷⁶ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Les aspects constitutionnels de la liberté personnelle – Table ronde », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2006, p. 54.

la décision du 20 janvier 1981 portant sur la loi Sécurité et liberté²¹⁷⁷, il signifie que tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable. Il s'impose à l'autorité judiciaire, et plus largement à toutes les autorités de l'État²¹⁷⁸. Ces dernières ne doivent pas laisser penser qu'une quelconque culpabilité est envisagée avant que la décision de la juridiction de jugement n'intervienne. Or, ce principe est progressivement redéfini au fil des décisions du Conseil constitutionnel.

1151. Le resserrement du domaine protégé du droit à la présomption d'innocence trouve une illustration notoire dans la décision du 16 juin 1999, relative à la loi portant sur la sécurité routière. Le Conseil admet la constitutionnalité d'une disposition modifiant le Code de la route, qui instaure une « présomption de culpabilité » dans le domaine contraventionnel. Elle a pour objet de mettre à la charge de la personne poursuivie la preuve de son innocence, au motif que cette dernière est la mieux placée pour apporter les justifications nécessaires à son exonération²¹⁷⁹. En vertu de l'article 9 de la Déclaration, le Conseil considère que le législateur ne peut, en principe, instituer ce type de mesures en matière répressive. Il ajoute toutefois qu'« à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »²¹⁸⁰.

1152. L'apport de cette décision est précieux. Le Conseil admet, pour la première fois, une limite à l'interdiction faite au législateur d'instaurer une présomption de culpabilité. La « zone de réglementation » du droit à la présomption d'innocence s'étend donc au détriment de la « zone de protection »²¹⁸¹ et s'en trouve par là même précisée. En considérant que des présomptions de culpabilité peuvent être instaurées « *notamment* en matière contraventionnelle »²¹⁸², le Conseil redéfinit les contours du droit à la présomption d'innocence. De telles mesures pourraient être établies dans les matières délictuelle et

²¹⁷⁷ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 33 et 37.

²¹⁷⁸ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, spéc. pp. 412-413 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, Paris, 7^e édition, 2013, p. 636.

²¹⁷⁹ J. BUISSON, « Les présomptions de culpabilité », *Procédures*, 1999, chron. 15, pp. 3-4 ; F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, P.U.F., coll. Major, 4^e édition, 2012, pp. 373-374.

²¹⁸⁰ Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *précitée*, cons. 5.

²¹⁸¹ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 80-81.

²¹⁸² Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *précitée*, cons. 5 (souligné par nous).

criminelle, sous les réserves énoncées, introduisant des limites conséquentes au principe protégé par l'article 9 de la Déclaration²¹⁸³.

1153. Cette hypothèse n'est pas purement théorique puisqu'elle a été envisagée dans la décision du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure. Le Conseil constitutionnel y déclare conforme à la Constitution une disposition autorisant le retrait de la carte de séjour temporaire à l'étranger passible de poursuites pénales, sur le fondement d'une liste de crimes et délits déterminés²¹⁸⁴. Autrement dit, il admet la possibilité, pour l'autorité compétente, de retirer la carte de séjour temporaire de l'étranger seulement soupçonné d'avoir commis certains faits²¹⁸⁵.

1154. Certes, le domaine protégé du droit à la présomption d'innocence n'est pas ici altéré, puisque le Conseil considère que ce droit ne peut être invoqué en dehors du domaine répressif²¹⁸⁶. Il n'en reste pas moins qu'une présomption de culpabilité en matière délictuelle et criminelle est instaurée, à partir de laquelle les autorités de l'État peuvent tirer des conséquences immédiates pour la personne considérée avant sa condamnation définitive²¹⁸⁷. La réserve d'interprétation introduite par le Conseil, précisant que seuls les étrangers « ayant commis les faits qui les exposent aux condamnations prévues par les dispositions du code pénal » sont concernés²¹⁸⁸, vise à remédier à la latitude laissée à l'autorité compétente, en imposant que les mesures de police remettant en cause une situation individuelle soient motivées²¹⁸⁹.

1155. La jurisprudence constitutionnelle permet d'appréhender également ce que contient le domaine protégé du droit à la présomption d'innocence. La décision du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet illustre les prérogatives reconnues aux bénéficiaires de ce droit. En l'espèce, étaient examinées plusieurs dispositions du Code de la propriété intellectuelle, créées afin de lutter contre la contrefaçon sur

²¹⁸³ C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *op. cit.*, spéc. p. 39.

²¹⁸⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 81-87.

²¹⁸⁵ A savoir les faits de proxénétisme, de traite des êtres humains, d'exploitation de la mendicité, de vol à la tire dans les transports collectifs et de racolage.

²¹⁸⁶ *Idem*, cons. 85. Sur ce point : *infra*, n° 1198 et s.

²¹⁸⁷ C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *op. cit.*, spéc. p. 39.

²¹⁸⁸ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 84.

²¹⁸⁹ O. LECUCQ, « Commentaire de la décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003. Loi pour la sécurité intérieure », *R.F.D.C.*, 2003, pp. 760-764, spéc. p. 762.

internet²¹⁹⁰. L'article L. 336-3 instituait un mécanisme de responsabilité personnelle fondée sur la répression de la méconnaissance, par la personne abonnée à un accès à internet, de l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de contrefaçon. L'article L. 331-21 imposait alors aux agents de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) de constater l'élément matériel des manquements à l'obligation de surveillance, constitué uniquement par l'existence d'actes de contrefaçon identifiés sur internet.

1156. La possibilité que l'abonné ne soit pas l'auteur des actes de contrefaçon posait la question de l'institution d'une culpabilité pour autrui dont l'abonné ne pourrait s'exonérer²¹⁹¹. Ces dispositions revenaient à ce que seul le titulaire du contrat d'abonnement d'accès à internet puisse faire l'objet des sanctions instituées par le dispositif²¹⁹². Pour s'en exonérer, il lui incombait, selon l'article L. 331-38 du Code, de produire les éléments de nature à établir que l'atteinte portée au droit d'auteur et aux droits voisins procédait de la fraude d'un tiers.

1157. Après avoir rappelé son considérant de principe dégagé dans la décision du 16 juin 1999, le Conseil déclare l'ensemble de ce dispositif répressif contraire à la Constitution. Il considère qu'« en opérant un renversement de la charge de la preuve, l'article L. 331-38 institue, en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions *privatives ou restrictives de droit* »²¹⁹³.

1158. Cette décision précise l'étendue du domaine protégé par le droit à la présomption d'innocence. Ce droit n'interdit pas l'instauration, à titre exceptionnel, de présomptions de culpabilité en matière répressive²¹⁹⁴. Le Conseil souligne néanmoins que le droit à la présomption d'innocence prohibe de telles mesures lorsqu'elles engendrent une inversion de

²¹⁹⁰ Décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec. p. 107, cons. 8-20.

²¹⁹¹ Commentaire de la décision n° 2008-580 D.C. – 10 juin 2009, *Loi relative à la diffusion et à la protection de la création sur internet*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, p. 13.

²¹⁹² Décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *précitée*, cons. 18.

²¹⁹³ *Idem*, cons. 17-18 (souligné par nous).

²¹⁹⁴ J.-P. FELDMAN, « Le Conseil constitutionnel, la loi "Hadopi" et la présomption d'innocence », *J.C.P. G.*, n° 28, 6 juillet 1999, pp. 25-28, spéc. p. 28.

la charge de la preuve et le prononcé de sanctions privatives ou restrictives de droit²¹⁹⁵. La conciliation opérée par le législateur et contrôlée par le Conseil constitutionnel conduit par conséquent ce dernier à redéfinir progressivement les contours du droit à la présomption d'innocence. Ce processus se mesure également à l'égard du droit à l'individualisation de la peine.

b) Le droit à l'individualisation de la peine

1159. Dans la jurisprudence constitutionnelle, le droit à l'individualisation de la peine constitue le soubassement du principe de nécessité et de proportionnalité des peines. Apparu en 1978²¹⁹⁶, puis en 1981 dans la décision relative à la loi sécurité et liberté²¹⁹⁷, il est expressément rattaché à l'article 8 de la Déclaration de 1789, depuis la décision du 22 juillet 2005 relative au déroulement de la procédure du plaider-coupable²¹⁹⁸. Révélateur du travail de redéfinition des droits garantis, le principe d'individualisation des peines est progressivement précisé par le Conseil constitutionnel.

1160. Dès 1981, le Conseil considère que l'article 8 de la Déclaration n'implique pas que la nécessité des peines soit appréciée « du seul point de vue de la personnalité du condamné ». Il ajoute que, « si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu, prévalant [...] dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale »²¹⁹⁹. Le Conseil souligne que ce principe ne saurait faire obstacle « à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un *large* pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répressive effective des infractions »²²⁰⁰. Or, ce pouvoir de modulation du traitement pénal du condamné reconnu au juge apparaît de plus en plus réduit.

²¹⁹⁵ Dans le même sens, décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 33, dans laquelle le Conseil constitutionnel rappelle le principe selon lequel « le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive » et vérifie que la disposition critiquée, qui réprime le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, n'instaure pas de responsabilité pénale pour des faits commis par un tiers et qu'elle « ne crée ni présomption de culpabilité, ni inversion de la charge de la preuve ».

²¹⁹⁶ Décision n° 78-97 D.C. du 27 juillet 1978, *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises*, *Rec.* p. 31, cons. 4.

²¹⁹⁷ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 15-16.

²¹⁹⁸ Décision n° 2005-520 D.C. du 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, *Rec.* p. 118, cons. 3.

²¹⁹⁹ Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 15-16.

²²⁰⁰ *Ibidem* (souligné par nous).

1161. Le principe d'individualisation implique qu'une peine ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce²²⁰¹. Deux critères se dégagent de la jurisprudence constitutionnelle. L'un tient au prononcé de la peine par le juge ; le second, à sa faculté de faire varier le quantum de la peine²²⁰². Par exemple, le Conseil constitutionnel censure, dans la décision du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, la disposition selon laquelle « tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an, sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée »²²⁰³.

1162. Pour autant, deux décisions du Conseil portant sur la conciliation entre les exigences de l'ordre public et l'exercice des droits garantis témoignent d'un resserrement du domaine de protection du droit à l'individualisation des peines. Dans la décision Q.P.C. du 29 septembre 2010, *M. Thierry B.*, le Conseil considère que ne porte pas atteinte au domaine protégé de l'article 8 de la Déclaration de 1789 une disposition privant le juge du choix de la peine, tout en lui préservant le pouvoir de l'individualiser. En l'espèce, l'examen portait sur l'article L. 234-13 du Code de la route, selon lequel « toute condamnation pour l'une des infractions commises en état de récidive au sens de l'article 132-10 du Code pénal donne lieu de plein droit à l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis de conduire pendant trois ans au plus ».

1163. Pour le Conseil, « si le juge, qui prononce une condamnation pour de telles infractions commises en état de récidive légale, *est tenu de prononcer* l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis, il peut, outre la mise en œuvre des dispositions du code pénal relatives aux dispense et relevé des peines, fixer la durée de l'interdiction dans la limite du maximum de trois ans [...] ; dans ces conditions, le juge n'est *pas privé du pouvoir d'individualiser la peine* »²²⁰⁴.

²²⁰¹ Décision n° 99-410 D.C. du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie*, Rec. p. 51, cons. 41 ; Décision n° 2010-6/7 Q.P.C. du 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres*, Rec. p. 111, cons. 5 ; Décision n° 2010-40 Q.P.C. du 29 septembre 2010, *M. Thierry B.*, Rec. p. 255, cons. 3 ; Décision n° 2010-72/75/82 Q.P.C. du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres*, Rec. p. 382, cons. 3 ; décision n° 2013-329 Q.P.C. du 28 juin 2013, *Société Garage Dupasquier*, J.O.R.F. du 30 juin 2013, p. 10964, cons. 3. Sur ce point : V. PELTIER, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Droit pénal*, mars 2011, pp. 13-18, spéc. p. 13 ; Etudiants du Master 2 Recherche droit pénal de Bordeaux, « La nécessité des peines », *Droit pénal*, septembre 2011, pp. 25-27.

²²⁰² Commentaire aux Cahiers, décision n° 2010-104 Q.P.C. du 17 mars 2011, *Epoux B.*, p. 16.

²²⁰³ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 49. Voir également : décision n° 93-321 D.C. du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, Rec. p. 196, cons. 15.

²²⁰⁴ Décision n° 2010-40 Q.P.C. du 29 septembre 2010, *précitée*, cons. 5 (souligné par nous).

1164. Deux enseignements peuvent être tirés de cette décision. D'une part, il semble inexact de considérer que le juge « est tenu de prononcer » une telle peine puisque, selon les termes de la loi, la condamnation initiale « donne lieu de plein droit » à l'annulation. Cet effet est attaché par la loi à la condamnation, sans aucune intervention du juge, qui n'a pas à la prononcer, pas plus qu'il ne peut s'y opposer²²⁰⁵. La première prérogative découlant de l'individualisation des peines est donc paralysée.

1165. D'autre part, il résulte de la décision que, même si le juge ne peut décider du prononcé de la peine, son pouvoir d'individualisation est préservé puisqu'il peut fixer la durée de l'interdiction, dans les conditions prévues par la loi. Loin de conférer aux bénéficiaires du droit à l'individualisation des peines la garantie d'un « large pouvoir d'appréciation » de l'autorité judiciaire, tel que retenu en 1981, l'individualisation des peines tient à la seule préservation du pouvoir du juge. Autrement dit, si le juge détient ne serait-ce qu'une mince possibilité d'adapter la peine au condamné, le principe découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 n'est pas considéré comme altéré.

1166. Il en est de même dans la décision du 9 août 2007, relative à la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs. En l'espèce, la garantie tenant à la possibilité pour le juge de faire varier le quantum de la peine « en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce » a été interprétée étroitement par le juge constitutionnel. Il considère que les dispositions instituant des peines minimales de privation de liberté pour des faits commis en état de première récidive ne portent pas atteinte à l'article 8 de la Déclaration, dans la mesure où « la juridiction peut prononcer une peine inférieure au seuil fixé en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci »²²⁰⁶.

1167. En revanche, est déclarée conforme à la Constitution la disposition prévoyant des peines minimales de privation de liberté pour des faits commis une nouvelle fois en état de récidive légale, alors même que la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure au seuil minimum « que si l'auteur présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion »²²⁰⁷. De plus, le juge peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement, pour

²²⁰⁵ V. PELTIER, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 16.

²²⁰⁶ Décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *précitée*, cons. 14.

²²⁰⁷ *Idem*, cons. 3 et 15.

un nombre déterminé de délits, uniquement lorsque l'auteur présente de telles garanties et à l'appui d'une décision spécialement motivée²²⁰⁸.

1168. Partant, le Conseil semble s'attacher davantage au maintien d'une possible individualisation qu'aux importantes limites apportées par la loi à cette faculté²²⁰⁹. Le juge conserve uniquement le pouvoir de fixer le régime *d'exécution* de la peine, en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur²²¹⁰. La poursuite de l'exigence d'ordre public tenant à la lutte contre la récidive conduit le Conseil constitutionnel à réinterpréter, de manière restrictive, le pouvoir du juge dans la *fixation* de la sanction pénale et à limiter la portée du droit à l'individualisation de la peine. Ce droit implique seulement que le prononcé de la peine ne revêt pas un caractère purement automatique²²¹¹.

1169. Le processus de redéfinition de la portée des droits fondamentaux constitutionnels vise particulièrement les droits-garanties. Un constat similaire peut être dressé en matière de droits-libertés, comme le prouve l'analyse du droit à l'inviolabilité du domicile.

c) Le droit à l'inviolabilité du domicile

1170. Outre le travail de redéfinition dont le fondement du droit à l'inviolabilité du domicile a fait l'objet, le domaine protégé de ce droit-liberté est peu à peu réinterprété par le juge constitutionnel. Après avoir été garanti dans le cadre de la liberté individuelle protégée par l'article 66 de la Constitution²²¹², l'inviolabilité du domicile trouve une assise textuelle dans les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, depuis la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité²²¹³. Or, dans cette même décision, le Conseil poursuit la redéfinition de la portée de ce droit, amorcée lors de la décision du 16 juillet 1996 relative à la loi renforçant la répression du terrorisme.

²²⁰⁸ Pour un récapitulatif des cas de récidive applicables à l'issue de cette loi, voir : S. DEBAIL, « La loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », *Regards sur l'actualité*, n° 336, 2007, pp. 37-53.

²²⁰⁹ A. JENNEQUIN, « Le contrôle de compatibilité avec la Constitution en matière de droit pénal », *A.J.D.A.*, 24 mars 2008, n°11, pp. 594-597, spéc. p. 596. En ce sens également : C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *op. cit.*, p. 36.

²²¹⁰ Décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *précitée*, cons. 16-18. Voir notamment : Commentaire aux Cahiers, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, pp. 10-13, spéc. p. 11.

²²¹¹ *Ibidem*.

²²¹² Décision n° 83-164 D.C. du 29 décembre 1983, *précitée*, cons. 28 ; Décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990, *Loi sur la réglementation des télécommunications*, *Rec.* p. 91, cons. 8.

²²¹³ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 4.

1171. Il semblait résulter du droit positif et de la jurisprudence que les bénéficiaires du droit à l'inviolabilité du domicile étaient protégés des mesures de police telles que les visites, saisies et perquisitions menées lors des enquêtes de flagrance et préliminaires, ou au cours de l'instruction, entre 21 heures et 6 heures du matin. Ces neuf heures constituent en principe des « heures sacrées », au cours desquelles les autorités répressives ne peuvent réveiller le justiciable à son domicile²²¹⁴. Inscrit à l'article 59 du Code de procédure pénale, cette interdiction s'analyse comme une manifestation du principe de l'inviolabilité du domicile²²¹⁵. Pour le Doyen Jean Carbonnier, le sens de cette garantie repose sur une explication sociologique, tenant à ce que « le droit, en ce qu'il a de plus élémentaire, est fait pour le jour et s'arrête, désarmé, au bord de la nuit »²²¹⁶. Si les exceptions à ce principe se sont multipliées en droit positif²²¹⁷, le Conseil constitutionnel n'a été saisi en la matière qu'en 1996, à propos de la loi renforçant la répression du terrorisme.

1172. En l'espèce, était créée la possibilité d'opérer des perquisitions et des saisies de nuit dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme était en train d'être commis, ainsi qu'à l'occasion d'une enquête préliminaire et d'une instruction préparatoire, y compris dans des locaux d'habitation. Les sénateurs requérants estimaient que l'inviolabilité du domicile « ne saurait connaître de telles atténuations », estimant au surplus que la règle posée à l'article 59 du Code de procédure pénale constituait un principe fondamental reconnu par les lois de la République²²¹⁸.

1173. Sans répondre à ce dernier argument, le Conseil constitutionnel considère que les mesures de police mises en œuvre au cours d'une enquête de flagrance et portant sur des crimes ou délits de terrorisme ne portent pas une atteinte excessive au principe d'inviolabilité du domicile²²¹⁹. En revanche, il déclare contraire à la Constitution la possibilité de procéder à de telles opérations durant une enquête préliminaire ou l'instruction, qui plus est lorsque ces opérations sont autorisées dans des locaux d'habitation²²²⁰. Une première brèche est ainsi ouverte dans le champ de protection constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile. Ce droit

²²¹⁴ J.-P. MARGUENAUD, « La nuit en procédure pénale », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le Droit*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 721-732, spéc. p. 721.

²²¹⁵ S. NICOT, note sous Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *R.F.D.C.*, 2004, n° 58, pp. 347-363, spéc. p. 355.

²²¹⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, L.G.D.J., Paris, 7^e édition, 1992, p. 52.

²²¹⁷ H. MATSOPOULO, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de sciences criminelles, Paris, 1996, n° 673-680, pp. 562-568 ; S. NICOT, note sous Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *op. cit.*, p. 355.

²²¹⁸ Saisine par 60 sénateurs, décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 14-15.

²²¹⁹ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 17.

²²²⁰ *Idem*, cons. 18-19.

ne protège plus de manière absolue les bénéficiaires d'une immixtion de nuit de l'autorité de police lors d'une enquête de flagrance pour des actes de terrorisme.

1174. Cette première redéfinition de l'inviolabilité du domicile est poursuivie et amplifiée dans la décision du 2 mars 2004. En premier lieu, le Conseil valide la disposition autorisant à procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction en dehors des heures prévues par l'article 59 du code de procédure pénale, « lorsque les nécessités de l'enquête de flagrance *relative à une infraction mentionnée à l'article 706-73 l'exigent* »²²²¹. L'exception au principe de l'article 59 ne vise plus seulement les actes de terrorisme mais aussi l'ensemble des actes de criminalité et délinquance organisées, inscrits à l'article 706-73 du code de procédure pénale.

1175. L'affaissement du domaine protégé de l'inviolabilité du domicile est d'autant plus notable que le Conseil admet, en second lieu, la constitutionnalité de telles opérations au cours d'une enquête préliminaire²²²² et de l'instruction²²²³. Certes, les perquisitions, visites domiciliaires et saisies ne peuvent être effectuées, lors de l'enquête préliminaire, dans les locaux d'habitation et sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles ont lieu. Pourtant, le Conseil valide ces nouvelles exceptions à la règle posée à l'article 59 du Code de procédure pénale, alors même qu'il les avait censurées huit ans plus tôt.

1176. En dernier lieu, il ne censure pas l'article 706-91 nouveau du Code de procédure pénale. Celui-ci autorise, au cours de l'instruction, des perquisitions, visites domiciliaires et saisies dans des locaux d'habitation, en cas d'urgence²²²⁴ et lorsque ces mesures ne peuvent être réalisées dans d'autres circonstances de temps²²²⁵. Le rempart que semblait contenir le « noyau dur » du droit à l'inviolabilité du domicile – l'interdiction de pénétrer dans des locaux d'habitation entre 21 heures et 6 heures du matin – est donc tombé.

1177. La redéfinition des contours de l'inviolabilité du domicile est par conséquent significative au cours des vingt dernières années. Non seulement son domaine protégé ne comprend plus l'interdiction absolue de toute immixtion de nuit, y compris au sein des locaux

²²²¹ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 43-47 (souligné par nous).

²²²² *Idem*, cons. 48-50.

²²²³ *Idem*, cons. 53-56.

²²²⁴ Dans trois hypothèses limitativement énumérées : « 1° lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant ; 2° lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels ; 3° Lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 ».

²²²⁵ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 56.

d'habitation, mais la zone de réglementation est considérablement étendue. Comme le relève Jean-Pierre Marguenaud, l'idéologie sécuritaire semble perdre « le sens de la nuance, quand elle arme la procédure pénale pour affronter la nuit »²²²⁶. Il reste que le resserrement du contenu des droits et libertés garantis ne constitue pas la seule manifestation du processus plus large de redéfinition. Celui-ci peut également se traduire par la réduction du champ d'application des droits constitutionnels.

§2. La redéfinition du champ d'application des droits garantis

1178. La redéfinition de la portée des droits fondamentaux issue de la conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis peut être plus indirect que dans les cas précédents. Ce processus est susceptible de s'analyser lorsque la réinterprétation d'une notion constitutionnelle engendre un renouvellement du champ d'application des droits et libertés qui s'y rattachent. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce mécanisme se manifeste singulièrement à propos de la notion de « peine » inscrite à l'article 8 de la Déclaration de 1789 et de la notion de « rigueur nécessaire », mentionnée à l'article 9 de cette Déclaration. L'interprétation retenue par le Conseil est décisive, puisque le champ d'application des exigences inscrites dans ces deux dispositions, en dépend.

1179. Après avoir été interprétée très largement, la notion de peine est désormais entendue strictement, de sorte que le champ d'application des droits consacrés par l'article 8 de la Déclaration se réduit nettement (A). En outre, l'interprétation de la « rigueur nécessaire » au sens de l'article 9 de la Déclaration apparaît ambiguë, ce qui pose des difficultés pour identifier le champ d'application de cette disposition (B).

A) Le resserrement du champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789, conséquence de l'interprétation de la « peine »

1180. Comme il l'a été indiqué, la notion de peine est entendue de plus en plus strictement par le Conseil constitutionnel. L'analyse de ses décisions permet de montrer que deux critères, organique et finaliste, sont mobilisés pour l'identifier. Lorsqu'elle intervient dans le champ du

²²²⁶ J.-P. MARGUENAUD, « La nuit en procédure pénale », *op. cit.*, p. 732.

droit pénal proprement dit, une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 est uniquement celle prononcée par la juridiction de jugement et liée uniquement à l'appréciation de la culpabilité. Lorsqu'elle intervient dans le domaine extra-pénal, la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition » à même d'emporter l'application des principes du droit répressif n'est retenue que lorsque la mesure poursuit un but exclusivement répressif²²²⁷.

1181. Si cette analyse a permis de dégager une définition positive de la peine, il est possible de l'examiner de manière négative et d'en étudier les conséquences. Un nombre important de mesures concrétisant les exigences de l'ordre public échappe dorénavant au domaine de protection rattaché à cette notion. Les bénéficiaires des principes constitutionnels du droit répressif sont alors privés de la possibilité de les invoquer comme normes de contrôle. Parmi elles, les mesures de police constituent une catégorie constamment exclue du champ de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (a). En revanche, l'éviction des sujétions (b) et des mesures de sûreté (c) est plus récente et soulève la question de leur protection constitutionnelle.

a) L'exclusion constante des mesures de police administrative

1182. A l'instar du Conseil d'État²²²⁸, le Conseil constitutionnel estime que les principes du droit répressif ne peuvent être invoqués à l'encontre des mesures de police administrative. Les arrêtés de reconduite à la frontière²²²⁹, les mesures d'expulsion²²³⁰, ou encore la mémorisation des empreintes digitales des étrangers qui sollicitent la délivrance d'un titre de séjour²²³¹, sont considérés comme poursuivant par nature un but préventif, de maintien de l'ordre public. De ce fait, les principes découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne sont pas invocables à leur encontre.

1183. L'opération de qualification juridique peut être délicate à effectuer lorsque la décision de l'autorité administrative fait suite à la commission d'une infraction pénale. Le lien entre la condamnation et la mesure de police administrative reviendrait à transformer cette dernière,

²²²⁷ *Supra*, n° 754 et s.

²²²⁸ C.E., 2^e et 6^e sous-sections réunies, 17 janvier 1988, *Ministre de l'intérieur c/ Elfenzi*, *Rec. Lebon*, p. 17.

²²²⁹ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 45.

²²³⁰ Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, *précitée*, cons. 6 ; Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 60.

²²³¹ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 24.

par nature préventive, en sanction, dont le but est de réprimer un acte illégal passé²²³². A ce sujet, le Conseil tend à retenir une interprétation de plus en plus stricte de la peine, favorable à la mesure de police.

1184. Par exemple, dans la décision du 22 avril 1997 portant sur la loi relative à l'immigration, il considère que la mesure de retrait de la carte de séjour temporaire ou de résident à l'employeur revêt le caractère d'une sanction, quand ce dernier est en infraction avec l'article L. 341-6 du Code du travail²²³³ ou qu'il a occupé un travailleur étranger en violation de cette disposition. En conséquence, il revient à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge, de respecter les droits de la défense²²³⁴. A l'inverse, dans la décision du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure, le retrait de la carte de séjour temporaire des personnes « passibles de poursuites pénales » constitue « non une sanction mais une mesure de police »²²³⁵.

1185. Le Conseil considère ici que ce dispositif repose uniquement sur « des motifs d'ordre public » et que le principe des droits de la défense ne peut utilement être invoqué. Pourtant, selon sa réserve d'interprétation, il entend par « personnes passibles de poursuites » les seuls étrangers ayant commis les faits et les exposant à l'une des condamnations prévues²²³⁶. Malgré la similitude de ces deux dispositifs, le Conseil retient une appréciation divergente de la notion de sanction.

1186. La différence d'approche du juge constitutionnel à quelques années d'intervalle se constate également à propos des interdictions de retour sur le territoire français. Tandis qu'en 1993, le Conseil constitutionnel qualifie de sanction cette mesure assortie de plein droit à l'arrêté de reconduite à la frontière²²³⁷, il retient la qualification de mesure de police en 2011²²³⁸. Ce revirement jurisprudentiel est peu fondé, au regard de l'analogie matérielle entre ces deux dispositifs²²³⁹. L'interprétation restrictive de la notion de peine n'est pas sans

²²³² J. DUVIGNAU, « Infraction pénale et expulsion des étrangers », in S. NIQUEGE (dir.), *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010, pp. 98-117, spéc. p. 100.

²²³³ Selon cet article, « Nul ne peut, directement ou par personne interposée, engager, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ».

²²³⁴ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 32.

²²³⁵ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 85.

²²³⁶ *Idem*, cons. 84.

²²³⁷ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 46-49.

²²³⁸ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 52. Sur ce point : *supra*, n° 763 et s.

²²³⁹ H. LABAYLE, « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné », *op. cit.*, spéc. p. 944 ; O. LECUCQ, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *op. cit.*, p. 1941.

conséquences, puisqu'elle engendre *ipso facto* un resserrement du champ d'application des principes constitutionnels du droit répressif. Ces derniers ne s'appliquent que lorsque la mesure répond à une finalité exclusivement répressive, liée à l'appréciation de la culpabilité. L'évaluation de ce paramètre paraît pourtant incertaine, comme en témoigne la jurisprudence relative aux sujétions.

b) L'exclusion discutable des sujétions

1187. Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789 est constante s'agissant des mesures de police administrative, il n'en est pas de même des sujétions imposées aux administrés. Jusqu'en 2003, le Conseil n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur la nature juridique de ce type de mesure au regard des principes rattachés à la peine. Un tel moyen fut soulevé lors de l'examen de la loi relative à la sécurité intérieure, à propos des pouvoirs de réquisition du préfet en vue de rétablir l'ordre public.

1188. En vertu de l'article L. 2215, 4° du Code général des collectivités territoriales, le préfet peut, en cas d'urgence et « lorsque les moyens à sa disposition ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient les pouvoirs de police [...], réquisitionner tout bien ou service, requérir toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service ou à l'usage de ce bien et prescrire toute mesure utile jusqu'à ce que l'atteinte à l'ordre public ait pris fin ». Le préfet peut aussi faire exécuter d'office les mesures prescrites par arrêté. En cas d'inexécution volontaire par la personne des obligations qui lui incombent, le président du tribunal administratif peut prononcer une astreinte, dans les conditions prévues aux articles L. 911-6 à L. 911-8 du Code de justice administrative. Ce même article prévoit, enfin, que le refus d'exécuter ces mesures constitue un délit, puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 euros d'amende.

1189. Les auteurs des saisines invoquaient une atteinte au principe de nécessité des peines, dans la mesure où l'astreinte peut se cumuler avec la sanction pénale en cas d'inexécution des mesures prescrites par l'autorité préfectorale²²⁴⁰. Pour les députés, cette mesure revenait à conférer au juge administratif « un pouvoir répressif de nature originale »²²⁴¹. Le Conseil

²²⁴⁰ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 3.

²²⁴¹ Saisine par soixante députés, décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*.

rejette néanmoins ce moyen. Il considère que l'astreinte « a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations auxquelles l'arrêté de réquisition la soumet ». Il ajoute, en conséquence, qu'« elle ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration »²²⁴².

1190. Cette solution est critiquable à deux égards. D'une part, elle tranche avec le premier temps de la jurisprudence du Conseil, en vertu duquel le régime de la peine au sens de l'article 8 de la Déclaration n'a cessé de s'étendre à toute « sanction ayant le caractère d'une punition », débordant largement le champ du droit pénal. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux relèvent ainsi que le Conseil n'aurait « pas eu de grand effort à faire pour assimiler astreintes et amendes administratives »²²⁴³.

1191. Cette assimilation aurait eu, d'autre part, l'avantage de permettre au Conseil d'examiner la mesure contestée à l'aune de la nécessité des peines. Il a déjà eu l'occasion de contrôler le cumul de sanctions administratives pécuniaires avec des amendes pénales. Dans ce cas, le principe de proportionnalité implique que le montant global des astreintes et amendes prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues²²⁴⁴. Selon Jean-Eric Schoettl, l'hésitation entre les deux réponses à apporter était légitime. Chaque solution « pouvait s'autoriser de considérations constitutionnelles : la libérale du principe de proportionnalité, la sévère de l'ordre public. La première était plus favorable aux droits individuels ; la seconde à ceux de la collectivité »²²⁴⁵. Le Conseil a donc retenu la seconde, en s'appuyant sur la nature de l'astreinte. Elle est perçue comme une « mesure comminatoire, décidée dans le seul intérêt de l'ordre public »²²⁴⁶.

1192. Cette décision montre dans quelle mesure la poursuite de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public participe au resserrement du champ d'application des principes découlant de l'article 8 de la Déclaration, suite à l'interprétation restrictive de la peine. La redéfinition du domaine protégé de cette disposition est d'autant plus problématique que le législateur multiplie la création de dispositifs à la charnière de la peine. Tel est le cas des mesures de sûreté.

²²⁴² Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 5.

²²⁴³ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.*, 18 septembre 2003, n° 187, pp. 6-13, spéc. p. 11.

²²⁴⁴ Voir notamment : décision n° 97-395 D.C. du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, *Rec.* p. 333, cons. 41.

²²⁴⁵ J.-E. SCHOETTL, « La loi pour la sécurité intérieure devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 28 mars 2003, n° 63, pp. 4-26, spéc. p. 7.

²²⁴⁶ *Ibidem*.

c) L'exclusion problématique des mesures pénales faisant suite à une condamnation

1193. La distinction entre les peines et les mesures qui lui sont connexes est d'autant plus délicate à opérer lorsque ces dernières sont décidées par les autorités judiciaires elles-mêmes. Il a été démontré que la différenciation retenue par le Conseil constitutionnel repose sur un double critère : la peine est uniquement celle prononcée par la juridiction de jugement et liée exclusivement à l'appréciation de la culpabilité²²⁴⁷. En redéfinissant tant l'organe décisionnel que la finalité de la peine au sens de l'article 8 de la Déclaration, le Conseil exclut plusieurs mesures pénales, dont le nombre n'a cessé d'augmenter ces dernières années pour concrétiser l'objectif de lutte contre la récidive.

1194. Au titre du critère organique, sont exclues les mesures prononcées par la juridiction de l'application des peines. Considérant qu'elles ne constituent que des modalités d'exécution de la peine, le Conseil constitutionnel évince l'application des principes constitutionnels du droit répressif. Cela résulte nettement de la décision du 12 décembre 2005 portant sur la loi relative au traitement de la récidive des pénales. Le Conseil indique que le placement sous surveillance électronique mobile, étant « ordonné par la juridiction de l'application des peines », ne constitue « ni une peine, ni une sanction »²²⁴⁸. Le critère organique revêt une importance telle qu'en 2007, c'est la qualification de peine qui est retenue pour les mesures de surveillance judiciaire prononcées par la juridiction de condamnation²²⁴⁹, alors même qu'elles comprennent des contraintes similaires à celles adoptées en 2005²²⁵⁰.

1195. Au titre du critère finaliste, la jurisprudence du Conseil constitutionnel témoigne là aussi d'une interprétation restrictive du but de la peine au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789²²⁵¹. De fait, les bénéficiaires des principes du droit répressif sont privés de la possibilité de les invoquer dans un nombre croissant de situations. Malgré une position de principe distincte²²⁵², le Conseil n'identifie plus la peine qu'en fonction de sa finalité

²²⁴⁷ *Supra*, n° 755 et s.

²²⁴⁸ Décision n° 2005-527 D.C. du 12 décembre 2005, *précitée*, cons. 14.

²²⁴⁹ Décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *précitée*, cons. 29-33.

²²⁵⁰ M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*, p. 809.

²²⁵¹ *Supra*, n° 755 et s.

²²⁵² Voir notamment : Décision n° 94-334 D.C. du 20 janvier 1994, *précitée*, cons. 12 ; Décision n° 2009-593 D.C. du 19 novembre 2009, *précitée*, cons. 3 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 30, dans lesquelles le Conseil considère que la peine poursuit une pluralité d'objectifs, à la fois répressif et préventif. Sur ce point : T. RENOUX, « Rapport France – Table ronde : Constitution et droit pénal », *op. cit.*, spéc. p. 204.

répressive²²⁵³. Il revient sur le premier temps de sa jurisprudence dégagé en 1986 puis en 1994, où il considère que l'article 8 de la Déclaration ne se cantonne pas aux peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend aux modalités d'exécution de la peine, telles que la période de sûreté²²⁵⁴ et les mesures de sûreté qui les assortissent²²⁵⁵. Désormais, il revient à une vision exclusivement préventive des modalités d'exécution de la peine, ce qui n'est pas sans conséquence sur le périmètre du champ d'application des principes du droit répressif.

1196. Ainsi, le régime de surveillance judiciaire, institué en 2005, n'est pas considéré comme une peine ou une sanction, dans la mesure où il « ne repose pas sur la culpabilité du condamné mais sur sa dangerosité » et qu'il a « pour seul but de prévenir la récidive »²²⁵⁶. Il en est de même de la rétention de sûreté. Celle-ci a « pour but d'empêcher et de prévenir la récidive »²²⁵⁷. Tel est enfin le cas de l'inscription de l'identité d'auteurs d'infractions sexuelles, suite à leur condamnation dans un fichier judiciaire national automatisé. Créé en 2004, son objet consiste seulement à prévenir le renouvellement de telles infractions et à faciliter l'identification de leurs auteurs. Dès lors, le Conseil exclut la qualification de sanction²²⁵⁸.

1197. Dans l'ensemble de ces situations, les bénéficiaires des principes de l'article 8 de la Déclaration ne peuvent les invoquer, le Conseil retenant une conception étroite de son champ d'application dans le domaine pénal. La question se pose alors de la protection constitutionnelle de ces mesures²²⁵⁹. A ce sujet, le Conseil constitutionnel procède à une redéfinition des principes découlant de l'article 9 de la Déclaration. Néanmoins, l'identification de leur champ d'application demeure délicate.

²²⁵³ J.-F. DE MONTGOLFIER, « L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine », *op. cit.*, p. 237.

²²⁵⁴ Décision n° 86-215 D.C. du 3 septembre 1986, *précitée*, cons. 3 et 23.

²²⁵⁵ Décision n° 93-334 D.C. du 20 janvier 2004, *précitée*, cons. 10 et 12.

²²⁵⁶ Décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *précitée*, cons. 12.

²²⁵⁷ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 9.

²²⁵⁸ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 74.

²²⁵⁹ Sur la rétention de sûreté, voir : A. CERF, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », in S. JACOBIN (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale. Evolution ou révolution ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 127-154, spéc. pp. 133 et s.

B) L'incertitude du champ d'application de l'article 9 de la Déclaration de 1789, conséquence de l'interprétation de la « rigueur nécessaire »

1198. Comme il a déjà été analysé, l'article 9 de la Déclaration de 1789 est le support d'une double exigence dans la jurisprudence constitutionnelle. Il constitue tout d'abord le fondement du droit à la présomption d'innocence, en tant que droit-garantie. Il s'agit ensuite de l'instrument grâce auquel le Conseil vérifie la rigueur nécessaire d'une mesure privative de liberté²²⁶⁰. Bien qu'intrinsèquement liées, ces deux exigences n'ont pas un champ d'application identique, ce qui altère la portée et l'intelligibilité de cette disposition.

1199. *A priori*, il découle de l'article 9 de la Déclaration que « tout homme » a droit à la présomption d'innocence. Cette prérogative devrait bénéficier non seulement à l'accusé et au justiciable, mais aussi à tout individu n'ayant pas ces qualités²²⁶¹. Cette première analyse n'est toutefois pas suivie par le Conseil constitutionnel. S'il résulte de la décision du 20 janvier 1981 relative à la loi sécurité et liberté que le droit à la présomption d'innocence ne bénéficie qu'aux prévenus²²⁶², le Conseil considère très explicitement, depuis 2001, que ce droit ne peut être invoqué hors du domaine répressif²²⁶³. Par exemple, les bénéficiaires ne peuvent s'en prévaloir à l'encontre du retrait de la carte de séjour temporaire pour des motifs d'ordre public²²⁶⁴. Le moyen tiré de l'atteinte à ce principe constitutionnel du droit pénal est inopérant lorsqu'est en cause la police des étrangers²²⁶⁵.

1200. Dès lors, ce principe ne peut être invoqué qu'en matière répressive *stricto sensu*. Celle-ci comprend, au premier chef, les mesures privatives et restrictives de liberté avant toute déclaration de culpabilité²²⁶⁶. Par exemple, le Conseil vérifie que l'enregistrement de données nominatives dans des traitements automatisés des services de police et de gendarmerie, recueillies au cours d'enquêtes préliminaires, de flagrance ou d'investigations exécutées sur commission rogatoire, ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence²²⁶⁷. Il effectue également ce contrôle lors de l'examen d'opérations de prélèvements externes à l'encontre de

²²⁶⁰ *Supra*, n° 782 et s.

²²⁶¹ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., spéc. p. 412.

²²⁶² Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *précitée*, cons. 32 et 37.

²²⁶³ Décision n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49, cons. 84.

²²⁶⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 85.

²²⁶⁵ Commentaire aux Cahiers, décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, p. 17.

²²⁶⁶ Décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 66 ; Décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *précitée*, cons. 5.

²²⁶⁷ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 39-43.

personnes susceptibles d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction²²⁶⁸, ou encore de prélèvement biologique des personnes condamnées pour les infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale²²⁶⁹.

1201. Si le champ d'application du droit à la présomption d'innocence se cantonne à la matière répressive, celui de l'exigence de rigueur nécessaire est, quant à lui, plus vaste. Apparue expressément dans la jurisprudence constitutionnelle en 2002²²⁷⁰, l'exigence de rigueur nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration vise la matière répressive et plus largement la matière pénale *lato sensu*²²⁷¹. Il se peut que, là où le Conseil ne vérifie pas que la mesure contestée porte atteinte à la présomption d'innocence, il l'examine néanmoins à l'aune de la rigueur nécessaire, sur le même fondement. Cette différence de champ d'application matériel se mesure particulier dans la décision du 21 février 2008 relative à la loi sur la rétention de sûreté. Après avoir considéré que la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté ne sont pas des mesures répressives et que le grief tiré de la violation de la présomption d'innocence est inopérant, le Conseil contrôle que ces deux mesures respectent le principe selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur non nécessaire²²⁷².

1202. Le même fondement permet au Conseil d'exclure ces mesures du domaine protégé de la présomption d'innocence, tout en les examinant au titre de la rigueur nécessaire. La distinction entre les matières répressive et pénale n'est nullement superflue, puisqu'en dépend la protection constitutionnelle des mesures de sûreté. Ainsi, une redéfinition complexe du champ d'application des principes inscrits dans les articles 8 et 9 de la Déclaration résulte de la jurisprudence. Désormais, celui de l'article 8 tend à se cantonner à la *sanction punitive*, celui de la présomption d'innocence à la *matière répressive* et celui de l'exigence de rigueur nécessaire à la *matière pénale lato sensu*.

1203. Résultat de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis, la redéfinition de la portée des droits fondamentaux s'analyse tant dans leurs contours, à travers leur fondement et leur contenu, que dans leur champ d'application. Ce processus permet de mesurer les modalités et le degré de limitation des droits constitutionnels, engendrés par la

²²⁶⁸ *Idem*, cons. 56.

²²⁶⁹ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 17.

²²⁷⁰ Décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 68.

²²⁷¹ *Supra*, n° 782.

²²⁷² Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 12 et 13.

poursuite des exigences de l'ordre public. La question se pose alors de savoir si ces dernières prévalent « systématiquement » sur les droits garantis²²⁷³. Ce mécanisme conduirait à une forme de hiérarchie matérielle entre normes constitutionnelles. Toutefois, une réponse plus fine et nuancée doit être apportée. Outre la redéfinition de la portée des droits garantis, la conciliation analysée génère une gradation de leur protection constitutionnelle.

²²⁷³ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 11.

SECTION 2. LA REDÉFINITION DU DEGRÉ DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

1204. L'analyse du résultat de la conciliation entre les droits garantis et les exigences de l'ordre public conduit à s'interroger sur le degré de protection constitutionnelle des droits fondamentaux. La prégnance des exigences de l'ordre public conduit-elle le Conseil constitutionnel à moduler son contrôle selon la nature des droits conciliés, ou ceux-ci font-ils l'objet d'un traitement juridictionnel identique ? La question de la hiérarchie des normes au sein de la Constitution divise la doctrine. Bien que l'hypothèse d'une hiérarchie formelle entre les droits et libertés ait été dissipée par la jurisprudence, puisque les composantes du « bloc de constitutionnalité » ont la même valeur juridique, l'idée d'une hiérarchie matérielle a été esquissée²²⁷⁴.

1205. Celle-ci reposerait sur le constat que les droits constitutionnels ne sont pas tous garantis au même degré dans la jurisprudence. Certains droits, comme la liberté individuelle, la liberté de la presse ou la liberté de l'enseignement et de la recherche, bénéficieraient d'un traitement privilégié. D'autres, tels que le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre, feraient au contraire l'objet d'une protection constitutionnelle atténuée²²⁷⁵. Par exemple, alors que l'« effet-clicquet » a été mobilisé pour les trois premières libertés²²⁷⁶, le Conseil n'a jamais imposé, pour le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre, cette contrainte, exerçant seulement un contrôle de l'absence de dénaturation²²⁷⁷. Dès le milieu des années 1980, il s'observe une « prééminence » de certains principes et l'émergence d'« un noyau dur » de

²²⁷⁴ B. GENEVOIS, R. BADINTER, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux. Rapport Français », *A.I.J.C.*, 1990, pp. 133-159, spéc. p. 143 et p. 147 ; J.-M. AUBY, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Eléments de problématique », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Editions l'Hermès, Lyon, 1980, pp. 21-37 ; P. TERNEYRE, « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », *op. cit.*, spéc. p. 37 et s. ; G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, p. 56 ; G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *op. cit.*, p. 265 ; D. TURPIN, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 87 et s. ; M. TOULLIER, *La résolution des conflits entre droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé franco-italien*, thèse dactylographiée, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 2001, pp. 92 et s.

²²⁷⁵ L. FAVOREU, « Chronique jurisprudentielle. Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *R.D.P.*, 1986, p. 492 ; L. FAVOREU, « Décision n° 90-287 D.C. du 16 janvier 1991 (Santé publique et assurances sociales) », *R.F.D.C.*, 1991, n° 6, pp. 294-300.

²²⁷⁶ Sur cette technique : *supra*, n° 573-574.

²²⁷⁷ L. FAVOREU, « chronique jurisprudentielle. Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *op. cit.*, p. 492.

droits, composé de l'article 66 de la Constitution, de la sûreté individuelle, de la non-rétroactivité des peines et de la liberté de conscience²²⁷⁸.

1206. Cette gradation de protection juridictionnelle entre les droits de premier et de second rang²²⁷⁹ dépendrait de plusieurs éléments. Selon le Président Bruno Genevois, il s'agirait du degré de précision du principe considéré, du degré d'attachement de l'opinion dominante à son égard, mais aussi de l'étendue du contrôle que le juge exerce sur les actes qui le mettent en cause ou en œuvre²²⁸⁰. Il en résulterait un classement des droits et libertés en plusieurs catégories hiérarchisées.

1207. Néanmoins, il apparaît difficile de retenir la notion de « hiérarchie » proprement dite. Davantage pressentie que véritablement approfondie²²⁸¹, celle-ci est dépourvue de la systématisme attachée à ce mécanisme. En effet, la hiérarchie des normes entraîne des effets automatiques, tels que l'invalidation de la norme de degré inférieur dans le cas où elle est contraire à la norme de degré supérieur²²⁸². Or, le résultat du « jeu très empirique » de la conciliation entre normes de valeur constitutionnelle ne revêt pas cette automaticité²²⁸³. En outre, discerner un tel procédé reviendrait à reconnaître l'existence de principes supra-constitutionnels, alors même que la Constitution de 1958 n'instaure pas de hiérarchie entre droits fondamentaux²²⁸⁴.

1208. Pour le Doyen Georges Vedel, le terme de « hiérarchie matérielle » doit donc s'entendre dans un sens para-juridique, qui indique « l'importance » que le juge attache à certains droits et libertés lors du contrôle de la conciliation législative²²⁸⁵. L'interprétation de

²²⁷⁸ L. PHILIP, « L'affirmation des droits de l'homme dans les constitutions et les traités internationaux (convergence, complémentarité et intégration) », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1987, pp. 249-267, spéc. p. 254.

²²⁷⁹ L. FAVOREU, « Chronique jurisprudentielle. Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *op. cit.*, p. 492.

²²⁸⁰ B. GENEVOIS, « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 181.

²²⁸¹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, n° 263.

²²⁸² G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, spéc. p. 61 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit : introduction à la science du droit*, *op. cit.*, pp. 114-116. *Contra* : P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 963-1014, spéc. p. 1014.

²²⁸³ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, spéc. p. 61.

²²⁸⁴ S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *R.D.P.*, n° 3, 1984, pp. 587-606, spéc. p. 604. *Contra*, en droit constitutionnel espagnol et portugais : P. BON, « La constitutionnalisation du droit espagnol », *R.F.D.C.*, n° 5, 1991, pp. 35-54, spéc. pp. 44 et s. ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 331 ; J. M. M. CARDOSO DA COSTA, « Les conditions de limitation des droits fondamentaux dans le droit et la justice constitutionnelle portugaise », *op. cit.*, pp. 68-69.

²²⁸⁵ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *op. cit.*, spéc. p. 61.

la Constitution permet au Conseil de faire varier le degré de protection constitutionnelle²²⁸⁶, mais la différenciation qui en résulte n'est ni absolue, ni systématique²²⁸⁷.

1209. L'issue de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis n'échappe pas à cette analyse. Certes, les exigences de l'ordre public ne prévalent pas systématiquement sur l'exercice des droits et libertés. Cependant, l'opération de conciliation esquisse des différences de traitement juridictionnel selon les droits constitutionnels visés. A ce sujet, l'étude démontre une redéfinition du degré de protection. Outre la gradation du contrôle en fonction des droits fondamentaux (§1), apparaît progressivement une différenciation selon la sphère du droit fondamental (§2).

§1. La gradation de la protection constitutionnelle en fonction des droits fondamentaux

1210. Bien que la Constitution de 1958 soit peu explicite sur le degré de protection à accorder aux droits et libertés qu'elle reconnaît, les décisions du Conseil constitutionnel apportent des indications en la matière. La motivation retenue par le juge représente un outil précieux d'analyse, puisqu'elle constitue le « soutien nécessaire » du dispositif²²⁸⁸. Cela se vérifie d'autant plus lorsqu'il n'existe pas de consensus sur la décision *in fine* adoptée, dans la mesure où la controverse porte sur les motifs avancés par le juge²²⁸⁹. En ce sens, les indications données par la jurisprudence doivent être prises en compte. Comme le relève Valérie Goesel-Le Bihan, toute tentative de systématisation impose de croire en une « rationalité minimale de l'écriture jurisprudentielle : les récurrences, dès lors qu'elles sont nombreuses et ne rencontrent quasiment aucun contre-exemple, peuvent être tenues pour significatives »²²⁹⁰.

²²⁸⁶ G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *op. cit.*, p. 265 ; B. GENEVOIS et R. BADINTER, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux. Rapport Français », *op. cit.*, spéc. p. 145.

²²⁸⁷ S. MOUTON, *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, thèse dactylographiée, Université de Toulouse 1, 1998, p. 205.

²²⁸⁸ Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, *Rec.* p. 31, cons. 1.

²²⁸⁹ M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 25.

²²⁹⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *op. cit.*, spéc. p. 66.

1211. La jurisprudence du Conseil constitutionnel démontre qu'il mobilise les instruments du contrôle avec plus ou moins de constance et d'intensité. La conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis tend à représenter un « tableau à double entrée ». Le degré de protection constitutionnelle varie non seulement selon la catégorie de droits visée (A), mais aussi en fonction du droit lui-même (B).

A) Une protection variable selon la catégorie de droits fondamentaux concernée

1212. Selon la typologie retenue par le Doyen Louis Favoreu, cinq catégories de droits fondamentaux peuvent être établies en fonction de leurs rapports à l'État : celles des « droits-libertés », des « droits-créances », des « droits-participation », des « droits-garanties » et du « droit à l'égalité »²²⁹¹. Lors de la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits reconnus, la limitation et la redéfinition visent essentiellement les droits-libertés et les droits-garanties. Toutefois, une différenciation de protection peut être analysée entre ces deux catégories de droits. Certaines limitations, déclarées conformes à la Constitution concernant des droits-garanties (a), ne sauraient l'être s'agissant des droits-libertés (b).

a) La protection atténuée des droits-garanties

1213. Les droits-garanties ne font pas l'objet d'un contrôle de l'absence de dénaturation proprement dit, à l'image de celui exercé à l'égard du droit de propriété²²⁹². Néanmoins, la protection dont ils bénéficient lors de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public semble atténuée par rapport à celle accordée à certains droits-libertés. A l'égard des droits-garanties, le Conseil constitutionnel examine seulement que le principe des garanties, mises en cause par le législateur, n'est pas en lui-même atteint. Il s'attache moins à contrôler la constitutionnalité des modalités d'exercice du droit concerné qu'à veiller à ce que l'exercice de ce droit soit, dans son principe, maintenu. La jurisprudence inhérente à plusieurs droits-garanties témoigne de l'étendue de ce contrôle de constitutionnalité.

²²⁹¹ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 165-166.

²²⁹² L. FAVOREU, « Chronique jurisprudentielle. Le droit constitutionnel jurisprudentiel », op. cit., spéc. p. 492 ; L. FAVOREU, « Décision n° 90-287 D.C. du 16 janvier 1991 (Santé publique et assurances sociales) », op. cit., spéc. p. 299.

1214. S'agissant du droit à l'assistance d'un avocat, le Conseil a été saisi à plusieurs reprises des modalités de report de son intervention au cours de la garde à vue, en raison de la gravité et de la complexité particulières d'un nombre déterminé d'infractions. Dans la décision du 11 août 1993 relative à la loi portant réforme du Code de procédure pénale, le Conseil vérifie que la différence de traitement instituée correspond à une différence de situation, et que cette disposition « ne met pas en cause le principe des droits de la défense mais seulement leurs modalités d'exercice »²²⁹³. Il censure donc la disposition qui dénie à une personne tout droit à s'entretenir avec un avocat pendant une garde à vue²²⁹⁴.

1215. En revanche, il ne censure pas les modifications différant davantage l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue et portant sur un nombre croissant d'infractions, tant que la différence de traitement correspond à la différence de situation démontrée par le législateur. Dans la décision du 2 mars 2004, à propos de la loi relative aux évolutions de la criminalité, le Conseil considère, dans la même veine qu'en 1993, que le report à quarante-huit heures de la première intervention de l'avocat pour les infractions énumérées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, justifié par leur gravité et complexité, « s'il modifie les modalités d'exercice des droits de la défense, n'en met pas en cause le principe »²²⁹⁵. Le Conseil vérifie, certes, que les restrictions apportées à ce droit sont placées sous le contrôle des juridictions pénales saisies des poursuites²²⁹⁶. Toutefois, il s'assure essentiellement que le principe de l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat n'est pas atteint.

1216. Il en est de même du libre choix de l'avocat au cours de la garde à vue, puisque seule la suspension totale de cette garantie pour des infractions déterminées est censurée²²⁹⁷. Les restrictions apportées à cette composante des droits de la défense, justifiées et assorties de garanties légales, sont considérées comme ne lui portant pas atteinte. Sa protection constitutionnelle ne tient donc qu'à l'interdiction de sa suspension.

1217. Ce degré de protection s'observe également dans les décisions du Conseil relatives à la nécessité et la proportionnalité des peines, ainsi qu'à son corollaire tenant à l'individualisation des peines. S'agissant du premier principe, le Conseil considère de manière constante, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation

²²⁹³ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 13.

²²⁹⁴ *Idem*, cons. 15.

²²⁹⁵ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 32.

²²⁹⁶ Egalement en ce sens : décision n° 2011-191/194/195/196/197 Q.P.C. du 18 novembre 2011, *précitée*, cons. 31.

²²⁹⁷ Décision n° 2011-223 Q.P.C. du 17 février 2012, *précitée*, cons. 7.

et de décision de même nature que celui du Parlement. De la sorte, l'intensité du contrôle de la nécessité des peines retenue par le législateur est réduite. Il s'assure seulement de « l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue »²²⁹⁸.

1218. S'agissant du principe d'individualisation des peines, le Conseil vérifie moins les restrictions qui lui sont apportées que la préservation du pouvoir du juge de moduler la peine. La décision du 9 août 2007, relative à la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, témoigne de ce faible degré de protection. En dépit des larges restrictions apportées à la possibilité pour le juge d'atténuer la peine lors de son prononcé, spécifiquement pour des faits commis une nouvelle fois en état de récidive légale, le Conseil constate que la marge du juge est préservée dans son principe, en particulier lors de l'exécution de la peine²²⁹⁹. Dès lors, si les restrictions sont justifiées par le but poursuivi par le législateur, le Conseil s'en tient à ce que la modulation par l'autorité judiciaire demeure possible. Ce degré de protection, analysé en matière de droits-garanties, ne se retrouve pas à propos des droits-libertés.

b) La protection renforcée des droits-libertés

1219. En matière de droits-libertés, plusieurs aspects de la jurisprudence montrent que le Conseil constitutionnel exerce un contrôle plus soutenu qu'à l'égard des droits-garanties. D'une part, la technique consistant à vérifier essentiellement que, nonobstant la modification des modalités d'exercice, le principe même du droit concilié n'est pas en cause, n'est pas mobilisée par le Conseil. Ce niveau de contrôle ne se mesure ni à propos du droit à ne pas être arbitrairement détenu, ni lors de l'examen des limites apportées au droit au respect de la vie privée, à la liberté d'aller et venir, à l'inviolabilité du domicile ou encore à la liberté du mariage. De manière plus approfondie, le Conseil étend son contrôle au-delà de la seule question de savoir si le principe de ces libertés est en cause. Il analyse précisément la constitutionnalité de leurs modalités d'exercice.

1220. Par exemple, s'agissant des sonorisations et fixations d'images de lieux et véhicules, à l'occasion de l'instruction de crimes et délits commis en bande organisée, le Conseil vérifie l'ensemble des conditions de leur mise en place et de leur utilisation. Il examine non

²²⁹⁸ En ce sens : décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *précitée*, cons. 7 et 8. Sur ce point : *Supra*, n° 719 et s.

²²⁹⁹ Décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *précitée*, cons. 15-19.

seulement l'intervention de l'autorité judiciaire, mais aussi la présence de « garanties procédurales appropriées »²³⁰⁰. A défaut, de telles mesures ne seraient pas conformes au respect de la vie privée protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789. Il en est de même des restrictions apportées à la liberté d'aller et venir. Le Conseil contrôle à la fois les conditions et les garanties prévues par les dispositions modifiant les conditions d'exercice de cette liberté. Le Conseil veille donc à la présence de « garanties suffisantes » pour assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et la liberté d'aller et venir²³⁰¹.

1221. Cette intensité du contrôle s'analyse, d'autre part, lors de l'examen des limites à la liberté individuelle. A ce sujet, le critère de précision de la norme constitutionnelle semble rentrer en ligne de compte dans le degré de protection retenu par le Conseil constitutionnel²³⁰². *A contrario* de plusieurs droits-garanties, tels que les droits de la défense et l'individualisation de la peine, la liberté individuelle est expressément garantie à l'article 66 de la Constitution. L'examen des restrictions qui lui sont apportées est d'autant plus facilité pour le Conseil, que les balises de son contrôle sont prévues par le texte. La liberté individuelle *stricto sensu*, relative au droit à ne pas être arbitrairement détenu, est l'une des seules libertés, dans la jurisprudence constitutionnelle, à faire uniquement l'objet d'un contrôle de proportionnalité renforcé, non réduit au manifeste²³⁰³. C'est d'ailleurs depuis l'examen d'une restriction importante à cette liberté, portant sur la rétention de sûreté, que le Conseil déploie un contrôle de proportionnalité en trois temps²³⁰⁴. De plus, l'exigence de contrôle de l'autorité judiciaire, prévue à l'article 66 de la Constitution, renforce l'intensité du contrôle.

1222. La liberté d'expression et de communication, protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, bénéficie également d'un tel degré de protection. De manière constante²³⁰⁵, le Conseil considère qu'elle « est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ».

²³⁰⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 62-66, spéc. cons. 64.

²³⁰¹ Voir notamment, à propos de l'évacuation forcée des lieux en cas d'installation illicite en réunion appartenant à une personne publique ou privée : décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 51-56.

²³⁰² B. GENEVOIS, « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 181.

²³⁰³ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *op. cit.*, spéc. p. 66.

²³⁰⁴ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 13 et s.

²³⁰⁵ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *précitée*, cons. 37.

Il déploie, à l'égard des limites qui lui sont apportées, un contrôle de proportionnalité renforcé²³⁰⁶.

1223. Certes, tous les droits-libertés ne disposent pas d'une telle place au sein de la Constitution. Tel est le cas de la liberté d'aller et venir, du respect de la vie privée ou de l'inviolabilité du domicile, qui ne sont pas formellement mentionnés aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Toutefois, leur rattachement jusqu'à la fin des années 1990 à l'article 66 de la Constitution leur permet de conserver le bénéfice de l'intensité du contrôle dont dispose la liberté individuelle, démontrant la force d'attraction de cette disposition²³⁰⁷. Par exemple, l'inviolabilité du domicile bénéficie de la garantie de l'intervention de l'autorité judiciaire et d'un contrôle de proportionnalité particulièrement étendu²³⁰⁸. Il en est de même à propos de la liberté d'aller et venir et du respect de la vie privée, pour lesquelles le Conseil mobilise un contrôle renforcé de la proportionnalité lorsque des mesures de police administrative « sont susceptibles d'affecter » gravement ces droits-libertés²³⁰⁹.

1224. Dès lors, la protection des droits-libertés, visés par la conciliation avec les exigences de l'ordre public, apparaît d'un cran supérieur à celle assurée pour les droits-garanties. Cette dichotomie doit néanmoins être nuancée et complétée, puisque des dissemblances interviennent, aussi, au sein de ces deux catégories de droits fondamentaux.

B) Une protection variable selon le droit fondamental visé

1225. L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle relative à la conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis permet d'appréhender l'existence d'un contrôle différencié selon la nature du droit en cause. En effet, certains droits-libertés, bénéficiant d'un contrôle strict jusqu'à la fin des années 1990, font désormais l'objet d'un contrôle de plus en plus réduit (a). Afin de contrebalancer cette différenciation de traitement, le droit au recours apparaît comme une « garantie compensatoire ». Il bénéficie, indirectement, d'une protection renforcée parmi les droits-garanties (b).

²³⁰⁶ Décision n° 2012-647 D.C. du 28 février 2012, *précitée*, cons. 5.

²³⁰⁷ A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », *op. cit.*, p. 1679.

²³⁰⁸ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 46.

²³⁰⁹ Décision n° 2012-279 Q.P.C. du 5 octobre 2012, *précitée*, cons. 15 et s.

a) Une protection différenciée au sein des droits-libertés

1226. Depuis le milieu des années 1980, des différences de traitement juridictionnel entre les droits-libertés ont été mises en avant par la doctrine constitutionnaliste. Le Doyen Louis Favoreu analysait une dichotomie entre les droits de premier rang et de second rang, au regard du traitement privilégié reconnu à la liberté de la presse, à la liberté individuelle ou à la liberté de l'enseignement et de la recherche²³¹⁰. A l'inverse, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre bénéficieraient d'une protection moindre, puisque les limites qui leur sont apportées ne sont pas concevables pour tous types de droit²³¹¹. A ce sujet, de nouvelles distinctions entre libertés apparaissent dans la jurisprudence, à l'aune de leur conciliation entre les exigences de l'ordre public.

1227. L'intensité du contrôle exercé par le Conseil constitue un indicateur solide du degré de protection des droits-libertés. S'il a été analysé que la liberté individuelle *lato sensu*, comprenant ses anciennes composantes, fait l'objet d'une protection consolidée, celle-ci peut varier selon la nature du droit. Jusqu'à la fin des années 1990, le Conseil exerçait un contrôle de proportionnalité renforcé des limites apportées à la liberté d'aller et venir et au droit au respect de la vie privée. La décision du 18 janvier 1995, portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, l'illustre. En particulier, le Conseil y analyse minutieusement les conditions et les garanties du régime d'autorisation et d'utilisation des installations de système de vidéosurveillance²³¹².

1228. Cependant, cette intensité du contrôle décline depuis la décision du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure. A propos des dispositions modifiant les modalités de visites de véhicules, aux fins de recherche et de poursuites d'infractions déterminées, le Conseil examine seulement que la conciliation réalisée n'est entachée d'« aucune erreur manifeste, » et que la liste d'infractions prévues n'est « pas manifestement excessive »²³¹³. De même, s'agissant des limites apportées au droit au respect de la vie privée par l'instauration

²³¹⁰ L. FAVOREU, « Chronique jurisprudentielle. Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *op. cit.*, spéc. p. 492.

²³¹¹ L. FAVOREU, « Décision n° 90-287 D.C. du 16 janvier 1991 (Santé publique et assurances sociales) », *op. cit.*, spéc. p. 299.

²³¹² Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 2-13. Voir également : décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 45 ; Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *précitée*, cons. 47 et 51.

²³¹³ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 12.

de traitement automatisés de données nominatives, le Conseil vérifie seulement que la conciliation n'est pas « manifestement déséquilibrée »²³¹⁴.

1229. Cette atténuation du degré de protection ne constitue pas un cas d'espèce, puisqu'elle se retrouve dans les décisions ultérieures à 2003. L'examen des mesures de police, administratives et judiciaires, qui affectent la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée, témoigne d'un contrôle réduit à l'erreur manifeste du législateur²³¹⁵. Une régression dans le degré de contrôle exercé peut donc être constaté, par rapport à celui qui caractérisait le premier état de la jurisprudence²³¹⁶.

1230. *A contrario*, la liberté individuelle *stricto sensu* bénéficie de manière constante d'un degré de protection élevé. En témoignent non seulement l'intensité du contrôle effectué à l'égard des mesures privatives de liberté²³¹⁷, mais aussi le type de limites admises. En effet, la nature et le degré de contrainte de la limite apportée aux droits-libertés constituent deux indicateurs supplémentaires permettant d'apprécier des différences de protection.

1231. Le régime de nullité prévu pour les procédures dérogatoires du droit commun est un exemple patent. L'article 11 de la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure dispose, à propos des contrôles d'identité et des visites de véhicules lors de la recherche d'un nombre déterminé d'infractions, que « le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ». L'article 3 de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme prévoit un dispositif similaire, puisque le fait que les contrôles d'identité à bords des trains internationaux dans les 20 kilomètres suivant la frontière révèlent d'autres infractions ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

1232. Ces deux dispositifs restreignent l'exercice de la liberté d'aller et venir et, pour le premier, le droit au respect de la vie privée. Or, validé en 2003²³¹⁸ et non soulevé d'office par

²³¹⁴ *Idem*, cons. 27.

²³¹⁵ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 50 ; Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 87 ; Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 21 ; Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *précitée*, cons. 11 ; Décision n° 2010-13 Q.P.C. du 9 juillet 2010, *précitée*, cons. 7-10 ; Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 32 ; Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 48-50 et 51-56 ; Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 77-80.

²³¹⁶ V. GOESEL LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *op. cit.*, spéc. pp. 282 et s.

²³¹⁷ Par exemple : décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 13 et s.

²³¹⁸ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 12.

le Conseil en 2006²³¹⁹, ce même régime de nullité est censuré en 2004, dans la mesure où la liberté individuelle était concernée.

1233. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, le régime de nullité visait sur les mesures d'investigations dérogatoires du droit commun en matière de délinquance et de criminalité organisées. Il était prévu le fait qu'à l'issue de l'enquête, de l'information ou devant la juridiction de jugement, la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue, ne constituait pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis. A l'appui d'un contrôle strict, le Conseil censure ce dispositif, considérant que le législateur « ne pouvait exonérer de façon générale des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées »²³²⁰. Cette intensité du contrôle se justifie puisque ces mesures, telles que l'allongement de la durée de la garde à vue, « sont de nature à affecter gravement » l'exercice de la liberté individuelle, de l'inviolabilité du domicile et du secret de la vie privée²³²¹.

1234. Cette décision, rapprochée de celles de 2003 et 2006, illustre la différence de traitement juridictionnel entre droits-libertés. Le degré de protection de la liberté individuelle demeure élevé, tandis que les limites à la liberté d'aller et venir, au respect de la vie privée et à l'inviolabilité domicile font l'objet d'un contrôle atténué et, par exception, renforcé. De nouvelles nuances dans la protection constitutionnelle des droits-libertés se dégagent ainsi de la jurisprudence. Des gradations s'observent, par ailleurs, parmi les droits-garanties.

b) La protection compensatoire d'un droit-garantie : le droit au recours

1235. Esquissé en 1789 puis intégré dans des règles d'origine jurisprudentielle et législative²³²², le droit au recours a progressivement acquis valeur constitutionnelle. Il peut être défini comme le droit de toute personne de pouvoir contester une mesure prise à son encontre, devant une instance investie du pouvoir de réformation de cette mesure et/ou de

²³¹⁹ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*.

²³²⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 70 ; voir également, en ce sens, le considérant 46 de la décision.

²³²¹ *Idem*, cons. 69.

²³²² L. FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger, liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 513-521 ; M. WALINE, « Préface », in L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1965, pp. I-IV, spéc. p. II.

réparation de ses conséquences dommageables²³²³. Ce droit comprend à la fois la prérogative d'exercer un recours administratif, gracieux ou hiérarchique, et celle d'intenter un recours juridictionnel²³²⁴. En matière de liberté individuelle, il inclut également l'intervention d'un juge pour contrôler la mesure privative de liberté²³²⁵.

1236. Les prémices de la constitutionnalisation du droit au juge peuvent être observés dans la décision du 2 décembre 1980, portant sur la nature juridique de diverses dispositions du Code général des impôts²³²⁶. Son rattachement à l'article 16 de la Déclaration de 1789 et à la « garantie des droits » intervient implicitement dans la décision du 17 janvier 1989, relative à la loi sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel²³²⁷, puis, de manière explicite, en 1994²³²⁸ et 1996²³²⁹.

1237. Le droit au recours, notamment juridictionnel, bénéficie d'un degré de protection atténué par rapport à celui qui prévaut en matière de droits-libertés. Le Conseil constitutionnel considère qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration « *qu'en principe*, il ne doit pas être porté *d'atteintes substantielles* au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »²³³⁰. Pour Agnès Roblot-Troizier, « l'expression "en principe", qui suppose qu'il puisse exister des exceptions, le recours à la forme négative et l'admission implicite d'atteintes non substantielles au droit au recours sont autant de manifestations de la portée relative du droit au recours juridictionnel effectif »²³³¹. Ainsi, sa protection constitutionnelle tient pour l'essentiel à ce que ce droit ne soit pas atteint dans sa

²³²³ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 2^e édition, 1999, pp. 595-606, spéc. p. 595.

²³²⁴ S. GUINCHARD et autres, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., pp. 539 et s.

²³²⁵ *Idem*, p. 611.

²³²⁶ Décision n° 80-119 L. du 2 décembre 1980, *Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, Rec. p. 74, cons. 6. Le Conseil indique que le « ...droit d'agir en justice dont le libre exercice relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution ». Sur ce point : R. CHAPUS, « Les fondements de l'organisation de l'État définis par la Déclaration de 1789 », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989, pp. 181-207, spéc. p. 201.

²³²⁷ Décision n° 89-248 D.C. du 17 janvier 1989, *précitée*, cons. 31-32.

²³²⁸ Décision n° 93-335 D.C. du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, Rec. p. 40, cons. 4. S'agissant du droit au recours administratif : décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 84.

²³²⁹ Décision n° 96-373 D.C. du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. p. 43, cons. 85.

²³³⁰ *Idem*, cons. 83 (souligné par nous). Voir aussi : Décision n° 2013-314 Q.P.C. du 14 juin 2013, *M. Jérémy F.*, J.O.R.F. du 16 juin 2013, p. 10024, cons. 5 ; Décision n° 2013-347 Q.P.C. du 11 octobre 2013, *M. Karamoko F.*, J.O.R.F. du 13 octobre 2013, p. 16905, cons. 3.

²³³¹ A. ROBLOT-TROIZIER, « Les droits-garanties : l'exemple du droit au recours », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 2011, pp. 483-491, spéc. p. 489.

substance²³³². Le Conseil admet, par exemple, le report de l'intervention du juge judiciaire pour examiner la mesure de rétention administrative, dans la mesure où le principe même du contrôle du juge n'est pas, en lui-même, atteint²³³³.

1238. Le droit au recours occupe une place singulière dans la jurisprudence constitutionnelle. S'il bénéficie d'un degré de protection atténué lors de sa « conciliation directe » avec les exigences de l'ordre public, il apparaît comme une « garantie compensatoire » des limites apportées à l'exercice des droits-libertés. Les mesures restreignant la portée des droits-libertés sont d'autant plus admises par le Conseil constitutionnel que le droit au recours est, dans l'application des dispositions, préservé.

1239. Cela se constate à propos des mesures de police administrative. Bien qu'elles affectent l'exercice de la liberté d'aller et venir, les limites législatives sont compensées par le fait qu'en pratique, elles pourront être contestées par les intéressés devant le juge administratif. Tel est le cas des mesures de réquisition prises par le préfet en cas d'urgence²³³⁴, des palpations de sécurité, des inspections visuelles et des fouilles de bagages à main mises en œuvre lors d'une manifestation sportive. Le Conseil indique que leur nécessité sera contrôlée par la juridiction administrative²³³⁵. La préservation du droit au juge, prévue par le législateur, apparaît comme un élément à part entière de l'appréciation de la constitutionnalité de la mesure²³³⁶.

1240. Il en est de même lors du contrôle des mesures de police judiciaire. S'agissant de l'inscription d'une personne condamnée pour des infractions déterminées dans un fichier de police judiciaire, la possibilité de saisir le procureur de la République, puis le juge des libertés

²³³² Par exemple, le Conseil déclare contraire à la Constitution l'alinéa 4 de l'article 695-46 du Code de procédure pénale, en ce qu'il prévoyait que la décision de la chambre de l'instruction est rendue *sans recours* dans le cadre de la procédure relative au mandat d'arrêt européen (souligné par nous). Voir : décision n° 2013-314 Q.P.C. du 14 juin 2013, *précitée*, cons. 8-9.

²³³³ Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, *précitée*, cons. 4 ; Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 54-55 ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 64 ; Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 72. En ce sens : D. TURPIN, « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *op. cit.*, p. 542 et s ; O. LECUCQ, « Le cadre constitutionnel de la rétention administrative », *op. cit.*, pp. 155-169 ; S. SLAMA, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers », *op. cit.*, p. 379. Voir : *supra*, n° 804-806.

²³³⁴ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 4.

²³³⁵ *Idem*, cons. 97.

²³³⁶ Voir également : décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 48. Le Conseil considère que la disposition contestée « se borne à modifier une procédure administrative relative à des mesures de police administrative sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun applicables aux étrangers concernés » et « que, dans ces conditions, elle n'est pas contraire à la Constitution ».

et de la détention, pour demander l'effacement des informations la concernant, constitue une garantie prise en compte par le Conseil²³³⁷.

1241. Cette place du droit au juge se retrouve à plus forte raison en matière d'atteintes à la liberté individuelle, puisque l'intervention du juge judiciaire est constitutionnellement requise. Le Conseil s'en tient moins à l'allongement des mesures privatives de liberté, qu'à la place reconnue au juge des libertés et de la détention pour contrôler et mettre fin à ces mesures²³³⁸. Il résulte de la jurisprudence un « recentrage du contrôle » sur la garantie judiciaire²³³⁹, afin de compenser les atteintes portées aux droits-libertés. Ce faisant, le droit au juge tend à remplir son rôle au sein de l'État de droit, comme « garantie première de l'exercice des autres droits et libertés fondamentaux »²³⁴⁰, quand bien même sa protection, lors de sa conciliation avec les exigences de l'ordre public, est relative.

1242. Des différences de protection constitutionnelle peuvent ainsi être analysées entre catégories de droits fondamentaux, et au sein même de celles-ci. La précision des normes constitutionnelles, l'intensité du contrôle et, au-delà de la seule nature des droits, le degré d'atteinte qui leur est porté sont des indicateurs essentiels pour identifier la redéfinition de la protection des droits garantis. La dissemblance de protection entre la liberté individuelle et ses anciennes composantes équivaut, en réalité, à la différence de degré d'atteinte porté à la liberté. Elle correspond à la dichotomie entre mesures privatives de liberté et celles seulement restrictives de liberté. De même, les différences de protection parmi les mesures restrictives de liberté tiennent au degré d'atteinte porté, lié au type d'infractions visées et au niveau de dérogation de la mesure par rapport au droit commun.

1243. Ces indicateurs sont d'autant plus précieux qu'ils permettent de préciser et de compléter cette gradation. Outre une différenciation de protection entre droits fondamentaux, une gradation du contrôle selon la sphère du droit concernée peut être analysée.

²³³⁷ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 82 et 87.

²³³⁸ Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 74-75. Sur ce point : B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, spéc. p. 542.

²³³⁹ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, spéc. p. 53 ; O. LECUCQ, « L'examen par le Conseil constitutionnel de la nouvelle législation sur l'immigration », *op. cit.*, spéc. p. 605.

²³⁴⁰ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, spéc. p. 273.

§2. La gradation de la protection constitutionnelle en fonction de la sphère du droit fondamental

1244. Le contrôle de la conciliation opérée par le législateur conduit le juge constitutionnel à s'interroger non seulement sur le degré de protection à accorder aux droits garantis, mais aussi à les envisager sous leurs différents aspects. A ce sujet, le parallèle avec la théorie allemande des droits fondamentaux est intéressant pour analyser la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Depuis 1958, la Cour Constitutionnelle fédérale considère que la fonction originaire des droits fondamentaux consiste à « sauvegarder la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique »²³⁴¹. Elle examine, depuis lors, les différents aspects de la liberté. Une première sphère serait composée d'un « domaine irréductible et intangible de la liberté humaine », où l'État ne saurait pénétrer. Il existerait ensuite une « sphère privée élargie », dans laquelle la présomption joue en faveur de la liberté et où il doit être fait une application stricte du principe de proportionnalité, puis une « sphère sociale », dans laquelle ce dernier s'applique « normalement »²³⁴².

1245. La première sphère, inviolable, toucherait à la personnalité même de l'individu, à sa dignité ainsi qu'à son intimité²³⁴³. La seconde sphère, relative, viserait la « capacité de chacun de décider du lieu, des règles et de la publicité de sa vie » et impliquerait une protection contre l'intrusion publique²³⁴⁴. La troisième sphère concernerait l'individu qui choisit de rendre publique les informations de sa « sphère intime », ces dernières n'étant plus inviolables²³⁴⁵. Formalisée par Robert Alexy²³⁴⁶, cette « théorie des sphères » précise les aspects de la liberté et explique la gradation de protection constitutionnelle selon la sphère concernée.

²³⁴¹ BVerfGE 7, 198 (5), *Lüth*, décision du 15 janvier 1958.

²³⁴² O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.* 1998, 20 juillet/20 août 1998, numéro spécial, pp. 44-55, spéc. p. 46.

²³⁴³ 1 BvR 2378/98 et 1 BvR 1084/99, décision du 3 mars 2004, § 123 et § 361. En ce sens : C. GUSY, « La théorie des sphères », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 467-484, spéc. pp. 468-469 ; C. GREWE, « Constitution et secret de la vie privée – Allemagne », *A.I.J.C.*, 2000, pp. 135-152, spéc. pp. 144-145.

²³⁴⁴ C. GUSY, « La théorie des sphères », *op. cit.*, p. 470.

²³⁴⁵ E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *Cahiers de droit européen*, 2004, pp. 157-195, spéc. p. 182.

²³⁴⁶ R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 327.

1246. En dépit des critiques qui lui sont adressées²³⁴⁷, la théorie des sphères constitue un outil d'analyse de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux²³⁴⁸. Elle se retrouve à titre principal en matière de protection de la vie privée, mais s'étend à d'autres droits fondamentaux. Il y aurait donc *des* théories des sphères²³⁴⁹. Cette construction jurisprudentielle et doctrinale s'analyse dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme²³⁵⁰. Elle tend à apparaître, progressivement, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. S'il ne mobilise pas explicitement le terme de sphère, le Conseil différencie les aspects inhérents à telle ou telle liberté et tend à opérer un contrôle plus ou moins renforcé selon la sphère du droit visée par la conciliation. En particulier, les décisions relatives au droit à l'inviolabilité du domicile (A), au droit au respect de la vie privée (B) à la liberté de communication et d'expression (C) révèlent une gradation du contrôle.

A) Une protection variable en fonction de la sphère du droit à l'inviolabilité du domicile

1247. Dans son acception classique, le domicile est entendu comme le « siège stable » de la vie personnelle et familiale²³⁵¹. Le principe d'inviolabilité qui s'y rattache a pour objet de protéger l'intimité de l'individu et de respecter sa vie privée²³⁵². En droit constitutionnel allemand, il s'agit de lui préserver un « espace vital élémentaire » et lui garantir le « droit d'être laissé tranquille » dans un espace privé²³⁵³. Il est en de même pour le Tribunal constitutionnel espagnol. Le domicile représente l'espace inviolable dans lequel l'individu vit, sans être soumis aux usages et conventions sociales. Il y exerce sa liberté la plus intime²³⁵⁴.

1248. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la notion de domicile est également entendue largement. Dès la décision du 29 décembre 1983 relative à la loi de finances pour 1984, il considère que le principe d'inviolabilité du domicile s'applique à tous les « lieux

²³⁴⁷ O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 46 ; C. GREWE, « Constitution et secret de la vie privée – Allemagne », *op. cit.*, spéc. p. 144.

²³⁴⁸ C. GUSY, « La théorie des sphères », *op. cit.*, p. 483.

²³⁴⁹ *Idem*, p. 467.

²³⁵⁰ Sur ce point : E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *op. cit.*, pp. 185 et s.

²³⁵¹ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, Economica, P.U.A.M., Aix en Provence, 3^e édition, 1995, p. 520.

²³⁵² M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Rapport France. Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *op. cit.*, p. 261.

²³⁵³ C. GREWE, « Constitution et secret de la vie privée – Allemagne », *op. cit.*, spéc. p. 139.

²³⁵⁴ F. J. MATIA PORTILLA, « La protection de l'intimité », XVI^e Cours international de justice constitutionnelle, *A.I.J.C.*, 2000, pp. 394-432, spéc. p. 415.

privés »²³⁵⁵. Il s'étend non seulement aux lieux d'habitation, principal et occasionnels²³⁵⁶, mais aussi aux locaux professionnels²³⁵⁷. En fonction du lieu visé par la conciliation avec les exigences de l'ordre public, l'intensité du contrôle exercé par le Conseil semble varier : renforcé s'agissant du lieu d'habitation (a), il est davantage restreint à l'égard des locaux professionnels (b).

a) La protection renforcée du lieu d'habitation

1249. La jurisprudence relative aux perquisitions, visites et saisies menées lors de missions de police judiciaire témoigne de la précision du degré de contrôle de constitutionnalité, en fonction de la sphère du droit à l'inviolabilité du domicile concerné. A cet égard, le domicile à usage d'habitation, lieu par nature de la sphère intime de l'individu, bénéficie d'une protection consolidée. Dans la décision du 22 avril 1997 relative à la loi sur l'immigration, le Conseil constitutionnel examinait la possibilité pour les officiers de police judiciaire, sur autorisation et sous la direction du procureur de la République, d'opérer des visites dans des lieux privés à usage professionnel, afin de vérifier l'absence d'emploi d'étrangers en situation irrégulière. Il ne censure pas cette disposition, en raison de l'exclusion expresse des lieux utilisés en même temps à titre de domicile²³⁵⁸. *A contrario*, la seule garantie de l'intervention du procureur de la République s'agissant de locaux d'habitation aurait été insuffisante pour assurer la conformité de cette disposition à la Constitution.

1250. La décision du 16 juillet 1996 relative à la loi renforçant la répression contre le terrorisme témoigne également de ce degré d'exigence. Le Conseil considère que le législateur ne porte pas une atteinte excessive au principe d'inviolabilité du domicile en prévoyant la possibilité d'opérer des visites, perquisitions et saisies de nuit, autorisées par le Président du tribunal de grande instance, dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train ou vient de se commettre²³⁵⁹. En revanche, il censure cette même possibilité, au cours d'une enquête préliminaire et d'une instruction préparatoire, « pendant une période qui n'est pas déterminée par la loi, *dans tout lieu, y compris dans des*

²³⁵⁵ Décision n° 83-164 D.C. du 29 décembre 1983, *précitée*, cons. 28.

²³⁵⁶ Décision n° 83-164 D.C. du 29 décembre 1983, *précitée*, cons. 29.

²³⁵⁷ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *précitée*, cons. 87-89 ; Décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990, *précitée*, cons. 10-13.

²³⁵⁸ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 73-77.

²³⁵⁹ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 17.

locaux servant exclusivement à l'habitation » et dont « le déroulement et les modalités de l'enquête préliminaire sont laissées à la discrétion du procureur de la République »²³⁶⁰.

1251. Le Conseil opère donc un contrôle plus strict des prérogatives du juge judiciaire et des garanties procédurales entourant le dispositif, lorsque ces opérations ont lieu dans un local à usage d'habitation. Plus « la dignité, l'individualité et la personnalité qui se révèlent dans un lieu »²³⁶¹ est importante, plus les limites apportées à la sphère du droit visé sont encadrées constitutionnellement.

1252. Cette gradation du contrôle s'analyse à plus forte raison dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, dans laquelle le Conseil examine l'extension des visites, perquisitions et saisies de nuit aux crimes et délits relevant de la criminalité et de la délinquance organisée. Ces mesures sont admises lors d'une enquête préliminaire, sur décision du juge des libertés et de la détention mais seulement dans des locaux autres que d'habitation²³⁶². Il en est de même pour l'instruction. Subordonnées à une autorisation du juge d'instruction donnée aux officiers de police judiciaire sur commission rogatoire, ces opérations ne peuvent être effectuées de nuit que lorsqu'elles ne concernent pas des locaux d'habitation. La possibilité de procéder à de telles investigations dans des lieux d'habitation n'est admise que dans trois cas d'urgence, limitativement énumérés²³⁶³.

1253. Le Conseil émet une réserve d'interprétation dans ce dernier cas, en imposant le caractère subsidiaire du recours à ces mesures dans les lieux d'habitation. Il considère que la notion de « risque immédiat de disparition de preuves ou d'indices matériels » doit s'entendre comme ne permettant au juge d'instruction d'autoriser une perquisition de nuit que si elle ne peut être réalisée dans d'autres circonstances de temps²³⁶⁴. Même si elle donne lieu à une redéfinition du droit à l'inviolabilité du domicile, cette décision atteste d'une protection renforcée du lieu d'exercice de l'intimité et de la vie privée avec les proches. Un contrôle moins exigeant est exercé à l'égard des limites apportées à l'inviolabilité du lieu d'exercice de la vie professionnelle.

²³⁶⁰ *Idem*, cons. 18 (souligné par nous).

²³⁶¹ E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *op. cit.*, spéc. p. 192.

²³⁶² Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 48-52.

²³⁶³ *Idem*, cons. 53-56.

²³⁶⁴ *Idem*, cons. 56.

b) La protection relative du lieu professionnel

1254. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel à l'égard des dispositions relatives aux perquisitions, visites et saisies dans des locaux autres qu'à usage d'habitation se révèle moins rigoureux que celui retenu pour ceux servant exclusivement à l'habitation. Certes, le Conseil ne distingue pas toujours le domicile en fonction de la destination des locaux²³⁶⁵. Toutefois, cette dichotomie réapparaît lors de l'examen de dispositions particulièrement attentatoires au principe d'inviolabilité du domicile. Deux éléments indiquent une protection atténuée du lieu d'exercice de la vie privée avec les relations professionnelles ou commerciales²³⁶⁶.

1255. La qualité du magistrat compétent pour autoriser et diriger les opérations portant atteinte à l'inviolabilité du domicile constitue un premier indicateur du degré de protection. Comme le souligne Thierry Renoux, il existe « à l'intérieur de l'autorité judiciaire une répartition constitutionnelle des attributions exercées, entre agents et officiers de police judiciaire, les magistrats du Parquet et les magistrats du siège, [...] directement fonction du degré de sévérité de l'atteinte à la liberté de l'individu »²³⁶⁷. Par exemple, le législateur a pu prévoir la possibilité d'opérer des visites dans les lieux privés à usage professionnel afin de lutter contre le travail illégal, sous la seule autorisation et l'unique direction du procureur de la République, sans encourir la censure du Conseil constitutionnel²³⁶⁸. Implicitement, le Conseil considère que l'atteinte portée à l'intimité de l'individu est moins sévère s'agissant de locaux professionnels que pour les lieux servant exclusivement à l'habitation. Elle implique, en conséquence, une protection moindre.

1256. De même, si le Conseil invalide en 1996 la possibilité d'opérer des perquisitions, saisies et visites de nuit en matière de recherche d'auteurs d'actes de terrorisme lors d'une enquête préliminaire, uniquement contrôlée par le procureur de la République, la censure tient moins à la seule qualité du magistrat qu'à l'absence de l'exclusion expresse des locaux d'habitation du champ d'application de la disposition²³⁶⁹. Le degré de protection, inhérent à la

²³⁶⁵ Décision n° 83-164 D.C. du 29 décembre 1983, *précitée*, cons. 29 ; Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *précitée*, cons. 87-89 ; décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990, *précitée*, cons. 10-13 ; Sur ce point, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Rapport France. Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *op. cit.*, p. 262.

²³⁶⁶ E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *op. cit.*, spéc. p. 193.

²³⁶⁷ T. RENOUX, « Décision n° 93-326 D.C. du 13 août 1993, Garde à vue », *op. cit.*, spéc. p. 851.

²³⁶⁸ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 73-77.

²³⁶⁹ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 18.

qualité de l'autorité judiciaire, est inférieur pour les locaux professionnels que lorsqu'il s'agit de lieux d'habitation.

1257. Le degré de restriction à l'inviolabilité du domicile constitue un second indicateur du niveau de protection selon la qualité du lieu. En effet, les restrictions apportées à l'inviolabilité du lieu d'exercice de la vie professionnelle ne sauraient être déclarées conformes à la Constitution s'agissant des locaux d'habitation. Même contrôlée et dirigée par un magistrat du siège, la possibilité de procéder à des perquisitions, saisies et visites lors d'une enquête préliminaire, relative à la recherche d'auteurs d'infractions mentionnées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, est déclarée conforme à la Constitution, uniquement dans la mesure où les locaux d'habitation sont exclus²³⁷⁰. Cette garantie rentre directement en ligne de compte dans l'appréciation de la constitutionnalité de ce dispositif.

1258. De plus, le Conseil admet la possibilité d'effectuer ces opérations dans des lieux autres que d'habitation au cours d'une instruction. A l'inverse, pour les locaux d'habitation, ces investigations sont subordonnées, non seulement à l'urgence, mais aussi à une condition de subsidiarité²³⁷¹.

1259. La jurisprudence constitutionnelle témoigne ainsi d'une gradation du degré de protection selon la sphère du domicile concernée. La position du Conseil n'est, à ce sujet, pas isolée. En contentieux constitutionnel allemand, la protection accordée aux locaux professionnels est atténuée, au regard de l'ouverture des locaux au public²³⁷². La modulation du contrôle retenue par le Conseil constitutionnel peut rendre compte de sa volonté d'organiser la garantie de l'inviolabilité du domicile au regard des apports du droit comparé²³⁷³. Toutefois, cette modulation apparaît avant tout indispensable pour contrôler la conciliation de ce droit avec les exigences de l'ordre public. Celles-ci étant de plus en plus prégnantes et complexes, le Conseil doit préciser le degré de protection accordé aux sphères du droit à l'inviolabilité du domicile. Le recours implicite à la théorie des sphères constitue par conséquent un outil pertinent dans l'exercice de sa mission. Il n'est guère surprenant que le Conseil l'ait mobilisé pour d'autres droits et libertés que l'inviolabilité du domicile. Tel est le cas du droit au respect de la vie privée.

²³⁷⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 48-52.

²³⁷¹ *Idem*, cons. 53-56. Sur ce point : *supra*, n° 1252.

²³⁷² C. GREWE, « Constitution et secret de la vie privée – Allemagne », *op. cit.*, spéc. p. 142.

²³⁷³ E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *op. cit.*, spéc. p. 193.

B) *Une protection variable en fonction de la sphère du droit au respect de la vie privée*

1260. Le droit au respect de la vie privée constitue une prérogative dont le contenu exact est *a priori* difficile à cerner. Qualifié de kaléidoscope aux mille facettes²³⁷⁴, son dénominateur commun résiderait dans un agglomérat d'attributs du sujet sur lui-même²³⁷⁵. Dans son acception la plus simple, le concept de vie privée vise le droit d'être laissé tranquille²³⁷⁶. Pour André Roux, la vie privée peut se définir comme « cette partie de la vie qui n'est pas consacrée à une activité publique et où les tiers n'ont en principe pas accès, afin d'assurer à la personne le secret et la tranquillité auxquelles elle a droit »²³⁷⁷. Elle constitue « cette sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié »²³⁷⁸.

1261. La protection de la vie privée peut recouvrir plusieurs aspects. En droit européen des droits de l'homme, elle vise la *liberté* de la vie privée mais aussi le *secret* de la vie privée²³⁷⁹. La première dimension vise celle de faire ou d'agir comme chacun l'entend dans le cadre privé²³⁸⁰. Il s'agit du droit d'établir et de développer des liens avec d'autres êtres humains²³⁸¹. La seconde suppose le droit de se cacher, de soustraire quelque chose au regard des autres²³⁸², notamment contre les investigations et les divulgations de l'autorité publique²³⁸³. En droit constitutionnel allemand, le droit au respect de la vie privée se décline en trois sphères ;

²³⁷⁴ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la « vie privée » au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2005, pp. 305-333, spéc. p. 307.

²³⁷⁵ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1990.

²³⁷⁶ E. ZOLLER, « Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2005, pp. 35-67.

²³⁷⁷ A. ROUX, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Paris, Economica, P.U.A.M., 1983, spéc. p. 10.

²³⁷⁸ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 2, *op. cit.*, spéc. p. 87.

²³⁷⁹ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, Economica, P.U.A.M., Aix en Provence, 2^e édition, 1990, pp. 15 et s. Voir également : F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2005.

²³⁸⁰ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Rapport France. Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *op. cit.*, p. 259.

²³⁸¹ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, *op. cit.*, p. 25.

²³⁸² M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Rapport France. Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *op. cit.*, p. 259.

²³⁸³ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, *op. cit.*, p. 17.

intime, privée et publique²³⁸⁴, auxquelles il convient d'ajouter celle, plus moderne, de l'« autodétermination informationnelle », visant à protéger les informations personnelles de l'individu²³⁸⁵.

1262. En ce sens, la protection de la vie privée peut être analysée selon ses champs d'application matériels. Pour Xavier Philippe, la vie privée comporte trois aspects liés à la protection de l'intimité, au développement de la propre personnalité et de l'épanouissement personnel, et au contrôle de l'usage d'informations privées²³⁸⁶. Le droit au respect de la vie privée peut aussi être envisagé selon les types d'atteintes que l'État est susceptible de porter à la vie privée. Elles consistent en l'immixtion des autorités publiques dans la vie privée et à la divulgation des faits de la vie privée par les autorités publiques²³⁸⁷.

1263. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le droit au respect de la vie privée se décline en plusieurs facettes. Implicitement consacré dans la décision du 12 janvier 1977 relative à la loi autorisant les visites de véhicules²³⁸⁸ puis, de manière explicite, dans la décision du 18 janvier 1995 portant sur la loi l'orientation et de programmation relative à la sécurité²³⁸⁹, ce droit protège le *respect* de la vie privée²³⁹⁰ et le *secret* de la vie privée²³⁹¹. Certes, le Conseil ne recourt pas systématiquement à ces deux notions et se réfère le plus souvent au droit au respect de la vie privée. Il convient toutefois de s'interroger sur cette dichotomie, d'autant plus que le Conseil module l'intensité du contrôle selon l'aspect de la vie privée visée par la conciliation avec les exigences de l'ordre public. La protection constitutionnelle est renforcée s'agissant de la sphère intime ou personnelle de la vie privée (a). Elle est plus souple lorsqu'est en cause la sphère sociale ou publique de la vie privée (b).

a) La protection renforcée de la sphère personnelle de la vie privée

1264. La sphère personnelle de la vie privée vise celle qui touche à l'intimité de l'individu en ce qu'elle a de plus essentielle. Sous cet aspect, le respect de la vie privée a trait au « droit

²³⁸⁴ C. GUSY, « La théorie des sphères », *op. cit.*, pp. 468 et s. ; C. GREWE, « Table ronde : constitution et secret de la vie privée – Allemagne », *op. cit.*, pp. 144 et s.

²³⁸⁵ C. GUSY, « La théorie des sphères », *op. cit.*, pp. 477.

²³⁸⁶ X. PHILIPPE, « Vie privée et nouvelles technologies », *A.I.J.C.*, 2000, pp. 433-466, spéc. p. 434.

²³⁸⁷ A. ROUX, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, *op. cit.*, p. 23.

²³⁸⁸ Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *précitée*, cons. 5.

²³⁸⁹ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 3. Sur le rattachement exprès de ce droit à l'article 2 de la Déclaration de 1789 ; Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *précitée*, cons. 45.

²³⁹⁰ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 45.

²³⁹¹ Décision n° 94-352 D.C. du 21 janvier 1995, *précitée*, cons. 8.

d'être laissé en paix »²³⁹² et à la protection contre les intrusions extérieures. Cette dimension apparaît dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et correspond au droit de vivre autant qu'on le désire à l'abri des regards étrangers²³⁹³. Bien qu'elle ne soit pas expressément consacrée par le Conseil constitutionnel, la sphère personnelle de la vie privée se dégage de ces décisions, au regard de l'intensité de la protection qui s'y rattache.

1265. La sphère personnelle comprend avant tout les éléments liés au secret de la vie privée. Cet aspect semble correspondre, en premier lieu, à tout ce qui se produit dans les lieux d'exercice par nature de l'intimité, tels que les locaux d'habitation. Le Conseil se montre vigilant à ce que les dispositifs techniques permettant de révéler des éléments de la vie privée des individus respectent strictement les exigences constitutionnelles en la matière. Par exemple, dans la décision du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes, il censure la disposition relative à la transmission aux services de police et de gendarmerie nationales, ainsi qu'à la police municipale, d'images captées par des systèmes de vidéosurveillance dans des parties d'immeubles d'habitation, non ouvertes au public. Il constate, en l'espèce, l'absence de « garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes qui résident ou se rendent dans ces immeubles »²³⁹⁴.

1266. De même, le Conseil exerce un contrôle minutieux des dispositifs ayant pour objet, de nuit et sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics. Dans la décision du 2 mars 2004 portant sur la loi relative aux évolutions de la criminalité, en plus de vérifier les modalités d'intervention du juge d'instruction et les garanties procédurales entourant ces dispositifs, le Conseil émet une réserve d'interprétation. Selon l'article 706-101 du Code de procédure pénale, le contenu du procès-verbal est limité aux seuls enregistrements *utiles* à la manifestation de la vérité²³⁹⁵. Le Conseil précise que le législateur, à travers cette disposition, « a nécessairement entendu que les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne puissent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure »²³⁹⁶.

²³⁹² C. GUSY, « La théorie des sphères », *op. cit.*, spéc. p. 468.

²³⁹³ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 6^e édition, 2012, pp. 59-60 ; O. LE BOT, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale », *R.F.D.A.*, mars-avril 2008, pp. 328-336, spéc. p. 332.

²³⁹⁴ Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 19-23.

²³⁹⁵ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 62-66.

²³⁹⁶ *Idem*, cons. 65.

1267. Le Conseil vérifie également que ce régime n'est applicable, à peine de nullité, qu'aux seules infractions mentionnées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale²³⁹⁷. Ces considérants manifestent le souci du juge constitutionnel de préserver la vie privée dans ce qu'elle a de plus intime, en dépit de la prégnance des exigences de l'ordre public poursuivie par le législateur.

1268. La sphère personnelle de la vie privée s'analyse, en second lieu, au regard du degré de « dignité, d'individualité et de personnalité » qui se dégage d'un lieu²³⁹⁸. Si l'appréciation de ces éléments peut être délicate pour le juge²³⁹⁹, le contrôle exercé est particulièrement approfondi, y compris à l'égard de dispositifs visant des lieux qui ne sont pas par nature le siège de l'exercice de l'intimité. A ce titre, les systèmes de vidéosurveillance assurant la transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique font l'objet d'un examen méticuleux par le Conseil constitutionnel. Dans la décision du 18 janvier 1995, il s'attache à contrôler que l'ensemble des garanties formelles et matérielles entourant ces dispositifs sont de nature à garantir le secret de la vie privée. Il censure l'autorisation tacite de l'administration à l'issue d'un délai de quatre mois pour installer de tels systèmes, à défaut de garanties légales suffisantes²⁴⁰⁰.

1269. Dans la décision du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, le Conseil censure la disposition qui revenait à autoriser toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords immédiats de ses bâtiments et installations, et à confier à des opérateurs privés le soin d'exploiter de tels systèmes sur la voie publique²⁴⁰¹. Sur le fondement de l'article 12 de la Déclaration de 1789, qui prohibe la délégation à des personnes privées de compétences de police administrative générale²⁴⁰², le Conseil exerce un contrôle étroit de la constitutionnalité de ces dispositifs.

1270. En dernier lieu, le degré de contrôle qui se rattache à la sphère personnelle de la vie privée ne s'applique pas seulement aux mesures législatives au regard du lieu qu'elles régissent. De manière plus approfondie, le juge constitutionnel prend en compte les

²³⁹⁷ *Idem*, cons. 67-71.

²³⁹⁸ E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *op. cit.*, spéc. p. 194.

²³⁹⁹ *Idem*, pp. 194-195.

²⁴⁰⁰ Décision n° 94-52 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 5-13, spéc. cons. 12.

²⁴⁰¹ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 14-19.

²⁴⁰² *Supra*, n° 674-676.

conséquences de certains dispositifs sur la situation personnelle de l'individu, qui touchent à sa vie privée. Par exemple, bien que le Conseil n'exerce qu'un contrôle restreint des traitements automatisés de données nominatives créés pour des missions de police judiciaire, il vérifie scrupuleusement la constitutionnalité des mesures permettant à l'administration d'utiliser ces données à des fins administratives.

1271. Dans la décision du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure, il recense les conditions et les garanties entourant la consultation par l'administration des traitements d'informations nominatives, recueillies au cours d'enquêtes préliminaire et de flagrance, pour des décisions de recrutement, d'affectation, d'autorisation, d'agrément et d'habilitation relatives à un nombre d'emplois prédéterminés dans les secteurs publics et privés²⁴⁰³. Il en est de même pour le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles. Dans la décision du 2 mars 2004, le droit au respect de la vie privée fait l'objet d'une protection renforcée, uniquement lors du contrôle des modalités de consultation du fichier par les autorités administratives²⁴⁰⁴. En tenant compte de l'impact de la consultation de telles informations sur l'activité professionnelle des individus, le Conseil exerce un contrôle approfondi des limites apportées à cet aspect du droit au respect de la vie privée.

1272. Par là même, le Conseil constitutionnel mobilise, à la manière du juge de *common law*, l'« argument conséquentialiste » dans ces décisions²⁴⁰⁵. Ce mode d'argumentation logique des décisions juridictionnelles tient à l'évaluation des conséquences tant juridiques qu'extra-juridiques des solutions adoptées²⁴⁰⁶. Plusieurs décisions du Conseil relatives à la sphère personnelle de la vie privée en témoignent. Dans la décision du 2 mars 2004, le Conseil censure la possibilité pour une personne morale de droit privé de rassembler un grand nombre d'informations nominatives portant sur des infractions, condamnations et mesures de sûreté. Il indique qu'« en raison de l'ampleur » que pourraient revêtir ces traitements de données personnelles, la disposition « pourrait affecter, *par ses conséquences*, le droit au respect de la vie privée » et considère que celle-ci est entachée d'incompétence négative²⁴⁰⁷.

²⁴⁰³ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 28-33.

²⁴⁰⁴ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 88.

²⁴⁰⁵ F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law », in F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 25-46, spéc. pp. 41 et s.

²⁴⁰⁶ *Idem*, p. 26.

²⁴⁰⁷ Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 11-12 (souligné par nous). Voir aussi : décision n° 2012-652 D.C. du 22 mars 2012, *précitée*, cons. 10-11.

1273. Un tel degré de motivation se dégage aussi de la décision du 21 février 2008 relative à la loi sur la rétention de sûreté. A propos de l'inscription des décisions d'irresponsabilité pénale prononcées pour cause de trouble mental dans le casier judiciaire, le Conseil précise qu'« *eu égard aux finalités* du casier judiciaire », cette information « ne saurait, sans porter une atteinte non nécessaire à la protection de la vie privée [...], être mentionnée au bulletin n° 1 du casier judiciaire que lorsque des mesures de sûreté, prévues par le nouvel article 706-136 du Code de procédure pénale, ont été prononcées et tant que ces interdictions n'ont pas cessé leur effets »²⁴⁰⁸. Le Conseil analyse ainsi les conséquences de cette inscription au regard des finalités du casier judiciaire et de l'utilisation qui en est faite, afin d'évaluer la proportionnalité du dispositif.

1274. Cette démarche de justification du juge constitutionnel témoigne de l'intensité du contrôle exercé à l'égard des dispositifs portant atteinte à la sphère personnelle de la vie privée. Celle-ci dispose d'un domaine d'application assez large dans la jurisprudence, directement fonction des éléments d'individualité et de personnalité qui s'y rattachent. Parallèlement, une seconde sphère de la vie privée peut être identifiée, dans laquelle le degré de protection est singulièrement inférieur à cette dernière.

b) La protection atténuée de la sphère sociale de la vie privée

1275. La sphère sociale de la vie privée peut être définie comme celle où les individus entretiennent des rapports les uns avec les autres²⁴⁰⁹. Elle tend à s'appliquer dans les situations où les individus ont, soit, délibérément choisi d'être sur la voie publique, soit, sont contraints, en raison de leur statut ou de leurs agissements, de dévoiler des informations personnelles. Le degré d'individualité et de personnalité est réduit par rapport à celui analysé dans la sphère personnelle, ce qui justifie une protection de la vie privée plus souple par le juge constitutionnel. Deux types de dispositifs peuvent être identifiés.

1276. Le degré de protection atténué propre à la sphère sociale de la vie privée se mesure lors de l'examen des dispositions relatives à la fouille des véhicules. Considéré comme le

²⁴⁰⁸ Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *précitée*, cons. 31 (souligné par nous).

²⁴⁰⁹ Sur ces éléments de définition à partir de la théorie des sphères en droit constitutionnel allemand : C. GUSY, « La théorie des sphères », *op. cit.*, spéc., pp. 472 et s.

« siège en mouvement » de la vie privée²⁴¹⁰, le véhicule automobile est un lieu d'intimité. Léo Hamon et Jean Léauté soulignent qu'« au volant, bien campé dans son siège, plus d'un français se sent et se dit chez lui »²⁴¹¹. Le véhicule constitue un endroit où s'exprime l'individualité du conducteur ou du propriétaire. Toutefois, dans la mesure où il est visible du public et qu'il se déplace sur la voie publique, le véhicule est doté d'un statut particulier²⁴¹². Il bénéficie d'une protection inférieure à celle observée pour le domicile privé.

1277. L'intensité du contrôle à l'égard du véhicule s'est réduite au fil de la jurisprudence. Dans les décisions du 12 janvier 1977 relative à la loi autorisant la visite des véhicules²⁴¹³ et du 18 janvier 1995 portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité²⁴¹⁴, les dispositifs tenant à l'intrusion des autorités publiques au sein des véhicules privés font l'objet d'un contrôle renforcé. Rattaché à la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée bénéficie de l'intervention de l'autorité judiciaire, en vertu de l'article 66 de la Constitution. Si le Conseil ne se réfère pas au secret de la vie privée mais à la liberté individuelle dans ces deux décisions, il reste que c'est cet aspect que le juge a voulu protéger. Comme l'indiquait le Doyen Louis Favoreu, « aucune autre composante de la liberté individuelle n'est vraiment concernée par la fouille des véhicules »²⁴¹⁵.

1278. De plus, le contrôle de proportionnalité de ces dispositifs n'est pas réduit au contrôle de l'erreur manifeste. Le Conseil exerce un contrôle minutieux des garanties et des conditions entourant les mesures de fouilles de véhicules. Comme dans la décision du 12 janvier 1977, ces dispositifs sont censurés en 1995, le législateur n'ayant pas prévu l'autorisation préalable de l'autorité judiciaire pour procéder à la fouille des véhicules sur la voie publique²⁴¹⁶.

1279. Ce degré de protection s'affaiblit dès la décision du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure. Bien que les opérations de fouille de véhicules semblaient rattachées à la sphère personnelle de la vie privée au regard de la jurisprudence antérieure, elles tendent désormais à relever de la seule sphère sociale. Dans cette décision, le contrôle des visites de véhicules réalisées sur réquisitions du procureur de la République est réduit au minimum. Le

²⁴¹⁰ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, *op. cit.*, p. 381.

²⁴¹¹ L. HAMON et J. LEAUTE, note au *Recueil Dalloz*, 1978, J. 173, pp. 173-177, spéc. p. 174, 1^{re} colonne.

²⁴¹² E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *op. cit.*, spéc. p. 195.

²⁴¹³ Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *précitée*, cons. 5.

²⁴¹⁴ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 14-20.

²⁴¹⁵ L. FAVOREU, note sous décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *Vidéosurveillance*, *op. cit.*, p. 368.

²⁴¹⁶ Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *précitée*, cons. 20.

Conseil s'assure seulement que la conciliation opérée par le législateur « n'est entachée d'aucune erreur manifeste »²⁴¹⁷.

1280. Cette décision n'est pas un cas d'espèce. L'affaiblissement du contrôle se retrouve dans la décision du 19 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, lors de l'examen de la procédure de recueil automatisé de données relatives aux véhicules. Le Conseil répertorie les finalités et les conditions inhérentes à ce dispositif, mais vérifie uniquement que ces dispositions « sont propres à assurer entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »²⁴¹⁸.

1281. Ce faible degré de protection, analysé à l'égard du véhicule, s'applique également dans les situations où l'individu, au regard des agissements contraires à l'ordre public qu'il a pu commettre, perd en partie le secret de ses informations personnelles. A ce sujet, le contrôle effectué à l'égard des traitements automatisés de données nominatives, menés lors d'activités de police judiciaire ou créés à titre de mesures de sûreté, est restreint. Le Conseil s'attache uniquement à examiner que la conciliation opérée par le législateur n'est pas manifestement déséquilibrée, à propos des applications automatisées d'informations nominatives mises en œuvre par les services de police nationale et de la gendarmerie nationale, afin de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale et la recherche de leurs auteurs²⁴¹⁹. Cette intensité du contrôle se retrouve lors de l'examen du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles. Si le Conseil analyse les modalités d'utilisation de ce fichier, le contrôle de proportionnalité du fichier lui-même est réduit à l'erreur manifeste²⁴²⁰.

1282. Le statut particulier dans lequel se trouve l'individu vis-à-vis des autorités publiques peut justifier, enfin, une protection atténuée de la vie privée. La sphère sociale viserait ainsi des catégories spécifiques de bénéficiaires du droit au respect de la vie privée. Eu égard aux exigences de lutte contre l'immigration irrégulière, le Conseil n'exerce qu'un contrôle restreint des traitements automatisés répertoriant les informations personnelles d'étrangers présents sur le territoire français²⁴²¹. De manière constante, le Conseil considère que les étrangers ne bénéficient pas d'un droit général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire

²⁴¹⁷ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 12.

²⁴¹⁸ Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *précitée*, cons. 15-22, spéc. cons. 21.

²⁴¹⁹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 27.

²⁴²⁰ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 87.

²⁴²¹ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 20-23.

français²⁴²². Il en est de même à propos des limites apportées au droit au respect de la vie privée des personnes atteintes de troubles mentaux et hospitalisées sans leur consentement, au regard de la situation spécifique dans laquelle elles se situent²⁴²³.

1283. Au final, le contrôle des mesures affectant le droit au respect de la vie privée permet d'identifier les sphères de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Selon le degré de protection retenu, les contours des dimensions personnelle et sociale de la vie privée sont progressivement tracés. L'examen de la conciliation entre le droit au respect de la vie privée et les exigences de l'ordre public conduit ainsi le juge constitutionnel à préciser les facettes de ce droit et à ajuster leur degré de protection. Ce processus de redéfinition s'analyse, en dernier lieu, à l'égard de la liberté de communication et d'expression.

C) Une protection variable des sphères de la liberté de communication et d'expression

1284. Inscrite à l'article 11 de la Déclaration de 1789, la liberté de communication et d'expression bénéficie d'un traitement privilégié dans la jurisprudence constitutionnelle depuis le milieu des années 1980²⁴²⁴. Celui-ci tient à la fois à sa place dans la Constitution de 1958 et à sa fonction de « droit-tuteur », vis-à-vis des droits et libertés protégés²⁴²⁵. Le Conseil constitutionnel semble ici aussi procéder à une redéfinition du degré de contrôle des aspects de cette liberté, lors de sa conciliation avec les exigences de l'ordre public. Le juge distingue deux dimensions de la liberté de communication et d'expression : l'une, active et l'autre, passive (a). L'identification de cette dichotomie permet d'apprécier une graduation du contrôle au sein de ces deux sphères et de préciser le degré de protection de cette liberté (b).

a) La définition des dimensions active et passive de la liberté de communication et d'expression

1285. A première vue, la distinction entre les aspects de la liberté de communication et d'expression repose sur un postulat simple, tenant à la position de ses bénéficiaires. Selon

²⁴²² Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 2. Voir : O. LECUCQ, « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 1637-1650 ; J. DUVIGNAU, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, thèse dactylographiée, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2010.

²⁴²³ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 32.

²⁴²⁴ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *précitée*, cons. 37.

²⁴²⁵ Décision n° 2011-131 D.C. du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*, Rec. p. 244, cons. 3.

Jean Morange, cette liberté consacre « un principe à double face »²⁴²⁶, puisqu'à la liberté des émetteurs répond le droit des destinataires d'en bénéficier²⁴²⁷. Selon le premier aspect, le citoyen est *émetteur* d'informations. Il constitue la dimension la plus évidente de cette liberté, puisqu'il résulte de l'article 11 de la Déclaration de 1789 que tout citoyen peut « parler, écrire, imprimer librement ».

1286. Par exemple, les dispositions susceptibles de restreindre le libre choix de la langue d'expression relèvent de la dimension active de la liberté de communication et d'expression²⁴²⁸. Dans la décision du 29 juillet 1994 portant sur la loi relative à l'emploi de la langue française, le Conseil considère que la liberté d'expression « implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée »²⁴²⁹. Il censure deux dispositifs qui imposaient, sous peine de sanctions, l'usage obligatoire d'une terminologie officielle aux organismes et services de radiodiffusion ainsi qu'à des personnes privées, qui n'exerçaient pas une mission de service public²⁴³⁰.

1287. La dimension active de cette liberté s'analyse aussi lors de l'examen de dispositions limitant la possibilité de rapporter la preuve de faits diffamatoires. Dans la décision Q.P.C. du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*, le Conseil censure, au regard de « son caractère général et absolu », la disposition prévoyant qu'une personne poursuivie pour diffamation peut toujours prouver la vérité des faits diffamatoires, « sauf lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans »²⁴³¹. De même, la dimension active de cette liberté s'applique à internet. Le Conseil constitutionnel considère que ce moyen d'expression permet l'exercice de la liberté de communication et doit bénéficier de la garantie de l'article 11 de la Déclaration de 1789²⁴³².

1288. La seconde dimension de la liberté de communication et d'expression signifie que le citoyen est *récepteur* d'informations. Comme indiqué dans les commentaires aux Cahiers du

²⁴²⁶ J. MORANGE, « La protection constitutionnelle et civile de la liberté d'expression », *R.I.D.C.*, n° 2, 1990, pp. 771-787, spéc. p. 774.

²⁴²⁷ G. CARCASSONNE, « Les interdits et la liberté d'expression », *op. cit.*, spéc. p. 56.

²⁴²⁸ Décision n° 94-345 D.C. du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, *Rec.* p. 106 ; décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, *Rec.* p. 71.

²⁴²⁹ Décision n° 94-435 D.C. du 29 juillet 1994, *précitée*, cons. 6.

²⁴³⁰ *Idem*, cons. 9 et 10.

²⁴³¹ Décision n° 2011-131 Q.P.C. du 20 mai 2011, *précitée*, cons. 6. Voir également : décision n° 2013-319 Q.P.C. du 7 juin 2013, *M. Philippe B.*, cons. 9, *J.O.R.F.* du 9 juin 2013, p. 9630.

²⁴³² Décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *précitée*, cons. 15-16 ; Commentaire de la décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, p. 7.

Conseil²⁴³³, cet aspect est particulièrement mobilisé dès le milieu des années 1980 lors de l'examen des lois relatives aux médias, à la presse et à l'audiovisuel²⁴³⁴. Les possibilités offertes par internet relèvent également de la dimension passive de cette liberté. Le Conseil considère que l'article 11 de la Déclaration de 1789 implique la liberté *d'accéder* à internet, vu la place qu'il occupe dans l'accès à l'information²⁴³⁵.

1289. Comme la dimension active, la dimension passive de la liberté de communication et d'expression fait l'objet d'une protection renforcée de la part du juge constitutionnel. En premier lieu, les limites apportées à cette liberté font l'objet d'un triple test de proportionnalité, relatif à l'adéquation, à la nécessité et à la proportionnalité au sens strict de la mesure. Dans la décision du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, la mobilisation du triple test conduit le Conseil, sur la base des articles 9 et 11 de la Déclaration de 1789, à censurer l'ensemble du dispositif répressif institué par le législateur²⁴³⁶. Le Conseil indique explicitement qu'« *eu égard à la nature de la liberté* garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé de sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative [...] »²⁴³⁷. La spécificité de cette « liberté-cadre »²⁴³⁸ empêche que la sanction soit une suspension de l'accès à internet prononcée par une autorité, à laquelle est déniée la nature de juridiction²⁴³⁹.

1290. En second lieu, la liberté d'expression et de communication impose au législateur de respecter les objectifs de valeur constitutionnelle de transparence et de pluralisme, afin de protéger la liberté du destinataire de l'information. Qu'il soit lecteur, auditeur ou téléspectateur, le destinataire « doit bénéficier du droit à l'information qui implique la liberté de choix du support (pluralisme) et la connaissance claire du statut du support

²⁴³³ Commentaire aux Cahiers, Décision n° 2012-647 D.C. du 28 février 2012, Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, p. 6.

²⁴³⁴ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *précitée* ; Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *précitée* ; décision n° 86-210 D.C. du 29 juillet 1986, *précitée* ; Décision n° 2009-577 D.C. du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, Rec. p. 64.

²⁴³⁵ Décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *précitée*, cons. 12 ; Commentaire de la décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, p. 7.

²⁴³⁶ Décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *précitée*, cons. 19-20.

²⁴³⁷ *Idem*, cons. 16 (souligné par nous).

²⁴³⁸ M. VERPEAUX, « La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi I par le Conseil constitutionnel », *J.C.P. G.*, 21 septembre 2009, n° 39, 274, p. 50. Voir également, en droit comparé : M. VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2012, pp. 137-155.

²⁴³⁹ W. BENESSIANO, « L'inconstitutionnalité, sanction de l'identification d'un pouvoir de répression pénale dévalué », *R.F.D.C.*, n° 81, 2010, pp. 168-174, spéc. p. 169.

(transparence) »²⁴⁴⁰. Dégagé à partir de l'article 11 de la Déclaration, l'objectif de pluralisme des quotidiens d'information politique et générale²⁴⁴¹ et celui de la communication audiovisuelle²⁴⁴², constituent des conditions d'effectivité de la liberté de la presse et de la liberté de communication²⁴⁴³.

1291. Les dimensions active et passive de cette liberté font donc l'objet d'une protection renforcée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pourtant, un affaiblissement du degré de protection peut être observé lors de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public.

b) La redéfinition du degré de protection des dimensions active et passive de la liberté de communication et d'expression

1292. La protection constitutionnelle de la liberté de communication et d'expression revêt un aspect spécifique, dans la mesure où la différenciation de contrôle ne se constate pas entre les deux sphères de cette liberté, mais au sein même de ces sphères.

1293. S'agissant de la dimension active, le contrôle n'apparaît plus systématiquement renforcé. Certes, le Conseil mobilise cette intensité de contrôle dans la décision du 28 février 2012, portant sur la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi²⁴⁴⁴. A l'appui du triple test de proportionnalité, le Conseil considère qu'« en réprimant la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication »²⁴⁴⁵. Comme l'indiquait Guy Carcassonne, cette formule « nette » et « irrémédiable » semble couper court à toute possibilité d'un texte de substitution²⁴⁴⁶.

1294. La décision du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure témoigne toutefois d'une intensité de contrôle différente. En l'espèce, était contestée la disposition prohibant « le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités

²⁴⁴⁰ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 293-294.

²⁴⁴¹ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, précitée, cons. 38.

²⁴⁴² Décision n° 86-217 D.C. du 18 septembre 1986, précitée, cons. 11.

²⁴⁴³ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., pp. 79 et s.

²⁴⁴⁴ Décision n° 2012-647 D.C. du 28 février 2012, précitée, cons. 6.

²⁴⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁴⁶ G. CARCASSONNE, « Les interdits et la liberté d'expression », op. cit., spéc. pp. 58-59.

publiques, d'outrager publiquement l'hymne nationale ou le drapeau tricolore ». Bien que la liberté de communication et d'expression soit visée par cette disposition, le Conseil examine de manière succincte la nécessité du délit. Il vérifie seulement l'absence de « caractère manifestement disproportionné » de la peine par rapport à l'infraction²⁴⁴⁷. Le Conseil ne procède pas à un contrôle entier de proportionnalité, pourtant mobilisé de manière constante lorsqu'est mise en cause cette liberté. De plus, l'exigence de légalité des délits et des peines fait l'objet d'un contrôle restreint. Le Conseil adopte deux réserves d'interprétation²⁴⁴⁸, ce qui laisse penser « que le texte voté était insuffisant et ne pouvait que susciter des décisions contradictoires »²⁴⁴⁹.

1295. Des différences de traitement au sein de la dimension passive de la liberté de communication et d'expression apparaissent également. Par exemple, le contrôle rigoureux exercé dans la décision du 10 juin 2009 contraste singulièrement avec celui mis en œuvre dans la décision du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Dans cette dernière, le Conseil examine le dispositif de blocage des adresses électroniques, décidé par l'autorité administrative compétente et donnant accès aux sites internet diffusant des images pornographiques représentant des mineurs²⁴⁵⁰. Cette mesure est matériellement similaire à celle précisément censurée deux ans plus tôt. Dans la décision du 10 juin 2009, le Conseil considère que les pouvoirs accordés à l'autorité administrative indépendante visant à empêcher l'accès à internet sont de nature à « restreindre l'exercice, pour toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement »²⁴⁵¹.

1296. Malgré les rapprochements entre ces deux mesures et la mise en cause de la liberté de communication, le contrôle retenu dans la décision du 10 mars 2011 est atténué. Le Conseil rappelle son considérant de principe en vertu duquel il n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de sorte qu'il ne saurait

²⁴⁴⁷ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 104.

²⁴⁴⁸ *Ibidem*. Le Conseil précise tout d'abord que « sont exclus du champ d'application de la disposition les œuvres de l'esprit, les propos tenus dans un cercle privé, ainsi que les actes accomplis lors de manifestations non organisées par les autorités publiques ou non réglementées par elles ». D'autre part, sur la base des travaux parlementaires, il souligne que « l'expression "manifestations réglementées par les autorités publiques" doit s'entendre des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent ».

²⁴⁴⁹ C. LAZERGES et D. ROUSSEAU, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *précitée*, spéc. p. 1157.

²⁴⁵⁰ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 5-8.

²⁴⁵¹ Décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *précitée*, cons. 16.

rechercher si l'objectif poursuivi par le législateur peut être atteint par d'autres voies²⁴⁵². Loin de mobiliser un contrôle de proportionnalité renforcé, il vérifie que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées et qu'en instituant un tel dispositif, le législateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation. Le Conseil exerce un examen sommaire des pouvoirs conférés à l'autorité administrative, indiquant seulement que la personne intéressée conserve la possibilité de contester cette décision en justice²⁴⁵³.

1297. La différence de traitement entre ces mesures reposerait sur le degré d'atteinte portée à la dimension passive de la liberté d'expression. Dans le premier cas, les pouvoirs accordés à l'autorité administrative visent à interdire l'accès à internet dans son ensemble. Dans le second, la disposition tend uniquement à empêcher l'accès à un ou des sites spécifiques. Cette différence de gravité a été soulignée lors des débats au Sénat relatifs à l'adoption de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Le rapporteur relève que « la disposition proposée présente une portée beaucoup plus restreinte, puisqu'elle tend non à interdire l'accès à internet mais à empêcher l'accès à un site déterminé en raison de son caractère illicite »²⁴⁵⁴. Le Conseil a donc pris en compte cette distinction lors de son contrôle²⁴⁵⁵.

1298. Cette différence de traitement s'observe aussi au sein de la dimension active de la liberté d'expression. La restriction et l'incrimination de la contestation des crimes de génocides « reconnus comme tel par la loi », analysée dans la décision du 28 février 2012, ont une portée plus importante que l'incrimination d'outrage public à l'hymne national et au drapeau tricolore, prévue par la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure. Cette dernière vise uniquement des manifestations et lieux déterminés. Désormais, le degré de protection de la liberté d'expression et de communication semble modulé selon l'ampleur de l'atteinte portée aux dimensions active et passive de cette liberté.

1299. L'examen de la conciliation entre les droits garantis et les exigences de l'ordre public conduit ainsi le Conseil constitutionnel à ajuster l'intensité du contrôle, non seulement en

²⁴⁵² Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 7.

²⁴⁵³ *Ibidem*.

²⁴⁵⁴ J.-P. COURTOIS, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 517, Sénat, 2 juin 2010, p. 47.

²⁴⁵⁵ Commentaire aux Cahiers, décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, p. 5.

fonction des droits fondamentaux visés, mais aussi selon la sphère du droit concernée. Les différences de traitement analysées tiennent à une pluralité d'éléments. La nature du droit et son degré de précision dans le texte constitutionnel rentrent traditionnellement en ligne de compte. Désormais, la sphère du droit et, à travers elle, le degré d'atteinte porté par le législateur au droit concerné constituent des critères permettant au Conseil de moduler le contrôle de constitutionnalité. Les degrés de protection des droits et libertés se manifestent alors de plusieurs façons. Outre les critères et l'intensité du contrôle de proportionnalité mobilisés, l'analyse des conditions et les garanties entourant le dispositif, ainsi que le recours aux réserves d'interprétation, sont autant d'indicateurs permettant d'évaluer la protection accordée aux droits et libertés et de préciser les sphères qui les composent.

Conclusion du Chapitre 1 de la Troisième Partie

1300. Le résultat auquel aboutit la conciliation législative entre les droits fondamentaux et les exigences de l'ordre public est révélateur de la redéfinition du champ de protection constitutionnelle des droits garantis. Ce processus vise la portée des droits fondamentaux et le degré de protection dont ils bénéficient. Le Conseil constitutionnel procède à un « contrôle par degrés », en fonction d'un nombre croissant de paramètres. De la sorte, l'examen de la concrétisation des exigences renouvelées de l'ordre public conduit le Conseil à réévaluer les prérogatives inhérentes à chaque droit et liberté concerné et à préciser le contenu des droits. Particulièrement significatif dans la jurisprudence constitutionnelle, le processus de redéfinition se mesure également en droit positif, à travers l'impact des exigences de l'ordre public sur les conditions d'exercice des droits et libertés. C'est cette hypothèse qu'il convient, en dernier lieu, d'envisager.

CHAPITRE 2 – LA REDÉFINITION DES CONDITIONS D'EXERCICE DES DROITS FONDAMENTAUX

1301. L'analyse de la conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et les droits fondamentaux constitutionnels conduit à s'interroger sur son impact en droit positif. En effet, le processus de redéfinition se définit comme l'exercice consistant à délimiter les contours des droits en aménageant tant leur portée que leurs conséquences²⁴⁵⁶. Il ne vise pas seulement le champ de protection constitutionnelle des droits et libertés mais aussi la détermination de leur régime juridique²⁴⁵⁷. Pour l'évaluer, il convient d'examiner les modalités d'exercice des droits protégés, suite à la concrétisation législative des exigences de l'ordre public.

1302. Une des garanties de fond des droits fondamentaux réside dans leur effet immédiat, c'est-à-dire leur applicabilité directe²⁴⁵⁸. Celle-ci constitue un instrument essentiel puisqu'elle conditionne l'effectivité des normes de protection²⁴⁵⁹. Toutefois, une distinction doit être établie au sein des droits fondamentaux. S'il est admis que les droits-libertés bénéficient d'une applicabilité directe dans la mesure où, en tant que « droits de statut négatif », ils impliquent l'abstention de l'État, les droits-créances, eux, n'en bénéficieraient pas. Définis comme des « droits de statut positif » selon la distinction formulée par Jellinek, ils appellent une action positive de l'État, puisque leur réalisation passe par l'octroi de prestations étatiques²⁴⁶⁰. Ces derniers *doivent* être mis en œuvre par le législateur, à défaut de quoi ils demeureraient virtuels.

1303. Si cette classification est largement répandue en doctrine²⁴⁶¹, elle doit être relativisée au regard du rapprochement des effets juridiques entre ces deux catégories de droits²⁴⁶². Le Conseil constitutionnel impose un aménagement législatif, y compris pour les droits-libertés,

²⁴⁵⁶ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 282.

²⁴⁵⁷ *Idem*, p. 299.

²⁴⁵⁸ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 122-129.

²⁴⁵⁹ *Ibidem*.

²⁴⁶⁰ *Idem*, pp. 350 et s.

²⁴⁶¹ J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Droit social*, 1947, reproduit in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., Paris, 1980, tome 1, pp. 93-145, spéc. p. 135 ; R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *R.D.P.*, 1947, pp. 347-398, spéc. p. 381. Voir sur ce point : L. GAY, *Les "droits-créances" constitutionnels*, Bruylant, coll. Droit public comparé et européen, Bruxelles, 2007, pp. 6 et s.

²⁴⁶² L. GAY, *Les "droits-créances" constitutionnels*, op. cit., pp. 132 et s.

afin de garantir leur effectivité²⁴⁶³. Le législateur a l'obligation d'apporter les garanties indispensables à un exercice effectif des droits-libertés²⁴⁶⁴. En outre, la loi peut poser des conditions préalables à leur exercice. Des formalités peuvent être imposées, telles que la déclaration préalable s'agissant de la liberté d'association et de la liberté de manifestation²⁴⁶⁵. Surtout, le Conseil considère que le législateur doit opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et les exigences de l'ordre public « sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »²⁴⁶⁶. L'intervention législative s'impose donc tant pour permettre l'exercice des droits-libertés que pour en garantir l'effectivité.

1304. La distinction entre les droits-libertés et les droits-créances illustre le fait que les questions d'applicabilité et d'effectivité sont liées à l'analyse des modalités d'exercice des droits fondamentaux. A ce sujet, ces dernières sont progressivement redéfinies à l'aune de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public. Comme il a été indiqué, la concrétisation législative de l'ordre public engendre une diversification matérielle des limites aux droits garantis²⁴⁶⁷. Cette concrétisation tend à bouleverser les catégories juridiques jusque là identifiées et à introduire des mesures *sui generis* dans l'ordre juridique. De la sorte, la conciliation opérée par le législateur et contrôlée par le Conseil constitutionnel produit des effets sur les conditions d'exercice des droits garantis. Cela s'analyse lors de l'aménagement des droits fondamentaux (**Section 1**) et au moment de leur mise en œuvre (**Section 2**).

²⁴⁶³ *Idem*, pp. 162 et s.

²⁴⁶⁴ *Idem*, p. 166. Voir : A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 31 et s.

²⁴⁶⁵ J. MORANGE, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 2007, pp. 195 et s. ; J. RIVERO, *Libertés publiques*, *op. cit.*, pp. 181 et s.

²⁴⁶⁶ Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *précitée*, cons. 3

²⁴⁶⁷ *Supra*, n° 425 et s.

SECTION 1. LE RENOUVELLEMENT DES TECHNIQUES D'AMÉNAGEMENT DES DROITS FONDAMENTAUX

1305. L'aménagement des droits fondamentaux signifie que l'intervention du législateur est nécessaire pour permettre leur exercice²⁴⁶⁸. Classiquement, l'aménagement se décompose en trois techniques inhérentes aux régimes répressif, préventif et de la déclaration préalable²⁴⁶⁹. Ces procédés permettent d'analyser le régime juridique dont est dotée chaque liberté et d'apprécier concrètement « le caractère plus ou moins libéral du système choisi »²⁴⁷⁰. Il s'agit d'évaluer l'importance attribuée par le droit positif à la protection des droits et libertés constitutionnellement protégés²⁴⁷¹. Bien qu'elle demeure pertinente et bénéficie d'une vertu pédagogique indéniable, cette construction juridique doit être relativisée. Pour Roseline Letteron, elle ne permet pas de rendre compte de manière très rigoureuse du droit positif²⁴⁷². De même, Georges Morange estime que les différents stades identifiés « ne sont dégagés que pour la clarté de l'exposition et il ne saurait être question d'y voir une classification correspondant à des réalités profondes »²⁴⁷³.

1306. En effet, ces techniques peuvent coexister au sein du régime d'une même liberté, à travers des combinaisons juridiques d'une grande diversité²⁴⁷⁴. De plus, la concrétisation législative des exigences de l'ordre public a des répercussions sur l'exercice des droits et libertés et par ricochet sur la classification de leurs modes d'aménagement. Parallèlement aux techniques classiques (§1), émerge une catégorie spécifique de droits fondamentaux « éventuels », dont il convient d'analyser les caractéristiques (§2).

²⁴⁶⁸ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., spéc. p. 113.

²⁴⁶⁹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, op. cit., tome 1, pp. 175-193 ; R. LETTERON, *Libertés publiques*, op. cit., pp. 68-90 ; G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, Sirey université, Paris, 8^e édition, 2009, pp. 176-184 ; A. SENATORE, « Régime répressif, réprime préventif, déclaration préalable », in T. RENOUX, *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices de la documentation française, Paris, 2007, pp. 43-49.

²⁴⁷⁰ R. LETTERON, *Libertés publiques*, op. cit., spéc. p. 87.

²⁴⁷¹ *Ibidem*.

²⁴⁷² *Ibidem*.

²⁴⁷³ G. MORANGE, *Contribution à la Théorie générale des libertés publiques*, op. cit., spéc. p. 74.

²⁴⁷⁴ *Ibidem* ; R. LETTERON, *Libertés publiques*, op. cit., p. 88.

§1. Le recours aux techniques classiques

1307. En vertu de son champ de compétence posé à l'article 34 de la Constitution, le législateur dispose de plusieurs procédés pour aménager l'exercice des droits et libertés garantis. L'analyse de la concrétisation des exigences de l'ordre public révèle que le législateur mobilise traditionnellement les régimes répressif (A), préventif (B) et le système de la déclaration préalable (C), en dépit de glissements possibles entre eux.

A) Le régime répressif

1308. Depuis le début du XX^{ème} siècle, le système juridique libéral s'organise autour du « triomphe » du régime répressif et de la « condamnation » du régime préventif²⁴⁷⁵. Classiquement, le régime répressif est défini comme le seul pleinement conforme aux exigences de la liberté. Il s'analyse comme l'application du principe selon lequel la liberté est la règle et la restriction, l'exception²⁴⁷⁶. Comme le relevait Jean Rivero, celui-ci présente l'avantage pour le citoyen de savoir, par avance, les limites qu'il ne doit pas franchir et les sanctions auxquelles il s'expose s'il les outrepatte²⁴⁷⁷.

1309. Le régime répressif repose sur l'idée que tout ce que la loi pénale n'interdit pas est licite. La vertu libérale de ce système réside dans la compétence exclusive du législateur pour fixer les infractions et les peines applicables. Son organisation repose sur l'autonomie de l'individu, sous le seul contrôle *a posteriori* du juge pénal²⁴⁷⁸. Chacun jouit immédiatement et pleinement de sa liberté sans formalités préalables, de sorte que les libertés organisées sous ce régime peuvent être qualifiées de « libertés parfaites »²⁴⁷⁹. Celles-ci visent pour l'essentiel celles qui assurent une sphère d'autonomie à l'individu, qu'elle soit physique, comme la liberté individuelle *lato sensu*, ou morale, telle que la liberté d'expression²⁴⁸⁰.

1310. La concrétisation législative des exigences de l'ordre public s'inscrit en partie dans le cadre du régime répressif. Elle se traduit notamment par la détermination d'infractions et des

²⁴⁷⁵ J. RIVERO, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », *op. cit.*, spéc. p. 249.

²⁴⁷⁶ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, tome 1, spéc. p. 176 ; R. LETTERON, *Libertés publiques*, *op. cit.*, spéc. pp. 71 et s.

²⁴⁷⁷ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, tome 1, spéc. p. 176.

²⁴⁷⁸ *Ibidem*.

²⁴⁷⁹ G. MORANGE, *Contribution à la Théorie générale des libertés publiques*, *op. cit.*, spéc. p. 75.

²⁴⁸⁰ R. LETTERON, *Libertés publiques*, *op. cit.*, spéc. p. 72.

sanctions pénales applicables. Le législateur crée des interdictions sanctionnées pénalement et renforce la répression de catégories d'incriminations spécifiques, dérogoires du droit commun, pour répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public. A ce sujet, il développe les modalités d'exécution de la peine et les mesures de sûreté, afin de prévenir la commission d'infractions pénales²⁴⁸¹. Le régime répressif s'entend donc assez amplement par le législateur, eu égard à l'expansion des sanctions pénales accompagnant les comportements contraires à l'ordre public.

1311. Le renouvellement du régime répressif peut affecter sa valeur libérale. Si ce système est dans son principe favorable à la liberté, les modalités selon lesquelles il est susceptible d'être aménagé peuvent altérer sa valeur protectrice²⁴⁸². En particulier, la définition imprécise des infractions, la multiplication des comportements prohibés, la possibilité pour le pouvoir réglementaire de déterminer lui-même les infractions, la rigueur des sanctions pénales mais aussi les modalités d'intervention du juge se répercutent sur le caractère libéral du régime répressif²⁴⁸³. A cet égard, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle renforcé de l'incompétence négative du législateur en matière pénale²⁴⁸⁴. En revanche, les exigences tenant à la qualité des incriminations font l'objet d'un contrôle de plus en plus restreint²⁴⁸⁵. Il en est de même de la nécessité des peines, dans la mesure où le Conseil n'exerce qu'un contrôle de l'absence de disproportion manifeste²⁴⁸⁶.

1312. Bien que le régime répressif constitue l'une des techniques d'aménagement des droits et libertés issu de la concrétisation législative des exigences de l'ordre public, le degré de protection propre à ce régime a tendance à fléchir. Il reste un procédé plus libéral dans son principe que le régime préventif.

B) Le régime préventif

1313. Le régime préventif repose sur le postulat que la liberté ne peut s'exercer immédiatement : elle nécessite le consentement préalable de l'administration. L'objectif n'est pas de réprimer *a posteriori* des comportements fautifs, mais d'empêcher qu'ils surviennent.

²⁴⁸¹ *Supra*, n° 507 et s.

²⁴⁸² J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, tome 1, spéc. p. 177.

²⁴⁸³ *Idem*, pp. 177-179 ; J. RIVERO, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », *op. cit.*, pp. 250-251 ; R. LETTERON *Libertés publiques*, *op. cit.*, spéc. pp. 73-75.

²⁴⁸⁴ *Supra*, n° 546 et s.

²⁴⁸⁵ *Supra*, n° 709 et s.

²⁴⁸⁶ *Supra*, n° 719 et s.

Ce système cherche avant tout, dans l'intervention de l'administration, « une prévention directe et certaine contre les désordres »²⁴⁸⁷. Ses implications quant à l'exercice des libertés sont conséquentes. Leur exercice est subordonné à l'intervention de l'autorité administrative, qui apprécie la « compatibilité du jeu de la liberté avec les nécessités de l'ordre »²⁴⁸⁸.

1314. Le régime préventif revêt traditionnellement deux formes. Le procédé le plus caractéristique repose sur *l'autorisation préalable* de l'administration. Cette dernière apprécie l'ensemble des éléments, sur le fondement ou non de conditions légales, visant à l'octroi ou au refus de l'autorisation. Tant que l'administration ne l'a pas permis, de manière expresse ou tacite, la liberté ne peut donc s'exercer. Cette technique s'applique essentiellement dans le domaine de la liberté de communication audiovisuelle ou des libertés économiques²⁴⁸⁹.

1315. La seconde forme du régime préventif repose quant à elle sur la faculté pour l'autorité administrative *d'interdire* l'exercice de la liberté, si celui-ci tend à compromettre l'ordre public. Par exemple, sur le fondement du décret-loi du 23 octobre 1935²⁴⁹⁰, l'administration peut interdire des manifestations sur la voie publique susceptibles de troubler l'ordre public²⁴⁹¹.

1316. Au regard des caractéristiques de cette technique, le législateur mobilise le régime préventif pour concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public. S'agissant par exemple de la liberté d'entreprendre, l'article 4 de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne met en place un système d'autorisation préalable de l'État pour le fonctionnement des entreprises de fabrication et de commerce de matériels de guerre et d'armes et munitions de défense, ainsi que pour l'activité de leurs intermédiaires et agents de publicité²⁴⁹². En l'espèce, l'administration est dans une situation de compétence liée, puisque le législateur précise les conditions de refus de cette autorisation. En vertu de l'article 4 de la loi, « l'autorisation est refusée si la protection de ce local contre le risque de vol ou d'intrusion est

²⁴⁸⁷ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques, op. cit.*, tome 1, p. 181. Voir aussi : R. LETTERON, *Libertés publiques, op. cit.*, pp. 75-82.

²⁴⁸⁸ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques, op. cit.*, tome 1, pp. 181 et s.

²⁴⁸⁹ *Ibidem* ; R. LETTERON, *Libertés publiques, op. cit.*, pp. 79-81.

²⁴⁹⁰ Décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public, *J.O.R.F.* du 24 octobre 1935.

²⁴⁹¹ Voir par exemple : C.E., Sect., 19 février 1954, *Union des syndicats d'ouvriers de la région parisienne CGT et Sieur Hénaff, Rec. Lebon*, p. 113 : « ...Il résulte de l'instruction que, dans les circonstances du moment, la manifestation projetée faisait courir à l'ordre public une menace de nature à justifier légalement l'interdiction de ladite manifestation ». Sur ce point : J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques, op. cit.*, pp. 253 et s.

²⁴⁹² Article 4 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *précitée*, modifiant l'article 2 du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre.

insuffisante. Elle peut, en outre, être refusée s'il apparaît que l'exploitation de ce local présente, notamment du fait de sa localisation, un risque particulier pour l'ordre ou la sécurité publics »²⁴⁹³.

1317. Concernant la liberté de manifestation, le législateur a renforcé le procédé d'interdiction prévu par le décret-loi de 1935²⁴⁹⁴. En vertu de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995²⁴⁹⁵, le préfet peut, à compter du jour de déclaration d'une manifestation sur la voie publique ou, si la manifestation n'a pas été déclarée, dès qu'il en a connaissance, interdire le port et le transport sans motif légitime d'objets pouvant constituer une arme au sens de l'article 132-75 du Code pénal, dans les cas où les circonstances font craindre des troubles graves à l'ordre public²⁴⁹⁶.

1318. Par conséquent, la technique d'aménagement des droits et libertés garantis relative au régime préventif reste utilisée pour répondre aux exigences de l'ordre public. Le législateur peut aussi recourir à un procédé moins rigoureux, consistant en une déclaration préalable à l'exercice de la liberté.

C) Le régime de déclaration préalable

1319. Comme le relève Roseline Letteron, le régime de déclaration préalable peut être qualifié de « juste milieu » entre le régime répressif et le régime préventif²⁴⁹⁷. S'il s'écarte du premier dans la mesure où la liberté ne peut s'exercer directement, il diffère du second en ce que l'exercice de la liberté n'est pas subordonnée à une décision de l'autorité administrative mais uniquement à son information.

1320. La déclaration préalable consiste à avertir les pouvoirs publics de l'usage de la liberté. La loi contraint le bénéficiaire d'un droit fondamental à délivrer à l'administration un certain nombre d'informations avant d'user de sa liberté, à défaut de quoi il s'expose à des sanctions pénales, civiles ou administratives. L'autorité doit alors délivrer au déclarant un récépissé, c'est-à-dire une attestation mentionnant que cette formalité a été régulièrement remplie²⁴⁹⁸. Ce

²⁴⁹³ Article 2, III alinéa 2 du décret du 18 avril 1939, *précité*.

²⁴⁹⁴ A. BOYER, « La liberté de manifestation en droit constitutionnel français », *R.F.D.C.*, 2000, n° 44, pp. 675-706 ; J. ROBERT, « La manifestation de rue », *R.D.P.*, 2006, n° 4, pp. 829-846, spéc. p. 833.

²⁴⁹⁵ Article 16 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, *précitée*.

²⁴⁹⁶ L. FAVOREU, note sous la décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *op. cit.*, spéc. p. 370.

²⁴⁹⁷ R. LETTERON, *Libertés publiques*, *op. cit.*, spéc. p. 83.

²⁴⁹⁸ *Idem*, pp. 83-84.

procédé s'applique principalement dans le domaine des libertés d'association et manifestation, du droit de grève et de la liberté de la presse²⁴⁹⁹.

1321. La délivrance du récépissé cristallise la majorité des débats, dans la mesure où l'administration peut être tentée d'adopter un rôle actif et de s'y opposer. Ce contentieux a abouti à la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 portant sur la loi relative à la liberté d'association, dans laquelle était analysée une disposition modifiant la loi du 1^{er} juillet 1901²⁵⁰⁰. Cette loi autorisait le préfet, avant de délivrer le récépissé, à saisir le juge judiciaire aux fins d'obtenir la dissolution de l'association si son « objet apparaissait illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs » ou avait « pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national [...] ». Le texte confiait ainsi à l'autorité judiciaire l'exercice d'un contrôle *a priori* et revenait à subordonner la validité de la constitution d'une association à l'intervention préalable du juge²⁵⁰¹. Le Conseil déclare ce dispositif contraire à la liberté d'association, consacrée comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, puisqu'en vertu de la loi du 1^{er} juillet 1901, « les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable »²⁵⁰².

1322. Mobilisé pour répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public, le procédé de la déclaration préalable demeure propice à ce glissement vers le régime préventif. En témoignent les modalités d'exercice de la liberté de réunion et de rassemblement, modifiées par la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne. L'article 53 instaure un régime de déclaration préalable auprès du préfet du département, pour « les rassemblements festifs à caractère musical, organisés par des personnes privées, dans des lieux qui ne sont pas au préalable aménagés à cette fin et répondant à certaines caractéristiques fixées par décret en Conseil d'État tenant à leur importance, leur mode d'organisation ainsi qu'aux risques susceptibles d'être encourus par les participants »²⁵⁰³.

1323. Si la technique retenue est celle de la déclaration préalable, les conditions prévues par le décret d'application du 3 mai 2002 tendent à se rapprocher de celles de l'autorisation préalable. Le décret prévoit que la délivrance du récépissé est conditionnée à la suffisance des

²⁴⁹⁹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, op. cit., tome 1, spéc. p. 190.

²⁵⁰⁰ Décision n° 71-44 D.C. du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29.

²⁵⁰¹ J. RIVERO, « Décisions du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 1971, pp. 537-542, spéc. p. 540.

²⁵⁰² Décision n° 71-44 D.C. du 16 juillet 1971, *précitée*, cons. 2-3.

²⁵⁰³ Article 53 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée*, qui ajoute un article 23-1 à la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, *précitée*. Sur ce point : J.-C. VIDELIN, « Le régime juridique des rave parties », *A.J.D.A.*, 24 mai 2004, pp. 1070-1075 ; A. LEGRAND, « Les limites de la liberté de réunion », *A.J.D.A.*, 23 mai 2011, pp. 1033-1037.

mesures destinées à assurer l'ordre public²⁵⁰⁴. Dès lors, lorsque les mesures ne sont pas satisfaisantes, le récépissé peut ne pas être délivré. L'intervention du préfet équivaut, en réalité, à une autorisation préalable²⁵⁰⁵.

1324. La conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et les droits et libertés constitutionnellement garantis conduit par conséquent le législateur à aménager leurs conditions d'exercice en mobilisant les techniques classiques en la matière. Toutefois, celles-ci ne permettent pas de rendre compte de l'ensemble des procédés déployés pour répondre aux exigences de l'ordre public. L'analyse du droit positif révèle le recours progressif à une technique spécifique, due à l'émergence de droits fondamentaux « éventuels ».

§2. *Le dépassement des techniques classiques : l'émergence de droits fondamentaux « éventuels »*

1325. L'aménagement des droits et libertés découlant de la concrétisation législative de l'ordre public peut conduire à l'instauration de techniques nouvelles, distinctes par plusieurs aspects des modes d'aménagement précédents. Le législateur tend à recourir à une technique conditionnant l'exercice de droits fondamentaux à la satisfaction d'exigences préalablement déterminées. Les « droits éventuels » constitueraient des prérogatives reconnues à leurs bénéficiaires mais dont les conditions d'exercice sont aménagées de manière particulière. Il convient d'étudier l'origine et les caractéristiques de cette notion (A), avant d'en mesurer l'émergence au sein des droits fondamentaux constitutionnels et d'en esquisser une typologie (B).

²⁵⁰⁴ Article 5 du décret n° 2002-887 du 3 mai 2002 pris pour l'application de l'article 23-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 et relatifs à certains rassemblements festifs à caractère musical, *J.O.R.F.* n° 106 du 7 mai 2002 p. 9027.

²⁵⁰⁵ J.-C. VIDELIN, « Le régime juridique des rave parties », *op. cit.*, p. 1073 ; A. LEGRAND, « Les limites de la liberté de réunion », *op. cit.*, p. 1035. Voir également : C.E., 30 avril 2004, *Association Technopol*, req. n° 248460, *Rec. Lebon*, p. 186, dans lequel le Conseil d'État reconnaît au préfet le pouvoir de surseoir à la délivrance du récépissé de déclaration s'il estime les mesures envisagées insuffisantes. Sur cet arrêt : J. MOREAU, « Le préfet peut surseoir à la délivrance du récépissé de déclaration d'une rave party », *J.C.P. A.*, 2004, pp. 846-847.

A) Définition et caractéristiques de la notion de droit éventuel

1326. Le droit éventuel est une notion d'origine civiliste. Pour Paul Raynaud et Gabriel Marty, il se définit comme « un droit encore imparfait, en formation et qui ne réunit pas toutes les composantes nécessaires à son existence, sa perfection même dépendant d'éléments non seulement futurs mais incertains »²⁵⁰⁶. Il s'agit d'un droit incertain mais probable, « à l'état de vocation ou de menace »²⁵⁰⁷. Sa réalisation est ainsi subordonnée à deux conditions : un événement futur et un événement incertain. En ce sens, la notion de droit éventuel entretient des rapports étroits avec plusieurs notions de droit public.

1327. Le droit éventuel peut être rapproché de la question de l'applicabilité des droits fondamentaux. Par exemple, la mise en œuvre des droits-créances reconnus par la Constitution de 1958 dépend de l'intervention du législateur, qui doit prendre des mesures pour en assurer un exercice effectif. La réalisation de ces droits dépend à la fois d'un événement futur – l'octroi de prestation de la part de l'État – et incertain, dans la mesure où il n'existe pas en droit public français de recours en omission législative²⁵⁰⁸. Néanmoins, le droit éventuel se distingue du droit-créance. La réalisation du droit éventuel ne dépend pas de l'intervention du législateur mais d'une personne ou autorité avec laquelle le bénéficiaire du droit entretient des relations.

1328. De plus, la notion de droit éventuel peut être rapprochée du régime préventif. Celui-ci suppose que la liberté ne peut s'exercer qu'avec le consentement préalable de l'administration. Comme l'indiquait Jean Rivero, c'est elle qui est compétente pour prendre la décision dont dépend, dans chaque cas concret, l'exercice de la liberté. L'une des modalités du régime préventif repose ainsi sur l'autorisation préalable : la liberté ne peut s'exercer que si l'administration l'a permis²⁵⁰⁹. Or, l'autorisation préalable peut ne pas être encadrée de conditions précises, de sorte qu'elle dépend à la fois d'un événement futur et incertain. Cependant, cette technique ne se confond pas, là non plus, avec le droit éventuel. Dans le cadre du régime préventif, l'exercice de la liberté ne dépend *que* de l'administration. S'agissant du droit éventuel, la condition peut dépendre d'une autorité autre que la seule

²⁵⁰⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du Droit*, Sirey, Paris, 2^e édition, 1972, tome 1, p. 298.

²⁵⁰⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp. 421-422.

²⁵⁰⁸ L. GAY, *Les "droits-créances constitutionnels"*, *op. cit.*, spéc. p. 209 ; J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « L'obligation de légiférer », in *Mélanges Pierre Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 305-321.

²⁵⁰⁹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, tome 1, p. 182.

administration. Dès lors, la notion de droit éventuel apparaît distincte des techniques d'aménagement classiques des droits et libertés.

1329. Si cette notion se retrouve principalement en matière de responsabilité civile et de droit successoral²⁵¹⁰, elle n'est pas tout à fait absente du droit public français. En droit administratif, elle apparaît au sujet des conflits entre droits et intérêts devant le juge du référé-liberté. Dans une ordonnance du Conseil d'État du 25 octobre 2007, *Mme Y*, le juge du référé-liberté est confronté à un conflit entre deux prérogatives inhérentes au respect de la vie privée, dans le contentieux de l'accès aux origines personnelles²⁵¹¹. La loi reconnaît le *droit* de la mère à l'anonymat, alors qu'elle ne prévoit qu'une *possibilité* pour l'enfant, subordonnée à l'acceptation de la mère, de connaître ses origines.

1330. Pour Olivier Le Bot, la prérogative reconnue à l'enfant peut s'analyser en un droit éventuel, dans la mesure où sa réalisation dépend d'un événement futur et incertain, à savoir la décision du père ou de la mère biologiques de lever le secret de leur identité²⁵¹². La dimension personnelle s'imposerait sur l'acceptation sociale de la vie privée, qui protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel²⁵¹³. Analysée à l'égard d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, la notion de droit éventuel tend à se retrouver parmi les droits fondamentaux constitutionnels.

B) Essai de typologie des droits fondamentaux éventuels

1331. La conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis conduit le législateur à aménager leur exercice en ayant recours à la notion de droit éventuel. Le respect de certaines « prérogatives fondamentales »²⁵¹⁴ apparaît subordonné à la décision d'une autorité étatique eu égard aux exigences de l'ordre public, par nature futures et incertaines, alors qu'elle n'intervient ni dans le cadre d'un régime répressif, ni dans celui d'un régime préventif proprement dit. Plusieurs prérogatives peuvent être identifiées : le droit au respect de la vie privée dans sa dimension sociale (a), le respect de la présomption d'innocence en

²⁵¹⁰ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du Droit*, op. cit., pp. 298 et s.

²⁵¹¹ CE, ord., 25 octobre 2007, *Mme Y*, n° 310125, mentionné aux tables du Recueil Lebon.

²⁵¹² O. LE BOT, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale. Note sous Conseil d'Etat, ord., 25 octobre 2007, *Mme Y*, n° 310125 », *R.F.D.A.*, n°2, mars-avril 2008, pp. 328-336, spéc. p. 334.

²⁵¹³ *Idem*, p. 332.

²⁵¹⁴ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, op. cit., spéc. p. 201.

lien avec les fichiers de police judiciaire (b) et l'exercice de la liberté individuelle en lien avec la notion de dangerosité (c).

a) Le droit au respect de la vie privée dans sa dimension sociale

1332. La sphère sociale de la vie privée vise celle où les individus entretiennent des rapports avec les autres. Elle revêt un « degré de dignité, d'individualité et de personnalité »²⁵¹⁵ inférieur à celui présent au sein de la sphère personnelle, et bénéficie d'une protection atténuée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁵¹⁶. Le régime juridique applicable à la sphère sociale confirme ce degré de protection.

1333. Un des aspects de la sphère sociale de la vie privée concerne les traitements automatisés de données personnelles. Ces derniers peuvent faire suite à des investigations menées au cours de mesures de police judiciaire, ayant pour objet la recherche d'infractions déterminées. Par exemple, les articles 21 à 25 de la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure prévoient que les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale peuvent mettre en œuvre des applications automatisées d'informations nominatives, recueillies au cours des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire. Ils concernent tout crime ou délit ainsi que les contraventions de la cinquième classe, sanctionnant un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publiques ou encore une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'État. Placés sous le contrôle du procureur de la République, ces traitements visent à faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves et la recherche de leurs auteurs²⁵¹⁷.

1334. Selon l'article 21 III de la loi, « en cas de décision de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive, les données personnelles concernant les personnes mises en cause sont effacées *sauf* si le procureur de la République en prescrit le maintien pour des raisons liées à la finalité du fichier, auquel cas elle fait l'objet d'une mention »²⁵¹⁸. Pour le Conseil

²⁵¹⁵ E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *op. cit.*, spéc. p. 195.

²⁵¹⁶ *Supra*, n° 1275 et s.

²⁵¹⁷ Article 21 de la loi n° 2003-239 du 13 mars 2003, *précitée*.

²⁵¹⁸ Souligné par nous.

constitutionnel, cette « exception à la règle générale d'effacement » signifie qu'elle « ne peut être justifiée que par des nécessités d'ordre public appréciées par l'autorité judiciaire »²⁵¹⁹.

1335. De plus, les décisions de non-lieu et, lorsqu'elles sont motivées par une insuffisance de charges, de classement sans suite, « font l'objet d'une mention, *sauf* si le procureur ordonne l'effacement des données personnelles »²⁵²⁰. Le Conseil précise qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire « d'apprécier dans chaque cas, compte tenu des motifs de la décision prise, si les nécessités de l'ordre public justifient ou non le maintien des données en cause »²⁵²¹.

1336. Dans ces deux hypothèses, le respect de la vie privée est subordonné à la décision de l'autorité judiciaire, eu égard aux seules exigences de l'ordre public, alors que toute culpabilité est expressément écartée. Le droit au respect de la vie privée dans sa dimension sociale s'analyse ici en un droit éventuel, puisqu'il ne sera effectif qu'après un événement futur et, par nature, incertain. Pour Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, « l'atteinte ainsi portée au respect de la vie privée de la personne est d'autant plus grave que l'innocence a été reconnue par une décision ayant autorité de chose jugée »²⁵²². Les exigences de l'ordre public ont donc un impact significatif sur les conditions d'exercice de ce droit fondamental, mais aussi sur celles du droit à la présomption d'innocence.

b) Le droit à la présomption d'innocence en lien avec les fichiers de police judiciaire

1337. Si la conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et le droit à la présomption d'innocence conduit le Conseil constitutionnel à redéfinir progressivement la portée de ce principe du droit répressif, elle engendre également un renouvellement de ses modalités d'exercice en droit positif. Dans l'exemple précédent, le procureur de la République peut prescrire le maintien de données personnelles inscrites au sein de traitements automatisés de police judiciaire, en cas de décision de relaxe ou d'acquiescement, pour des raisons liées à la finalité du fichier, lorsque les nécessités de l'ordre public le justifient. Il en est de même en

²⁵¹⁹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 41.

²⁵²⁰ Article 21, III, de la loi n° 2003-239 du 13 mars 2003, *précitée* (souligné par nous).

²⁵²¹ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 42.

²⁵²² B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 10.

cas de décisions de non-lieu et de classement sans suite, lorsque la décision est motivée par une insuffisance de charges²⁵²³.

1338. Ces dispositions modifient les modalités d'exercice du droit à la présomption d'innocence. En effet, ce droit implique qu'en cas de décisions de relaxe, d'acquittement devenu définitif et, une fois la prescription acquise, de non-lieu, les données concernant les personnes mises en cause doivent être effacées, afin de tirer les conséquences d'une déclaration d'innocence prononcée par un juge²⁵²⁴.

1339. A travers ce dispositif, le droit à la présomption d'innocence devient un droit éventuel. Son respect est subordonné à la décision du procureur de la République, alors qu'une décision prononcée par des magistrats du siège a définitivement écarté la culpabilité. L'article 21 de la loi du 13 mars 2003 introduit une « brèche » dans le respect dû à la présomption d'innocence »²⁵²⁵. Comme le relèvent Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, « si la personne a été définitivement relaxée ou acquittée, la recherche de sa culpabilité n'a plus d'objet. Quant à l'utilisation du fichier pour identifier l'auteur d'une infraction future, elle fait de la personne injustement mise en cause un éternel suspect »²⁵²⁶.

1340. De plus, aucun recours n'est prévu par la loi contre les décisions du procureur de la République. Le destinataire du dispositif dispose de la possibilité d'exercer son droit d'accès et de rectification des données le concernant, dans les conditions prévues par l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978²⁵²⁷, mais pas de celle de solliciter leur effacement. La concrétisation législative des exigences de l'ordre public semble transformer peu à peu l'aménagement de la présomption d'innocence en un droit éventuel, dont la réalisation dépend *in fine* de la décision de l'autorité judiciaire, à la fois future et incertaine.

1341. Le domaine des traitements automatisés des données nominatives constitue par conséquent un terrain propice à la redéfinition des conditions d'exercice des droits et libertés garantis, issue de la concrétisation législative des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public. Celle-ci renouvelle également l'aménagement de la liberté individuelle *lato sensu*, spécialement lorsqu'elle est en lien avec un concept en recrudescence : la dangerosité.

²⁵²³ Article 21 III de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*.

²⁵²⁴ C. LAZERGES et D. ROUSSEAU, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *op. cit.*, spéc. p. 1161.

²⁵²⁵ *Ibidem*.

²⁵²⁶ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 11.

²⁵²⁷ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 43.

c) La liberté individuelle et la notion de dangerosité

1342. La concrétisation législative de l'objectif de prévention de la récidive s'est matérialisée ces dernières années par un « renouveau des mesures de sûreté »²⁵²⁸. Esquissées dès la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles, celles-ci sont issues des lois du 12 décembre 2005 sur le traitement de la récidive, des 5 mars et 10 août 2007 sur la lutte contre la récidive, du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté, du 10 mars 2010 relative à la récidive criminelle et encore du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines²⁵²⁹. Les mesures de sûreté peuvent se définir comme des « mesures individuelles coercitives sans coloration morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables »²⁵³⁰. Elles ont une durée indéterminée et sont révisables à tout instant, puisqu'elles dépendent de l'état dangereux de l'individu.

1343. La dangerosité occupe une place essentielle au sein des mesures de sûreté. Si ce concept n'est pas nouveau²⁵³¹, il fait l'objet d'un renouvellement. Comme le précise Mireille Delmas-Marty, la dangerosité constitue désormais un « concept détaché de l'infraction pénale »²⁵³² légitimant, après l'exécution de la peine, des mesures de soins et de surveillance, mais aussi, avec la rétention de sûreté, un enfermement de durée indéterminée²⁵³³.

1344. De cette façon, la conciliation entre la prévention de la récidive et la garantie de la liberté individuelle conduit le législateur à redéfinir les conditions d'exercice de cette liberté. En droit positif, les mesures privatives de liberté sont soit, en lien avec la commission d'une

²⁵²⁸ H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », *op. cit.*, spéc. pp. 1609-1612 ; A. WYVEKENS, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe l'œil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Déviance et société*, 2010, pp. 503-525, spéc. pp. 509 et s.

²⁵²⁹ *Supra*, n° 507 et s.

²⁵³⁰ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 427 et s. Voir également : R. MERLE et A. VITU, *Traité de Droit criminel. Problème généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 826 et s. ; R. SCHMELCK, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *op. cit.*, pp. 181-197.

²⁵³¹ L'exposé des motifs du code pénal de 1810 évoquait déjà « l'état de dégradation » du délinquant. Sur ce point : M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 43 ; H. BAZEX, P. MBANZOULOU, O. RAZAC, « Introduction », in H. BAZEX, P. MBANZOULOU, O. RAZAC, J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008, pp. 15-19 ; J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, P.U.F., I.R.J.S. Editions, coll. Les voies du droit, Paris, 2011, pp. 49-78, spéc. p. 50.

²⁵³² M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 43 ; P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *R.S.C.*, oct./déc. 2007, pp. 797-814.

²⁵³³ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi », *R.S.C.*, Janvier/Mars 2010, pp. 69-81, spéc. p. 70.

infraction ou consécutives à une déclaration de culpabilité, soit, en lien avec une dangerosité psychiatrique, justifiant des mesures d'internement. Or, l'introduction des mesures de sûreté fondées sur la « dangerosité criminologique » altère ce schéma initial. Pour Robert Badinter, la rétention de sûreté signifie le passage d'une « justice de responsabilité à une justice de sûreté »²⁵³⁴. Il est dorénavant possible de maintenir en détention des condamnés ayant purgé leur peine en raison de leur dangerosité, c'est-à-dire de détacher cette dernière de la culpabilité²⁵³⁵.

1345. Par ailleurs, la notion de « dangerosité criminologique » est éminemment floue²⁵³⁶. L'absence de consensus autour de sa définition se traduit par des difficultés pour la mesurer²⁵³⁷. Elle peut s'analyser comme « la propension à commettre des actes d'une certaine gravité, dommageable pour autrui ou pour soi, fondés sur l'usage de la violence »²⁵³⁸. Pour le législateur, la dangerosité criminologique a trait à la forte probabilité que présente un individu de commettre une nouvelle infraction empreinte d'une certaine gravité²⁵³⁹.

1346. En ce sens, la dangerosité doit être évaluée. Par exemple, la décision de placer une personne sous surveillance électronique mobile relève du juge d'application des peines, assisté de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté²⁵⁴⁰. En matière de rétention de sûreté, c'est la juridiction régionale de la rétention de sûreté, saisie par le procureur général sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, qui prend cette décision²⁵⁴¹.

²⁵³⁴ R. BADINTER, « Nous sommes dans une période sombre pour notre justice », *Le Monde*, 24-25 février 2008, p. 10.

²⁵³⁵ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 42.

²⁵³⁶ P. MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *op. cit.*, p. 171 ; C. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité », *R.S.C.*, janvier/mars 2012, pp. 274-283, spéc. p. 276 ; M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 46 ; J.-F. BURGELIN, *Santé, justice et dangerosité. Pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport de la commission Santé-Justice, La documentation française, Paris, 2005, spéc. p. 10 ; P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008, pp. 93-112.

²⁵³⁷ J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *op. cit.*, spéc. p. 76.

²⁵³⁸ P. MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *op. cit.*, pp. 171-172.

²⁵³⁹ Rapport du gouvernement définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, annexé à la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, *J.O.R.F.* n° 0075 du 28 mars 2012, p. 5592.

²⁵⁴⁰ Articles 763-10 et suivants du Code de procédure pénale.

²⁵⁴¹ Article 706-53-15 du Code de procédure pénale. Sur ce point : J. PRADEL, « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité violente ou sexuelle. Quels critères d'application ? », in S. JACOBIN (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale. Evolution ou révolution?*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 41-51, spéc. p. 50.

1347. Comme l'a perçu Michel Foucault dès les années 1970, l'expertise médico-légale sert d'échangeur entre catégories juridiques²⁵⁴². Il indique que « c'est à l'individu dangereux, c'est-à-dire ni exactement malade ni exactement criminel que s'adresse cet ensemble institutionnel »²⁵⁴³. Suite à l'exécution de la peine fondée sur la déclaration de culpabilité de l'individu, ce dernier peut ne pas être libre et être soumis à des obligations²⁵⁴⁴. Concernant la liberté individuelle *lato sensu* et spécifiquement la liberté d'aller et venir, celle-ci est subordonnée à la décision d'un juge, par nature future et incertaine puisqu'elle dépend de l'état de dangerosité de l'individu. En matière de suivi socio-judiciaire, le juge de l'application des peines peut décider de placer l'individu sous surveillance électronique mobile et d'en fixer la durée²⁵⁴⁵.

1348. Suite à l'exécution de la peine, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut décider, si la rétention de sûreté n'est pas prolongée et que la personne présente des risques de commettre des infractions déterminées²⁵⁴⁶, de placer l'individu sous surveillance de sûreté pendant deux ans. Ce placement comprend des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire²⁵⁴⁷. L'aménagement de la liberté d'aller et venir est donc redéfinie lorsqu'elle est en relation avec la notion de dangerosité.

1349. Une telle redéfinition se mesure à plus forte raison à propos de la liberté individuelle *stricto sensu*. La loi relative à la rétention de sûreté ne fixe pas de durée maximale de détention, de sorte que la mise en liberté de l'individu dépend de la décision de la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Or, celle-ci est future et incertaine, puisque relative à l'évaluation délicate de la dangerosité²⁵⁴⁸. D'une durée d'un an, la mesure peut être renouvelée d'année en année, sous la condition d'un avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté et de la persistance des conditions indiquées à l'article 706-53-14 du Code de procédure pénale²⁵⁴⁹. Comme le résume Julie Alix, l'individu qui commet un acte de nature à emporter la qualification d'« individu dangereux » est « dans

²⁵⁴² M. FOUCAULT, *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, Gallimard/Seuil, coll. Cours au Collège de France, Hautes études, Paris, 1999, pp. 3-32.

²⁵⁴³ *Ibidem*.

²⁵⁴⁴ P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *R.S.C.*, oct.-déc. 2007, pp. 883-894.

²⁵⁴⁵ Articles 763-10 et suivants du Code de procédure pénale.

²⁵⁴⁶ Articles 706-53-13 et 706-53-19 du Code de procédure pénale.

²⁵⁴⁷ J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *op. cit.*, spéc. p. 63.

²⁵⁴⁸ J. PRADEL, « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité violente ou sexuelle. Quels critères d'application ? », *op. cit.*, spéc. pp. 45 et s. ; A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *R.S.C.*, janv./Mars 2011, pp. 21-34 ; F. FIECHTER-BOULVARD, « La dangerosité : encore et toujours... », *A.J. Pénal*, février 2012, pp. 67-70 ; P. JUSSEAUME, « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... », *A.J. Pénal*, février 2012, pp. 70-74.

²⁵⁴⁹ Article 706-53-16 du Code de procédure pénale.

l'impossibilité de prévoir sa situation pénale, dès lors que le prononcé de la mesure de sûreté est reporté à l'issue de la peine, qu'il n'est qu'éventuel car subordonné au diagnostic de dangerosité et que la durée de cette mesure n'est pas prédéfinie »²⁵⁵⁰.

1350. L'analyse de l'aménagement des droits et libertés garantis permet de révéler l'impact de la concrétisation législative des exigences de l'ordre public sur les techniques mobilisées en droit positif. Si elles reposent à titre principal sur les procédés classiques en la matière, le législateur tend à recourir à des techniques nouvelles ayant des répercussions importantes sur l'usage effectif des droits fondamentaux. Celles-ci renouvellent les conditions d'exercice des droits garantis et altèrent progressivement la classification de leurs modes d'aménagement. Outre cet aspect, la concrétisation législative des exigences de l'ordre public emporte une redéfinition de la mise en œuvre des droits fondamentaux constitutionnels.

²⁵⁵⁰ J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », *op. cit.*, p. 76.

SECTION 2. LA REDÉFINITION DE LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS FONDAMENTAUX

1351. La mise en œuvre des droits fondamentaux implique pour le législateur d'adopter des limites à leur exercice pour répondre aux impératifs d'intérêt général et de prévoir des garanties, qui en conditionnent l'effectivité. La redéfinition des droits et libertés issue de la concrétisation législative des exigences de l'ordre public s'analyse sous ces deux aspects. La conciliation opérée par le législateur affecte non seulement l'exercice des droits et libertés proprement dit, mais aussi leur effectivité, à travers les garanties légales dont ils bénéficient. Le processus de redéfinition concerne les modalités de limitation des droits fondamentaux (§1) ainsi que leur protection légale (§2).

§1. La redéfinition de la limitation des droits fondamentaux

1352. La limitation des droits et libertés ne s'envisage pas de la même manière selon la catégorie de droits à laquelle ces derniers appartiennent et le rapport avec l'État qu'ils entretiennent. Les droits-libertés supposent une abstention de l'État tandis que les droits-garanties ont une fonction de garantie à l'égard de l'État²⁵⁵¹. Les modalités de limitation dont ils font respectivement l'objet sont donc distinctes. Elles reflètent néanmoins, dans les deux cas, l'influence de la concrétisation des exigences de l'ordre public sur l'exercice des droits et libertés garantis. L'analyse des mécanismes de limitation des droits-libertés (A) puis des droits-garantis (B) permet alors de mesurer la redéfinition de la mise en œuvre des droits fondamentaux en la matière.

A) Les modalités de limitation des droits-libertés

1353. Par définition, le dénominateur commun des limites aux droits fondamentaux réside dans l'action de restreindre les facultés d'agir des bénéficiaires. Il convient cependant d'appréhender plus en avant les procédés de limitation des droits et libertés mobilisés par le

²⁵⁵¹ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., spéc. pp. 165-166.

législateur. S'agissant des droits-libertés, la dichotomie dégagée par la doctrine repose sur la distinction entre les mesures restrictives de liberté et celles privatives de liberté. Comme le démontre Annabelle Pena-Gaïa, les premières engendrent seulement une entrave à l'exercice de la liberté d'aller et venir tandis que les secondes touchent également la liberté individuelle, puisqu'elles entraînent une privation totale de la liberté de mouvement²⁵⁵².

1354. Fondée sur le degré de contrainte de la mesure et le degré d'intervention de l'État dans les prérogatives fondamentales reconnues aux bénéficiaires, cette distinction est utile pour différencier les champs d'application de la liberté d'aller et venir et de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁵⁵³. Elle l'est, également, pour analyser plus largement les modalités de limitation des autres droits-libertés, tels que le droit au respect de la vie privée, le droit à une vie familiale normale et l'inviolabilité du domicile. La redéfinition des modalités de limitation des droits-libertés se mesure à travers les mesures restrictives de liberté (a) et les mesures privatives de liberté (b).

a) La redéfinition des mesures restrictives de liberté

1355. Qu'elles revêtent la qualification de dispositifs de police administrative ou de police judiciaire, les mesures restrictives de liberté issues de la concrétisation des exigences de l'ordre public témoignent d'une extension de leur objet (1) et de leur champ d'application (2). Outre la diversité normative des limites aux droits fondamentaux précédemment constatée²⁵⁵⁴, le droit positif révèle une expansion de la « palette » des restrictions créées pour répondre aux exigences de l'ordre public. Traditionnellement, une « échelle de limitation » des droits-libertés en fonction de la gravité et de la difficulté de l'exigence d'ordre public poursuivie résultait de l'ordre juridique. Il s'observe désormais un alignement du degré de contrainte de ces mesures « vers le haut ». En d'autres termes, les mesures particulièrement restrictives de liberté ne sont plus exclusivement spécifiques à certaines exigences de l'ordre public mais visent, au contraire, un nombre élargi de finalités en la matière.

²⁵⁵² A. PENA-GAÏA, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 173.

²⁵⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁵⁴ *Supra*, n° 425 et s.

1) *L'expansion des motifs des mesures restrictives de liberté*

1356. La concrétisation législative des exigences de l'ordre public se traduit par une multiplication des restrictions apportées aux droits-libertés. Celle-ci tient, tout d'abord, au plus grand nombre de motifs justifiant le recours à ce type de mesures. Les dispositifs de visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ainsi que les contrôles d'identité prévus au 6^e alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, constituent des exemples significatifs. La visite de véhicules, cantonnée à la recherche et à la poursuite des actes de terrorisme, des infractions en matière d'armes et d'explosifs et des faits de stupéfiants, à l'issue de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne²⁵⁵⁵, visent également, depuis la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure²⁵⁵⁶, les infractions de vol et de recel prévues par le Code pénal.

1357. De plus, les officiers de police judiciaire peuvent procéder à la visite des véhicules, non seulement sur le fondement de l'article 78-3 du Code de procédure pénale, s'il existe à l'égard du conducteur ou d'un passager une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis, comme auteur ou complice, un crime ou un délit flagrant²⁵⁵⁷, mais aussi « pour prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens », avec l'accord du conducteur ou à défaut sur instructions du procureur de la République²⁵⁵⁸. Originellement assigné à la concrétisation de l'objectif de lutte contre le terrorisme, cette mesure restrictive de liberté peut désormais être utilisée pour un nombre élargi d'exigences d'ordre public²⁵⁵⁹.

1358. Il en est de même des mesures d'investigations en matière de procédure pénale, telles que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de nuit affectant l'exercice du droit au respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile. Il résultait de la loi du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme que ces opérations ne pouvaient avoir un autre objet que la recherche et la constatation de ces infractions²⁵⁶⁰. Depuis la loi du 9 mars 2004

²⁵⁵⁵ Article 23 de la loi n° 2001-1062 relative à la sécurité quotidienne, *précitée*.

²⁵⁵⁶ Article 11 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, *précitée*.

²⁵⁵⁷ Article 12 de la loi n° 2003-239 relative à la sécurité intérieure, *précitée*.

²⁵⁵⁸ Article 13 de la loi n° 2003-239 relative à la sécurité intérieure, *précitée*.

²⁵⁵⁹ P. GAGNOUD, « L'extension du droit de fouilles des véhicules automobiles depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, dite loi sur la sécurité quotidienne », *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁶⁰ Article 10 de la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes publiques ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *J.O.R.F.* n° 170 du 23 juillet 1996, p. 11104.

relative aux évolutions de la criminalité, ces opérations concernent aussi les crimes et délits commis en bande organisée, inscrits à l'article 706-73 du Code de procédure pénale²⁵⁶¹.

1359. La multiplication des restrictions apportées aux bénéficiaires des droits-libertés tient, ensuite, à la reconnaissance de nouveaux motifs justifiant le recours aux mesures restrictives de libertés. A cet égard, les mesures de sûreté, faisant suite à l'exécution de la peine et fondées sur la dangerosité de la personne, renouvellent les mécanismes de limitation des droits-libertés. Les obligations relatives au suivi-socio-judiciaire²⁵⁶², les mesures prises en matière de surveillance judiciaire²⁵⁶³ et de surveillance de sûreté²⁵⁶⁴ constituent autant de mesures fondées sur la dangerosité criminologique, destinées à concrétiser l'objectif de lutte contre la récidive.

1360. Qui plus est, le législateur élargit les infractions pour lesquelles la personne a été condamnée et encourt ce type de mesures de sûreté. Par exemple, le dispositif de suivi socio-judiciaire, instauré par la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des infractions sexuelles, était initialement applicable aux auteurs d'agressions sexuelles, de corruption de mineurs, de diffusion de messages violents ou pornographiques susceptibles d'être vus par un mineur et d'actes d'atteinte sexuelle sur un mineur²⁵⁶⁵. Celui-ci a été étendu, par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive, aux crimes d'atteintes volontaires à la vie, aux crimes d'enlèvement, de séquestration et de destruction ainsi que de dégradation et détérioration dangereuses pour les personnes²⁵⁶⁶.

1361. Non seulement *l'objet* des mesures restrictives de liberté se diversifie en même temps que les composantes des objectifs de préservation de l'ordre public se développent, mais aussi leur *degré de contrainte* est relevé d'un cran et étendu à davantage d'exigences de l'ordre public. Dès lors, la redéfinition des mesures restrictives de liberté se traduit également par une extension de leur champ d'application.

²⁵⁶¹ Article 1^{er} de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée* ; articles 706-89 à 706-84 du Code de procédure pénale.

²⁵⁶² Articles 131-36-1 à 131-36-8 du Code pénal ; Articles 2, 3 et 4 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *précitée*.

²⁵⁶³ Articles 723-29 et suivants du Code de procédure pénale.

²⁵⁶⁴ Article 706-53-13 du Code de procédure pénale.

²⁵⁶⁵ Articles 2, 3 et 4 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *précitée*.

²⁵⁶⁶ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *précitée*.

2) L'extension du champ d'application des mesures restrictives de liberté

1362. Là aussi, qu'elles soient prises pour concrétiser les objectifs de sauvegarde de l'ordre public ou de recherche des auteurs d'infractions, les mesures restrictives de libertés témoignent d'une extension de leur champ d'application, dans l'espace et dans le temps.

1363. Certains dispositifs s'appliquent dans un nombre élargi d'espaces publics. Par exemple, les officiers de police judiciaire peuvent procéder à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages à main ainsi qu'à des palpations de sécurité, en cas de circonstances particulières liées à l'existence de menaces graves pour la sécurité publique, non seulement dans les aéroports et zones non accessibles au public en vue d'assurer la sûreté des vols²⁵⁶⁷, dans les ports maritimes²⁵⁶⁸, mais aussi pour l'accès aux enceintes dans lesquelles est organisée une manifestation sportive, récréative ou culturelle rassemblant plus de 1500 spectateurs²⁵⁶⁹.

1364. L'extension des lieux où les bénéficiaires des droits-libertés, et spécialement de la liberté d'aller et venir, peuvent faire l'objet de mesures restrictives de libertés, s'observe également à propos des contrôles d'identité. La loi du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité avait notamment autorisé la possibilité, « dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà et dans une zone accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouvertes au trafic international et désignés par arrêté », de contrôler l'identité de toute personne, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents d'identité²⁵⁷⁰. En revanche, dans la décision du 5 août 1993 portant sur cette loi, le Conseil constitutionnel avait censuré la possibilité de porter la limite de la zone frontalière au-delà de vingt kilomètres, en l'absence de justificatifs tirés d'impératifs constants et particuliers de la sécurité publique²⁵⁷¹.

²⁵⁶⁷ Article 25 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, *précitée* ; article L. 282-8 du Code d'aviation civile.

²⁵⁶⁸ Article 26 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, *précitée* ; L. 325 du Code des ports maritimes.

²⁵⁶⁹ Article 96 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée* ; Articles 3-1 et 3-2 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transports de fonds, *J.O.R.F.* du 13 juillet 1983, p. 2155.

²⁵⁷⁰ Article 1^{er} de la loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité, *J.O.R.F.* n° 184 du 11 août 1993, p. 11303 ; Article 78-2 alinéa 8 du Code de procédure pénale.

²⁵⁷¹ Décision n° 93-323 du 5 août 1993, *précitée*, cons. 16.

1365. La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme étend la possibilité d'effectuer de tels contrôles²⁵⁷². L'alinéa 8 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale prévoit que « lorsque le contrôle à bord d'un train effectuant une liaison internationale », le contrôle d'identité « peut être opéré sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des vingt kilomètres de la frontière ». Sur les portions présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut être opéré entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des cinquante kilomètres suivants²⁵⁷³, augmentant de manière significative l'étendue géographique de ce type de contrôles d'identité.

1366. Il en est de même des mesures restrictives de liberté affectant le droit au respect de la vie privée. En particulier, le champ d'application des mesures de vidéosurveillance de la voie publique, auparavant relatif à certains lieux et finalités, a été singulièrement élargi. Prévus par la loi du 21 janvier 1995 et relatifs à la « protection des bâtiments et installations publiques et leurs abords, à la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, à la régulation du trafic routier, à la constatation des infractions aux règles de la circulation, la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés aux risques d'agression ou de vol »²⁵⁷⁴, les systèmes de vidéosurveillance visent désormais les lieux susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme²⁵⁷⁵, ainsi que les zones exposées au trafics de stupéfiants et aux fraudes douanières²⁵⁷⁶.

1367. Dans le même ordre d'idées, les dispositifs fixes ou mobiles de contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules prenant la photographie de leurs occupants, créés par la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, ont un champ d'application très large²⁵⁷⁷, puisqu'ils peuvent être mis en place par les services de police, de gendarmerie et de douanes « en tous points appropriés du territoire »²⁵⁷⁸.

²⁵⁷² F. ROLIN et S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *op. cit.*, spéc. pp. 977-978.

²⁵⁷³ Article 3 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée* ; article 78-2 alinéa 8 du Code de procédure pénale.

²⁵⁷⁴ Article 10 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *précitée*.

²⁵⁷⁵ Article 1^{er} de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

²⁵⁷⁶ Article 18 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *précitée*.

²⁵⁷⁷ F. ROLIN et S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *op. cit.*, spéc. p. 980.

²⁵⁷⁸ Article 8 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

1368. La création de l'incrimination, par la loi du 11 octobre 2010, selon laquelle « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage »²⁵⁷⁹, est caractéristique de l'extension du champ d'application des limites aux droits garantis. Non seulement cette mesure restreint l'exercice de plusieurs libertés – liberté personnelle, liberté d'aller et venir, droit au respect de la vie privée et liberté de manifester ses opinions religieuses –, mais elle implique aussi une interdiction générale et absolue. En s'appliquant à l'ensemble de l'espace public, elle rompt avec l'exigence d'adaptation des mesures de police aux circonstances de temps et de lieu²⁵⁸⁰. L'émergence de l'ordre public immatériel renouvelle ainsi la définition des mesures restrictives de liberté.

1369. Le champ d'application des mesures restrictives de liberté fait l'objet d'une extension dans l'espace mais également dans le temps. Les exceptions à la règle posée à l'article 59 du Code de procédure pénale, prohibant les perquisitions et visites domiciliaires entre vingt-et-une heures et six heures, se sont multipliées. Cantonnée à quelques dispositions spéciales jusqu'au début des années 1990²⁵⁸¹, l'autorisation de procéder à de telles opérations a été étendue à la recherche des auteurs de trafic de stupéfiants²⁵⁸², d'actes de terrorisme²⁵⁸³ et, depuis la loi du 9 mars 2004 relative aux évolutions de la criminalité, des crimes et délits commis en bande organisée inscrits à l'article 706-73 du Code de procédure pénale²⁵⁸⁴.

1370. Par ailleurs, la durée des mesures restrictives de liberté s'est allongée. Par exemple, le placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté, qui affecte à la fois la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée, est d'une durée de deux ans, renouvelable une fois en matière délictuelle et deux fois en matière criminelle²⁵⁸⁵. Si, lors de la surveillance judiciaire, les obligations pouvant être mises à la charge de la personne condamnée, suite à l'exécution de la peine d'emprisonnement, sont d'une durée correspondante aux crédits de réduction de peine²⁵⁸⁶, il en est autrement en matière de suivi socio-judiciaire. En effet, l'obligation de se soumettre à des mesures de surveillance et

²⁵⁷⁹ Article 1^{er} de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, *précité*.

²⁵⁸⁰ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 317.

²⁵⁸¹ H. MATSOPOULO, *Les enquêtes de police*, *op. cit.*, spéc. pp. 565 et s., n° 675 et s.

²⁵⁸² Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *J.O.R.F.* n° 0298 du 23 décembre 1992, p. 17568.

²⁵⁸³ Article 10 de la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes publiques ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *précitée*.

²⁵⁸⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

²⁵⁸⁵ Article 131-36-12 du Code pénal, et sur l'ensemble du dispositif : articles 131-36-9 et suivants du Code.

²⁵⁸⁶ Articles 723-29 et suivants du Code de procédure pénale.

d'assistance destinées à prévenir la récidive peuvent être mises en œuvre pour une durée de dix ans en cas de condamnation pour délit, vingt ans en cas de condamnation pour crime et sans limitation de durée s'il s'agit d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité²⁵⁸⁷.

1371. L'allongement dans le temps de l'application des mesures restrictives de libertés se constate également à propos de la durée de conservation des informations nominatives au sein des fichiers de police judiciaire. Plusieurs traitements de données nominatives en témoignent. La durée de l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles est en principe de trente ans s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement et de vingt ans dans les autres cas²⁵⁸⁸.

1372. Quant aux empreintes des personnes répertoriées dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques, elles sont conservées tant qu'elles sont nécessaires à la finalité du fichier, et peuvent être retirées et effacées sur instruction du procureur de la République²⁵⁸⁹. La durée maximale de la conservation des données personnelles appartient au pouvoir réglementaire, « compte tenu de l'objet du fichier, de la nature et la gravité des infractions concernées »²⁵⁹⁰. La durée de ces mesures affectant le droit au respect de la vie privée est donc directement fonction des exigences de l'ordre public, appréciée par l'autorité judiciaire et non prédéterminée par le législateur²⁵⁹¹.

1373. Tant les motifs que le champ d'application géographique et temporel des mesures restrictives de liberté révèlent la redéfinition dont elles font l'objet en droit positif, pour répondre aux exigences renouvelées de l'ordre public. Ces mesures ne visent pas davantage de droits-libertés, mais illustrent l'extension de leur degré de contrainte. Particulièrement significative du processus de redéfinition de la mise en œuvre des droits fondamentaux constitutionnels, cette expansion s'analyse aussi à propos des mesures privatives de liberté.

²⁵⁸⁷ Articles 131-36-1 et suivants du Code pénal.

²⁵⁸⁸ Article 706-53-4 du Code de procédure pénale.

²⁵⁸⁹ Articles 706-54 et suivants du Code de procédure pénale.

²⁵⁹⁰ Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *précitée*, cons. 18.

²⁵⁹¹ Voir notamment, les articles 21 à 25 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *précitée*, relatifs aux traitements automatisés de données nominatives mis en œuvre par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale dans le cadre de leurs missions.

b) La redéfinition des mesures privatives de liberté

1374. La redéfinition des mesures privatives de liberté se manifeste à la fois par l'élargissement des motifs justifiant leur mise en œuvre (1) et par l'allongement de la durée de leur application (2).

1) L'élargissement des motifs des mesures privatives de liberté

1375. La redéfinition des mesures privatives de liberté résulte, en premier lieu, des modifications apportées aux motifs justifiant leur mise en œuvre. Que ce soit pour concrétiser l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ou de recherche des auteurs d'infractions, le législateur augmente les possibilités de recours aux mesures privatives de libertés. Ainsi, le placement en garde à vue était subordonné, jusqu'à la loi du 4 mars 2002 relative à la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes, à l'existence « d'indices faisant présumer » que les personnes ont commis ou tenté de commettre une infraction. Ce motif a été remplacé par une notion plus souple²⁵⁹². Seule « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction peut désormais conduire à un placement en garde à vue²⁵⁹³, ce qui accroît *ipso facto* le recours à cette mesure privative de liberté.

1376. De même, la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice assouplit les conditions de placement et de maintien en détention provisoire. Auparavant, le Code pénal établissait une distinction en la matière entre les délits d'atteinte aux biens et les autres délits. Pour les premiers, la détention provisoire était possible sans conditions lorsque la peine encourue était inférieure ou égale à cinq ans, et sous des conditions précises lorsque la peine encourue était entre trois et cinq ans²⁵⁹⁴. Pour les autres délits, la détention provisoire était possible dès lors que la peine encourue était supérieure ou égale à trois ans.

²⁵⁹² T. RENOUX, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux, Rapport français », *op. cit.*, spéc. p. 219 ; C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *op. cit.*, p. 647 ; J. CANTEGREIL, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, Etats-Unis, Allemagne, op. cit.*, p. 266.

²⁵⁹³ Article 2 de la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *précitée*.

²⁵⁹⁴ Lorsque la peine encourue était supérieure ou égale à trois ans et inférieure à cinq ans, la détention provisoire était possible si des poursuites, pour un délit puni d'une peine supérieure ou égale à deux ans, étaient en cours ou s'étaient terminées par une des mesures prévues aux articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale dans les six mois ou si le mis en examen avait déjà été condamné à une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an sans sursis.

1377. L'article 37 de la loi fixe désormais à trois ans, *quels que soient la nature de l'infraction et l'état de récidive*, le quantum de la peine correctionnelle encourue à partir duquel la détention provisoire est possible. De plus, elle peut être prolongée lorsqu'il est nécessaire de mettre fin à un « trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public », *y compris lorsque la peine encourue est inférieure à dix ans*.

1378. En matières correctionnelle et criminelle et à titre exceptionnel, l'article 37 prévoit que la prolongation de la détention provisoire par la chambre de l'instruction au-delà des durées maximales fixées par les articles 145-1 et 145-2 du Code de procédure pénale, « lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait à la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité »²⁵⁹⁵. En abaissant les seuils permettant le placement en détention provisoire et en modifiant les conditions de sa prolongation, le législateur accroît les motifs justifiant le recours à cette mesure privative de liberté.

1379. Cette expansion des motifs se mesure également en matière de rétention administrative. Jusqu'à la loi du 20 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, la prolongation de cette mesure était subordonnée à des circonstances exceptionnelles, tenant à une urgence absolue et une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public²⁵⁹⁶. L'article 49 de cette loi ajoute un motif supplémentaire, « extérieur » à la situation de l'intéressé²⁵⁹⁷. Le placement en rétention administrative peut être prolongé lorsque « l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement »²⁵⁹⁸.

1380. Il en est de même à propos des zones d'attente. Depuis la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, le maintien de l'étranger peut être prononcé par le juge des libertés et de la détention, non plus seulement à titre exceptionnel, mais aussi « en cas de

²⁵⁹⁵ Article 37 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *précitée* ; Décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, *précitée*, cons. 63-68.

²⁵⁹⁶ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *op. cit.*, spéc. pp. 52-53.

²⁵⁹⁷ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 68.

²⁵⁹⁸ Article 49 de la loi n° 2003-1119 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *précitée* ; Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 68-71.

volonté délibérée de l'étranger de faire échec à son départ »²⁵⁹⁹. De cette manière, le législateur ajoute des motifs justifiant l'allongement de la durée de ces mesures.

1381. En second lieu, la redéfinition des mesures privatives de libertés se traduit par un renouvellement profond de leurs motifs, renouvellement auquel la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté a largement participé. Celle-ci « marque incontestablement une rupture dans la conception des mesures privatives de liberté »²⁶⁰⁰. La rétention de sûreté permet de maintenir en détention des condamnés ayant purgé leur peine en raison de leur dangerosité, c'est-à-dire de détacher cette dernière de la culpabilité²⁶⁰¹.

1382. Si la rétention de sûreté altère les modalités d'aménagement de la liberté individuelle *stricto sensu*, en conditionnant la remise en liberté de la personne à la décision de la juridiction régionale de sûreté fondée sur sa dangerosité, elle en modifie également la mise en œuvre. Les mesures privatives de liberté, en droit pénal français, ne sont plus seulement en lien avec la culpabilité et la responsabilité pénale, mais aussi avec la dangerosité criminologique de l'individu. Qui plus est, ce motif justifie une mesure privative de liberté à durée indéterminée, puisque son prolongement est directement fonction de l'état dangereux de l'individu²⁶⁰². La rétention de sûreté élargit donc l'objet des mesures privatives de liberté en droit positif et accroît, dans le même temps, leur degré de contrainte. Cela se mesure à plus forte raison à travers l'allongement de la durée légale des mesures privatives de liberté.

2) *L'augmentation de la durée des mesures privatives de liberté*

1383. Nonobstant l'exigence d'ordre public poursuivie, la majorité des mesures privatives de liberté prévues en droit positif ont été étendues dans leur durée par le législateur. Cela se constate au sujet des mesures intervenant au cours de l'enquête de police. A ce titre, la durée maximale de la garde à vue a été allongée depuis la loi du 9 mars 2004 relative aux évolutions de la criminalité. En vertu de l'article 63 du Code de procédure pénale, celle-ci ne peut excéder vingt-quatre heures et ne peut être prolongée d'un nouveau délai de vingt-quatre heures que lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent. Néanmoins, depuis 2004, cette

²⁵⁹⁹ Article 26 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *J.O.R.F.* n° 270 du 21 novembre 2007, p. 18993 ; article 222-2 alinéa 1 du C.E.S.E.D.A..

²⁶⁰⁰ O. BEAUD et P. WACHSMANN, « Ouverture. Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », *op. cit.*, spéc. p. 9.

²⁶⁰¹ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 42.

²⁶⁰² Article 706-53-16 du Code de procédure pénale.

mesure de contrainte peut faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune lorsque les infractions en cause sont celles énumérées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, relatives à la délinquance et la criminalité organisées²⁶⁰³. La durée maximale de la garde à vue est ainsi portée à quatre-vingt seize heures en la matière.

1384. La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme prévoit quant à elle que le juge des libertés et de la détention peut, « s'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste » et à titre exceptionnel, décider que la garde à vue fasse l'objet d'une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois pour les infractions de terrorisme visées aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal²⁶⁰⁴. La durée totale du maintien en garde à vue s'étend à six jours pour ces infractions. Contrairement à ce qu'il a pu être analysé à propos des mesures restrictives de libertés, la durée et le degré de contrainte des mesures privatives de liberté sont gradués en fonction de la gravité et la complexité des infractions²⁶⁰⁵ et à l'imminence d'une menace terroriste « précisément identifiée »²⁶⁰⁶.

1385. De même, la mesure de détention provisoire a été prolongée dans sa durée. La loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la justice autorise la chambre de l'instruction, saisie par ordonnance du juge des libertés et de la détention, à prolonger de quatre mois, renouvelable une fois, le maintien en détention provisoire en matière correctionnelle et criminelle. Ce prolongement intervient « lorsque des investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité »²⁶⁰⁷. Au total, la durée maximale en matière correctionnelle peut atteindre deux ans et huit mois pour des crimes et délits

²⁶⁰³ Article 706-88 du Code de procédure pénale ; article 1^{er} de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *précitée*.

²⁶⁰⁴ Alinéas 7 à 10 de l'article 706-88 du code de procédure pénale, introduit par l'article 17 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

²⁶⁰⁵ Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 25.

²⁶⁰⁶ Décision n° 2010-31 Q.P.C. du 22 septembre 2010, *précitée*, cons. 5.

²⁶⁰⁷ Article 37 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *précitée*.

spécifiques²⁶⁰⁸ et, en matière criminelle, deux à quatre ans et huit mois selon le quantum de la peine encourue²⁶⁰⁹.

1386. Par ailleurs, l'allongement de la durée des mesures privatives de liberté concerne celles spécifiques aux étrangers, telles que la rétention administrative. D'une durée maximale de trente-deux jours à l'issue de la loi du 20 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration²⁶¹⁰, elle est portée à quarante-cinq jours par la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration et à l'intégration²⁶¹¹. L'étranger peut faire l'objet d'un placement en rétention par le préfet pendant cinq jours, pouvant être prolongé pour une durée de vingt jours, renouvelable une fois, par le juge judiciaire. Pourtant, dans les faits, « la durée "utile", c'est-à-dire nécessaire, au-delà de laquelle l'exécution de la mesure d'éloignement devient hypothétique, se situe dans une fourchette entre dix et quinze jours »²⁶¹².

1387. L'allongement de la durée de la rétention est également fonction de la gravité du comportement de l'étranger. Il vise les cas dans lesquels l'étranger a été condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du Code pénal, ou une mesure d'expulsion a été prononcée à son encontre, pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées. Dans ces hypothèses, le juge peut, s'il existe une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement et si aucune décision d'assignation à résidence ne permet un contrôle suffisant,

²⁶⁰⁸ Lorsque l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national ou lorsque la personne est poursuivie pour trafic de stupéfiants, terrorisme, association de malfaiteurs, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour une infraction commise en bande organisée et qu'elle encourt une peine égale à dix ans d'emprisonnement.

²⁶⁰⁹ La durée maximale de la détention provisoire est de deux ans si la peine encourue est inférieure à vingt ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle ; trois ans, si la peine encourue est inférieure à vingt ans et que l'un des faits a été commis en dehors du territoire français ou si la peine encourue est supérieure ou égale à vingt ans ; quatre ans, si la peine encourue est inférieure à vingt ans, lors de poursuites engagées pour plusieurs crimes contre les personnes ou contre la Nation, l'État, la Paix publique (Livre II et IV du Code pénal), crime de trafic de stupéfiants, de terrorisme, de proxénétisme, d'extorsion de fonds ou crime commis en bande organisée.

²⁶¹⁰ Article 49 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *précitée*.

²⁶¹¹ Article 56 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *J.O.R.F.* n° 0139 du 17 juin 2011, p. 10290 ; article L. 552-7 du C.E.S.E.D.A.

²⁶¹² O. LECUCQ, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *op. cit.*, p. 1942.

ordonner la prolongation de la rétention pour un mois, renouvelable. La durée maximale de la rétention peut alors atteindre six mois²⁶¹³.

1388. L'allongement de la durée des mesures privatives de liberté vise, enfin, les peines d'emprisonnement. Les lois du 9 septembre 2002²⁶¹⁴, du 9 mars 2004²⁶¹⁵ et du 23 janvier 2006²⁶¹⁶, respectivement relatives à l'orientation et la programmation pour la justice, à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et à la lutte contre le terrorisme, ont étendu les peines d'emprisonnement encourues pour les actes de terrorisme, réprimés aux articles 421 et suivants du Code pénal²⁶¹⁷. Le législateur a aussi accru la durée des peines d'emprisonnement encourues pour un nombre déterminé d'infractions, lorsque celles-ci sont commises en bande organisée²⁶¹⁸. L'instauration par la loi du 5 mars 2007 de seuils minimums d'emprisonnement pour les délits punis de trois ans d'emprisonnement, les crimes punis de quinze ans de réclusion ou détention criminelle et des faits particulièrement graves commis une nouvelle fois en état de récidive légale, augmente, là encore, la durée légale des peines d'emprisonnement²⁶¹⁹.

1389. La durée des mesures privatives de liberté est significative de la redéfinition de la mise en œuvre de la liberté individuelle par le législateur, afin de concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public. La mise en place de la rétention de sûreté nourrit d'autant plus ce processus que sa durée n'est pas prédéfinie et peut donc être infinie²⁶²⁰. Tant la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile que la liberté individuelle sont progressivement redéfinis dans leur mise en œuvre, à travers les modalités de limitation dont ces droits-libertés font l'objet. Les droits-garanties sont également redéfinis dans leur mise en œuvre, mais différemment.

²⁶¹³ Article L. 552-7 alinéa 4 du C.E.S.E.D.A.. De même, le législateur a allongé la durée de maintien en zone d'attente des étrangers qui arrivent sur le territoire. La durée initiale de quatre jours peut être prolongée de huit jours, qui elle-même peut être prolongée de nouveau de huit jours suite à la loi du 20 novembre 2007 : Articles 25 et 26 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *précitée* ; articles L. 221-3, L. 222-1 et L. 222-2 du C.E.S.E.D.A.. Sur ce point, O. LECUCQ, « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, et sa constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 28 janvier 2008, pp. 141-149, spéc. p. 149.

²⁶¹⁴ Article 46 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, *précitée*.

²⁶¹⁵ Article 6 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

²⁶¹⁶ Article 11 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, *précitée*.

²⁶¹⁷ *Supra*, n° 498 et s.

²⁶¹⁸ Article 6 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

²⁶¹⁹ Articles 1 et 2 de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *précitée*.

²⁶²⁰ Article 706-53-16 du Code de procédure pénale.

B) Les modalités de limitation des droits-garanties

1390. Les droits-garanties constituent des « garanties pour l'individu qui en bénéficie, soit de manière générale, soit de manière spécifique en matière répressive »²⁶²¹. Ils donnent à l'individu « l'assurance qu'il pourra faire valoir les autres droits dans les meilleurs conditions et que le droit lui sera appliqué de façon juste, régulière et non arbitraire »²⁶²². Leur mise en œuvre s'envisage différemment de celle des droits-libertés. L'analyse du droit positif montre que la limitation des droits-garanties se traduit soit, par des exceptions apportées à leur exercice (a), soit, par le report de leur exercice (b). La conciliation entre ces droits et les exigences de l'ordre public conduit justement le législateur à accentuer ces deux modalités.

a) Les exceptions à l'exercice des droits-garanties

1391. La limitation des droits-garanties se traduit par la détermination d'exceptions à leur exercice. Le législateur prévoit, dans des cas prédéfinis, que l'exercice de telles ou telles prérogatives fondamentales sera restreint. Le bénéficiaire ne pourra invoquer le droit-garantie que dans des conditions réduites par rapport à ce qui prévaut en droit commun, ou ce qui était prévu, antérieurement, en droit positif.

1392. La mise en œuvre du droit à l'individualisation des peines constitue un premier exemple de cette modalité de limitation des droits-garanties. Rattaché à l'article 8 de la Déclaration de 1789²⁶²³, il implique qu'une peine ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres de chaque espèce²⁶²⁴. La portée de ce droit étant redéfinie par le Conseil constitutionnel, l'individualisation des peines tient désormais à ce que le prononcé de la peine ne revêt pas un caractère purement automatique, et que le juge n'est pas privé du pouvoir de l'individualiser²⁶²⁵. Compte tenu de cette redéfinition, le législateur a pu prévoir des exceptions au pouvoir du juge de moduler le traitement pénal du condamné.

1393. La loi du 5 mars 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs révèle les exceptions apportées à l'exercice de ce droit. Ses deux premiers articles insèrent les

²⁶²¹ L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 376.

²⁶²² *Ibidem*.

²⁶²³ Décision n° 2005-520 D.C. du 22 juillet 2005, *précitée*, cons. 3.

²⁶²⁴ Pour ne reprendre qu'un exemple : décision n° 2010-40 Q.P.C. du 29 septembre 2010, *précitée*, cons. 3.

²⁶²⁵ Sur cette redéfinition : *supra*, n° 1159 et s.

articles 132-18-1 et 132-19-1 dans le Code pénal, relatifs aux peines minimales de privation de liberté pour les crimes et délits commis en état de récidive légale²⁶²⁶. La loi *impose* une durée de peine d'emprisonnement dans ces cas précis et réduit par là même le pouvoir du juge d'individualiser la sanction. L'exercice du droit-garantie tient seulement à la faculté pour le juge, « en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci », de prononcer une peine inférieure à ces seuils et, en matière délictuelle, une peine autre que l'emprisonnement²⁶²⁷.

1394. Surtout, l'article 132-18-1 alinéa 7 du Code pénal dispose que, « lorsqu'un crime est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction *ne* peut prononcer une peine inférieure aux seuils fixés *que si* l'accusé présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion »²⁶²⁸. Pour un nombre déterminé d'infractions commises une nouvelle fois en état de récidive légale²⁶²⁹, les alinéas 7 à 12 de l'article 132-19-1 prévoient que la juridiction ne peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement ou une peine inférieure aux seuils fixés « *que si* le prévenu présente de telles garanties »²⁶³⁰ et à l'appui d'une décision spécialement motivée.

1395. Ces dispositions illustrent l'impact de la redéfinition de la portée de l'individualisation des peines sur sa mise en œuvre en droit positif. Compte tenu de sa signification dans la jurisprudence constitutionnelle, le législateur multiplie les exceptions à l'exercice de ce droit, de sorte que le pouvoir de moduler la peine selon les circonstances de l'espèce devient lui-même l'exception²⁶³¹. En déterminant étroitement les conditions dans lesquelles le juge peut individualiser la sanction pénale, le législateur redéfinit la mise en œuvre de ce droit-garantie de manière restrictive. L'individualisation des peines est donc strictement encadrée, pour un nombre croissant d'infractions.

1396. La multiplication des exceptions apportées à l'exercice des droits-garanties se mesure également en matière de droits de la défense. Traditionnellement, ces derniers se définissent

²⁶²⁶ En vertu de l'article 132-18-1, la peine minimale d'emprisonnement, de réclusion ou de détention est fixée à 5, 7 ou 10 ans si le crime est respectivement puni d'une peine de réclusion ou de détention d'une durée de 15, 20 ou 30 ans. Celle-ci est fixée à 15 ans si le crime est puni d'une peine de réclusion ou de détention à perpétuité. En outre, l'article 132-19-1 prévoit, pour les délits, une peine minimale d'emprisonnement fixée à 1, 2, 3 ou 4 ans si le délit est respectivement puni de 3, 5, 7 ou 10 ans d'emprisonnement.

²⁶²⁷ Décision n° 2007-554 du 9 août 2007, *précitée*, cons. 2.

²⁶²⁸ Souligné par nous.

²⁶²⁹ Délit de violence volontaire, délit commis avec la circonstance aggravante de violences, délit d'agression ou d'atteinte sexuelle ou délit puni de 10 ans d'emprisonnement.

²⁶³⁰ Souligné par nous.

²⁶³¹ C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *op. cit.*, spéc. p. 36.

comme l'ensemble des garanties dont le plaideur dispose afin de défendre ses intérêts en justice²⁶³². Yannick Capdepon affine cette définition et distingue le « principe de défense » et les « droits de la défense »²⁶³³. Le premier désigne « la norme qui, élément à part entière du droit positif, impose que toute personne soumise à un pouvoir décisionnel unilatéral soit en mesure de soutenir ou de contester la prétention qui en est l'objet ». Les seconds sont définis comme « l'ensemble des garanties de procédure qui permettent aux plaideurs d'être en mesure de soutenir ou de contester une prétention faisant l'objet d'un pouvoir décisionnel unilatéral »²⁶³⁴.

1397. Parmi ces garanties de défense, figure celle d'être assisté par un avocat, c'est-à-dire le pouvoir de faire effectivement appel à l'aide d'un avocat afin de se défendre en justice²⁶³⁵. Rattachés à l'article 16 de la Déclaration de 1789, les droits de la défense impliquent de manière constante, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le droit de la personne gardée à vue à s'entretenir avec un avocat au cours de celle-ci²⁶³⁶.

1398. La mise en œuvre de ce droit emporte des exceptions croissantes à son exercice. S'il résultait de l'article 3, I de la loi du 24 août 1993 portant réforme du Code de procédure pénale que la personne ne pouvait demander à s'entretenir avec un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue²⁶³⁷, la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes prévoit que cette garantie peut être sollicitée dès le début de la garde à vue²⁶³⁸. La première exception à cette garantie relève de la loi du 24 août 1993. Le délai est porté à trente-six heures, lorsque l'enquête a pour objet la participation à une association de malfaiteurs, les infractions de proxénétisme aggravé ou d'extorsion de fonds ou une infraction commise en bande organisée²⁶³⁹.

1399. La loi du 1^{er} février 1994 relative au nouveau Code pénal et certaines dispositions du Code de procédure pénale ajoute une seconde exception. L'intervention de l'avocat est différée à la soixante-douzième heure lorsque la garde à vue est soumise à des règles

²⁶³² Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Paris, 2013, p. 449.

²⁶³³ *Idem*, pp. 33 et s.

²⁶³⁴ *Idem*, spéc. p. 456.

²⁶³⁵ *Idem*, pp. 143 et s.

²⁶³⁶ Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *précitée*, cons. 12 ; Décision n° 94-334 D.C. du 20 janvier 1994, *précitée*, cons. 18 ; Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *précitée*, cons. 31.

²⁶³⁷ Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 0196 du 25 août 1993, p. 11991.

²⁶³⁸ Article 11 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *J.O.R.F.* n° 157 du 8 juillet 2000, p. 10323.

²⁶³⁹ Article 3, IV de la loi *précitée*.

particulières de prolongation, ce qui est le cas pour les infractions en matière de stupéfiants et de terrorisme²⁶⁴⁰.

1400. La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité élargit ces exceptions. D'une part, lorsque la garde à vue porte sur une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73 du Code de procédure pénale relatif à la criminalité et la délinquance organisées, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. D'autre part, pour les infractions mentionnées aux 3° et 11° de cet article, l'entretien ne peut avoir lieu qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures²⁶⁴¹.

1401. La loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue maintient la seconde exception et étend la première. En effet, le nouvel article 706-88 du même code dispose que « *par dérogation* aux dispositions des articles 63-4 à 63-4-2, l'intervention de l'avocat peut être différée « pour une infraction *entrant dans le champ d'application de l'article 706-73*, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes », pour une durée maximale de quarante-huit heures²⁶⁴². Si cette loi encadre davantage cette exception, elle en élargit pas moins le champ d'application, puisque sont désormais visées *toutes* les infractions mentionnées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

1402. L'article 8 de cette loi prévoit aussi qu'à titre exceptionnel, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention peut autoriser le report de présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, si cette mesure « apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes ». La présence de l'avocat est différée pendant une durée maximale de douze heures ou, lorsque la peine encourue est supérieure ou égale à cinq ans, jusqu'à la vingt-quatrième heure²⁶⁴³.

²⁶⁴⁰ Article 18 de la loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 27 du 2 février 1994, p. 1803.

²⁶⁴¹ Article 14, I de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *précitée*.

²⁶⁴² Article 16 de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *précitée* ; article 706-88, alinéa 6 du Code de procédure pénale (souligné par nous).

²⁶⁴³ Article 8 de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *précitée* ; article 63-4-2, alinéas 4 et 5 du Code de procédure pénale.

1403. La mise en œuvre de ce droit-garantie révèle la multiplication des exceptions qui lui sont apportées en droit positif. La concrétisation d'exigences spécifiques de l'ordre public et, plus généralement, la redéfinition de la portée constitutionnelle des droits-garanties issue de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public, conduisent le législateur à définir restrictivement leur mise en œuvre. Par ailleurs, les exceptions apportées aux droits-garanties peuvent se traduire par le report de la possibilité de les invoquer. Il s'agit de la seconde technique mobilisée par le législateur pour restreindre l'exercice des droits-garanties.

b) Le report de l'exercice des droits-garanties

1404. La seconde modalité de limitation des droits-garanties consiste pour le législateur à reporter, c'est-à-dire à différer le moment où les bénéficiaires de ces droits peuvent les invoquer. Deux hypothèses peuvent être envisagées.

1405. En premier lieu, l'exercice des droits-garanties peut être reporté dans des cas précis, c'est-à-dire par exception au droit commun. Il s'agit de l'hypothèse précédemment analysée de la mise en œuvre du droit à être assisté par un avocat au cours de l'enquête de procédure pénale, et notamment de la garde à vue. Les exceptions à la possibilité de bénéficier de cette garantie dès le début de la mesure se matérialisent par le report, pour des finalités et infractions déterminées, de la présence de l'avocat auprès de la personne gardée à vue.

1406. Le report est en réalité gradué par le législateur, en fonction de la difficulté de l'exigence d'ordre public poursuivie. Pour des finalités précises liées aux circonstances particulières de l'enquête ou bien au regard des peines encourues, la présence de l'avocat est reportée de douze à vingt-quatre heures²⁶⁴⁴. Eu égard à la gravité et la complexité particulières de certaines infractions, elle est différée à quarante-huit heures²⁶⁴⁵. Le législateur reporte aussi la présence de l'avocat compte tenu de la nature de l'infraction en cause. Son intervention est différée au maximum à la soixante-douzième heure, lorsque l'enquête porte sur les infractions de stupéfiants et de terrorisme²⁶⁴⁶, au regard de « la gravité toute particulière dont revêtent *par nature* » ces actes²⁶⁴⁷.

²⁶⁴⁴ Article 63-4-2, alinéas 4 et 5 du Code de procédure pénale.

²⁶⁴⁵ Article 706-88, alinéa 6 du Code de procédure pénale.

²⁶⁴⁶ *Ibidem*.

²⁶⁴⁷ Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *précitée*, cons. 23 (souligné par nous).

1407. En second lieu, l'exercice des droits-garanties peut être reporté par rapport à ce qui prévalait à l'état antérieur du droit positif. Il s'agit pour le législateur de modifier la mise en œuvre d'un droit, en différant dans le temps la possibilité pour l'individu de l'invoquer. L'exercice du droit au juge est ici significatif. Comme démontré précédemment, celui-ci occupe une place spécifique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁶⁴⁸. S'il bénéficie d'une protection généralement atténuée, il remplit une fonction de « garantie compensatoire » lors de la limitation des droits-libertés. S'agissant du juge judiciaire, il constitue une garantie spécifique de la liberté individuelle consacrée à l'article 66 de la Constitution. Pourtant, l'intervention du juge et la faculté de le saisir sont progressivement reportées par le législateur, pour concrétiser les exigences renouvelées de l'ordre public.

1408. En matière de rétention administrative, si l'intervention d'un magistrat du siège pour décider le maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire est requise à l'issue d'un délai de vingt-quatre heures, suite à la loi du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France²⁶⁴⁹, celle-ci est reportée à quarante-huit heures depuis la loi du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration²⁶⁵⁰. La loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité²⁶⁵¹ diffère de nouveau l'intervention du juge judiciaire, chargé d'autoriser la prolongation du maintien en rétention de l'étranger et de contrôler l'atteinte à sa liberté. Le délai passe de quarante-huit heures à cinq jours²⁶⁵².

1409. Certes, le report de la saisine du juge judiciaire à cinq jours n'entrave pas la possibilité, pour l'étranger, dans un délai de quarante-huit heures à compter de la notification de la décision de placement en rétention, d'en contester la légalité devant le juge administratif. Selon les travaux préparatoires de la loi, l'idée d'inverser dans le temps les interventions des juges judiciaire et administratif repose sur la volonté de « remettre en ordre

²⁶⁴⁸ *Supra*, n° 1235 et s.

²⁶⁴⁹ Article 7 de la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.R.F.* du 30 octobre 1981, p. 2971.

²⁶⁵⁰ Article 13, 2° de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, *J.O.R.F.* n° 97 du 25 avril 1997 p. 6268. Elle reprend, en ce sens, l'état du droit en vigueur avant la loi du 29 octobre 1981 : Article 3 de la loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 dite Bonnet relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national de l'immigration, *J.O.R.F.* du 11 janvier 1980, p. 71.

²⁶⁵¹ Articles 44 et 51 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *précitée*.

²⁶⁵² H. LABAYLE, « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné », *op. cit.*, spéc. p. 948.

le fonctionnement des procédures juridictionnelles relatives à l'éloignement »²⁶⁵³. Cette réforme s'inspire des propositions préconisées par le rapport de la Commission présidée par Pierre Mazeaud en 2008, qui avait exclu la voie de l'unification des contentieux²⁶⁵⁴. Comme le soulignait Jean Rivero, « la dualité de juridiction est trop profondément enracinée dans la tradition juridique française pour qu'il soit réaliste, même en matière de protection des droits fondamentaux, d'en envisager l'abandon »²⁶⁵⁵.

1410. Il n'en reste pas moins que l'objectif sous-jacent de la loi réside dans l'amélioration de l'efficacité du processus d'éloignement des étrangers²⁶⁵⁶. Le report de la saisine du juge judiciaire à cinq jours, au regard de ses prérogatives, fragilise non seulement les garanties attachées au respect de la liberté individuelle²⁶⁵⁷, mais aussi la mise en œuvre du droit au juge.

1411. Par ailleurs, le report de l'exercice du droit au juge s'observe en matière d'hospitalisation sans consentement des personnes atteintes de troubles mentaux. S'agissant de mesures privatives de liberté, ce droit revêt une signification spécifique puisqu'il implique l'intervention du juge judiciaire pour la contrôler, en plus de sa saisine éventuelle par la personne privée de liberté. Tout malade hospitalisé, quelle que soit la forme de l'hospitalisation forcée, peut à n'importe quel moment de son séjour saisir le juge des libertés et de la détention afin qu'il statue sur sa sortie²⁶⁵⁸.

1412. En revanche, la saisine obligatoire du juge judiciaire pour contrôler la mesure privative de liberté n'intervient, en vertu de la loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, qu'à l'issue d'un délai de douze jours à compter du début de l'hospitalisation, le juge devant statuer avant la fin des quinze jours d'hospitalisation²⁶⁵⁹. Pour Annabelle Pena, « il convient de s'interroger sur les raisons qui ont empêché véritablement d'imposer le juge judiciaire dès les vingt-quatre ou

²⁶⁵³ T. MARIANI, *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 2400 relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, n° 2814, Assemblée Nationale, 16 septembre 2010, pp. 43-45.

²⁶⁵⁴ P. MAZEAUD (dir.), *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La Documentation Française, collection des rapports officiels, Paris, 2008, pp. 51 et s.

²⁶⁵⁵ J. RIVERO, « Dualité de juridictions et protection des libertés », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 734-738, spéc. p. 738.

²⁶⁵⁶ O. LECUCQ, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *op. cit.*, spéc. p. 1946.

²⁶⁵⁷ *Ibidem*.

²⁶⁵⁸ Article L. 3211-12 du Code de la santé publique.

²⁶⁵⁹ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *précitée* ; décret n° 2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques, *J.O.R.F.* n° 0165 du 19 juillet 2011 p. 12371 ; article L. 3211-12-1. Le juge doit statuer avant la fin des quinze jours, à moins qu'il n'ait ordonné une expertise, auquel cas le délai peut être prolongé de quatorze jours supplémentaires au maximum.

quarante-huit heures qui suivent l'hospitalisation, alors qu'il a été possible d'exiger d'un psychiatre qu'il établisse deux certificats médicaux en l'espace de soixante-douze heures »²⁶⁶⁰.

1413. L'affaiblissement de la « limite aux limites » spécifique à la liberté individuelle et relative au contrôle de l'autorité judiciaire observée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel constitue une explication au report dans le temps de l'intervention du juge. Dans la décision Q.P.C. du 26 novembre 2010, *Mme Danielle S.*, le Conseil considère que « les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte » pour la fixation du délai d'intervention du juge²⁶⁶¹. Et de conclure que, compte tenu de la finalité de cette mesure, le législateur peut ne pas prévoir son intervention de plein droit pendant quinze jours et ce n'est qu'au-delà de ce délai que l'article 66 de la Constitution est méconnu²⁶⁶². Il est donc loisible au législateur de reporter l'exercice du droit au juge et de graduer sa mise en œuvre, en fonction de la finalité de la mesure.

1414. Les conditions d'exercice des droits-garanties illustrent le processus de redéfinition des droits fondamentaux à l'issue de leur conciliation législative avec les exigences de l'ordre public. Cette conciliation influence le degré de contrainte des « limites aux limites » dans la jurisprudence constitutionnelle et la portée des droits garantis qui, eux-mêmes, renouvellent la mise en œuvre des droits et libertés en droit positif. Cette redéfinition se mesure, en dernier lieu, à propos des garanties légales des droits fondamentaux constitutionnels.

§2. La redéfinition de la protection légale des droits fondamentaux

1415. Comme l'a démontré François Luchaire, les limites et les garanties sont indissociables de la mise en œuvre des droits et libertés²⁶⁶³. Etymologiquement, la garantie se définit comme « ce qui assure la protection, la sauvegarde » mais aussi comme « l'obligation d'assurer à quelqu'un la jouissance d'une chose, d'un droit ou de le protéger d'un dommage

²⁶⁶⁰ A. PENA, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *op. cit.*, spéc. p. 959.

²⁶⁶¹ Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *précitée*, cons. 25 (souligné par nous).

²⁶⁶² *Idem*, cons. 25-26 ; Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 13 ; Décision n° 2011-202 Q.P.C. du 2 décembre 2011, *précitée*, cons. 13.

²⁶⁶³ F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 367.

éventuel »²⁶⁶⁴. Les garanties légales sont celles établies par le législateur, conformément à la hiérarchie des normes²⁶⁶⁵, qui confèrent une « protection légale » aux principes constitutionnels²⁶⁶⁶. Elles apparaissent comme des conditions d'effectivité des droits et libertés et sont appréciées, par le Conseil constitutionnel, comme des éléments de leur mise en œuvre²⁶⁶⁷.

1416. Lors de l'examen de la conciliation entre les droits fondamentaux et les exigences de l'ordre public, le Conseil n'effectue pourtant qu'un contrôle restreint en la matière, qui implique seulement pour le législateur « de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »²⁶⁶⁸. De même, le déclin du caractère contraignant de certaines « limites aux limites » aux droits fondamentaux lui permet de redéfinir les garanties attachées aux droits et libertés pour répondre aux exigences de l'ordre public. Pour autant, cette redéfinition ne permet pas d'identifier le contenu exact de la protection légale des droits fondamentaux. Pour Ariane Vidal-Naquet, les garanties légales « ne constituent pas une catégorie fermée qui s'épuiserait dans une énumération finie de garanties ou dans un nombre limité de droits et libertés »²⁶⁶⁹.

1417. Il est néanmoins possible d'identifier la nature des garanties légales, dans la mesure où elles s'analysent en des moyens juridiques, permettant la mise en œuvre effective des droits et libertés, et des moyens matériels, destinés à faciliter leur exercice²⁶⁷⁰. La redéfinition de la protection légale des droits fondamentaux constitutionnels porte à la fois sur les garanties procédurales (A) et les garanties substantielles (B).

A) La redéfinition des garanties procédurales

1418. A première vue, il apparaît difficile d'identifier, dans les décisions du Conseil constitutionnel, les garanties de procédure dont la présence s'impose et à défaut desquelles le

²⁶⁶⁴ *Le Nouveau Petit Robert de la Langue Française*, Le Robert, Paris, 2010.

²⁶⁶⁵ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., spéc. p. 169.

²⁶⁶⁶ Décision n° 86-210 D.C. du 29 juillet 1986, précitée, cons. 23.

²⁶⁶⁷ A. VIDAL-NAQUET, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, op. cit., spéc. pp. 432 et 435.

²⁶⁶⁸ *Supra*, n° 570 et s.

²⁶⁶⁹ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., spéc. p. 158.

²⁶⁷⁰ *Idem*, pp. 199 et s.

droit concerné serait remis en cause²⁶⁷¹. La jurisprudence donne toutefois des indications permettant d'identifier ces garanties légales, à travers les déclarations de conformité et de non-conformité à la Constitution.

1419. La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁶⁷² semble constituer une garantie légale constante de la liberté individuelle et du droit au respect de la vie privée. Par les dispositions protectrices qu'elle contient, cette loi permet d'assurer l'effectivité du droit au respect de la vie privée. A plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel vise expressément la loi du 6 janvier 1978 pour examiner la constitutionnalité de dispositions relatives à des traitements automatisés de données nominatives²⁶⁷³. Il considère que dans l'hypothèse où ce type de fichiers était créé, « il serait soumis aux dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »²⁶⁷⁴. Cette garantie légale constitue donc une « qualité intrinsèque » de ces droits et libertés²⁶⁷⁵.

1420. Cette jurisprudence ne signifie pas que *toutes* les dispositions contenues dans la loi du 6 janvier 1978 sont des garanties légales inhérentes au droit au respect de la vie privée et à la liberté individuelle, et à défaut desquelles le législateur serait sanctionné. En particulier, le législateur a pu restreindre les conditions de communication des données personnelles prévues à l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978, sans que cet affaiblissement de garanties n'encoure la censure du Conseil constitutionnel²⁶⁷⁶.

1421. Alors que le requérant bénéficiait jusqu'alors des dispositions de droit commun prévues aux articles 34 et suivants de la loi, et pouvait obtenir la communication des informations le concernant²⁶⁷⁷, l'article 22 de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure modifie les possibilités d'accès aux données personnelles en matière de traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique. Désormais, l'article 39 dispose que « *lorsque* la commission constate [...] que la communication des données qui y

²⁶⁷¹ *Idem*, p. 200.

²⁶⁷² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.* du 7 janvier 1978, p. 227.

²⁶⁷³ Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *précitée*, cons. 133 ; Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 5 ; Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 26 et 43 ; Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 23 et 27.

²⁶⁷⁴ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 5.

²⁶⁷⁵ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, spéc. p. 220.

²⁶⁷⁶ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 24-27.

²⁶⁷⁷ Articles 34 et suivants de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *précitée*.

sont contenues ne met pas en cause ses finalités, la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique, ces données peuvent être communiquées au requérant »²⁶⁷⁸. Dès lors, ce dernier peut ne pas obtenir la communication des informations le concernant, en raison des exigences de l'ordre public attachées à ce type de fichiers.

1422. Dans le même temps, le législateur prévoit aux articles 21 et suivants de la loi du 18 mars 2003 des traitements automatisés de données nominatives, ayant pour objet de conserver des informations recueillies au cours des enquêtes préliminaires, de flagrance et d'investigations exécutées sur commission rogatoire, à propos de tout crime, délit et certaines contraventions²⁶⁷⁹. Il y est prévu qu'en cas de décision de relaxe ou d'acquittement devenue définitive, les données des personnes mises en cause sont effacées sauf si le procureur de la République en prescrit le maintien pour des raisons liées à la finalité du fichier, tenant aux nécessités de l'ordre public. De même, en cas de décision de non-lieu ou de classement sans suite, les données sont conservées sauf si le procureur en ordonne l'effacement.

1423. L'une des garanties apportées par la loi du 18 mars 2003 repose sur le pouvoir de la personne inscrite dans le fichier d'exercer son droit d'accès et de rectification des données, « dans les conditions prévues par l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 »²⁶⁸⁰. Ce faisant, cette loi témoigne d'un affaiblissement de la protection légale du droit au respect de la vie privée. Non seulement la personne inscrite dans ce type de fichier est privée de la garantie de l'effacement de ses données, puisque celui-ci dépend de l'appréciation du procureur, mais aussi de la communication de ses données, au regard des conditions désormais posées à l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978.

1424. Par ailleurs, les garanties procédurales entourant les mesures privatives de liberté peuvent être assimilées en des garanties légales attachées à la liberté individuelle. Il convient de distinguer la garantie *constitutionnelle* reposant sur l'intervention du juge judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution et les garanties *légales* permettant d'assurer l'effectivité de la liberté individuelle²⁶⁸¹. Dans la mesure où le Conseil n'exerce qu'un contrôle restreint, le droit positif témoigne d'un affaiblissement des garanties procédurales inhérentes à cette liberté.

²⁶⁷⁸ Article 22 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *précitée* (souligné par nous).

²⁶⁷⁹ Article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *précitée*.

²⁶⁸⁰ Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *précitée*, cons. 43.

²⁶⁸¹ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, spéc. pp. 167-169.

1425. A titre d'exemples, le législateur a abaissé le quantum de la peine correctionnelle encourue à partir duquel la détention provisoire est possible et peut être prolongée par le juge des libertés et de la détention, sans que cette modification ne soit censurée par le Conseil constitutionnel. Il considère que ni la liberté individuelle ni la présomption d'innocence ne sont « dépouillées de garanties de procédure et de fond »²⁶⁸². De même, les lois du 26 novembre 2003 et du 16 juin 2011 relatives à l'immigration ont allongé la durée maximale de placement en rétention administrative et étendu les motifs justifiant la prolongation de cette mesure, sans encourir de censure de la part du Conseil²⁶⁸³. La protection légale de la liberté individuelle repose donc sur les seules garanties assurant que l'étranger n'est privé de liberté que durant le temps strictement nécessaire à son départ²⁶⁸⁴.

1426. Bien que les garanties procédurales procurent aux citoyens des moyens juridiques nécessaires à l'exercice de leurs droits et libertés²⁶⁸⁵, il reste qu'à l'issue de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public, le niveau de protection légale attachée aux droits fondamentaux constitutionnels s'affaisse. Cela se mesure, en second lieu, sur le plan substantiel.

B) La redéfinition des garanties substantielles

1427. Les garanties substantielles peuvent se définir comme des moyens matériels destinés à faciliter l'exercice des droits et libertés²⁶⁸⁶. Lors de la mise en œuvre des droits-libertés et des droits-garantis à travers leur conciliation avec les exigences de l'ordre public, ces garanties sont principalement institutionnelles.

1428. L'existence de la Commission nationale de l'informatique et des libertés apparaît comme une garantie légale attachée au droit au respect de la vie privée, indissociable de la procédure prévue par la loi du 6 janvier 1978. Cela résulte de la décision du 10 mars 2011, relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Le Conseil constitutionnel vérifie que le traitement de données à caractère

²⁶⁸² Commentaire de la décision n° 2002-461 D.C. du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, spéc. p. 10.

²⁶⁸³ *Supra*, n° 1379 et s.

²⁶⁸⁴ Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 66 ; Décision n° 2011-631 du 9 juin 2011, *précitée*, cons. 75.

²⁶⁸⁵ A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 202.

²⁶⁸⁶ *Ibidem*.

personnel, créé au moyen de logiciels de rapprochement judiciaire, est opéré sous le contrôle du procureur de la République, « sans préjudice des pouvoirs de contrôle attribués à la Commission nationale de l'informatique et des libertés »²⁶⁸⁷. Comme le relève Jérôme Frayssinet, cette institution « constitue un élément essentiel du dispositif de protection de la liberté individuelle dans le champ de la loi de 1978 et toute suppression ou contournement pourraient constituer une perte substantielle de la garantie constitutionnelle obligatoire »²⁶⁸⁸.

1429. Des restrictions liées aux modalités d'exercice de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peuvent être ajoutées par le législateur sans pour autant être déclarées contraires à la Constitution. La loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel modifie plusieurs dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relatives à la Commission²⁶⁸⁹. Notamment, l'article 26 modifié prévoit que, lors de la création par arrêté ministériel de traitements de données à caractère personnel, « qui intéressent la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique », ou « qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales, ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté », l'avis de la Commission est publié avec l'arrêté autorisant le traitement.

1430. Avant d'être modifié, ce même article requérait un avis favorable de la Commission. La loi du 6 août 2004 substitue donc à un avis conforme du Conseil d'État, en cas d'avis défavorable de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, un arrêté ministériel, pris après avis motivé et publié de cette commission. Le but de cette modification visait à « éviter les complications et retards administratifs rencontrés, sous l'empire des dispositions précédentes, avec l'avis conforme »²⁶⁹⁰. Le Conseil constitutionnel considère que de telles dispositions « ne privent pas de garanties légales le droit au respect de la vie privée »²⁶⁹¹.

1431. Il n'en résulte pas moins un affaiblissement de la protection légale de ce droit. D'une part, le contrôle substantiel et indépendant opéré par la Commission a un poids bien moindre en l'absence d'avis conforme requis ; d'autre part, la suppression de cette garantie est d'autant

²⁶⁸⁷ Décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, *précitée*, cons. 71.

²⁶⁸⁸ J. FRAYSSINET, « Le Conseil constitutionnel et la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *R.F.D.C.*, 1993, n° 14, p. 395-405, spéc. p. 405.

²⁶⁸⁹ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.* n° 182 du 7 août 2004, p. 14063.

²⁶⁹⁰ J.-E. SCHOETTL, « La refonte de la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 11 août 2004, pp. 8-19, spéc. p. 13 et p. 19.

²⁶⁹¹ Décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, *précitée*, cons. 27.

plus préjudiciable que le champ d'application des traitements concernés est très large, puisqu'il vise l'ensemble des exigences de l'ordre public.

1432. Par ailleurs, l'existence de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides représente une garantie légale du droit d'asile. Tel est expressément le cas de la confidentialité des éléments d'information détenus par l'Office, que le Conseil constitutionnel qualifie de « garantie essentielle du droit d'asile »²⁶⁹². Dans la décision du 22 avril 1997 sur la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, le Conseil considère que « la possibilité donnée à des agents des services du ministère de l'intérieur et de la gendarmerie nationale d'accéder aux données du fichier informatisé des empreintes digitales des demandeurs du statut de réfugié, créé à l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides, prive d'une garantie légale l'exigence de valeur constitutionnelle posée par le Préambule de la Constitution de 1946 »²⁶⁹³.

1433. Pourtant, là encore, le législateur peut apporter des restrictions aux garanties substantielles du droit d'asile sans craindre la censure du Conseil constitutionnel. La loi du 10 décembre 2003 relative au droit d'asile dispense désormais l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides de procéder, dans des cas précis, à l'audition du demandeur²⁶⁹⁴. Le Conseil considère que cette modification ne prive pas de garanties légales le droit d'asile, sa protection légale impliquant seulement que l'Office « procède à un examen particulier des éléments produits à l'appui de la demande »²⁶⁹⁵. Cet affaiblissement de garanties témoigne de la fragilité de la protection constitutionnelle droit d'asile, analysée dès les années 1990²⁶⁹⁶.

1434. Si le législateur maintient une protection légale des droits fondamentaux constitutionnels à travers la détermination de garanties de fond et de forme permettant d'assurer leur effectivité, leur conciliation avec les exigences de l'ordre public engendre un affaiblissement de leur niveau de protection en droit positif. Cela se mesure sous l'angle procédural et substantiel, les bénéficiaires des droits fondamentaux disposant de garanties moindres pour exercer leurs droits et libertés. La redéfinition de la mise en œuvre des droits

²⁶⁹² Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 43.

²⁶⁹³ Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *précitée*, cons. 26.

²⁶⁹⁴ Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 au droit d'asile, *J.O.R.F.* n° 286 du 11 décembre 2003 p. 21080.

²⁶⁹⁵ Décision n° 2003-485 D.C. du 4 décembre 2003, *précitée*, cons. 7.

²⁶⁹⁶ F. MODERNE, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1997.

fondamentaux à l'issue de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public s'observe donc lors de la limitation de leur exercice proprement dit et de la protection légale dont ils bénéficient. Le droit positif témoigne d'une augmentation et d'une diversification des modalités de limitation des droits-libertés et des droits-garanties, ainsi que d'un infléchissement qualitatif des garanties attachées à ces droits et libertés.

Conclusion du Chapitre 2 de la Troisième Partie

1435. La conciliation entre les exigences de l'ordre public et les droits fondamentaux constitutionnels opérée par le législateur engendre une redéfinition de leurs conditions d'exercice d'un double point de vue. La concrétisation des exigences de l'ordre public influence l'aménagement des droits et libertés, c'est-à-dire l'intervention du législateur pour en permettre l'exercice. Le recours aux modes classiques demeure privilégié, mais l'avènement de techniques tendant à l'émergence de droits fondamentaux éventuels modifie les modalités d'exercice des droits garantis et bouleverse leurs conditions d'applicabilité.

1436. La concrétisation des exigences de l'ordre public invite également à redéfinir la mise en œuvre des droits fondamentaux, c'est-à-dire leur effectivité. La distinction entre les droits-libertés et les droits-garanties permet d'identifier les techniques de limitation propres à ces deux catégories de droits et d'évaluer l'étendue des limites qui leur sont portées. Il en est de même à propos de leur protection légale, puisque la concrétisation législative des exigences de l'ordre public affaiblit le niveau des garanties légales qui leur sont reconnues en droit positif.

Conclusion de la Troisième Partie

1437. Le processus de redéfinition des droits fondamentaux issu de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public porte à la fois sur leur champ de protection constitutionnelle et les conditions de leur exercice.

1438. La conciliation opérée par le législateur et contrôlée par le Conseil constitutionnel conduit le juge à réévaluer la portée des droits et libertés garantis. Que ce soit à travers leur fondement textuel, leur contenu ou leur champ d'application, le Conseil interprète restrictivement le domaine protégé des droits-libertés et des droits-garanties, lors de l'examen de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public. Il résulte de cette redéfinition une protection graduée des droits fondamentaux dans la jurisprudence constitutionnelle, en fonction d'une pluralité de paramètres. Cette gradation du niveau de protection se constate entre catégories de droits fondamentaux, puis entre les droits et libertés eux-mêmes et les sphères dont ils sont composés. Le Conseil affine les degrés de son contrôle selon la gravité de la mesure, au degré de précision du droit fondamental dans le texte constitutionnel et à la sphère du droit visée par la conciliation.

1439. La redéfinition du champ de protection constitutionnelle influence *ipso facto* les conditions d'exercice des droits et libertés concernés. Le contrôle opéré par le Conseil est d'autant plus essentiel que la conciliation législative a des répercussions sur la mise en œuvre des droits et libertés²⁶⁹⁷. La concrétisation des exigences de l'ordre public provoque un renouvellement de l'aménagement des droits garantis, de leurs modalités de limitation et de leur protection légale. La redéfinition des droits fondamentaux issue de leur conciliation avec les exigences de l'ordre public se vérifie donc à chaque niveau de la hiérarchie des normes, ce qui en fait un processus global, innervant l'ensemble de l'ordre juridique.

²⁶⁹⁷ Cela s'analyse d'autant plus que le juge administratif prend expressément en compte les restrictions de portée générale introduites par le législateur pour mesurer l'atteinte portée par l'administration à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Voir : C.E., ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840. Sur ce point : M. LOMBARD, « La liberté du commerce et de l'industrie, composante de la liberté d'entreprendre », *D.A.*, février 2002, pp. 35-36 ; J. TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *A.J.D.A.*, 7 avril 2003, pp. 653-658 ; F. BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du C.J.A. », *R.D.P.*, 2003, n° 6, pp. 1535-1579, spéc. p. 1579.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1440. Au terme de cette étude, le processus de limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public apparaît riche d'enseignements sur les enjeux de la corrélation entre l'ordre public et les libertés. Il apporte tout d'abord des éléments de réponse à l'interrogation soulevée par le Doyen Louis Favoreu dès le lendemain des attentats du 11 septembre 2001 : celle de savoir à quel point les Constitutions permettent de modifier la protection des droits fondamentaux afin de lutter contre le terrorisme, et donc de satisfaire aux exigences de l'ordre public²⁶⁹⁸. L'objectif de cette recherche consistait en effet à faire progresser la réflexion sur la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public et, en particulier, à identifier l'impact des exigences renouvelées de l'ordre public sur la protection des droits garantis. Il s'agissait de révéler l'existence d'un processus global et durable de limitation des droits fondamentaux, au-delà des circonstances conjoncturelles provoquant le renouvellement des exigences de l'ordre public.

1441. Il ne fait guère de doute que la concrétisation législative de l'ordre public a engendré de profonds bouleversements dans l'ordre juridique et a modifié l'exercice des droits constitutionnellement protégés. Il convenait d'appréhender ces évolutions de droit à partir du déroulement logique du processus de limitation des droits garantis, afin de déterminer comment, et dans quelle mesure, l'équilibre entre l'ordre public et les libertés s'est déplacé.

1442. La jurisprudence du Conseil constitutionnel permet d'appréhender plus aisément qu'auparavant le mécanisme de limitation des droits garantis. Incité par le renouvellement des exigences de l'ordre public défini par le législateur, le Conseil a précisé les ancrages de l'ordre public dans la Constitution, de même qu'il a indiqué avec plus de clarté les « limites aux limites » aux droits garantis. L'émergence d'un contrôle de proportionnalité décliné en trois temps²⁶⁹⁹, l'affinement des considérants de principe relatif au contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures affectant la liberté individuelle²⁷⁰⁰, ou encore la précision des « limites aux limites » propres aux mesures de police administrative ou judiciaire²⁷⁰¹, sont autant d'éléments de la « politique jurisprudentielle » du Conseil relative à la limitation des

²⁶⁹⁸ L. FAVOREU, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux – compte rendu des discussions et débats », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 335-371, spéc. p. 361.

²⁶⁹⁹ *Supra*, n° 797 et s.

²⁷⁰⁰ *Supra*, n° 825 et s.

²⁷⁰¹ *Supra*, n° 662 et s.

droits garantis. Confronté à des mesures complexes, le juge a dû expliciter les fondements et la portée des exigences constitutionnelles. L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité est à ce titre essentiel. L'examen de la norme lors de son application concrète a permis au juge d'ajuster les critères du contrôle, en prêtant une attention particulière au contexte normatif dans lequel s'insère la mesure²⁷⁰².

1443. Cependant, l'étude du droit positif révèle un déséquilibre croissant entre l'ordre public et les libertés, qui incite à repenser la corrélation entre l'ordre public et les libertés.

I – Le déséquilibre croissant entre l'ordre public et les libertés

1444. L'impact des exigences renouvelées de l'ordre public dans l'ordre juridique se mesure par le développement des restrictions apportées à l'exercice des droits fondamentaux constitutionnels. En premier lieu, la conciliation opérée par le législateur conduit le Conseil constitutionnel à redéfinir strictement le champ de protection des droits et libertés garantis. En effet, l'expansion des composantes matérielle et immatérielle de l'ordre public modifie nécessairement la portée constitutionnelle des droits et libertés. Le Conseil redéfinit les contours, le contenu des prérogatives fondamentales, mais aussi le champ d'application de plusieurs droits-libertés et droits-garanties. Par là même, il ajuste le degré de protection des droits et libertés. Il résulte de la jurisprudence une gradation progressive du contrôle, puisque seules certaines libertés, considérées comme les plus essentielles, ou exerçant une fonction de « tuteur » à l'égard d'autres droits, bénéficient d'une protection renforcée.

1445. Ce phénomène révèle l'adaptation des normes constitutionnelles « au gré de leur connexion à la réalité des faits »²⁷⁰³. Il témoigne, aussi et surtout, de la prégnance des exigences de l'ordre public sur l'exercice des droits garantis et de l'affaiblissement de la protection constitutionnelle des droits et libertés. La mobilisation d'un contrôle restreint, le recours aux réserves d'interprétation et l'examen répété de l'absence de conciliation manifestement disproportionnée sont autant de techniques indiquant l'autolimitation du juge constitutionnel. A titre d'exemple, le Conseil ne déploie pas, dans la décision du 7 octobre 2010 relative à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, un contrôle approfondi, alors que la disposition introduit une interdiction générale et absolue et restreint

²⁷⁰² *Supra*, n° 1007 et s.

²⁷⁰³ J.-J. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *op. cit.*, spéc. p. 127.

plusieurs droits-libertés²⁷⁰⁴. De même, dans la décision du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes, le Conseil censure les dispositifs de vidéosurveillance sur le fondement de l'incompétence négative et non à partir d'une règle de fond, telle que le droit au respect de la vie privée²⁷⁰⁵. Cette décision révèle « l'appréciation "conciliante" » du juge constitutionnel à l'égard de la conciliation entre les droits garantis et les exigences de l'ordre public effectuée par le législateur²⁷⁰⁶.

1446. La marge de manœuvre reconnue au législateur en ce domaine lui permet, en second lieu, de redéfinir les modalités d'exercice des droits garantis. L'étude atteste de l'intensification des restrictions apportées à l'exercice des droits et libertés constitutionnels. Les bénéficiaires des droits-libertés et des droits-garanties sont de plus en plus destinataires de mesures limitatives de liberté, dont la diversité matérielle ne cesse de s'accroître depuis les dix dernières années. La concrétisation législative de l'ordre public fragilise les catégories juridiques et altère les conditions d'exercice des droits fondamentaux. Elle se traduit par une extension des motifs et du champ d'application des mesures restrictives et privatives de liberté, mais aussi par une multiplication des exceptions à l'exercice des droits-garanties.

1447. Les conséquences du renouvellement des exigences de l'ordre public sur les droits fondamentaux ne sont pas seulement le résultat des circonstances conjoncturelles issues de la période post-11 septembre 2001. Elles attestent de changements pérennes dans l'aménagement et la mise en œuvre des droits garantis. A cet égard, le projet de loi du 2 août 2013 relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, révèle la continuité des mesures prises en ce domaine²⁷⁰⁷. Dans le droit fil des modalités de limitation des droits et libertés identifiées dans cette étude, il est envisagé de créer un fichier, relatif aux données des transporteurs aériens, puis d'accroître le champ d'application de fichiers de police existants²⁷⁰⁸, tels que les traitements automatisés de données recueillies à l'occasion de déplacements internationaux²⁷⁰⁹. Il s'agirait d'étendre la finalité de « prévention des actes de

²⁷⁰⁴ W. SABETE, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 887 ; O. BEAUD et P. WACHSMANN, « Ouverture. Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », *op. cit.*, spéc. p. 11.

²⁷⁰⁵ Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *précitée*, cons. 23.

²⁷⁰⁶ L. FAVOREU, L. PHILIP, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 444-447, spéc. p. 446.

²⁷⁰⁷ J.-Y. LE DRIAN, *Projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale*, n° 822, Exposé des motifs, Sénat, 2 août 2013.

²⁷⁰⁸ Articles 9 et 10 du projet de loi du 2 août 2013, *précité*.

²⁷⁰⁹ Article L. 231 et s. du Code de la sécurité intérieure.

terrorisme » à celle de « prévention des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation », dont les contours ne sont pas précisés.

1448. Le déséquilibre croissant entre l'ordre public et les libertés en faveur de l'ordre public invite à s'interroger sur les voies et mécanismes de protection des droits fondamentaux. Les révélations sur les surveillances téléphoniques d'ampleur, menées par l'Agence nationale de sécurité des Etats-Unis en France, ainsi que dans le reste de l'Europe²⁷¹⁰, ne font que confirmer l'impératif de repenser le lien entre ordre public et libertés.

II – Repenser le lien entre ordre public et libertés ?

1449. Les manifestations de l'impact de la concrétisation *législative* de l'ordre public sur l'exercice et la portée des droits fondamentaux *constitutionnels* invitent à réfléchir sur l'encadrement supra-législatif de la limitation des droits et libertés. En effet, ordre public et libertés sont souvent perçus par le pouvoir politique comme étant antinomiques, en ce sens que la poursuite du premier ne pourrait se concrétiser que par la détermination de restrictions apportées à l'exercice des secondes. Or, l'étude du processus de limitation, mais aussi les menaces qui pèsent sur l'exercice des droits garantis, incitent à dépasser cette dichotomie.

1450. Il conviendrait, tout d'abord, d'affirmer plus clairement la corrélation entre l'ordre public et les libertés dans la Constitution. Il s'agirait d'indiquer et d'encadrer la nécessité de limiter les droits garantis, en précisant le mécanisme de limitation. A cet égard, le droit comparé offre des pistes de réflexion sur l'effectivité du contrôle juridictionnel lorsque le juge s'appuie sur des critères explicitement prévus par la Constitution. Notamment, les contrôles des juges constitutionnels espagnols et canadiens démontrent la prévisibilité de leurs méthodes et de leurs raisonnements lors de l'examen des limites aux droits garantis²⁷¹¹.

1451. Ce constat a conduit à se positionner en faveur de l'inscription d'une clause explicite de limitation des droits fondamentaux dans la Constitution. Il faut, certes, se garder d'un trop grand optimisme sur les avantages d'une codification des « limites aux limites » aux droits fondamentaux. Toutefois, l'inscription dans le texte constitutionnel de principes « simples et incontestables », conformément au préambule de la Déclaration de 1789, baliserait l'action du

²⁷¹⁰ « Combattre Big Brother », *Le Monde*, éditorial du 21 octobre 2013 ; « Comment la N.S.A. espionne la France », *Le Monde*, 21 octobre 2013.

²⁷¹¹ *Supra*, n° 1025 et s.

juge et renforcerait sa légitimité. Cette clause serait d'autant plus précieuse que le renouvellement des exigences de l'ordre public impose une prévisibilité et une effectivité du contrôle du juge constitutionnel.

1452. Il conviendrait, ensuite, de renforcer la protection légale des droits fondamentaux constitutionnels. Certaines réformes en cours vont dans cette direction. En particulier, le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, présenté par la Garde des Sceaux le 9 octobre 2013 à l'Assemblée Nationale, pourrait redonner une plus grande portée au principe d'individualisation des peines qui, ces dernières années, a été amoindri²⁷¹². Il s'agirait de parvenir à un dispositif « permettant de prévenir efficacement la récidive par une meilleure individualisation des peines prononcées »²⁷¹³. Ainsi, au lieu d'opposer systématiquement ce droit-garantie aux exigences de l'ordre public, c'est-à-dire de démontrer que les nécessités de l'ordre public impliquent une restriction de l'individualisation des peines, ce projet de loi met d'abord en avant la complémentarité de l'ordre public et des libertés. Les exigences de l'ordre public se concrétiseraient *par* un renforcement de l'individualisation des peines, ce qui conduit à dépasser l'opposition entre ordre public et libertés.

1453. De plus, la mission relative à la modernisation de l'action publique, confiée par la Garde des Sceaux à M. Jean-Louis Nadal, Procureur général honoraire près la Cour de cassation le 2 juillet 2013, a pour objet de « s'interroger sur la conduite de la déclinaison de la politique pénale, sur la direction de la police judiciaire, sur la redéfinition des champs de compétence du parquet ainsi que sur son organisation »²⁷¹⁴. L'un des axes de recherche de la Commission consiste à conforter le parquet dans sa mission de direction de la police judiciaire, au vu des défaillances de fait dont elle souffre²⁷¹⁵. Les propositions de cette Commission, dont les conclusions seront rendues le 30 novembre 2013, pourraient permettre de consolider l'exigence constitutionnelle de direction et de contrôle du juge judiciaire sur la police judiciaire et clarifier le rôle du parquet dans le contrôle des mesures privatives de liberté.

²⁷¹² *Supra*, n° 1159 et s.

²⁷¹³ C. TAUBIRA, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, exposé des motifs, n° 1416, Assemblée nationale, 9 octobre 2013.

²⁷¹⁴ Lettre de mission de la Ministre de la Justice, Madame Christiane Taubira, adressée au Procureur Général honoraire près la Cour de cassation, Monsieur Jean-Louis Nadal, le 2 juillet 2013 : [http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/LettremissionNadal.pdf].

²⁷¹⁵ *Supra*, n° 1013 et s.

1454. La corrélation entre l'ordre public et les libertés soulève, en définitive, des enjeux sans cesse renouvelés. L'étude de la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public invite à repenser *l'équilibre* entre le maintien de l'ordre public et la protection des droits et libertés car, comme le soulignait Jean Rivero, « on ne peut, tout à la fois, louer un équilibre, et feindre d'ignorer ce qu'il concède à l'un des deux termes isolés entre lesquels il s'instaure »²⁷¹⁶.

1455. La question centrale posée par cette thèse porte donc sur le point de savoir quel est le degré de limitation aux libertés à la fois nécessaire et acceptable pour maintenir l'ordre public dans une société démocratique. C'est pourquoi, le fil d'or que nous nous sommes toujours efforcé de laisser apercevoir dans la trame de ce travail de recherches est-il celui de la juste mesure ou de la Justice, telle qu'elle peut se concevoir aujourd'hui dans un Etat de droit moderne.

²⁷¹⁶ J. RIVERO, « Préface », in A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration : études sur le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1974, pp. 7-9, spéc. p. 9.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, DICTIONNAIRES

ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, 1925

ALEXY (R.), *A theory of constitutional rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University, Oxford, 2002

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2008

BON (P.) et MAUS (D.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. Grands arrêts, Paris, 2008

BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Dalloz, Précis droit privé, Paris, 23^e édition, 2013

BURDEAU (G.),

- *Les libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 4^e édition, 1972
- *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tome I, vol. 1, 3^e édition, 1980
- *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tome 4, 3^e édition, 1984

CARCASSONNE (G.), *La Constitution*, Seuil, Paris, 10^e édition, 2011

CARRÉ DE MALBERG (R.),

- *Contribution à une théorie générale de l'État*, Sirey, Paris, tome 1, 1920
- *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, Paris, tome 2, 1922
- *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931

CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2010

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, tome 1, 15^e édition, 2001

CONTE (P.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), LARGUIER (J.), *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Dalloz Bibliothèque, Paris, 2008

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 9^e édition, 2011

DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de Droit contemporains*, Dalloz, Précis, Paris, 11^e édition, 2002

- DE LABOULAYE (E.),** *Œuvres complètes de Montesquieu*, Garnier Frères, coll. Chefs d'œuvres de la littérature française, Paris, tome IV, 1875
- DE LAUBADERE (A.),** *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1953
- DE TOCQUEVILLE (A.),** *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, Paris, 1967
- DEBBASCH (C.) et PONTIER (J.-M.),** *Introduction à la politique*, Dalloz, Précis, 5^e édition, 2000
- DEBOVE (F.), FALLETTI (F.) et JANVILLE (T.),** *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, P.U.F., coll. Major, 4^e édition, 2012
- DENIZEAU (C.),** *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, coll. Dyna'sup, Paris, 2^e édition, 2012
- DRAGO (G.),** *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., Thémis, droit, Paris, 3^e édition, 2011
- DREYER (E.),** *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. Manuel, Paris, 2^e édition, 2012
- DUGUIT (L.),**
- *Traité de droit constitutionnel, Le problème de l'Etat. La règle de droit*, Editions de Boccard, Paris, tome I, 3^e édition, 1927
 - *Traité de droit constitutionnel, La Théorie générale de l'État*, Editions de Boccard, Paris, Tome III, 3^e édition, 1930
 - *Traité de droit constitutionnel, L'organisation politique de la France*, Fontemoing, Paris, tome IV, 2^e édition, 1924
 - *Traité de Droit constitutionnel, Les libertés publiques*, Editions de Boccard, Paris, tome V, 2^{ème} édition, 1925
- EISMEIN (A.),** *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Editions du Recueil Sirey, Paris, tome 1, 8^e édition, 1927
- FAVOREU (L.) (dir.),** *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Paris, 1982
- FAVOREU (L.),**
- *Recueil de jurisprudence constitutionnelle, 1959-1993*, Litec, Paris, 1994
 - *Recueil de jurisprudence constitutionnelle, 1994-1999*, Litec, Paris, 2000
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.),** *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, coll. Droit public science politique, Paris, 16^e édition, 2013
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.) et autres,** *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 4^e édition, 1988
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.), GAÏA (P.) GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), OLIVA (É.), et ROUX (A.),** *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e édition, Paris, 2013
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), TREMEAU (J.),** *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, coll. Droit public science politique, Paris, 6^e édition, 2012

- FORMERY (S.-L.),** *La Constitution commentée article par article*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, Paris, 15^e édition, 2012
- FRIER (P.-L.) et PETIT (J.),** *Droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 7^e édition, 2012
- GARCON (E.) et PELTIER (V.),** *Droit de la peine*, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2010
- GAUDEMET (Y.), DAL FARRA (T.), ROLIN (F.), STIRN (B.) et LONG (M.) (dir.),** *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, Paris, 3^e édition, 2008
- GENEVOIS (B.),** *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, S.T.H., Paris, 1988
- GODECHOT (J.),** *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Editions Flammarion, Paris, 2006
- GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.) (dir.),** *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2011
- GREWE (C.) et RUIZ FABRI (H.),** *Droits constitutionnels européens*, coll. Droit fondamental, P.U.F., Paris, 1995
- GROTIUS (H.),** *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. Pradier-Fodéré, 1625, rééd. par D. ALLAND et S. GOYARD-FABRE, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1999
- GUINCHARD (S.) (dir.),** *Droit processuel : Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, Paris, 7^e édition, 2013
- HAURIOU (M.),**
- *Précis de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 2^e édition, 1929
 - *Précis de Droit administratif et de droit public*, Edition Sirey, 12^e édition, 1933, réimp. P. Delvolvé et F. Moderne, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, 2002
 - *Principes du droit public*, 1910, rééd. Dalloz, préf. d'Olivier Beaud, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, 2010
 - *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 5^e édition, 1943
- ISRAEL (J.-J.),** *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 1998
- KELSEN (H.),** *Théorie pure du droit : introduction à la science du droit*, 1934, Editions de la Baconnière, coll. Etre et penser, Trad. de l'allemand H. Thévenaz, Neuchatel, 1953
- LEBRETON (G.),** *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey Université, Dalloz, 8^e édition, 2009
- LETTERON (R.),** *Libertés publiques*, Dalloz, Précis de droit public et de sciences politiques, Paris, 9^e édition, 2012

- LOCKE (J.)**, *Traité du gouvernement civil*, traduction de David Mazel, 1728, impr. Desveux, Paris, 1795, rééd. avec introduction, bibliographie, chronologie et notes de S. GOYARD-FABRE, Flammarion, Paris, 2^e édition, 1992
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLLE (P.), GENEVOIS (B.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 19^e édition, 2013
- LUCHAIRE (F.)**, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987
- LUCHAIRE (F.), CONAC (G.), PRETOT (X.)**, *La Constitution de la République française*, Economica, coll. *Analyses et commentaires*, Paris, 3^e édition, 2009
- MADIOT (Y.)**, *Les droits de l'homme*, Masson, Droit Sciences Economiques, 2^e édition, 1991
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)**, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, Paris, tome 1, 2^e édition, 1972
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)**, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2002
- MATHIEU (B.), MACHELON (J.-P.), MÉLIN SOUCRAMANIEN (F.), ROUSSEAU (D.), PHILIPPE (X.)**, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, 2009
- MAYAUD (Y.)**, *Droit pénal général*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 4^e édition, 2013
- MAYER (O.)**, *Le droit administratif allemand*, V. Giard et E. Brière, bibliothèque internationale de droit public, Paris, tome 1, 1903
- MENY (Y.) et DUHAMEL (O.)**, *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1992
- MERLE (R.), VITU (A.)**, *Traité de Droit criminel. Problème généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Edition Cujas, 7^e édition, tome 1, 1997
- MILL (J. S.)**, *De la liberté*, 1859, traduit de l'anglais par F. Pataut, rééd. Presses pocket, Agora, Les classiques, Angleterre, 1990
- MORANGE (J.)**, *Les libertés publiques*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, Paris, 8^e édition, 2007
- MOURGEON (J.)**, *Les droits de l'Homme*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 8^e édition, 2010
- OBBERDORFF (H.), ROBERT (J.)**, *Libertés fondamentales et Droits de l'Homme, Textes français et Internationaux*, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 11^e édition, Paris, 2013
- ODENT (R.)**, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, tome 1, 2007
- PACTEAU (B.)**, *Droit des libertés fondamentales*, cours de Licence 3 Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, année 2013-2014
- PACTET (P.) et MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, *Droit constitutionnel*, Sirey université, Editions Dalloz, Paris, 32^e édition, 2013
- PECES BARBA MARTINEZ (G.)**, *Théorie Générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2004
- PRADEL (J.)**, *Droit pénal général*, Edition Cujas, Paris, 19^e édition, 2012
- PORTALIS (J. E. M.)**, *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, Editions confluences, coll. « Voix de la cité », Paris, 1999

RENOUX (T.), DE VILLIERS (M.), *Code Constitutionnel*, Litec, Lexis Nexis, coll. Les codes bleus, 5^e édition, Paris, 2012

RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 2^e édition, Paris, 2012

RIVERO (J.),

- *Cours de droit administratif comparé*, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Rivero, Les Cours du Droit, Paris, 1954-1955
- *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, Paris, 1960, rééd. 2011, Dalloz, Paris

RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.),

- *Libertés publiques*, P.U.F., Thémis droit public, Paris, 9^e édition, tome 1, 2003
- *Libertés publiques*, P.U.F., Thémis droit public, Paris, 7^e édition, tome 2, 2003

ROBERT (J.), DUFFAR (J.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Domat droit public, Paris, 8^e édition, 2009

ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. Domat Droit Public, 10^e édition, 2013

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, 1762, rééd. avec présentation, notes, bibliographie et chronologie de B. BERNARDI, Flammarion, Paris, 2012

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 11^e édition, 2012

SUDRE (F.), MARGENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 5^e édition, 2011

TRUCHET (D.), *Droit administratif*, P.U.F., coll. Thémis, Paris, 5^e édition, 2013

VEDEL (G.),

- *Cours de droit administratif*, Les Cours du Droit, Paris, 1962-1963
- *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1^e édition, Editions Sirey, 1949, réédition présentée par G. Carcassonne et O. Duhamel, Dalloz, Paris, 2002

VEDEL (G.), DELVOLLE (P.), *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 12^e édition, 1992

VERPEAUX (M.), MONTALIVET (P.) (de), ROBLOT-TROIZIER (A.), VIDAL-NAQUET (A.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Thémis Droit, Paris, 1^{ère} édition, 2011

WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 6^e édition, 2009

WALINE (M.), *Droit administratif*, Sirey, Paris, 9^e édition, 1963

WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, Précis, Paris, 24^e édition, 2012

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

ACKERMAN (B.), *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, New Haven & London, 2006

- AGAMBEN (G.),** *L'état d'exception, Homo Sacer*, Traduit de l'italien par J. Gayraud, Seuil, Paris, 2003
- ANCEL (M.),** *La défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Editions Cujas, coll. Publications du Centre d'études de défense sociale de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris, 3^e édition, 1981
- AUTEXIER (C.),** *Introduction au droit public allemand*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 1997
- AVRIL (P.),** *Les conventions de la Constitution : normes non écrites du droit politique*, P.U.F., coll. Léviathan, France, 1997
- BARBE (V.),** *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux, Etude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, L.G.D.J., Paris, 2009
- BERNARD (P.),** *La notion d'ordre public en droit administratif*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Paris, 1962
- BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.),** *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007
- CAPDEPON (Y.),** *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Paris, 2013
- CAPITANT (D.),** *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2001
- CARBONNIER (J.),** *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Champs, Paris, 1996
- CERDA-GUZMAN (C.),** *Codification et constitutionnalisation*, L.G.D.J., Fondation Varenne, collection des thèses, Paris, 2011
- CHAPUS (R.),** *Responsabilité publique et responsabilité privée ; les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, L.G.D.J., Paris, 1^e édition, 1954
- CONAC (G.), DEBENE (M.), TEBOUL (G.) (dir.),** *La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyses et commentaires*, Economica, Paris, 1993
- COSTA (J.-L.),** *Liberté, ordre public et justice en France*, Les Cours du Droit, Fasc. 1, Université de Paris, Institut d'Etudes Politiques, Paris, 1964-1965
- DE BÉCHILLON (D.),** *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1996
- DE FROUVILLE (O.),** *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international, Régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Editions Pedone, Paris, 2004
- DE MONTALIVET (P.),** *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Paris, 2006
- DELMAS-MARTY (M.),** *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, La couleur des idées, Seuil, Paris, 2010
- ERRERA (R.),** *Les libertés à l'abandon*, Éditions du Seuil, 3^e édition, 1975
- FAVOREU (L.),** *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil*

- constitutionnel*, Economica, Paris, 1988
- FAVOREU (L.) (dir.)**, *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1978
- FOUCAULT (M.)**,
- *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Gallimard, coll. Bibliothèques des histoires, Paris, 1975
 - *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, Gallimard/Seuil, coll. Cours au Collège de France, Hautes études, Paris, 1999
- FOYER (J.) (dir.)**, *L'égalité*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, Paris, n° 51, 2008
- FRANGI (M.)**, *Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Paris, 1992
- GAY (L.)**, *Les "droits-créances" constitutionnels*, Bruylant, coll. droit public comparé et européen, Bruxelles, 2007
- GAYRAUD (J.-F.)**, **SENAT (D.)**, *Le terrorisme*, P.U.F., Que sais-je?, 2^e édition, 2006
- GRANGER (M.-A.)**, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, L.G.D.J.-Lextenso Editions, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2011
- KAYSER (P.)**, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, Economica, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 3^e édition, 1995
- LE BOT (O.)**, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Fondation Varenne, L.G.D.J., collection des thèses, Paris, 2007
- LEROY (P.)**, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 1965
- LETURCQ (S.)**, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, t. 125, 2005
- LUCHAIRE (F.)**, *Naissance d'une Constitution : 1848, Histoire des Constitutions de la France*, Fayard, Paris, 1998
- MACHELON (J.-P.)**, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Préf. Jean Rivero, Presses de la Fondation des sciences politiques, coll. Cahiers de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1976.
- MALAURIE (P.)**, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Editions Matot-Braine, Reims, 1953
- MATHIEU (B.)**, *Les « validations » législatives, pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1987
- MATHIEU (J.-L.)**, *L'insécurité*, Que sais-je?, P.U.F., 1995
- MEINDL (T.)**, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2003
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil*

- constitutionnel*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1997
- MERLAND (G.)**, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2004
- MESTRE (A.)**, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1974
- MODERNE (F.)**,
- *Sanction administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1993
 - *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1997
- MOLFESSIS (N.)**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997
- MORANGE (G.)**, *Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, Université de Nancy, Imprimerie Alfred Tollard, Nancy, 1940
- NIZARD (L.)**, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1962
- OULD BOUBOUTT (A.-S.)**, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Paris, 1987
- PECH (L.)**, *La liberté d'expression et sa limitation. Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand, Université d'Auvergne, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2003
- PERELMAN (C.)**, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, L.G.D.J., Paris, 1984
- PERELMAN (C.) et GHESTIN (J.)**, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, coll. Etudes, Bruxelles, 1984
- PHILIPPE (X.)**, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, P.U.A.M., coll. Sciences et droit administratifs, Paris, 1990
- PICARD (E.)**, *La notion de police administrative*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Paris, 1984
- PLATON (S.)**, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, Fondation Varenne, collection des thèses, Paris, 2007
- PONTHOREAU (M.-C.)**, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1994
- REDOR (M.-J.)**, *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1992
- RENOUX (T.)**, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1984

RIALS (S.),

- *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, L.G.D.J., Paris, 1980
- *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Editions Hachette, coll. Pluriel, Paris, 1988

RIVERO (J.), *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, Coll. Droit public positif, Paris, 1987

ROBERT (J.), *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, Montchrestien, Paris, 1999

ROUDIER (K.), *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Etude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 140, 2012

SAINT JAMES (V.), *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, P.U.F., Paris, 1995

STIRN (B.), *Les libertés en questions*, Montchrestien, coll. Clefs, 7^e édition, 2010

SUDRE (F.) (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2005

SZYMCZAK (D.), *Convention européenne des droits de l'homme et juge constitutionnel*, Bruylant, coll. Publications de l'institut international des droits de l'homme, Bruxelles, 2006

TCHEN (V.), *La notion de police administrative. De l'état du droit aux perspectives d'évolution*, Rapport au Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, Les travaux du centre d'études et de prospective, La documentation française, Paris, 2007

TEITGEN (P.-H.), *La police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, Paris, 1934

TREMEAU (J.), *La réserve de loi, compétence législative et Constitution*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Paris, 1997

TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1977

TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Bibliothèques des thèses, Paris, 2006

VALEMBOIS (A.-L.), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 2005

VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001

VAUJOUR (J.), *La sécurité du citoyen*, P.U.F., Que sais-je?, Paris, 1980

VENEZIA (J.-C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1959

VERDOODT (A.), *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Société d'Études Morales, Sociales et Juridiques, Louvain, 1964

- VIALA (A.)**, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, 1999
- VIDAL-NAQUET (A.)**, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Editions Panthéon Assas, Paris, 2007
- VINCENT-LEGOUX (M.-C.)**, *L'ordre public, Etude de droit comparé interne*, P.U.F., coll. Les grandes thèses du droit français, Paris, 2001
- WALINE (M.)**, *L'individualisme et le droit*, Editions Domat-Montchrestien, 1949, rééd. Dalloz, Préf. F. Mélin-Soucramanien, Paris, 2007
- XYNOPOULOS (G.)**, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : Espagne, Allemagne, Angleterre*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1995

III. OUVRAGES COLLECTIFS

- AMSELEK (P.) (dir.)**, *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995
- AUBY (J.B.) (dir.)**, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2010
- BAZEX (H.), MBANZOULOU (P.), RAZAC (O.), ALVAREZ (J.) (dir.)**, *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008
- BEN ACHOUR (R.) (dir.)**, *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruylant, Bruxelles, 2009
- BIOY (X.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.)**, *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2013
- BURGORGUE (L.), LEVADE (A.) et PICOD (F.) (dir.)**, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007
- CESONI (M.-L.) (dir.)**, *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée, la normalisation de l'exception*, Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 2007
- CHAINAIS (C.), FENOUILLET (D.) (dir.)**, *Les sanctions en droit contemporain*, volume 1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2012
- CONSEIL CONSTITUTIONNEL**, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989
- CONSEIL DE L'EUROPE**, *Recueil des Travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'homme*, M. Nijhoff, La Haye, vol. I, 1975

- DELMAS-MARTY (M.) (dir.)**, *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, P.U.F., Les voies du droit, Paris, 1989
- DELMAS-MARTY (M.) et LAURENS (H.) (dir.)**, coordination de H. JABER, *Terrorismes, Histoire et droit*, C.N.R.S. éditions, Paris, 2010
- DE MESTRAL (A.), BIRKS (S.), BOTHE (M.), COTLER (I.), KLNCK (D.), MOREL (A.) (dir.)**, *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Editions Yvons Blais Inc., Québec, 1986
- DE WAAL (J.), CURRIE (I.), ERASMUS (G.) (dir.)**, *The Bill of Rights Handbook*, J.U.T.A., Le Cap, 3^e édition, 2000
- DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFESSIS (N.) (dir.)**, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 1999
- DUBREUIL (C.-A.) (dir.)**, *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013
- EWALD (F.) (dir.)**, *Naissance du Code civil. La raison du législateur. Travaux préparatoires du Code civil rassemblées par P.-A. FENET*, Flammarion, Paris, 1989
- FAURE (G.) et G. KOUBI (G.) (dir.)**, *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 2003
- FAVOREU (L.) (dir.)**,
- *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1978
 - *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*, Economica, PUAM, coll. droit public positif, Paris, Aix en Provence, 1982
 - *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1987
 - *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 : journée d'études des 16-17 mars 1989*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Aix en Provence, 1990
- GAUDEMET (Y.) (dir.)**, *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Editions Panthéon Assas, L.G.D.J., Paris, 2008
- G.E.R.J.C. et COUR DE CASSATION (dir.)**, *La Cour de Cassation et la Constitution de la République*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1995
- GIACOPELLI (M.), DE LAMY (B.) et MALABAT (V.) (dir.)**, *Droit pénal. Le temps des réformes*, Litec, coll. Colloques et débats, Paris, 2011
- GIUDICELLI-DELAGE (G.) et LAZERGES (C.) (dir.)**, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, P.U.F., I.R.J.S. Editions, coll. Les voies du droit, Paris, 2011
- HOUREBIE (F.) et PELTIER (V.) (dir.)**, *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Editions Cujas, Paris, à paraître
- HOUREBIE (F.) et PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.)**, *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012

- JACOBIN (S.) (dir.)**, *Le renouveau de la sanction pénale. Evolution ou révolution ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010
- KOUBI (G.), CHEVALLIER (J.) et autres (dir.)**, *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, coll. Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, P.U.F., Paris, 1996
- LACAZE (M.) (dir.)**, *Le droit pénal des étrangers*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux sous la direction de Jean-Christophe Saint-Pau, Edition Cujas, Paris, vol. 2, 2013
- LECUCQ (O.) (dir.)**, *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection*, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, Paris, 2011
- MAKABA (P. M.)(dir.)**, *Constitution et Risque (s)*, L'Harmattan, coll. Droit, société et risques, Paris, 2010
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) (dir.)**, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Les cahiers constitutionnels de Paris I, Paris, 2010
- MAUS (D.), FAVOREU (L.) et. PARODI (J.-L.) (dir.)**, *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, P.U.A.M., Paris, 1992
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) (dir.)**, *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, Paris, 2005
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) et MELLERAY (F.) (dir.)**, *Le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2012
- MERLE (P.) et JEANDIDIER (W.) (dir.)**, *Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain*, Editions Cujas, Paris, 1983
- MEYER-BISCH (P.) (dir.)**, *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1991
- NICOD (M.) (dir.)**, *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, L.G.D.J., Presses de l'Université Toulouse I, Paris, Toulouse, 2008
- NIQUEGE (S.) (dir.)**, *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, Paris, 2010
- PAVIA (M.-L.) et REVET (T.) (dir.)**, *La dignité de la personne humaine*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 1999
- PERELMAN (A.) et VANDER ELST (R.) (dir.)**, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre National de recherche logique, Bruylant, Bruxelles, 1984
- POLIN (R.) (dir.)**, *L'ordre public*, P.U.F., Paris, 1996
- POTVIN-SOLIS (L.) (dir.)**, *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, 2012
- REDOR (M.-J.) (dir.)**, *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001

- REJET (T.) (dir.)**, *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1996
- ROUSSILLON (H.), BIOY (X.) (dir.)**, *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006
- SAULNIER-CASSIA (E.) (dir.)**, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, Mission de recherche Droit et justice, 2012
- SUDRE (F.) (dir.)**, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2005
- TREMBLAY (L.-B.) et WEBBER (G.-C.-N.) (dir.)**, *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. OAKES*, Editions Thémis, Montréal, 2009
- TROPER (M.) et JAUME (L.) (dir.)**, *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., coll. La pensée juridique moderne, Paris, 1994
- VANDERMEERSH (D.) et HENNEBEL (L.) (dir.)**, *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009
- WEYEMBERGH (A.) et BRIBOSIA (E.) (dir.)**, *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux* Bruylant, coll. droit et justice, Nemesis, Bruxelles, pp. 219-247

IV. THÈSES, MÉMOIRES

- ARMAND (G.)**, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dactylographiée, Université de Caen/Basse-Normandie, 2000
- BUISSON (J.)**, *L'acte de police*, thèse dactylographiée, Université Jean Moulin III, 1988
- BON (P.)**, *La police municipale*, thèse dactylographiée, Bordeaux I, 1975
- CANTEGREIL (J.)**, *Lutte antiterroriste et droits fondamentaux. France, Etats-Unis, Allemagne*, thèse dactylographiée, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2010
- GARRIGOS (M.)**, *Les aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme. Etude de droit interne et international*, thèse dactylographiée, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004
- JACQUINOT (N.)**, *Ordre public et Constitution*, thèse dactylographiée, Université d'Aix-Marseille III, 2000
- LECUCQ (O.)**, *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, thèse dactylographiée, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1999
- LESTRADE (E.)**, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, mémoire de Master 2 recherche Droit public fondamental, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2008-2009
- LINOTTE (D.)**, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux I, 1975

- MOUTON (S.)**, *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, thèse dactylographiée, Université de Toulouse 1, 1998
- MOUTOUH (H.)**, *Recherches sur un droit des groupes en droit public français*, thèse dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1997
- PENA-GAÑA (A.)**, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dactylographiée, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1998
- ROUYERE (A.)**, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux I, 1993.
- ZINAMSGVAROV (N.)**, *Droits fondamentaux constitutionnels et souveraineté de l'Etat français. Recherche sur la souveraineté de la Constitution française dans le système juridique national*, thèse dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2010

V. DOCUMENTS DE TRAVAIL, RAPPORTS

ASSEMBLEE NATIONALE,

- *Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, Rapport d'information, janvier 2010
- *Etude d'impact relative au projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, mai 2010

BATHO (D.) et BENISTI (J.-A.),

- *Rapport déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale sur les fichiers de police*, Assemblée nationale, 24 mars 2009
- *Rapport d'information n° 4113 déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la mise en œuvre des conclusions de la mission d'information sur les fichiers de police*, Assemblée Nationale, 21 décembre 2011

BAUER (A.) (dir.),

- *Mieux contrôler la mise en œuvre des dispositifs pour mieux protéger les libertés*, Rapport remis au Ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales par le groupe de contrôle des fichiers de police et de gendarmerie, décembre 2008
- *La criminalité en France*, Rapport de l'Observatoire Nationale de la Délinquance 2010, Editions du C.N.R.S., Paris, 2011

BETEILLE (L.), *Rapport n° 61 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi présentée par M. Hubert Haenel, visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Sénat, 29 octobre 2008

- BLOCH-LAINÉ F. (dir.)**, *La France en mai 1981. Force et faiblesses*, Commission du Bilan, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, Paris, 1982
- BODIN (C.)**, *Rapport n° 1263 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1233 adoptée par le Sénat visant à prolonger l'application des articles 3, 6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Assemblée Nationale, 19 novembre 2008
- BURGELIN (J.-F.)**, *Santé, justice et dangers. Pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport de la commission Santé-Justice, La documentation française, Paris, 2005
- COMITE DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION**, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République*, La Documentation française, coll. Rapports officiels, Paris, 2008
- COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^{ème} RÉPUBLIQUE**, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1 à 4, La documentation française, Paris, 1988
- COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DEMOCRATIE ET LE DROIT**, *Droits de l'Homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*, Conseil de l'Europe, Coll. Science et technique de la démocratie, n° 17, 1996
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME**,
- *avis relatif à la loi relative à la sécurité quotidienne*, 29 Octobre 2001
 - *avis relatif au port du voile intégral*, 21 janvier 2010
- CONSEIL DE L'EUROPE**, *Recueil des Travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'homme*, M. Nijhoff, La Haye, vol. IV, 1977
- CONSEIL D'ÉTAT**,
- Section du rapport et des études, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, Paris, 1994
 - Rapport public 1999, *L'intérêt général*, La documentation française, Paris, 1999
 - *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Paris, 2006
 - Section du rapport et des études, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010,
 - [http://www.conseil-État.fr/cde/media/document/avis/etude_vi_30032010.pdf]
- DELARUE (J.-M.) (dir.)**, *Rapport d'activité 2011 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Dalloz, Paris, 2012
- DELMAS-MARTY (M.) (dir.)**, *La mise en état des affaires pénales*, rapport de la Commission justice pénale et droits de l'homme, La Documentation française, Paris, 1991

DIRECTION CENTRALE DE LA POLICE JUDICIAIRE, *Rapport sur la criminalité et la délinquance constatées en France – Année 2012*, La documentation Française, Paris, 2013

GAUDIN (M.) et BAUER (A.),

- *Vers une plus grande efficacité du service public de sécurité au quotidien*, La Documentation française, Paris, 2008
- *Livre Blanc sur la sécurité publique*, La Documentation française, Paris, 2011

GENHENNO (J.-M.) (dir.), *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, La Documentation française, Paris, 2013.

GROUPE DE CONTROLE DES FICHIERS DE POLICE ET DE GENDARMERIE, *Mieux contrôler la mise en œuvre des dispositifs pour mieux protéger les libertés*, décembre 2008

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Assessing Damage, Urging Action*. Report of the Eminent Jurists Panel on terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, I.C.J., Genève, Suisse, 2009.

LEONARD (G.), *Rapport n° 1531 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de loi adopté par le Sénat d'orientation et de programmation relatif à la sécurité*, , Assemblée nationale, 1994

MALLET (J.-C.) (dir.), *Défense et sécurité nationale : le Livre blanc*, La Documentation française, Paris, 2008

MARIANI (T.), *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi n° 2400 relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, n° 2814, Assemblée Nationale, 16 septembre 2010

MARSAUD (A.), *Rapport n° 2681 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 2615 après déclaration d'urgence, relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Assemblée Nationale, 16 novembre 2005

MASSON (A.), *Rapport parlementaire fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de la Administration générale sur le projet de loi d'orientation et de programmation relatif à la sécurité*, J.O. doc. Sénat, seconde session ordinaire 1993-1994, n° 564

MAZEAUD (P.) (dir.), *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La Documentation Française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, *Des villes sûres pour des citoyens libres*, actes du colloque de Villepinte, 24-25 octobre 1997, La Documentation Française, Paris, 1997

OPEN SOCIETY INSTITUTE, *Police et minorités visibles: les contrôles d'identité à Paris*, New York, 2009

- PANYARACHUN (A.) (dir.)**, *Un monde plus sûr : notre affaire à tous*, Rapport du groupe des personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, O.N.U., 2004
- PEYREFITTE (A.) (dir.)**, *Réponses à la violence*, Rapport au Président de la République présenté par le Comité d'étude sur la violence, la criminalité et la délinquance, La documentation française, Paris, 1977
- RAOULT (E.)**, *Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, n° 2262, Assemblée Nationale, 2010
- SCHOSTECK (J.-P.)**, *Rapport n° 7 fait au nom de la Commission des lois, dans le cadre de l'examen du projet de loi n° 2938 relatif à la sécurité quotidienne*, 10 octobre 2001
- SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DE LA DÉFENSE NATIONALE (dir.)**, *Livre Blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, La Documentation Française, Paris, 2006
- VEDEL (G.)**, *Propositions pour une révision de la Constitution , rapport remis au Président de la République*, La Documentation française, coll. des rapports officiels, Paris, 1993
- VALLINI (A.), HOUILLON (P.)**, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, n° 3125, Assemblée nationale, 6 juin 2006
- WARSMANN (J.-L.)**, *Rapport n° 856 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, 14 mai 2003, tome 1

VI. ARTICLES DE REVUES, CONTRIBUTIONS

A

ACKERMAN (B.),

- « The Emergency Constitution », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1029-1091
- « This is not a war », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1871-1907
- « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Esprit*, août-septembre 2006, pp. 150-164
- « L'évolution de la lutte contre le terrorisme. Préparer la gestion de l'urgence pour une *Emergency Constitution* », in J. FOYER (dir.), *L'égalité, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, n° 51, 2008, pp. 243-251

ADOUA (S.), « L'impact de la loi antiterroriste canadienne sur les libertés fondamentales », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 1087-1100

AGUILA (Y.), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 1995, n° 21, pp. 9-46

ALEINIKOFF (T.A.), « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale Law Journal*, volume 96, n° 5, avril 1987, pp. 943-1005

ALEXY (R.), « Constitutional Rights, Balancing, and Rationality », *Ratio juris*, vol. 16, n°2, juin 2003, p. 131

ALIX (J.), « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, P.U.F., IRJS Editions, coll. Les voies du droit, Paris, 2011, pp. 49-78

AMELLER (M.), in « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/principi.pdf]

AMSELEK (P.),

- « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *R.R.J.*, 1999, 1, pp. 37-59
- « Rapport français », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit, journées suisses*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. 34, Economica, Paris, 1985, pp. 421-449
- « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 963-1014

AMSELEK (P.), DUMONT (H.), DESHAIES (M.), « La peur de l'autre ou la peur dans l'œil de l'autre : quelle est la pire menace pour la société canadienne libre et démocratique ? Commentaires des affaires Arar et Charkaoui », *R.S.C.*, janvier/mars 2008, pp. 221-232

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.),

- « L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. I, pp. 57-78
- « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005, p. 148

ARMAND (G.),

- « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *R.F.D.C.*, 2006, n° 65, pp. 37-72
- « L'ordre public de protection individuelle », *R.R.J.*, 2004, pp. 1583-1643
- « Régimes légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnels en période normale », *C.R.D.F.*, Presses Universitaires de Caen, n° 6, 2007, pp. 113-122

ARNOLD (R.),

- « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 463-480
- « Méthodologie et mécanismes institutionnels des états d'urgence et d'exception », *A.I.J.C.*, 2008, pp. 417-424

- ASCENSIO (H.)**, « Terrorisme et juridictions internationales », in *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales. Journée franco-allemande de la Société française pour le droit international*, Edition Pedone, Paris, 2004, pp. 271-282
- ATIAS (C.), LINOTTE (D.)**, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Recueil Dalloz*, chron., 1977, pp. 251-258
- AUBERT (J.-F.)**, « Limitation des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux », in A. DE MESTRAL, S. BIRKS, M. BOTHE, I. COTLER, D. KLNCK, A. MOREL (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Editions Yvons Blais Inc, Quebec, 1986, pp. 185-219
- AUBY (J.-B.)**, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *R.D.P.*, 1991, pp. 327-337
- AUBY (J.-M.)**, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Eléments de problématique », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Editions l'Hermès, Lyon, 1980, pp. 21-37
- AUER (A.)**, « Les droits fondamentaux et leur protection », *Pouvoirs*, n° 43, 1987, pp. 87-100

B

- BACHELET (O.)**, « La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconvencionnalité réelle », *Gaz. Pal.*, 4-5 août 2010, pp. 14-17
- BACHOUÉ (G.)**, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme : le point de vue communautaire », in S. NIQUEGE (dir.), *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, Paris, 2010, pp. 164-185
- BADINTER (R.)**, « Présentation du projet de réforme du Code Pénal », Dalloz, Paris, 1989
- BARAK (A.)**, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie », *R.F.D.C.*, n° 66, avril 2006, pp. 227-301
- BARTHELEMY (J.)**, « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *R.D.P.*, 1912, pp. 505-540
- BADINTER (R.) et GENEVOIS (B.)**,
- « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 317-335
 - « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux. Rapport Français », *A.I.J.C.*, 1990, pp. 133-159
- BAZEX (H.), MBANZOULOU (P.), RAZAC (O.)**, « Introduction », in H. BAZEX, P. MBANZOULOU, O. RAZAC, J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008, pp. 15-19
- BEAUD (O.) et WACHSMANN (P.)**, « Ouverture. Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012, pp. 7-12

- BENESSIANO (W.)**, « L'inconstitutionnalité, sanction de l'identification d'un pouvoir de répression pénale dévalué », *R.F.D.C.*, n° 81, 2010, pp. 168-174
- BERNARD-MAUGIRON (N.)**, « Nouvelle révision constitutionnelle en Egypte : vers une réforme démocratique ? », *R.F.D.C.*, 2007, n° 72, pp. 843-860
- BERTHELEMY (H.)**, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *R.D.P.*, 1902, pp. 209-227
- BESSON (E.)**, « Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », Actes du 6^e Congrès français de droit constitutionnel, 9-11 juin 2005, p. 19
- BIGO (D.)**, « L'impact des mesures anti-terroristes sur l'équilibre entre liberté et sécurité et sur la cohésion sociale en France », in A. WEYEMBERGH et E. BRIBOSIA (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux* Bruylant, coll. droit et justice, Nemesis, Bruxelles, pp. 219-247
- BISIOU (Y.)**, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », in M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée : la normalisation de l'exception. Etude de droit comparé* (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France), Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 347-378
- BLET – PFISTER (V.)**, « L'ordre public (fragments pour une étude sur l'appareil d'Etat) », in *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Teneur*, Université de Lille, collection travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille, Lille, 1977, pp. 63-90
- BOCKEL (A.)**, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Itinéraires*, Economica, coll. Politique comparée, Paris, 1982, pp. 43-59
- BON (P.)**,
- « La constitutionnalisation du droit espagnol », *R.F.D.C.*, n° 5, 1991, pp. 35-54
 - « L'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 175-186
- BONBLED (N.) et ROMAINVILLE (C.)**, « Etats d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise », *A.I.J.C.*, pp. 429-459
- BONICHOT (J.-C.)**, « La Cour de justice des communautés européennes et la lutte contre le terrorisme : entre le marteau et l'enclume ? », in *Terres du droit, Mélanges Yves Jégouzo*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 3-14
- BONIS-GARCON (E.), DECIMA (O.)**, « Statut du Parquet en droit interne, évolutions jurisprudentielles nationales et européennes », in *L'indépendance du parquet en question*, colloque organisé par le S.A.F., le Barreau de Bordeaux et l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Bordeaux, 5 avril 2013
- BONNET (A.)**, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 117-139

BONOTTE (C.), « La contestation des décisions de maintien en rétention administrative et en zone d'attente devant le juge judiciaire et le juge administratif », *A.J.D.A.*, 5 avril 2004, pp. 694-703

BOTTEGHI (D.) et LALLET (A.), « Les vicissitudes du "fichage" », *A.J.D.A.*, 18 octobre 2010, pp. 1930-1937

BOUSTA (R.),

- « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *R.I.D.C.*, n° 4, 2007, pp. 859-877
- « Jurisprudence du Conseil Constitutionnel : une avancée "a minima" ? », *L.P.A.*, 17 juin 2008, n° 121, pp. 7-12

BOYER-CAPELLE (C.), « L' "effet cliquet" à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 19 septembre 2011, pp. 1718-1724

BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, L.G.D.J., Paris, 1974, tome 1, pp. 297-306

BRENET (F.), « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du C.J.A. », *R.D.P.*, 2003, n° 6, pp. 1535-1579

BRISSON (J.-F.), « La surveillance des espaces publics », *D.A.*, décembre 2005, pp. 7-13

BUISSON (J.),

- « Les présomptions de culpabilité », *Procédures*, 1999, chron. 15, pp. 3-4
- « Les leçons de l'histoire sur la notion de police judiciaire », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Lecocq*, Litec, Lexis Nexis, Paris, 2004, pp. 33-47
- « Les règles applicables au constat d'une infraction flagrante », *J.C.P. G.*, n°41, 10 octobre 2007, pp. 24-27
- « Contrôles, vérifications et relevés d'identité. Contrôles d'identité », *Jurisclasseur Procédure pénale*, Lexis Nexis, Fasc. 2010, 2009

BURDEAU (G.), « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique*, mars 1959, pp. 87-100

BURGORGUE-LARSEN (L.),

- « Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes », in L. BURGORGUE, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 658-688
- « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2010, pp. 389-407

C

CAILLE (P.), « L'État d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *R.D.P.*, 2007, pp. 323-353

CAMBY (J.-P.), « 34/37 : Des frontières perméables », *R.D.P.*, 2002, n° 1/2, pp. 279-297

- CANIVET (G.)**, « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, pp. 123-130
- CAPDEPON (Y.)**, « La garde à vue de l'étranger en situation irrégulière », in M. LACAZE (dir.), *Le droit pénal des étrangers*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux sous la direction de Jean-Christophe Saint-Pau, Edition Cujas, Paris, vol. 2, 2013, pp. 225-239
- CARBASSE (J.-M.)**, « Légalité des délits et des peines », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 920-922
- CARCASSONNE (G.)**, « Les interdits et la liberté d'expression », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2012, pp. 55-65
- CARDOSO DA COSTA (J. M. M.)**, « Les conditions de la limitation des droits fondamentaux dans le droit et la justice constitutionnelle portugaise », in *Mélanges Pavle Nikolic, Constitution lex superior*, Editions Association de droit constitutionnel de Serbie, Belgrade, 2004, pp. 67-77
- CARTIER (M.-E.)**, « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *R.S.C.*, avril-juin 1995, pp. 225-246
- CARTUYVELS (Y.) et VOGLIOTTI (M.)**, « Présentation. Vers une transformation des relations entre la police et le parquet ? La situation en Angleterre, Belgique, France, Italie, Pays-Bas », *Droit et société*, n° 58, 2004, pp. 445-451
- CASORLA (F.)**, « Le point de vue du magistrat. Vers l'inconstitutionnalité pour inconventionnalité du code de procédure pénale ? », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, Editions Cujas, juillet-septembre 2010, n°3, pp. 609-621
- CASSIA (P.)**,
- « Les gardes à vue « particulières » ne sont plus conformes à la Constitution », *Recueil Dalloz*, 9 septembre 2010, n° 30, p. 1939
 - « La Constitution malmenée », *Esprit*, 2008, n° 5, pp. 188-190
- CASSIA (P.) et DONNAT (F.)**, « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *R.F.D.A.*, nov.-déc. 2008, pp. 1204-1217
- CASTAING (C.)**, « Pouvoir administratif *versus* pouvoir médical ? », *A.J.D.A.*, 31 octobre 2011, pp. 2055-2062
- CASTERA (P.)**, « Le principe de nécessité de la loi : le point de vue du constitutionnaliste », in F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Editions Cujas, Paris, à paraître
- CAVERIVIERE (M.)**, « Article 8 », in G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoires, analyses et commentaires*, Economica, Paris, 1993, pp. 173-186
- CERDA-GUZMAN (C.)**,
- « La Constitution: une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme? », *R.F.D.C.*, 2008, n° 73, pp. 41-63
 - « Quels sont les critères de constitutionnalité d'une législation anti-terroriste ? », Communication au VIIIe Congrès mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel, 6-10 décembre 2010, Mexico

CERF (A.),

- « Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 63-83
- « La loi du 5 mars 2007 et les infractions de prévention : l'exemple du délit d'embuscade et de sa déclinaison, le guet-apens », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 141-148
- « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », in S. JACOBIN (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale. Evolution ou révolution ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 127-154

CESONI (M.-L.), « Terrorisme et involutions démocratiques », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2002, pp. 141-153

CHAMPEIL-DESPLATS (V.),

- « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, chron., 1995, pp. 323-329
- « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE, *Frontières du Droit, critiques des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., Maison des sciences et de l'homme, réseau européen droit et société, Paris, 2007, pp. 251-254
- « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus politicum*, vol. IV, 2012, pp. 51-72

CHAUDRON (P.), in « Débat – Terrorisme et liberté », *Constitutions*, n° 3, juillet-septembre 2012, pp. 403-415

CHEVALLIER (J.),

- « L'obligation en droit public », *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, pp. 179-194
- « Essai d'analyse structurale du Préambule », in G. KOUBI, J. CHEVALLIER et autres (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, coll. Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, P.U.F., Paris, 1996, pp. 13-36

CHRESTIA (P.), « La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme : premières observations », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 21, pp. 1409-1413

CIMAMONTI (S.), « L'ordre public et le droit pénal », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 89-104

CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Droit Pénal*, septembre 2011, p. 21-24

COCHE (A.), « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *R.S.C.*, janv./Mars 2011, pp. 21-34

COHEN (A.-G.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *R.D.P.*, 1963, pp. 745-758

COHEN-JONATHAN (G.), « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 517-543

COLE (D.), « The priority of morality : The Emergency Constitution's Blind Spot », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1753-1800

COMBACAU (J.), « Conclusions générales », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 415-434

CORNU (G.), « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, Paris, 1981, pp. 77-92

COSTA (J.-P.),

- « Article 4 », in G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyses et commentaires*, Economica, Paris, 1993, pp. 101-113
- « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1988, pp. 434-437
- « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, L.G.D.J., Montchrestien, Paris, 1988, pp. 133-144

COUTU (M.), GIROUX (M.-H.), « La Charte canadienne des droits et libertés dans la foulée de l'après-11 septembre : l'expulsion des réfugiés et les normes du droit international », *R.U.D.H.*, 2004, pp. 49-56

CREPEAU (F.) et JIMENEZ (E.), « L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada », in A. WEYEMBERGH et E. BRIBOSIA (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2002, pp. 249-285

D

DANET (J.) et GRUNVALD (S.), « Le droit à la sécurité et le risque au cœur du nouveau droit pénal ? », in E. CADEAU (dir.), *Perspectives du droit public. Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin*, Lexis Nexis, Paris, 2004, pp. 197-206

DAOUD (E.), MERCIER (E.), « Garde à vue : faites entrer l'avocat ! », *Constitutions*, n° 4, octobre-décembre 2010, pp. 571-586

DARSONVILLE (A.),

- « Le Conseil constitutionnel rassure partiellement les avocats », *Constitutions*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 314-320
- « Ordre public et droit pénal », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 287-296

DAVID-PECHEUL (T.-M.), « La contribution de la jurisprudence constitutionnelle à la théorie de la police administrative », *R.F.D.A.*, mars-avril 1998, pp. 362-383

DE BECHILLON (D.), « Voile intégral : Eloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *R.F.D.A.*, 2010, n° 3, pp. 467-471

DE BEER (D.), DE HERT (P.), GONZALEZ FUSTER (G.), GUTWIRTH (S.), « Nouveaux éclairages de la notion de « donnée personnelle » et application audacieuse du critère de proportionnalité », *R.T.D.H.*, n° 81, 2010, pp. 141-161

DE GRAEVE (L.), « "Big brother" sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'État », *R.F.D.A.*, sept.-oct. 2008, pp. 999-1010

DE MONTALIVET (P.),

- « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006, p. 169-175
- « La qualité de la loi », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLLOT TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 2011, pp. 380-392

DE MONTGOLFIER (J.-F.), « L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine », in M. GIACOPELLI, B. DE LAMY et V. MALABAT (dir.), *Droit pénal. Le temps des réformes*, Litec, coll. Colloques et débats, Paris, 2011, pp. 231-239

DE LAMY (B.),

- « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour trouble mental) », *R.S.C.*, janvier/mars 2009, pp. 166-172
- « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (crime organisé – efficacité et diversification de la réponse pénale) », *Recueil Dalloz*, 2004, n° 27, pp. 1910-1918 et n° 28, pp. 1982-1990
- « Réflexe, réflexion, réfléchir : déclinaison sur la Q.P.C. en droit pénal », in X. BIOY, X. MAGNON, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 29-36

DE SCHUTTER (O.), « La Convention Européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in A. WEYEMBERGH et E. BRIBOSIA (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2002, pp. 85-152

DE VILLIERS (M.), « La jurisprudence de "l'état de la législation antérieure" », *A.J.D.A.*, 1980, pp. 387-397

DEBAIL (S.), « La loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », *Regards sur l'actualité*, n° 336, 2007, pp. 37-53

DELAGE (P.-J.), « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *R.S.C.*, oct./déc. 2007, pp. 797-814

DELMAS-MARTY (M.),

- « Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale de valeurs ? », in Mireille DELMAS-MARTY et Henry LAURENS (dir.), coordination de Hana JABER, *Terrorismes, Histoire et droit*, C.N.R.S. éditions, Paris, 2010, pp. 165-187
- « Libertés et sûreté. Les mutations de l'Etat de droit », *Revue de Synthèse*, tome 130, 6^e série, n° 3, 2009, pp. 465-491
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, pp. 151-169

- DELPECH (T.), GNESOTTO (N.), HASSNER (P.),** « Faces aux nouvelles menaces, quelle coalition terroriste ? », *Esprit*, 2001, pp. 49-66.
- DELPEREE (F.),** « La Constitution, l'État et la Cour constitutionnelle », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 317-328
- DELVOLVE (P.),** « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? » in *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*, Université Panthéon Assas, L.G.D.J., Paris, 1988, pp. 269-312
- DENIZEAU (C.),** « La théorie des circonstances exceptionnelles », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Etudes, Paris, 2010, pp. 423-451
- DENQUIN (J.-M.),** « Sur les conflits de libertés », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, pp. 545-561
- DESWARTES (M.-P.),** « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1993, n° 13, pp. 23-58
- DEUMIER (P.) et REVET (T.),** « L'ordre public », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 1119-1122
- DIEU (F.),** « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *J.C.P. A.*, 29 novembre 2010, n° 48, pp. 35-42
- DI MANNO (T.),** « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006, pp. 135-149
- DISANT (M.),** « L'identification d'une disposition n'ayant pas déjà été déclarée conforme à la Constitution », *Constitutions*, n° 4, octobre-décembre 2010, pp. 541-547
- DORD (O.),** « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », *Cahiers français*, n°296, pp. 11-16
- DRAGO (G.),**
- « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *R.D.P.*, 2006, pp. 45-64
 - « La conciliation entre principes constitutionnels », *Recueil Dalloz*, chron., 1991, pp. 265-269
- DRAGO (R.),**
- « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *R.D.P.*, 1955, pp. 670-708
 - « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *Archives de philosophie du droit*, tome 44, Dalloz, Paris, 2000, pp. 43-49
- DUBOS (O.),** « Police administrative et droit communautaire : kaléidoscope », *D.A.*, 2007, pp. 20-25.
- DUPOND (O.),** « Les conditions de légalité de l'exécution forcée par la voie administrative », *R.D.P.*, 1925, pp. 347-412
- DURAND (P.),** « La décadence de la Loi dans la Constitution de la Ve République », *J.C.P. G.*, 1958, chron., pp. 1469-1470

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.),

- « Les aspects constitutionnels de la liberté personnelle – Table ronde », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, pp. 44-45
- « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 403-417
- « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », exposé lors d'une rencontre Conseil constitutionnel – Cour européenne des droits de l'homme, 13 février 2009, [www.conseil-constitutionnel.fr]

DUVIGNAU (J.), « Infraction pénale et expulsion des étrangers », in S. NIQUEGE (dir.), *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010, pp. 98-117

DWORKIN (R.),

- « L'après 11 septembre. George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain », *Esprit*, juin 2002, pp. 6-23
- « Georges W. Bush, une menace pour le patriotisme américain », *Esprit*, juin 2002, pp. 6-23, spéc. pp. 17-18

E

EDELMAN (B.), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 1999, pp. 25-34

EPINETTE (F.), « Vigipirate », M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 337-352

ERREIRA (R.), « Les limites d'une contrainte, l'exécution d'office dans le droit des étrangers », *A.J.D.A.*, numéro spécial, juillet-août 1999, pp. 49-52

EISSEN (M.-A.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, pp. 65-81

ETUDIANTS DU MASTER 2 recherche droit pénal de l'Université Montesquieu Bordeaux IV, « La nécessité des peines », *Droit pénal*, 2011, pp. 25-27

F

FALLON (D.), « Le Conseil constitutionnel précise sa position sur le régime de l'hospitalisation sans consentement », *Constitutions*, Janvier-Mars 2012, pp. 140-145

FARINA-CUSSAC (J.), « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *R.S.C.*, juillet-septembre 2002, pp. 517-530

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « Rapport France. Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *A.I.J.C.*, 2000, pp. 259-290

FAURE (B.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *R.F.D.C.*, 1995, n° 21, pp. 48-77

FAVOREU (L.),

- « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger, liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 513-521
- « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, pp. 17-30
- « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *R.S.C.*, oct.-déc. 1994, pp. 675-68
- « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, pp. 557-581
- « Contrôle d'identité », note sous la décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, *R.F.D.C.*, 1993, p. 840
- « Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif », in *L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 237-255
- « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *R.F.D.C.*, 1990, pp. 581-613
- « La loi », in L. FAVOREU (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 : journée d'études des 16-17 mars 1989*, Economica, coll. Droit public positif, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1990, pp. 79-101
- « Chronique jurisprudentielle. Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *R.D.P.*, 1986, pp. 395-495
- « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », in P. MERLE et W. JEANDIDIER (dir.), *Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain*, Editions Cujas, Paris, 1983, pp. 169-209
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989, pp. 123-144
- « Les règlements autonomes n'existent pas », *R.F.D.A.*, 1987, pp. 871-884
- « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in M. WALINE (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1977, p. 38-48
- « Les règlements autonomes existent-ils ? », in *Le pouvoir, Mélanges en l'honneur de Georges BURDEAU*, L.G.D.J., Paris, 1977, pp. 405-420

FAVOREU (L.) et CHAPUS (R.), « Les fondements de l'organisation de l'État définis par la Déclaration de 1789 », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989, pp. 181-207

FAVRE (J.) et TARDIVEL (B.), « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » », *R.D.P.*, 2000, pp. 1411-1440

FELDMAN (J.-P.),

- « Le Conseil constitutionnel, la loi "Hadopi" et la présomption d'innocence », *J.C.P. G.*, n° 28, 6 juillet 1999, pp. 25-28
- « Un minority report à la française ? » la décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », *J.C.P. G.*, n° 16, 16 avril 2008, p. 38

FERREIRA (N.), « La notion d'exécution d'office », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1999, n° spécial, pp. 41-44

FICARA (J.), « Propositions pour la constitution d'un ministère public français indépendant », *A.J. pénal*, octobre 2012, p. 509

FIECHTER-BOULVARD (F.), « La dangerosité : encore et toujours... », *A.J. Pénal*, février 2012, pp. 67-70

FINES (F.), « "L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, 1994, n° 3, pp. 594-608

FLAUSS (J.-F.), « Les « listes noires » de l'O.N.U. devant le Comité des Droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, n° 82, 2010, p. 371-382

FONTAINE (L.),

- « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 39-60
- « Pouvoirs exceptionnels vs Garantie des droits : l'ambiguïté de la question constitutionnelle », *R.D.P.*, n° 2, 2009, pp. 351-374

FRAISSE (R.), « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *L.P.A.*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 74-85

FRANCK (C.), « L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature », *J.C.P. G.*, 1986, I, 3256

FRANCOS (B.), « Contrôles aux frontières : la nouvelle rédaction de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale ne dispense pas du respect des exigences légales et communautaires », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 février 2012

FRIER (P.-L.), « L'exécution d'office : principe et évolutions », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1999, n° spécial, pp. 45-48

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANÈS (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 23, chron. 361, pp. 361-368

FROMONT (M.),

- « État de droit et principe de proportionnalité. Commentaire de la décision du 15 décembre 1970 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 5-8
- « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.*, 1995, n° spécial, pp. 156-166
- « République Fédérale d'Allemagne : L'Etat de droit », *R.D.P.*, 1984, pp. 1203-1226
- « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in M. WALINE (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1977, pp. 49-64
- « Débats », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989, pp. 89-96

G

- GAGNOUD (P.)**, « L'extension du droit de fouilles des véhicules automobiles depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, dite loi sur la sécurité quotidienne », *Gaz. Pal.*, n° 309, 5 novembre 2002, pp. 3-8
- GAILLET (A.)**, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », *Société, Droit et Religion*, Etude des signes religieux dans l'espace public, C.N.R.S. Editions, n° 2, 2011, pp. 47-71
- GALLETTI (F.)**, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l' "incompétence négative du législateur" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2004, n° 58, pp. 387-417
- GALMARD (M.-H.)**, « Vers une nouvelle approche du phénomène terroriste ? Apports de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives aux contrôles frontaliers », *Revue Pénitentiaire de Droit Pénal*, 2007, n° 1, pp. 5-28
- GARAPON (A.)**,
- « Les dispositifs antiterroristes de la France et des Etats-Unis », *Esprit*, 2006, pp. 129-149
 - « La lutte anti-terroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, 2008, pp. 139-156
- GARDBAUM (S.)**, « Limiting constitutional rights », *U.C.L.A. Law Review*, n° 54, 2007, pp. 789-854
- GARDBAUM (S.) et SCOFFONI (G.)**, Chron. États-Unis, *R.F.D.C.*, n° 52, 2002, pp. 457-465
- GARLICKI (L.)**, « Le catalogue et le champ d'application des droits fondamentaux. Les conditions des restrictions autorisées et leur impact sur l'ordre juridique », in *L'État et le droit d'Est en Ouest. Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Société de législation comparée, Paris, 2006, pp. 129-140
- GARRIGOU-LAGRANGE (J.-M.)**, « L'obligation de légiférer », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 305-321
- GASSIN (R.)**,
- « L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, A. Pédone, Paris, 1975, vol. 2, pp. 3-17
 - « La règle de procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc. Les droits et le droit*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 363-377
- GATE (J.) et GELY (M.-L.)**, « Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement. Article 34 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République Française. Analyses et commentaires*, Economica, Paris, 3^e édition, 2008, pp. 879-914
- GAUTHIER (C.)**, « La loi de 1955, "simple voile" ou "véritable viol" des libertés ? », *J.C.P. A.*, 2005, pp. 1760-1764

GAUTIER (M.),

- « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la C.J.C.E. », *J.C.P. G.*, 5 novembre 2008, I0186
- « L'ordre public », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2010, pp. 317-329
- « Question prioritaire de constitutionnalité et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *D. A.*, n° 10, 2010, pp. 13-19

GAUTIER (M.) et CERDA-GUZMAN (C.), « La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour de justice de l'Union européenne face à la lutte contre le terrorisme », in E. SAULNIER-CASSIA (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, Mission de recherche Droit et justice, 2012, pp. 303-323

GAUTRON (V.),

- « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *A.J. Pénal*, 2007, pp. 57-61
- « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *A.J. Pénal*, 2010, pp. 266-269
- « Dernière salve liberticide avant une refonte de la législation des fichiers de police ? », *Blog Dalloz*, Actualité, 18 mai 2012

GAY (L.), « L'effet cliquet dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », IV^e Congrès français de droit constitutionnel, 10-12 juin 1999, p. 20

GENEVOIS (B.),

- « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *E.D.C.E.*, 1988, pp. 151-184
- « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'État de droit*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 323-340
- « Remarques sur l'ordre public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. « droit et justice », Bruxelles, 2001, pp. 405-414
- « Le Préambule et les droits fondamentaux », in D. MAUS, L. FAVOREU et J.-L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, P.U.A.M., Paris, 1992, pp. 483-498
- « Préface », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, pp. 7-16

GEORGES LAVROFF (D.),

- « A propos de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, L'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 283-297
- « La crise de la Constitution française », in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 757-768

GEORGITSI (E.), « La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *R.I.D.C.*, n° 3, 2011, pp. 559-584

GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Droit pénal de la dangerosité – droit pénal de l'ennemi », *R.S.C.*, Janvier/Mars 2010, pp. 69-81

GIUDICELLI (A.), « Garde à vue: vagues du fond avant la réforme », *R.S.C.*, 2010, pp. 183-189

GIUDICELLI (C.), « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *A.J. Pénal*, n° 11, 2008, pp. 439-445

GLÉNARD (G.), « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 2008-2017

GOESEL-LE BIHAN (V.),

- « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1997, n°30, pp. 227-267
- « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *R.F.D.C.*, 2001, n° 45, pp. 67-83
- « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *R.F.D.C.*, 2007, n°70, pp. 269-295
- « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *L.P.A.*, 5 mars 2009, pp. 62-69
- « Le juge constitutionnel et la proportionnalité – Rapport France », *A.I.J.C.*, 2009, pp. 191-212
- « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus politicum*, n°7, 2012, pp. 143-155

GOGUEL (F.), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », in L. FAVOREU (dir.), *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, Aix-en-Provence, 1982, p. 225

GONZALEZ (G.), « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 93-100

GRABARCZYK (K.), « Droit communautaire et droits fondamentaux. Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (2008). Actualité des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », *R.T.D.H.*, n° 79, 2009, pp. 683-688

GRANGER (M.-A.),

- « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité? », *R.S.C.*, 2009, pp. 273-296
- « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme : le point de vue constitutionnel », in S. NIQUEGE (dir.), *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010, p. 134
- « La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Éléments de contribution tirés du commentaire de la décision « LOPPSI » du Conseil constitutionnel », *R.S.C.*, oct.-déc. 2011, pp. 789-800

GREGOIRE (L.), « Quel avenir pour les mesures de sûreté ? Analyse au regard de deux ans d'application de la loi du 25 février 2008 », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2011, n° 2, pp. 311-322

GREGOIRE (L.) et BOULAN (F.), « La détention de sûreté est une peine ! qualification et conséquences », *Droit pénal*, Mai 2010, Etudes 9, pp. 12-17

GREWE (C.),

- « Constitution et secret de la vie privée – Allemagne », *A.I.J.C.*, 2000, pp. 135-152, spéc. pp. 144-145
- « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 2004, pp. 26-32

GREWE (C.) et KOERING-JOULIN (R.), « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures anti-terroristes », in *Mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan, Libertés, justice, tolérance*, volume II, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 891-916

GREWE (C.) et SOMMERMAN (K.-P.), « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux, rapport allemand », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 71-90

GLEIZAL (J.-J.), « La réforme des dispositifs de sécurité en France », *R.S.C.*, 2002, pp. 900-905

GROSS (O.), « Chaos and Rules : Should Responses to Violent Crises always be constitutional? », *Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pp. 1011-1134

GUILD (E.),

- « Agamben face aux juges. Souveraineté, exception et antiterrorisme », *Cultures et conflits*, n° 51, 2003, pp. 127-156
- « L'état d'exception, le juge, l'étranger et les droits de l'homme : trois défis des Cours britanniques », *Cultures et Conflits*, 2005, n° 58, pp. 183-204

GUILLAUME (M.), « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32, pp. 67-95

GUIMEZANES (N.), « La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *J.C.P. G.*, 1987.I.3270

GUSY (C.), « La théorie des sphères », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 467-484

H

HAMON (L.), « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Droit Social*, 1983, n° 3, pp. 155-162

HANICOTTE (R.), « Belpégor ou le fantôme du Palais Royal. L'avis du Conseil d'État sur le voile intégral », *J.C.P. A.*, n° 16, 19 avril 2010, pp. 45-48

HAQUET (A.), « Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ? », in *Constitution et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2008, pp. 237-243

HENNEBEL (L.) et LEWKOWICZ (G.), « Le problème de la définition du terrorisme », in D. VANDERMEERSH et L. HENNEBEL (dir.), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 17-59

HERVIEU (N.), « Conventionalité des opérations policières de « fouilles corporelles préventives » dans une zone à risque », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 juin 2012

- HERZOG-EVANS (M.)**, « La nouvelle rétention de sûreté : éléments d'analyse », *A.J. Pénal*, 2008, n° 4, pp. 161-171
- H. TRIBE (L.) et O. GUDRIDGE (P.)**, «The anti-Emergency Constitution », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1801-1870
- HOGG (P. W.)**, « Section one of the Canadian charter of rights and freedom », in A. de MESTRAL, S. BIRKS, M. BOTHE, I. COTLER, D. KLNCK, A. MOREL (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Editions Yvons Blais Inc, Québec, 1986, pp. 3-19
- HOLZAPFEL (D.)**, « Le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de police consacré par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2010, n° 83, pp. 663-684
- HOURQUEBIE (F.)**,
- « Régimes d'exception et contre-pouvoirs en droit français aujourd'hui », in P. M. MAKABA (dir.), *Constitution et Risque (s)*, L'Harmattan, coll. Droit, société et risques, Paris, 2010, pp. 93-108
 - « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law », in F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 25-46
- HOTTELIER (M.)**, « Le noyau intangible des libertés », in P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1991, pp. 67-74
- HUGUES (E.)**, « La notion de terrorisme en droit international : en quête d'une définition juridique », *Journal de droit international*, 2002, n°3, pp. 753-771

J

- JACQUINOT (N.)**, « Le juge administratif et le juge constitutionnel face à l'Etat d'urgence », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 730-746
- JANICOT (L.)**, « Le Préambule de la Constitution de 1946 et la loi », in Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Editions Panthéon Assas, L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 45-59
- JANOT (R.)**, « L'origine des articles 34 et 37 », in UNIVERSITE PAUL CEZANNE Aix-Marseille III, *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1978, pp. 61-70
- JAURÉGUIBERRY (A.)**, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 10-23
- JEANNEAU (B.)**, « "Juridicisation" et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *R.D.P.*, mai-juin 1989, pp. 635-663
- JENNEQUIN (A.)**, « Le contrôle de compatibilité avec la Constitution en matière de droit pénal », *A.J.D.A.*, 24 mars 2008, n°11, pp. 594-597

JESTAZ (P.), « Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in G. DRAGO, B. FRANCOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 1999, pp. 3-13

JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août, Numéro spécial, pp. 44-55

JOURDAIN (P.), « Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité ? », in M. NICOD (dir.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, L.G.D.J., Presses de l'Université Toulouse I, Paris, Toulouse, 2008, pp. 77-83

JOSPIN (L.), **BALLADUR (E.)**, **GISCARD D'ESTAING (V.)** et **HUE (R.)**, « La lutte contre le terrorisme est un impératif commun aux démocraties. Séance de l'Assemblée nationale du 3 octobre 2001 », in J. GARRIGUES (dir.), *Les grands discours parlementaires de la Ve République*, Préf. J.-L. DEBRÉ, Armand Colin, Paris, 2006, pp. 365-371

JULIEN-LAFERRIERE (F.),

- « L'Etat de droit et les libertés », in *Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 153-176
- « De l'application des accords Schengen au statut des "zones d'attente" : chronique d'une loi annoncée », *A.J.D.A.*, 20 octobre 1992, pp. 656-671
- « Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945 », *A.J.D.A.*, 9 février 2004, pp. 260-270

JUSSEAUME (P.), « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... », *A.J. Pénal*, février 2012, pp. 70-74

K

KAYSER (P.), « Le Conseil constitutionnel, protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, Paris, 1985, pp. 329-348

KHOSLA (M.), « Proportionality : an assault of human rights ? a reply », *I.C.O.N.*, 2010, vol. 8, n° 2, pp. 298-306

KOUBI (G.), « Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ? », in G. FAURE et G. KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 2003, pp. 215-231

L

LABAYLE (H.), « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné », *R.F.D.A.*, 2011, pp. 934-950

LACAZE (M.), « La pénalisation de l'entrée et du séjour irréguliers. Variations autour de la nécessité », in M. LACAZE (dir.), *Le droit pénal des étrangers*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux sous la direction de Jean-Christophe Saint-Pau, Edition Cujas, vol. 2, 2013, pp. 213-224

LARRALDE (J.-M.), « La constitutionnalisation de l'ordre public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 213-245

LAURENS (H.), « Le terrorisme comme personnage historique », in H. LAURENS et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, coord. H. JABER, CNRS Editions, Paris, 2010, pp. 9-66

LATOUR (X.), « La L.O.P.P.S.I., les collectivités territoriales et la lutte contre la délinquance », *A.J.D.A.*, 30 mai 2011, pp. 1075-1081

LAZERGES (C.),

- « La dérive de la procédure pénale », *R.S.C.*, juillet/septembre 2003, pp. 644-654
- « Dédoublage de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 573-589
- « Le Conseil constitutionnel, acteur de la politique criminelle », *R.S.C.*, juillet/septembre 2004, pp. 725-736
- « La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel », *R.S.C.*, Juillet/Septembre 2008, pp. 731-746
- « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009, pp. 34-41
- « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *R.S.C.*, juillet/septembre 2009, pp. 689-699
- « les désordres de la garde à vue », *R.S.C.*, 2010, pp. 275-287
- « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité », *R.S.C.*, janvier/mars 2012, pp. 274-283

LAZERGES (C.) et ROUSSEAU (D.), « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *R.D.P.*, 2003, n° 4, pp. 1147-1162

LE YONCOURT (T.), « L'ordre public dans la loi de 1884 », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 41-58.

LEBRETON (G.),

- « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 81-92
- « Ordre public », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, P.U.F., Quadrige, Paris, 2008, pp. 717-719
- « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 353-367.

LECOMTE (C.), « L'intendant : sentinelle de l'ordre public (XVII^e-XVIII^e siècle) », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 33-40

LECUCQ (O.),

- « Commentaire de la décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003. Loi pour la sécurité intérieure », *R.F.D.C.*, 2003, pp. 760-764
- « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 1637-1650
- « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, et sa constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 28 janvier 2008, pp. 141-149
- « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *A.J.D.A.*, 17 octobre 2011, pp. 1936-1948
- « Le cadre constitutionnel de la rétention administrative », in O. LECUCQ (dir.), *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection*, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, Paris, 2011, pp. 155-169

LEGRAND (A.), « Les limites de la liberté de réunion », *A.J.D.A.*, 23 mai 2011, pp. 1033-1037

LEMAIRE (E.), « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *R.F.D.A.*, juillet-août 2009, pp. 767-776

LENNON (J.-L.), « L'affaiblissement du pouvoir de direction de la police judiciaire par le Procureur de la République », *Recueil Dalloz*, 2005, n° 20, pp. 1336-1340

LETERRE (T.), « Les libertés publiques : fondements et transformations », *Cahiers français*, n°296, pp. 3-10

LEVADE (A.),

- « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 687-701
- « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire », *R.D.P.*, 2004, n°4, pp. 889-911
- « Epilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *J.C.P. G.*, n° 43, 25 octobre 2010, pp. 1978-1981
- « Dialogue contradictoire autour de l'arrêt de la Cour de Justice : le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité est-il compatible avec le droit de l'Union ? », *Constitutions*, 2011, n°4, pp. 520-525
- « Q.P.C. et "directive retour" : retour en arrière jurisprudentiel ? – Décision n° 2011-217 Q.P.C. du Conseil constitutionnel du 3 février 2012 », *J.C.P. G.*, 2012.198, 20 février 2012, pp. 350-353

LEVASSEUR (G.), « Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la défense sociale nouvelle », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, A. Pédone, Paris, 1975, vol. 2, pp. 35-61 ; G. LEVASSEUR, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *R.S.C.*, 1991, pp. 9-24

LOCHAK (D.),

- « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, pp. 15-24
- « Libertés, valeurs et interdits », *Cahiers français*, n° 296, pp. 26-33

LOMBARD (M.), « La liberté du commerce et de l'industrie, composante de la liberté d'entreprendre », *D.A.*, février 2002, pp. 35-36

LUCHAIRE (F.),

- « Brèves remarques sur une création du Conseil Constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2005, pp. 675-684
- « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1995, n° 3, pp. 575-597
- « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », *R.D.P.*, 1996, pp. 1245-1263
- « La sûreté: droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme? », *R.D.P.* 1989, pp. 609-634
- « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 », in CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 215-233
- « Le fisc, la liberté individuelle et la Constitution », in B. BECK, G. VEDEL (dir.), *Etudes de finances publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul-Marie Gaudemet*, Economica, 1984, pp. 603-615
- « Le Conseil d'État et la Constitution », *R.A.*, 1979, pp. 141-145
- « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *A.J.D.A.*, 1979, pp. 3-16
- « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », in *Le juge et le droit public, Mélanges M. Waline*, tome 2, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 563

M

MAGNON (X.), « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel: réflexions et tentative de construction », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 233

MALABAT (V.),

- « Droit pénal et droits fondamentaux », *Droit Pénal*, septembre 2011, p. 1
- « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, volume 1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2012, pp. 69-94

MALAURIE (P.), « Rapport de synthèse », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 105-111

MARGUENAUD (J.-P.),

- « La nuit en procédure pénale », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le Droit*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 721-732
- « La qualification pénale des actes de terrorisme », *R.S.C.*, janv.-mars. 1990, pp. 1-28

MARKUS (J.-P.), « La continuité de l'État en droit public interne », *R.D.P.*, 1999, pp. 1067-1107

MARTHOZ (J.-P.), « L'impact du 11 septembre sur la liberté de la presse: la presse américaine poussée à l'auto-censure », in A. WEYEMBERGH et E. BRIBOSIA (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, coll. droit et justice, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 289-305

MASCALA (C.), « Les fonctions sécuritaires de la peine », in M. NICOD (dir.), *Qu'en est il de la sécurité des personnes et des biens ?*, L.G.D.J., Presses de l'Université Toulouse I, Paris, Toulouse, 2008, pp. 107-112

MASTOR (W.),

- « La juridiction constitutionnelle gardienne des droits fondamentaux en matière pénale », *Droit Pénal*, septembre 2011, pp. 15-17
- « L'état d'exception aux États-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations "en règle" de la Constitution », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 61-70
- « Débat – Terrorisme et liberté », *Constitutions*, n°3, juillet-septembre 2012, pp. 403-414

MASUREL (H.), « L'exécution d'office des mesures de police administrative », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1999, n° spécial, pp. 39-40

MATHIEU (B.),

- « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur le " voile intégral" », *J.C.P. G.*, n° 42, 18 octobre 2010, pp. 1930-1932
- « De la difficulté et de l'utilité de modifier les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution », in *Mélanges Yves Jégouzo, Terres du droit*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 149-156
- « La question prioritaire de constitutionnalité. Les améliorations apportées par l'Assemblée nationale au projet de loi organique », *J.C.P. G.*, n° 40, 28 septembre 2009, pp. 11-13
- « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Constitutions et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 355-364
- « La non rétroactivité en matière de rétention de sûreté: exigence constitutionnelle ou conventionnelle? », *J.C.P. G.*, 12 mars 2008, n° 11, p. 4
- « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 69-73
- « L'appréhension de l'ordre juridique communautaire par le droit constitutionnel français », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, Paris, 2004, pp. 169-176
- « Les contraintes constitutionnelles pesant sur l'exécution d'office des mesures de police administrative », *A.J.D.A.*, numéro spécial juillet-août 1999, pp. 53-56
- « Le droit constitutionnel de la grève », *A.I.J.C.*, 1997, pp. 310-336
- « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.*, 29 novembre 1996, n° 144, pp. 5-9

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), « Les normes de références extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes en l'honneur de Loïc Philip, Constitution et finances publiques*, Economica, Paris, 2005, pp. 155-170

MATHIOT (A.), « La théorie des circonstances exceptionnelles », in *Mélanges Achille Mestre, L'évolution du droit public*, Sirey, Paris, 1956, pp. 413-428

MATIA PORTILLA (F. J.), « La protection de l'intimité », *A.I.J.C.*, 2000, pp. 394-432

MATSOPOULOU (H.), « Le renouveau des mesures de sûreté », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 23, pp. 1607-1614

MAUS (D.), « La notion de Constitution sous la V^e République », in M. TROPER et L. JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., coll. La pensée juridique moderne, Paris, 1994, pp. 235-248

MAYER (D.),

- « Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 272
- « Le Conseil constitutionnel et le juge pénal. Histoire d'une tentative de séduction vouée à l'échec », in *Les Droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 821-829

MAZEAUD (P.),

- « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », 8^e séminaire des cours constitutionnelles, Everan, 2003, p. 3, [www.conseilconstitutionnel.fr]
- « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Visite à la Cour Suprême du Canada, 24-26 avril 2006, [www.conseilconstitutionnel.com]

MBOMGO (P.), « Constitution française et libertés. Dits, non-dits, clairs-obscurs et idées reçues », *R.A.*, 2002, n° 330, pp. 594-610

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.),

- « Les aspects constitutionnels de la liberté personnelle – Table ronde », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, pp. 35-56
- « Les lacunes en droit constitutionnel », in R. BEN ACHOUR (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 53-61
- « Marianne dévoilée (libres propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 validant la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public) », *Société, Droit et religion*, Etude des signes religieux dans l'espace public, C.N.R.S. Editions, n° 2, 2011, pp. 73-82

MELLERAY (F.), « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 71-76

MESNARD (A.-H.), « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires », *A.J.D.A.*, 1970, pp. 259-282

MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2005, pp. 305-333

MIGNON (M.), « Une création continue du droit public français : le pouvoir réglementaire de l'Exécutif », *E.D.C.E.*, 1950, p. 145

MILACIC (S.), « Les ambiguïtés du constitutionnalisme postcommunisme », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, pp. 339-356

MOCK (H.), « "Guerre" contre le terrorisme et droits de l'homme. Réflexions à propos du rapport de la Fédération internationale des Droits de l'homme intitulé « L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité » », *R.T.D.H.*, n° 65, 2006, pp. 23-34

MOLLION (G.), « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *R.F.D.C.*, n° 62, 2005, pp. 257-289

MOLFESSIS (N.), « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 89-101

MONOD (J.-C.), « Vers un droit international d'exception ? », *Esprit*, août-septembre 2006, pp. 173-193

MORANGE (J.),

- « Vers une codification des libertés en France ? », *R.D.P.*, 1977, pp. 259-281
- « Les vérifications d'identité », *A.J.D.A.*, 20 juin 1981, pp. 285-291
- « Les contrôles d'identité », *A.J.D.A.*, 20 décembre 1983, pp. 640-644
- « La protection constitutionnelle et civile de la liberté d'expression », *R.I.D.C.*, n° 2, 1990, pp. 771-787
- « Les limites de la liberté », in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et F. MELLERAY (dir.), *Le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, pp. 75-89.

MORANGE (G.), « Réflexions sur la notion de sécurité publique », *Recueil Dalloz*, chron., 1977, pp. 61-66.

MOREAU (J.),

- « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique contractuelle », *A.J.D.A.*, 1965, p. 3.
- « Police administrative et police judiciaire, Recherche d'un critère de distinction », *A.J.D.A.*, 1963, pp. 68-83
- « Le préfet peut surseoir à la délivrance du récépissé de déclaration d'une rave party », *J.C.P. A.*, 2004, pp. 846-847
- « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 1661-1674

MOREL (A.), « La recherche d'un équilibre entre les pouvoirs législatifs et judiciaire – essai de psychologie judiciaire », in A. de MESTRAL, S. BIRKS, M. BOTHE et autres (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Editions Yva Blais Inc, Québec, 1986, pp. 116-135

MOUHANNA (C.), « Les relations police-parquet en France : un partenariat mis en cause ? », *Droit et Société*, n° 58, 2004, pp. 505-522

MOUTOUH (H.),

- « La loi et l'ordre », *Dalloz*, chron., 2000, pp. 163-170
- « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *R.D.P.*, 2007, n° 2, pp. 479-493

MURBACH (M.), « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *A.J. pénal*, 2011, n° 11, p. 506-511

MUZNY (P.), « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la C.E.D.H. », *R.D.P.*, n° 4, 2006, pp. 977-1005

N

NADAL (J.-L.), « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? » in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2007, pp. 11-17

NICOUD (F.), « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *R.D.P.*, 2006, n° 5, pp. 1247-1273

O

OBERDORFF (H.), « A propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789 », *R.D.P.*, mai-juin 1989, pp. 665-684

ODENT (R.), « Les droits de la défense », *E.D.C.E.*, 1953, p. 55

P

PACTET (P.),

- « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 279-295
- « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la V^e République », in *Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 425-440

PADIS (M.-O.), « Sécurité et terrorisme : un défi pour la démocratie », *Esprit*, 2006, pp. 67-69

PARDINI (J.-J.), « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, pp. 122-130

PARIENTE (A.), « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in J.-F. AUBY et al., *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 267-282

PARIZOT (R.), « Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour versus avis de la C.N.C.D.H. : quel bilan ? », *A.J. pénal*, janvier 2013, pp. 8-9

PAPA (M.), « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *R.S.C.*, 2009, n° 1, pp. 2-5

PARARAS (J.), « Le droit à la sécurité », in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 879-898

PARROT (K.), « Illégalité des contrôles d'identité « Schengen » », *R.C.D.I.P.*, 2011, pp. 603-609

PAVIA (M.-L.), « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *L.P.A.*, 6 mai 1994, n° 54, pp. 6-13

PAYE (J.-C.),

- « The Prevention Security Act britannique du 11 mars 2005 », *R.T.D.H.*, n° 63, 2005, pp. 635-647
- « Le modèle anglais », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 71-80

PECHILLON (E.), « Publication de la loi sur le soin sous contrainte », *J.C.P. A.*, n° 29, 18 juillet 2011, pp. 3-4

PELLE (S.), « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », *R.P.D.P.*, 2013, pp. 265-281, spéc. pp. 279-280.

PELLOUX (R.), « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *R.D.P.*, 1947, pp. 347-398

PELTIER (V.), « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Droit pénal*, mars 2011, pp. 13-18

PENA (A.),

- « Le "fou" est un homme comme les autres mais pas un malade ordinaire... », *R.F.D.C.*, 2011, n° 86, pp. 298-303
- « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *R.F.D.A.*, 2011, pp. 951-966

PENA-GAIA (A.), « Commentaire de la décision n° 2011-625 D.C. du 10 mars 2011, L.O.P.P.S.I. II », *R.F.D.C.*, 2011, n° 88, pp. 803-811

PENA-SOLER (A.), « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 1675-1708

PEPY (G.), « La réforme du régime juridique de la presse », *A.J.D.A.*, 1986, pp. 527-540

PEREIRA (R.), « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux – Portugal », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 305-318

PERELMAN (C.), « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre National de recherche logique, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 363-374

PETIT (J.),

- « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Mélanges Jacques Moreau. Les collectivités locales*, Economica, Paris, 2003, pp. 345-360
- « La police administrative », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2011, tome 2, pp. 5-44

PICARD (E.),

- « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux: des régimes inutilement hétéroclites », *R.F.D.A.*, 1994, pp. 959-992
- « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 55-74
- « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial, pp. 6-42
- « Police », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 1163-1169
- « Droits fondamentaux », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 544-549

- « Introduction générale: La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 17-61

PHILIP (L.),

- « Les lacunes et les imperfections des articles 34 et 37. Le problème de leur réforme », in L. FAVOREU (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1978, pp. 227-237
- « L'affirmation des droits de l'homme dans les constitutions et les traités internationaux (convergence, complémentarité et intégration) », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1987, pp. 249-267
- « L'interprétation de la Constitution. Le cas français », in *Mélanges en hommage à François Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 1169-1182
- « Les libertés (Débats) », in L. FAVOREU (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1990, pp. 161-169

PHILIPPE (X.),

- « Vie privée et nouvelles technologies », *A.I.J.C.*, 2000, pp. 433-466
- « Constitution et terrorisme en Afrique du Sud », *A.I.J.C.*, 2003, pp. 11-28
- « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *L.P.A.*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 6-16
- « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud africaine de 1996 », in *Liber Amicorum J.-C. Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 897-926

PLANTEY (A.),

- « Le terrorisme contre les droits de l'homme », *R.D.P.*, 1985, pp. 5-13
- « Définition et principes de l'ordre public », in R. POLIN (dir.), *L'ordre public*, P.U.F., Paris, 1996, pp. 27-45

PONCELA (P.),

- « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *R.S.C.*, oct.-déc. 2007, pp. 883-894
- « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, Paris, 2008, pp. 93-112
- « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, pp. 93-112

PORTIER (P.), « Les trois âges de la sécurité », in P. PORTIER (dir.), *La sécurité, Revue juridique de l'Ouest*, numéro spécial, 2002, pp. 13-21

POTIER DE LA VARDE (B.), « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? » in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2007, pp. 23-26

PRADEL (J.),

- « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité violente ou sexuelle. Quels critères d'application ? », in S. JACOBIN (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale. Evolution ou révolution?*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 41-51

- « La loi du 2 février 1981 dite "sécurité et liberté" », *Recueil Dalloz*, 1981, chron., pp. 103-116
- « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 15, pp. 1000-1012
- « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal ? », *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, chron. 39, pp. 41-50
- « Les recherches d'identité et la poursuite des délits flagrants depuis la loi du 10 juin 1983 », *Recueil Dalloz*, 1984, chron., pp. 75-82

PRIET (F.), « L'incompétence négative du législateur », *R.F.D.C.*, 1994, n° 17, pp. 59-85

R

REBUT (D.), « Le principe de légalité des délits et des peines », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 19^e édition, 2013, pp. 669-684

RENOUX (T.),

- « Rapport France – Table ronde : Constitution et droit pénal », *A.I.J.C.*, 2010, pp. 187-239
- « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux – Rapport français », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 195-244
- « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet – France », *A.I.J.C.*, Economica, P.U.A.M., Aix-Marseille, 1995, pp. 221-247
- « Décision n° 93-326 D.C. du 13 août 1993, Garde à vue », *R.F.D.C.*, 1993, n° 16, pp. 849-856
- « L'autorité judiciaire », Rapport présenté pour le colloque du XXX^{ème} anniversaire de la Constitution de 1958, in L. FAVOREU, D. MAUS, J.-L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958 : actes*, Association française de science politique, Association française des constitutionnalistes, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1992, pp. 667-702

RENUCCI (J.-F.),

- « Le Procureur de la République est-il un « magistrat » au sens européen du terme ? », in *Liberté, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, pp. 1345-1350
- « L'avocat et la garde à vue : exigences européennes et réalités nationales », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 43, pp. 2897-2900

RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *R.D.P.*, n° 3, 1984, pp. 587-606

RIBEYRE (C.),

- « L.O.P.P.S.I. II : de nouvelles règles au service de la répression », *Droit Pénal*, juillet-août 2011, pp. 8-14
- « Libre choix de l'avocat – enregistrement des interrogatoires – Accès au dossier : l'édifice de la nouvelle garde à vue se lézarde déjà ! », *R.P.D.P.*, avril-juin 2012, n°2, pp. 384-388

RIVERO (J.),

- « Les limites de la liberté », in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 189-194
- « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », *R.E.D.P.*, 1990, vol. 2, n° 1, pp. 11-17
- « Dualité de juridictions et protection des libertés », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 734-738
- « Les libertés », in L. FAVOREU (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1990, pp. 153-178
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, p. 75
- « Liberté individuelle et Fouille des véhicules. Note sous la décision du 12 janvier 1977 », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, 2^e édition, 1987, pp. 71-83
- « Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », in J. RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 2^e édition, 1987, pp. 154-163
- « Libertés publiques 1981-1983 : Essai de bilan », *A.J.D.A.*, 20 décembre 1983, pp. 635-639
- « Rapport de synthèse », L. FAVOREU (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes*, Economica, P.U.A.M., Paris, 1978, pp. 261-273
- « Libertés publiques et institutions judiciaires », in F. BLOCH-LAINÉ (dir.), *La France en mai 1981. Force et faiblesses*, Commission du Bilan, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, Paris, 1982, pp. 294-309
- « Autour de la loi Sécurité et liberté. "Filtrer le moustique et laisser passer le chameau" ? », *A.J.D.A.*, 20 juin 1981, pp. 275-277
- « Rapport de synthèse », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, Aix-Marseille, pp. 517-529
- « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *R.I.D.C.*, 1977, pp. 9-23
- « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire, Etudes offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Editions Cujas, Paris, 1977, pp. 247-258
- « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *Recueil Dalloz*, Chron., 1972, pp. 265-268
- « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *Recueil Dalloz*, 1951, chron., XXIII, pp. 99-102

RIVERO (J.) et VEDEL (G.), « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Droit social*, 1947, reproduit in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., Paris, 1980, tome 1, pp. 93-145

RIVERS (J.), « Proportionality and variable intensity of review », *Cambridge Law Journal*, n° 65 (1), mars 2006, pp. 174-207

ROBERT (J.),

- « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », *R.D.P.*, 1986, pp. 1651-1666
- « Droit administratif et droit constitutionnel », *R.D.P.*, n° 4, 1998, pp. 971-978
- « Une généalogie de l'insécurité contemporaine », *Esprit*, 2002, pp. 35-58
- « La manifestation de rue », *R.D.P.*, 2006, n° 4, pp. 829-846

ROBERT (J.-H.), « Divergence entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne », *Droit pénal*, 2012, comm. 34

ROBERT (M.), « L'autorité judiciaire, la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011, pp. 29-43

ROBLLOT-TROIZIER (A.),

- « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 309-318
- « Les droits-garanties : l'exemple du droit au recours », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLLOT-TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Thémis droit, 2011, pp. 483-491

ROETS (D.),

- « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 27, pp. 1840-1847
- « L'inscription au Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes : une mesure préventive hors du champ d'application du principe de non-rétroactivité », *R.S.C.*, janvier/mars 2010, pp. 239-240

ROLAND (S.), « L'ordre public et l'Etat. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Editions Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 9-20

ROLIN (F.), « L'Etat d'urgence », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008: 50^e anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 611-619

ROLIN (F.) et SLAMA (S.), « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *A.J.D.A.*, 15 mai 2006, pp. 975-982

ROSENFELD (M.), « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in M. DELMAS-MARTY et H. LAURENS (dir.) et H. JABER (coord.), *Terrorismes, Histoire et droit*, C.N.R.S. éditions, Paris, 2010, pp. 219-289

ROTH (K.), « Les droits de l'homme et la campagne anti-terroriste », in A. WEYEMBERGH et E. BRIBOSIA (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, coll. droit et justice n° 34, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 71

ROUSSEAU (D.),

- « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994 », *R.D.P.*, 1995, pp. 51-104
- « La prise en compte du changement de circonstances », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Les cahiers constitutionnels de Paris I, Paris, 2010, pp. 99-105

ROYER (G.), « La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel », *R.S.C.*, 2008, pp. 825-848

RRAPI (P.), « L'incompétence négative dans la Q.P.C. : de la double négation à la double incompréhension », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 34, pp. 163-171

RUBI-CAVAGNA (E.), « L'extension des procédures dérogatoires », *R.S.C.*, 2008, pp. 23-40

S

SAAS (C.),

- « Défendre en garde à vue : une révolution...de papier ? », *A.J. pénal*, janvier 2010, pp. 27-30
- « Séjour irrégulier : le Conseil constitutionnel désavoué par la Chambre criminelle », *A.J. pénal*, juillet-août 2012, pp. 410-414

SABETE (W.),

- « Limitations aux droits », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2008, pp. 658-662
- « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 9 mai 2011, pp. 885-888

SACCONI (G.), « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire », *A.I.J.C.*, 1985, pp. 169-182

SALLES (D.), « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, 2009, pp. 150-157

SAINT-BONNET (F.),

- « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », *C.R.D.F.*, Presses Universitaires de Caen, n° 6, 2007, pp. 29-37
- « L'état d'exception et la qualification juridique », *C.R.D.F.*, n° 6, 2007, pp. 29-37.
- « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa. Réflexions sur la mort au monde et l'incarcération volontaire », *Jus politicum*, vol IV, 1012, pp. 173-203

SAUVÉ (J.-M.), « L'appréciation des conditions de recevabilité », *J.C.P. G.*, supplément au n° 48, 29 novembre 2010, pp 13-17

SCHMELCK (R.), « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, éditions Cujas, Paris, 1965, pp. 181-197

SCHMELCK (R.) et PICCA (G.), « L'Etat face au terrorisme », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, pp. 53-64

SCHNEIDER (C.), « Le spectre du tout sécuritaire dans la lutte antiterroriste ? Brèves observations sur la dialectique entre lutte contre le terrorisme et droits de l'homme dans les corpus juridiques européens », in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 359-374

SCHOETTL (J.-E.),

- « Intérêt général et Constitution », *E.D.C.E.*, n° 50, 1999, pp. 375-386.
- « La refonte de la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 11 août 2004, n° 160, pp. 8-19
- « La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 5-7 février 2006, pp. 20-39

- SCOFFONI (G.)**, « Les juges et la Constitution des Etats-Unis à l'épreuve du terrorisme international », in *Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, Paris, 2005, pp. 219-236
- SENATORE (A.)**, « Régime répressif, réprime préventif, déclaration préalable », in T. RENOUX, *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices de la documentation française, Paris, 2007, pp. 43-49
- SERMET (L.)**, « Le contrôle de proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *L.P.A.*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 26-31
- SEVELY-FOURNIE (C.)**, « La rétention de sûreté à l'origine d'un nouveau risque d'erreur judiciaire ? », *A.J. Pénal*, juillet-août 2011, pp. 334-337
- SIMON (D.)**, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des communautés européennes », *L.P.A.*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 17-25
- SIRAT (C.)**, « L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative », *J.C.P. G.* 1958.I.1440
- SLAMA (S.)**, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers », *R.F.D.C.*, 2012, n° 90, pp. 373-386
- SLATTERY (B.)**, « The pluralism of the Charter : revisiting the OAKES test », in L. B. TREMBLAY et G. C. N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. OAKES*, Editions Thémis, Montréal, 2009, pp. 13-35
- SMEETS (S.) et STREBELLE (S.)**, « Terrorisme, criminalité organisée et violence urbaine: l'expérience belge », in A. WEYEMBERGH et E. BRIBOSIA (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2002, pp. 197-217
- SPIELMANN (A.)**, « La convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 673-686
- SOLOZABAL ECHAVARRIA (J. J.)**, « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux – Espagne », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 151-160
- SOUBEYROL (J.)**, « La définition de la loi et la Constitution de 1958 », *A.J.D.A.*, 1960, pp. 123-129
- SOULEZ-LARIVIERE (D.)**, « Propositions pour une différenciation des corps du siège et du Parquet », *A.J. pénal*, octobre 2012, p. 508
- SOURZAT (C.)**, Les droits de la défense, *Droit Pénal*, septembre 2011, pp. 28-30
- STIRN (B.)**, « L'état des libertés: bilan critique », *Pouvoirs*, n° 84, p. 1998, pp. 99-110
- SUDRE (F.)**,
- « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 381-398
 - « Le rôle du Parquet en question », *J.C.P. G.*, 19 avril 2010, n° 16, pp. 830-834

SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, « Faut-il réformer l'enquête policière ? Table ronde », in A.VALLINI, P. HOUILLON, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, n° 3125, Assemblée nationale, 6 juin 2006

SZYMCAK (D.),

- « Droits européens et question prioritaire de constitutionnalité : "les nouvelles liaisons dangereuses" », *Politeia*, n° 17, 2010, pp. 239-261
- « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, Bruxelles, 2012, pp. 445-461

T

TAVERNIER (T.), « Compétence universelle et terrorisme », in *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales. Journée franco-allemande de la Société française pour le droit international*, Edition Pedone, Paris, 2004, pp. 237-252

TCHEN (V.),

- « Etrangers : regards critiques sur la réforme du 16 juin 2011 », *D.A.*, septembre 2011, n° 8-9, p. 24-29
- « De la jonction des sources constitutionnelles et communautaires en droit des étrangers », *Constitutions*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 339-342

TEITGEN-COLLY (C.), « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 153-259

TERNEYRE (P.),

- « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », in P. BON (dir.), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1992, pp. 35-80
- « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *R.D.P.*, 1987, pp. 1489-1515

TERRET (F.), « Rapport introductif », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 3-12

THERON (J.-P.), « Chronique de législation, Sécurité. Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Commentaire portant sur les dispositions relatives à la vidéosurveillance et aux manifestations sur la voie publique », *A.J.D.A.*, 20 mars 1995, pp. 207-211

THOMAS (D.),

- « Les contrôles d'identité préventifs depuis les arrêts de la Chambre criminelle des 4 octobre 1984 et 25 avril 1985 : la nécessité d'une nouvelle réforme », *Recueil Dalloz*, 1985, chron., p. 181-186
- « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynold Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, pp. 53-69

THULLIER (F.), « La menace terroriste : essai de typologie », *Revue politique et parlementaire*, 2004, pp. 37-47

TIGROUDJA (H.), « L'équité du procès pénal et la lutte internationale contre le terrorisme. Réflexions autour de décisions internes et internationales récentes », *R.T.D.H.*, n° 69, 2007, pp. 3-38

TREMBLAY (L. B.), « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité ? », *National Journal of constitutional law*, n° 10, 1998, pp. 41-67

TROPER (M.),

- « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 235-245
- « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 1999, n° 6, pp. 1239-1255
- « L'interprétation constitutionnelle », in MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, Paris, 2005, pp. 13-25
- « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, P.U.F., Léviathan, Paris, 2011, pp. 99-109

TRUCHET (D.),

- « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public: la question d'un droit à la sécurité », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. droit et justice, Bruxelles, 2001, pp. 299-316
- « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », *E.D.C.E.*, n° 50, 1999, pp. 361-374

TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 641-656

TSAKYRAKIS (S.),

- « Proportionality : an assault on human rights? », *International Journal of Constitutional Law*, 2009, pp. 468-493
- « Proportionality : an assault of human rights ? A rejoinder to Madhav Khosla », *I.C.O.N.*, 2010, vol. 8, n° 2, pp. 307-310

TURPIN (D.),

- « La loi du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *R.C.D.I.P.*, 1986, pp. 607-631
- « Les libertés publiques sous la V^e République », *R.D.P.*, 1998, n° 5/6, pp. 1831-1852
- « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 85-97
- « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *R.C.D.I.P.*, 100 (3), juillet-septembre 2011, pp. 499-551

V

VAN DE KERCHOVE (M.), « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *R.S.C.*, 2008, pp. 805-824

VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 541-566

VEDEL (G.),

- « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., Paris, 1980, t. 2, pp. 129-176
- « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 647-671
- « Préface », in G. DRAGO, B. FRANCOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 1999, pp. IX-XV
- « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, p. 77-91
- « Indéfinissable mais présent », *Droits*, n°11, 1990, pp. 67-71
- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950, I, 851
- « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., coll. Recherches politiques, Paris, 1989, pp. 35-64

VERDIER (M.-F.), « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational : une fragilisation inéluctable ? », in *Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 297-328

VERDUSSEN (M.),

- « Les tentations des sociétés démocratiques dans la lutte contre le terrorisme », *Annuaire International des Droits de l'Homme*, vol. II, 2007, pp. 345-364
- « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 1079-1095

VERPEAUX (M.),

- « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 2373-2377
- « La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi I par le Conseil constitutionnel », *J.C.P. G.*, 21 septembre 2009, n° 39, 274, p. 50
- « Les aspects constitutionnels de la liberté personnelle – table ronde », in H. ROUSSILLON, X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2006, pp. 35-56
- « La liberté », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1998, n° spécial, pp. 144-151
- « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2012, pp. 137-155

VIALA (A.),

- « Les réserves d'interprétation: un outil de « resserrement » de la contrainte de constitutionnalité », *R.D.P.*, 1997, n° 2, pp. 1047-1067
- « Droits fondamentaux », in D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 287-319

VIDAL-NAQUET (A.),

- « Un Président de la République plus "encadré" », *J.C.P. G.*, 2008, n° 31-35, pp. 28-34
- « L'incompétence négative du législateur », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLLOT TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 2011, pp. 373-380
- « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », in M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLLOT-TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F. Thémis droit, Paris, 2011, pp. 429-436

VIDELIN (J.-C.), « Le régime juridique des rave parties », *A.J.D.A.*, 24 mai 2004, pp. 1070-1075

VIMBERT (C.), « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *R.D.P.*, 1994, pp. 693-745

VINCENT (J.-Y.), « Le nouveau régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France », *R.A.*, 1980, pp. 363-382

VROOM (C.), « États-Unis. Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, 2002, pp. 161-194

W

WACHSMANN (P.),

- « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.S.C.*, 1988, n° 1, pp. 1-15
- « Les limitations à l'exercice des droits et l'étendue du contrôle juridictionnel », *R.U.D.H.*, 1991, pp. 289-295

WEBBER (G. C. N.), « La disposition limitative de la Charte canadienne : une invitation à définir les droits et libertés aux contours indéterminés », in L. B. TREMBLAY et G. C. N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. OAKES*, Les éditions Thémis, Montréal, 2009, pp. 37-57

WERNER (A.), « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 117-136

WEYEMBERGH (A.), « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in A. WEYEMBERGH et E. BRIBOSIA (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, coll. droit et justice, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 153-195

WOEHLING (J.),

- « La Cour Suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *R.T.D.H.*, 1993, pp. 379-410
- « Les mesures anti terroristes adoptées par le Canada à la suite des attentats du 11 septembre 2001 à New York », *R.F.D.C.*, 2002, pp. 447-457

WYVEKENS (A.), « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe l'œil (ou les habits neufs de l'empereur) », *Déviance et société*, 2010, pp. 503-525

X

XYNOPOULOS (G.), « Proportionnalité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, Paris, 2003, pp. 1251-1253

Z

ZOLLER (E.), « Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Nemesis, Bruxelles, 2005, pp. 35-67

VII. ARTICLES DE JURISPRUDENCE (SÉLECTION)

ALCARAZ (H.), note sous décision n° 2004-499 D.C. du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *R.F.D.C.*, 2004, n° 60, pp. 822-830

AUBIN (E.), « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision Q.P.C. tombant de Charybde en Scylla », *A.J.D.A.*, 6 décembre 2010, p. 2324-2329

BOYER J., « Fichiers de police judiciaire et normes constitutionnelles: quel ordre juridictionnel? (commentaire de la décision du Conseil constitutionnelle du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure) », *L.P.A.*, 22 mai 2003, n° 102, pp. 4-19

DEAL (E.), « L'inviolabilité du domicile "privé" dans la décision n° 2004-492 D.C. du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la "théorie des sphères" », *Cahiers de droit européen*, 2004, pp. 157-195

DECHAUX (R.), « L'immigration "choisie", la Constitution et le Conseil Constitutionnel. Décision n°2006-539 DC du 20 juillet 2006 », *R.F.D.C.*, n°71, 2007, p. 565-580

DOMINGO (M.), « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Cour de Cassation 16 avril 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, n° 10-40.001 et 10-40.002 », *R.F.D.A.*, mai-juin 2010, pp. 445-449

DUPARC (C.), « Application dans le temps de la loi du 25 février 2008 : un retour à l'orthodoxie ? », *A.J. Pénal*, Mars 2010, pp. 136-137

FAVOREU (L.),

- « Décision n° 90-287 D.C. du 16 janvier 1991 (Santé publique et assurances sociales) », *R.F.D.C.*, 1991, n° 6, pp. 294-300
- « Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration », *R.F.D.C.*, 1993, p° 583
- « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée. A propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, tome 1, 1979, pp. 411-425
- note sous la décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995. Vidéosurveillance, *R.F.D.C.*, 1995, pp. 362-372
- « La Cour de Cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution (A propos des arrêts de la Chambre criminelle du 25 avril 1985) », *Recueil Dalloz*, chron., pp. 169-177

FRANCK (C.), note sous décision n° 80-127 D.C., 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *J.C.P. G.*, 1981, 19701

FRAYSSINET (J.), « Le Conseil constitutionnel et la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *R.F.D.C.*, 1993, n° 14, p. 395-405

GINOCCHI (D.), « Le contrôle de la L.O.P.P.S.I. par le Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 30 mai 2011, pp. 1097-1101

GHICA-LEMARCHAND (C.), « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil

constitutionnel du 21 février 2008) », *R.D.P.*, 2008, n° 5, pp. 1381-1397

HAMON (L.) et LEAUTE (J.), note au *Recueil Dalloz*, 1978, J. 173, pp. 173-177

LAZERGES (C.) et ROUSSEAU (D.), « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *R.D.P.* N° 4 2003, p. 1147

LE BOT (O.),

- « Constitutionnalité de la procédure spécifique d'évacuation des gens du voyage », *Constitutions*, n° 4, octobre-décembre 2010, pp. 601-604
- « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale. Note sous Conseil d'Etat, ord., 25 octobre 2007, Mme Y, n° 310125 », *R.F.D.A.*, n°2, mars-avril 2008, pp. 328-336

LEBLOIS-HAPPE (J.), « Première confrontation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009 », *A.J. Pénal*, mars 2010, pp. 129-135

LECUCQ (O.), chronique de jurisprudence constitutionnelle, *R.F.D.C.*, 2006, pp. 760-764

LUCHAIRE (F.), note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances, *Recueil Dalloz*, 1985, pp. 361-367

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.),

- « Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003 : loi pour la sécurité intérieure », *L.P.A.*, 18 septembre 2003, n° 187, pp. 6-13
- chronique de jurisprudence constitutionnelle, Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *L.P.A.*, 29 novembre 1996, n° 144, p. 5

MAYAUD (Y.), « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 du 21 février 2008 », *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 1359-1366

MAYER (D.), note sous Cour de Cassation, ch. Crim., Proc. Gén. Paris c/ Bassilika, *Recueil Dalloz*, 1993, p. 36

NICOT (S.), note sous Décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *R.F.D.C.*, 2004, n° 58, pp. 347-363

PACTEAU (B.), note sous C.E., 22 janvier 1982, *Association Auto défense et autres*, *Recueil Dalloz*, 1982, pp. 495-496

PHILIP (L.), commentaire de la décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *R.D.P.*, 1981, pp. 651-696

RENOUX (T.), note sous décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990 (loi sur la réglementation des télécommunications), *R.F.D.C.*, 1991, pp. 118-128

RIVERO (J.),

- Note sous la décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *A.J.D.A.*, 1976, pp. 44-47
- « Décisions du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 1971, pp. 537-542
- SAAS (C.), « Défendre en garde à vue : une révolution de papier ? », *A.J. Pénal*, janvier 2010, pp. 27-30
- SAAS (C.), Chronique de droit pénal constitutionnel allemand 2007-2008, *R.S.C.*, 2008, pp. 676-691

SCHOETTL (J.-E.),

- « La loi relative à l'immigration et à l'intégration est-elle constitutionnelle? décision du Conseil Constitutionnel du 20 juillet 2006 », *L.P.A.*, 3 août 2006, n° 154, pp. 3-17
- « La loi pour la sécurité intérieure devant le Conseil Constitutionnel », *L.P.A.*, 28 mars 2003, n° 63, pp. 4-26
- note sous Décision n° 98-403 D.C. du 29 juillet 1998 : Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *A.J.D.A.*, 20 septembre 1998, pp. 705-715
- note sous la décision n° 2004-492 D.C. du 2 mars 2004, *Gaz. Pal.*, 15 avril 2004, pp. 3-26

TCHEN (V.), « La loi sur la sécurité intérieure : aspects de droit administratif », *D.A.*, juin 2003, pp. 10-19

WACHSMANN (P.),

- note sous la décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances, *A.J.D.A.*, 20 juin 1985, pp. 362-365
- note de jurisprudence, décision n° 94-345 D.C. du 29 juillet 1994, *A.J.D.A.*, 1994, pp. 731-737

INDEX DE JURISPRUDENCE

*Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes dans
lesquels les arrêts et jugements sont cités*

Décisions du Conseil Constitutionnel

Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole* : **1210**.

Décision n° 67-31 D.C. du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* : **532**.

Décision n° 71-44 D.C. du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association* : **1321**.

Décision n° 73-80 L. du 28 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion* : **709**.

Décision n° 74-54 D.C. du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* : **522, 871**.

Décision n° 76-75 D.C. du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* : **343**.

Décision n° 78-97 D.C. du 27 juillet 1978, *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises* : **1159**.

Décision n° 78-98 D.C. du 22 novembre 1978, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté* : **759**.

Décision n° 79-105 D.C. du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* : **45**.

- Décision n° 79-109 D.C. du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration* : **429, 791, 817, 826, 837, 841, 981, 1182, 1237.**
- Décision n° 80-117 D.C. du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires* : **45, 93, 159, 202, 213.**
- Décision n° 80-119 L du 2 décembre 1980, *Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale* : **1236.**
- Décision n° 80-127 D.C. du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* : **45, 160, 172, 174, 181, 208, 215, 429, 431, 703, 709, 719, 729, 782, 817, 1125, 1150, 1159-1160, 1199.**
- Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* : **37, 45, 96, 161, 172, 178, 194, 218, 327, 1288.**
- Décision n° 82-143 D.C. du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus* : **274.**
- Décision n° 82-144 D.C. du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel* : **153, 234.**
- Décision n° 82-155 D.C. du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificatives pour 1982* : **705.**
- Décision n° 83-164 D.C. du 29 décembre 1983, *Loi de Finances pour 1984* : **1125, 1170, 1248, 1254.**
- Décision n° 83-165 D.C. du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur* : **573.**
- Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* : **153, 573-574, 711, 817, 1222, 1248, 1254, 1284, 1288, 1290.**
- Décision n° 84-184 D.C. du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985* : **825.**
- Décision n° 85-187 D.C. du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances* : **27, 48, 93, 153, 162-164, 165, 167, 178, 219, 1023, 1045, 1303.**
- Décision n° 86-209 D.C. du 3 juillet 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986* : **629.**
- Décision n° 86-210 D.C. du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse* : **571, 578, 1288, 1415.**
- Décision n° 86-211 D.C. du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* : **172, 687, 818.**
- Décision n° 86-213 D.C. du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat* : **45, 616, 709.**

- Décision n° 86-215 D.C. du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance* : **720, 759, 1195.**
- Décision n° 86-216 D.C. du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* : **45, 231, 242, 792, 805, 995.**
- Décision n° 86-217 D.C. du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* : **167, 194, 571, 578, 1290.**
- Décision n° 86-224 D.C. du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* : **1131, 1137.**
- Décision n° 87-149 L du 20 février 1987, *Nature juridique de dispositions du code rural et de divers textes relatifs à la protection de la nature* : **277.**
- Décision n° 88-244 D.C. du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie* : **1136.**
- Décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* : **161, 194, 705-706, 710.**
- Décision n° 89-260 D.C. du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* : **705.**
- Décision n° 90-280 D.C. du 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* : **629.**
- Décision n° 90-281 D.C. du 27 décembre 1990, *Loi sur la réglementation des télécommunications* : **276, 691, 813, 819, 1170, 1248, 1254.**
- Décision n° 90-283 D.C. du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* : **327.**
- Décision n° 91-294 D.C. du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes* : **95, 227.**
- Décision n° 91-304 D.C. du 15 janvier 1992, *Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* : **272, 327.**
- Décision n° 92-307 D.C. du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* : **670, 706, 813, 825-827, 840.**
- Décision n° 92-312 D.C. du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union Européenne* : **872.**
- Décision n° 93-321 D.C. du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité* : **1161.**
- Décision n° 93-323 D.C. du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* : **172, 225, 578, 584, 689, 818, 825, 920, 1364.**

- Décision n° 93-326 D.C. du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale* : **45, 688, 695, 815, 819, 825-826, 832, 837, 906, 972, 1214, 1392.**
- Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* : **38, 45, 187, 226, 230, 232, 252, 573, 578, 705-706, 764, 769, 780, 792, 805, 1125, 1161, 1182, 1186, 1236, 1282, 1419.**
- Décision n° 94-334 D.C. du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale* : **758, 1195, 1397.**
- Décision n° 93-335 D.C. du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction* : **1236.**
- Décision n° 94-345 D.C. du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française* : **194, 1286.**
- Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* : **37-38, 45, 172, 179, 181, 187, 225, 426, 429, 458, 578, 584, 639, 678, 707, 730, 743, 822, 831, 1126, 1143, 1227, 1263, 1277-1278.**
- Décision n° 96-373 D.C. du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* : **1236.**
- Décision n° 96-377 D.C. du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire* : **38, 187, 225, 228, 333, 687, 707, 723, 730, 733, 820-821, 823, 1172-1173, 1250, 1256, 1406.**
- Décision n° 96-378 D.C. du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications* : **161, 167, 194.**
- Décision n° 97-389 D.C. du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* : **468, 578, 639, 689, 720, 749, 825, 841, 1013, 1182, 1184, 1227, 1237, 1239, 1249, 1255, 1263, 1419, 1432.**
- Décision n° 97-395 D.C. du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998* : **1191.**
- Décision n° 97-394 D.C. du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union Européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes* : **872.**
- Décision n° 98-399 D.C. du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile* : **206.**
- Décision n° 98-401 D.C. du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* : **557.**
- Décision n° 98-405 D.C. du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999* : **1126.**

- Décision n° 99-410 D.C. du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie* : **1161**.
- Décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* : **1286**.
- Décision n° 99-411 D.C. du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs* : **181, 225, 711, 720, 731, 860, 1151-1152**.
- Décision n° 99-419 D.C. du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : **253, 1126**.
- Décision n° 99-421 D.C. du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* : **557-558, 562, 997**.
- Décision n° 99-422 D.C. du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000* : **1126**.
- Décision n° 2000-426 D.C. du 30 mars 2000, *Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice* : **246**.
- Décision n° 2000-434 D.C. du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse* : **273, 316**.
- Décision n° 2000-436 D.C. du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain* : **627**.
- Décision n° 2001-450 D.C. du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* : **272, 327**.
- Décision n° 2001-451 D.C. du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles* : **557**.
- Décision n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale* : **1199**.
- Décision n° 2003-466 D.C. du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité* : **815**.
- Décision n° 2003-467 D.C. du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* : **167, 181, 187-188, 198, 225, 426, 431, 464, 488, 534, 536, 543-544, 565-566, 569, 604-605, 612, 622, 630, 634-635, 639-640, 666-667, 673, 678, 707, 709, 713, 716, 724, 727, 730, 733, 786, 808, 822, 831, 836, 860, 863-864, 866, 1127, 1136, 1145, 1153-1154, 1184, 1189, 1199-1200, 1228-1229, 1232, 1239, 1271, 1279, 1281, 1294, 1334-1335, 1340, 1419-1420, 1423**.
- Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* : **182, 402, 408, 431, 435, 447, 534, 536-537-538, 541, 551, 559, 578, 580, 604, 635, 672, 804, 806, 815, 841, 1136, 1139, 1237, 1282, 1379, 1425**.
- Décision n° 2004-496 D.C. du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* : **872**.

- Décision n° 2004-505 D.C. du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* : **872**.
- Décision n° 2005-520 D.C. du 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* : **1159, 1392**.
- Décision n° 2005-527 D.C. du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales* : **510, 756, 760, 789, 795, 853, 932, 1194, 1196**.
- Décision n° 2005-528 D.C. du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006* : **231, 597**.
- Décision n° 2005-532 D.C. du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers* : **184, 225, 431, 443, 458, 536, 539, 604, 632, 635, 639, 678, 699, 744, 1130, 1136, 1229, 1232, 1280**.
- Décision n° 2006-539 D.C. du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration* : **231, 534, 536, 559, 566, 628, 635, 640**.
- Décision n° 2006-540 D.C. du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : **557, 872**.
- Décision n° 2007-554 D.C. du 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* : **722, 724, 727, 756, 1166, 1168, 1194, 1217, 1393**.
- Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* : **183, 431, 452, 534, 536, 559, 568, 629, 635, 639-640, 644, 1229**.
- Décision n° 2007-560 D.C. du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union Européenne et le traité instituant la communauté européenne* : **872**.
- Décision n° 2008-562 D.C. du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* : **45, 185, 337, 431, 454, 629, 705, 757, 761, 789, 933, 964, 966, 1136, 1196, 1201, 1221, 1230, 1273**.
- Décision n° 2009-577 D.C. du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision* : **1288**.
- Décision n° 2009-580 D.C. du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* : **707, 1155, 1156, 1287, 1288, 1289, 1295**.
- Décision n° 2009-593 D.C. du 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire* : **758, 1195**.
- Décision n° 2009-595 D.C. du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* : **1003, 1007**.
- Décision n° 2010-601 D.C. du 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales* : **547, 578**.

- Décision n° 2010-604 D.C. du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public* : **167, 187-188, 206, 488, 709, 714.**
- Décision n° 2010-605 D.C. du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* : **175, 871.**
- Décision n° 2010-6/7 Q.P.C. du 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres* : **1161.**
- Décision n° 2010-5 Q.P.C. du 18 juin 2010, *SNC Kimberly-Clark* : **563.**
- Décision n° 2010-4/17 Q.P.C. du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre* : **563.**
- Décision n° 2010-14/22 Q.P.C. du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* : **167, 613, 649, 688, 784, 815, 819, 876, 906-907, 981, 1009, 1011.**
- Décision n° 2010-25 Q.P.C. du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.* : **276, 337, 391, 484, 554, 600, 619, 627, 688, 696, 783, 786, 884, 900-902, 1200, 1372.**
- Décision n° 2010-31 Q.P.C. du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres* : **784, 1384.**
- Décision n° 2010-40 Q.P.C. du 29 septembre 2010, *M. Thierry B.* : **1161-1162, 1392.**
- Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* : **40, 243, 246, 431, 456, 725, 989, 995.**
- Décision n° 2010-71 Q.P.C. du 26 novembre 2010, *Melle Danielle S.* : **578, 586, 635, 673, 793, 813, 826, 828-829, 834, 837-838, 843-844, 981, 983, 1004, 1229, 1282, 1413.**
- Décision n° 2010-72/75/82 Q.P.C. du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres* : **1161.**
- Décision n° 2010-80 Q.P.C. du 17 décembre 2010, *M. Michel F.* : **783-784, 815, 819, 824, 833, 961, 972, 977, 1200.**
- Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure* : **38, 167, 187, 301, 441, 536, 559, 565, 567, 578, 586, 599, 629, 634, 636-638, 640, 668, 674-675, 678, 683-685, 692-694, 700, 707, 709, 718, 725, 730, 742, 758, 764, 766-770, 1195, 1220, 1229, 1269, 1295-1297, 1428.**
- Décision n° 2011-131 D.C. du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre* : **1284, 1287.**
- Décision n° 2011-631 D.C. du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* : **182, 534, 536-537, 559, 565, 578, 586, 634, 794, 804, 807, 834, 841-842, 1129, 1186, 1229, 1237, 1241, 1425.**
- Décision n° 2011-135/140 Q.P.C. du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre* : **578, 586, 794, 803, 825-826, 829, 834, 837-838, 844, 981, 1004, 1413.**
- Décision n° 2011-134 Q.P.C. du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres* : **563.**
- Décision n° 2011-163 Q.P.C. du 16 septembre 2011, *M. Claude N.* : **711-712.**

Décision n° 2011-174 Q.P.C. du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P.* : **578, 586, 794, 803, 825, 963, 1004.**

Décision n° 2011-191/194/195/196/197 Q.P.C. du 18 novembre 2011, *Mme Elise A. et autres* : **908, 1215.**

Décision n° 2011-199 Q.P.C. du 25 novembre 2011, *M. Michel G.* : **710.**

Décision n° 2011-202 Q.P.C. du 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q.* : **837-838, 844, 981, 1004, 1413.**

Décision n° 2011-210 Q.P.C. du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.* : **710.**

Décision n° 2011-217 Q.P.C. du 3 février 2012, *M. Mohammed Akli B.* : **944-950.**

Décision n° 2011-222 Q.P.C. du 17 février 2012, *M. Bruno L.* : **711.**

Décision n° 2011-223 Q.P.C. du 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia* : **909, 1216.**

Décision n° 2012-647 D.C. du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* : **153, 195, 651, 1222.**

Décision n° 2012-651 D.C. du 22 mars 2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines* : **673.**

Décision n° 2012-652 D.C. du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité* : **167, 175, 578, 645, 1272.**

Décision n° 2012-228/229 Q.P.C. du 6 avril 2012, *M. Kiril Z.* : **620.**

Décision n° 2012-240 Q.P.C. du 4 mai 2012, *M. Gérard D.* : **711.**

Décision n° 2012-253 Q.P.C. du 8 juin 2012, *M. Mickaël D.* : **794, 802, 825, 839, 958, 964.**

Décision n° 2012-257 Q.P.C. du 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autre* : **168, 784.**

Décision n° 2012-266 Q.P.C. du 20 juillet 2012, *M. Georges R.* : **710.**

Décision n° 2012-279 Q.P.C. du 5 octobre 2012, *M. Jean-Claude P.* : **219, 1139, 1223.**

Décision n° 2012-656 D.C. du 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir* : **618.**

Décision n° 2013-319 Q.P.C. du 7 juin 2013, *M. Philippe B.* : **1287.**

Décision n° 2013-314 Q.P.C. du 14 juin 2013, *M. Jérémie F.* : **1237.**

Décision n° 2013-329 Q.P.C. du 28 juin 2013, *Société Garage Dupasquier* : **1161.**

Décision n° 2013-347 Q.P.C. du 11 octobre 2013, *M. Karamoko F.* : **1237.**

Arrêts et avis du Conseil d'État

C.E., 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et de tramways* : **166, 266, 271.**

C.E., 4 mai 1906, *Sieur Babin* : **166, 266, 271.**

C.E., 19 février 1909, *Abbé Olivier* : **588.**

C.E., 10 août 1917, *Baldy* : **26, 588.**

C.E., 8 août 1919, *Labonne* : **273, 309, 312, 317.**

C.E., Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary* : **302.**

C.E., 19 mai 1933, *Benjamin* : **26, 588.**

C.E., avis du 1^{er} juin 1948 relatif à la loi du 13 avril 1928 : **266.**

C.E., 7 juillet 1950, *Dehaene* : **26, 200, 233-234, 294, 309-310.**

C.E., 11 mai 1951, *Baud* : **428, 464.**

C.E., 5 mars 1952, *Dame Veuve Guerreau* : **428.**

C.E., 27 mars 1952, *Sieur Clément c/ Sieur Guiguet* : **428.**

C.E., Sect., 19 février 1954, *Union des syndicats d'ouvriers de la région parisienne CGT et Sieur Hénaff* : **1315.**

C.E., 18 mars 1956, *Hublin* : **311.**

C.E., 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques* : **30.**

C.E., Sect., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz* : **302.**

C.E., Ass., 13 mai 1960, *SARL « Restaurant Nicolas »* : **273.**

C.E., 24 juin 1960, *Sarl Le Monde, Société Frampar et Société France Edition et publication* : **428.**

C.E., 19 janvier 1962, *Bernadet* : **311.**

C.E., 9 juillet 1965, *Pouzenc* : **311.**

C.E., 2 mai 1973, *Association cultuelle des Israélites nord-africains de Paris* : **273.**

C.E., Ass., 4 octobre 1974, *Dame David* : **297.**

C.E., 19 novembre 1975, *Durand* : **428.**

C.E., 17 février 1978, *Comité pour léguer l'esprit de la Résistance* : **273.**

C.E., 22 décembre 1978, *Union des chambres syndicales d'affichage* : **273**.

C.E., 2^e et 6^e sous-sections réunies, 17 janvier 1988, *Ministre de l'intérieur c/ Elfenzi* : **1182**.

C.E., sect., 19 avril 1992, *Aykan* : **23**.

C.E., 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton* : **302**.

C.E., Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière* : **294**.

C.E., 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt* : **302**.

C.E., ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay* : **1439**.

C.E., 30 avril 2004, *Association Technopol* : **1323**.

C.E., 1^{er} décembre 2004, *Onesto et autres* : **294**.

C.E., ord. référé, 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres* : **60, 343**.

C.E., Sect., 19 mars 2007, *Madame X et autres* : **314-315**.

C.E., 12 décembre 2007, *Section française de l'Observatoire international des prisons* : **931**.

C.E., 11 juin 2010, *Syndicat Sud R.A.T.P.* : **294, 311**.

C.E., 6^e et 1^e sous-sections réunies, 26 novembre 2010, *M. Jean-Paul A. et Section française de l'Observatoire international des prisons* : **933**.

C.E., 25 septembre 2013, *Société Rapidépannage 62* : **314**.

Jugements des Tribunaux Administratifs

T.A. Versailles, 17 janvier 1986, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne* : **302**.

T.A. Marseille, 25 janvier 2007, *Société Port Saint Pierre Loisirs* : **302**.

Arrêts et avis de la Cour de Cassation

C.Cass., crim., 18 août 1873 : **495**.

C.Cass., crim., 5 janvier 1973, *Friedel* : **428**.

C.Cass., civ. 2^{ème}, 19 février 2004 : **749**.

- C.Cass., crim., 1^{er} décembre 2004 : **1015**.
- C.Cass., crim., 21 janvier 2009 : **455**.
- C.Cass., crim., 16 décembre 2009 : **455**.
- C.Cass., crim., arrêt n° 5699, 19 octobre 2010 : **906**.
- C.Cass., crim., arrêt n° 5700, 19 octobre 2010 : **906**.
- C.Cass., crim., arrêt n° 5701, 19 octobre 2010 : **906**.
- C.Cass., Ass. Plén., 29 juin 2010 : **922**.
- C.Cass., crim., 15 décembre 2010 : **975, 977**.
- C.Cass., civ. 1^e, 23 février 2011 : **922**.
- C.Cass., crim., 29 mars 2011 : **977**.
- C.Cass., civ. 1^e, 18 mai 2011 : **922**.
- C.Cass., civ. 1^e, 1^{er} février 2012 : **923**.
- C.Cass., civ. 1^e, 14 mars 2012 : **923**.
- C.Cass., crim., avis n° 9002, 5 juin 2012 : **943**.
- C.Cass., civ. 1^e, 6 juin 2012 : **924**.
- C.Cass., civ. 1^{ère}, 5 juillet 2012 : **943**.

Jugements de Tribunaux de Grande Instance et arrêts de Cours d'Appel

- C.A. Paris, 23 mars 2011 : **922**.
- T.G.I. de Toulouse, J.L.D., ordonnance du 30 janvier 2012 : **923**.
- C.A. Toulouse, ordonnance du 1^{er} février 2012 : **923**.

Décisions du Tribunal des Conflits

- T.C., 30 octobre 1947, *Barinstein* : **299**.
- T.C., 7 juin 1951, *Noualek* : **428**.
- T.C., 27 juin 1955, *dame Barnier* : **428**.

T.C., 5 décembre 1977, *Demoiselle Motsch* : **428**.

Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

C.E.D.H., *Handyside c/ Royaume Uni*, 7 décembre 1976 : **893**.

C.E.D.H., *Klass c/ Allemagne*, 6 septembre 1978 : **893**.

C.E.D.H., *Sunday Times c/ Royaume Uni*, 26 avril 1979 : **882, 893**.

C.E.D.H., *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979 : **885**.

C.E.D.H., *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979 : **885**.

C.E.D.H., *Winterwerp c/ Pays-Bas*, 24 octobre 1979 : **955**.

C.E.D.H., *Schiesser c/ Suisse*, 4 décembre 1979 : **974**.

C.E.D.H., *Dudgeon c/ Royaume Uni*, 22 octobre 1981 : **893**.

C.E.D.H., *Van der Mussele c. Belgique*, 23 novembre 1983 : **111**.

C.E.D.H., *Malone c/ Royaume-Uni*, 2 août 1984 : **882**.

C.E.D.H., *Rasmussen c/ Danemark*, 28 novembre 1984 : **914**.

C.E.D.H., *Gillow c/ Royaume Uni*, 24 novembre 1986 : **893**.

C.E.D.H., *Olsson c/ suède*, 24 mars 1988 : **882, 893**.

C.E.D.H., *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, 29 novembre 1988 : **977, 980**.

C.E.D.H., *Kruslin c/ France*, 24 avril 1990 : **881, 882**.

C.E.D.H., *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, 30 août 1990 : **960**.

C.E.D.H., *Welch c/ Royaume-Uni*, 9 février 1995 : **929**.

C.E.D.H., *Jamil c/ France*, 8 juin 1995 : **929**.

C.E.D.H., Gr. Ch., *McCann et al. c/ Royaume-Uni*, 27 septembre 1995 : **110**.

C.E.D.H., *Amuur c/ France*, 25 juin 1996 : **956**.

C.E.D.H., *Kopp, c/ Suisse* du 25 mars 1998 : **882**.

C.E.D.H., *Lambert c/ France*, 24 août 1998 : **882**.

C.E.D.H., *Aquilina c/ Malte*, 29 avril 1999 : **977, 980**.

C.E.D.H., *Baskaya et Okçuoglu c/ Turquie*, 8 juillet 1999 : **937**.

- C.E.D.H. (recevabilité), *A. C. c/ France*, 14 décembre 1999 : **975**.
- C.E.D.H., *Baranowski c/ Pologne*, 28 mars 2000 : **957**.
- C.E.D.H., *Witold Litwa c/ Pologne*, 4 avril 2000 : **964**.
- C.E.D.H., *Hatton et autres c/ Royaume Uni*, 2 octobre 2001 : **895**.
- C.E.D.H., *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002 : **938**.
- C.E.D.H., *Delbec c/ France*, 18 juin 2002 : **982**.
- C.E.D.H., *D.M. c/ France*, 27 juin 2002 : **982**.
- C.E.D.H., *L.R. c/ France*, 27 juin 2002 : **982**.
- C.E.D.H., *Laidin c/ France*, 5 novembre 2002 : **982**.
- C.E.D.H., *Pantea c/ Roumanie*, 3 juin 2003 : **974**.
- C.E.D.H., *R.L. et M.-J.D. c/ France*, 19 mai 2004 : **962-963**.
- C.E.D.H., *Mathieu c/ France*, 27 octobre 2005 : **982**.
- C.E.D.H., *Zervudacki c/ France*, 27 juillet 2006 : **957, 975**.
- C.E.D.H., *Castelot c/ France*, déc., 21 juin 2007 : **959**.
- C.E.D.H., *Kafkaris c/ Chypre*, 12 février 2008 : **929**.
- C.E.D.H., *Medvedyev et autres c/ France*, 10 juillet 2008 : **975**.
- C.E.D.H., *Salduz c/ Turquie* 27 novembre 2008 : **905**.
- C.E.D.H., *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008 : **882-883-884-895, 897, 899**.
- C.E.D.H., *Dayanan c/ Turquie*, 13 octobre 2009 : **905**.
- C.E.D.H., *Bouchacourt c/ France*, 17 décembre 2009 : **883, 895, 929-930**.
- C.E.D.H., *M. c/ Allemagne*, 17 décembre 2009 : **929, 934-935, 966-967**.
- C.E.D.H., *M. B. c/ France*, 17 décembre 2009 : **883**.
- C.E.D.H., *Gardel c/ France*, 17 décembre 2009 : **883**.
- C.E.D.H., *Boz c/ Turquie*, 9 février 2010 : **905**.
- C.E.D.H., *Adamkiewicz c/ Pologne*, 2 mars 2010 : **905**.
- C.E.D.H., gr. Ch., *Medvedyev et autres c/ France*, 29 mars 2010 : **975**.
- C.E.D.H., *Brusco c/ France*, 14 octobre 2010 : **905**.

C.E.D.H., *Baudouin c/ France*, 18 novembre 2010 : **982**.

C.E.D.H., *Moulin c/ France*, 23 novembre 2010 : **975-976**.

C.E.D.H., *Patoux c/ France*, 14 avril 2011 : **982**.

C.E.D.H., *Colon c. Pays-Bas*, décision du 15 mai 2012 : **894**.

C.E.D.H., *Vassis et autres c/ France*, 27 juin 2013 : **975-976**.

Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes / Cour de Justice de l'Union Européenne / Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes

C.J.C.E., 26 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique* : **892**.

C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili* : **892**.

C.J.C.E. du 17 décembre 1979, *Internationale Handelsgesellschaft c/ Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* : **892**.

C.J.C.E., 18 mars 1980, *Valsabbia* : **892**.

T.P.I.C.E., 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes* : **887**.

T.P.I.C.E., 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des communautés européennes* : **887**.

C.J.U.E., 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes* : **887**.

C.J.U.E., *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, 22 juin 2010 : **918**.

C.J.U.E., *El Dridi*, 28 avril 2011 : **941**.

C.J.U.E., *Achubhabian*, 6 décembre 2011 : **941**.

Arrêts et décisions des cours étrangères

Cour Suprême du Canada, *R. c/ Oakes*, 1986 : **1001, 1105**.

Cour Constitutionnelle sud-africaine, *S. v/ Makwanyane*, 1995 : **1001**.

Cour Suprême du Canada, *Suresh c. Canada, Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, 2002. : **1107**.

Cour Suprême du Canada, *Ahani c. Canada, Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, 2002 : **1107**.

Cour d'Appel de la Chambre des Lords, *A (FC) & others (FC) v. Secretary of State for the Home department House of Lords*, session 2004-2005, UKLH 56 : **358**.

INDEX DES AUTEURS

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

ALEXY (R.): 55, 65, 100, 102, 122, 1245.

ACKERMAN (B.): 1025, 1035, 1036, 1056.

B

BURDEAU (G.): 5, 16, 51, 309, 1068, 1124.

C

CAPITANT (D.) : 52, 65, 149, 222, 223, 235, 1099, 1118, 1119, 1305.

CERDA-GUZMAN (C.) : 356, 540, 886, 887, 989, 1020, 1022, 1025, 1029, 1056, 1063, 1066, 1073, 1096, 1099, 1110.

CESONI (M.-L.) : 379, 1051.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) : 12, 218, 1140.

CORNU (G.) : 19, 21, 49, 53, 54, 411, 658, 1326.

D

DE MONTALIVET (P.) : 37, 78, 91, 94, 96, 148, 151, 154, 155, 176, 177, 228, 526, 532, 561, 564, 567, 1110, 1122, 1237, 1290, 1415.

DELMAS-MARTY (M.): 34, 35, 58, 59, 106, 356, 359, 695, 703, 709, 1025, 1343, 1344, 1345, 1381.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.) : 68, 866, 873, 894, 1139.

DWORKIN (R.) : 356, 1081.

F

FAVOREU (L.) : 10, 11, 12, 14, 40, 46, 59, 65, 142, 163, 205, 236, 264, 266, 267, 268, 272, 273, 274, 278, 308, 311, 317, 319, 381, 385, 402, 411, 425, 520, 522, 524, 530, 532, 573, 699, 709, 750, 776, 777, 813, 816, 831, 855, 860, 988, 1093, 1118, 1119, 1124, 1125, 1150, 1152, 1199, 1205, 1206, 1207, 1212, 1213, 1226, 1235, 1241, 1277, 1282, 1290, 1302, 1317, 1352, 1390.

FONTAINE (L.) : 1035, 1036, 1037, 1050, 1052, 1053, 1054, 1057, 1060.

FROMONT (M.) : 12, 241, 245, 266, 587, 588, 593, 596, 707, 892, 893.

G

GENEVOIS (B.) : 26, 37, 68, 142, 155, 179, 273, 318, 524, 851, 873, 1020, 1022, 1073, 1120, 1122, 1139, 1204, 1206, 1208, 1221.

GOESEL LE BIHAN (V.) : 593, 597, 624, 625, 629, 631, 639, 640, 653, 1210, 1221, 1229.

GRANGER (M.-A.) : 32, 426, 429, 445, 569, 594, 660, 662, 669, 676, 685, 695, 697, 701, 743, 750, 1016, 1110, 1133,

GREWE (C.) : 43, 50, 65, 99, 393, 538, 714, 883, 1051, 1066, 1108, 1119, 1245, 1246, 1247, 1259, 1261,

L

LAZERGES (C.) : 344, 375, 377, 387, 447, 455, 481, 713, 715, 718, 855, 1140, 1143, 1152, 1154, 1168, 1294, 1338, 1343, 1345, 1375, 1395.

LECUCQ (O.) : 407, 447, 765, 767, 770, 841, 1154, 1186, 1237, 1241, 1282, 1386, 1387, 1410.

LEVADE (A.) : 37, 113, 220, 256, 628, 872, 918, 945, 949, 950.

LUCHAIRE (F.) : 37, 87, 93, 129, 130, 133, 152, 153, 165, 167, 176, 177, 219, 220, 246, 249, 268, 273, 532, 557, 728, 827, 831, 1020, 1124, 1125, 1415.

M

MARGUENAUD (J.-P.) : 20, 55, 491, 491, 492, 1061, 1171, 1177, 1264.

MASTOR (W.) : 356, 357, 389, 857, 1055, 1064, 1093.

MATHIEU (B.) : 37, 46, 59, 118, 156, 200, 228, 240, 257, 520, 524, 525, 559, 577, 579, 806, 809, 831, 857, 872, 1007, 1021, 1073, 1075, 1086, 1087, 1089, 1090, 1094, 1098, 1110, 1190, 1203, 1241, 1336, 1339.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) : 14, 40, 129, 256, 258, 264, 418, 618, 1020, 1148, 1207.

MERLAND (G.) : 141, 174, 175, 201, 220.

MOLFESSIS (N.) : 96, 157, 660, 992, 1007.

MORANGE (J.) : 8, 10, 16, 30, 34, 264, 1071, 1072, 1095, 1285, 1303, 1305, 1309, 1315.

P

PECES BARBA MARTINEZ (G.) : 50, 51, 108, 199, 1207.

PENA-GAIA (A.) : 14, 638, 675, 692, 694, 699, 774, 776, 811, 829, 838, 844, 845, 1001, 1124, 1125, 1131, 1133, 1134, 1138, 1139, 1145, 1223, 1353, 1412.

PHILIP (L.) : 40, 162, 204, 216, 429, 522, 776, 813, 855, 1057, 1073, 1093, 1205.

PHILIPPE (X.) : 44, 50, 55, 104, 117, 128, 165, 240, 587, 590, 593, 594, 782, 1025, 1079, 1091, 1098, 1262.

PICARD (E.) : 12, 16, 19, 20, 24-27, 29, 64, 77, 98, 229, 466, 658, 660, 850-851.

PRADEL (J.): 34, 372, 455, 512, 746, 789, 1346, 1349.

R

RENOUX (T.): 15, 387, 498, 502, 719, 721, 732, 758, 763, 773, 775-776, 792, 811, 813, 815-816, 818, 856, 973, 1136, 1195, 1255, 1375.

RIALS (S.) : 4, 83, 126, 136, 241, 1207.

RIVERO (J.) : 8, 10, 21, 26, 34, 65-67, 124, 129, 239, 249, 251, 264, 267, 300, 519, 524, 530, 774, 1018, 1020, 1022, 1071-1072, 1075, 1119, 1124, 1260, 1303, 1308, 1311, 1313, 1319, 1328, 1409.

ROBLOT-TROIZIER (A.) : 39, 40, 189, 1021, 1237, 1368.

S

SAINT JAMES (V.) : 241, 995, 1117, 1120, 1122, 1301.

SUDRE (F.) : 26, 58, 60, 107, 877, 881, 884, 895, 952, 954, 975, 1086.

SZYMCZAK (D.) : 68, 871, 873, 893, 894.

T

TREMEAU (J.) : 266, 272-274, 312, 317, 318, 327, 530, 532, 545, 1077, 2698.

TROPER (M.) : 128, 201, 346, 348, 350.

V

VAN DE KERCHOVE (M.) : 755, 756, 1194.

VEDEL (G.) : 19, 26, 135, 145, 151, 155, 240, 318, 428, 524, 589, 660, 992-993, 995, 1020, 1057, 1138, 1204, 1208, 1303.

VIDAL-NAQUET (A.) : 268, 272, 274, 530, 547, 571, 573, 577-579, 1043, 1303, 1415-1417, 1419, 1424, 1426.

W

WACHSMANN (P.) : 58, 65, 153, 163, 165, 220, 653, 725, 825, 1381.

WALINE (M.) : 4, 41, 132-134, 199, 266, 311, 813, 1235.

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Adéquation :

- **contrôle de l' –** : 597-600, 627-628, 636, 641, 646, 649, 797-798, 802, 895-896, 897-898, 900, 1081, 1104, 1289.

Autorité judiciaire :

- **autorisation préalable de l' –** : 603, 679-680, 828-831, 1277-1278, 1321.
- **rôle de l' –** : 656, 717-718, 721, 726, 825-828, 861-867, 1048, 1165, 1334-1336, 1340, 1372.
- **direction et contrôle de l' – (police judiciaire)** : 677-701, 743-745, 752.
 - **aspect fonctionnel** : 688-690, 1013-1016.
 - **aspect organique** : 691-694.
- **information de l' –** : 832-836.
- **intervention de l' – (liberté individuelle)** : 773-774, 778, 791-792, 804-806, 811-814, 837-845, 959-960, 962, 965-966, 968, 979-983, 1004, 1132-1133, 1142-1147, 1218, 1220-1221, 1223, 1413.
- **répartition des compétences au sein de l' –** : 815-824, 972-978, 1255-1256.

Avocat : voir droits de la défense

C

Changement de circonstances : 613-615, 906, 1002, 1007-1011, 1013, 1015-1016.

Clause de limitation des droits fondamentaux :

- **notion** : 43, 1065-1067, 1073-1075, 1087-1090, 1091, 1094-1095.
 - **Charte canadienne des droits et libertés** : 43, 52, 118, 1077, 1079, 1101, 1105-1107.
 - **Loi Fondamentale allemande** : 43, 47, 118-119, 1077, 1082, 1108.
 - **Constitution de la République d'Afrique du Sud** : 43, 117, 1077, 1079-1080, 1100.
 - **Constitution de la République portugaise** : 43, 118-119, 1077-1078, 1082.
- **clause spécifique de limitation** : 104-112, 119-120.
- **clause générale de limitation** : 113-114, 116-117.

Codification : 1024, 1064-1066, 1073-1074, 1077, 1091-1092, 1103, 1110-1111.

Compétence législative :

- **clause générale de compétence législative** : 148, 151 et s.
- **incompétence négative** : 530-555.
- **mise en cause/mise en œuvre** : 267, 274, 327.
- **réserves spécifiques de compétence législative** : 149, 191-209.

Conciliation :

- **notion** : 48, 155-157.
- **fondement de l'opération de** – : 158 et s.

Constitution d'urgence : 1035-1037.**Constitutionnalisation (processus de)** : 212-221, 1024-1064.**Contrôles d'identité** : 369, 434, 748-750, 818, 863, 924, 1365.

D

Dangerosité : 453-454, 508-512, 760, 789, 931, 936, 1196, 1342-1349, 1359, 1381-1382.**Dérogation :**

- **notion** : 53-54.
- **régimes dérogatoires du droit commun** : 371 et s., 476 et s.

Détention provisoire : 475-476, 783, 828, 954, 1376-1378, 1385, 1425.**Dissimulation du visage dans l'espace public** : 247-258, 997, 1368.**Droit à la sécurité** : 31-32.**Droit au recours** : 1235 et s.**Droit au respect de la vie privée :**

- **notion** : 1260-1263.
- **fondement** : 777, 1224-1248.
- **degré de protection** : 1219-1224, 1227-1229, 1231-1234, 1264-1283.

Droit de grève : 139, 159, 192-194, 199-202, 214, 233, 310.**Droits de la défense :**

- **notion** : 1396-1397.
- **assistance effective de l'avocat** : 375, 481-486, 598, 606, 646, 905 et s., 910, 1214-1215, 1397-1406.
- **libre choix de l'avocat** : 549-550, 909.

Droits fondamentaux :

- **notion** : 11-13.
- **théorie des sphères** : 1244 et s.
- **– éventuels** : 1331 et s.
- **mise en œuvre des –** : 1351 et s.
- **Protection légale des –** : 1415 et s.

Droits-garanties :

- **notion** : 205, 1169, 1212.
- **degré de protection** : 1213 et s.
- **exception aux –** : 1391 et s.
- **report de l'exercice des –** : 1404 et s.

Droits-libertés :

- **notion** : 1123, 1136-1137, 1212.
- **degré de protection** : 1142-1148, 1219-1224, 1226-1234.
- **mesures restrictives de liberté** : 1355 et s.
- **mesures privatives de liberté** : 1374 et s.

E

Effet-cliquet : 572-577.**Exception :**

- **notion** : 53-54.
- **régimes / Etats d'–** : 57-60, 343-360, 1039-1046, 1050-1064.

F

Fichiers :

- **définition organique** : 284-293.
- **F.N.A.E.G.** : 287, 337, 390-391, 484, 553-554, 600, 619, 683, 688, 884, 900-901, 1372.
- **S.T.I.C.** : 289, 338, 462, 543, 1333-1336, 1337-1340.
- **FJ.N.A.I.S.** : 287, 332, 461, 477, 548, 611, 635, 648, 652, 788, 883, 895, 930, 1129, 1146, 1196, 1271, 1281, 1371.

G

Garanties légales des exigences constitutionnelles :

- **notion** : 570-572, 578-586, 1416,.
- **garanties substantielles** : 1427-1433.
- **garanties procédurales** : 1418-1426.

Garde à vue :

- **régimes juridiques** : 378, 387, 403, 481-482, 613-614, 620, 819 et s., 904 et s., 974-977, 1008-1011, 1375, 1383-1384, 1398, 1400-1405.
- **garanties** : voir droits de la défense.

H

Hospitalisation d'office : 793-794, 803, 826, 828, 837-838, 843, 963, 981-983, 1004, 1411-1412.

I

Individualisation des peines : 1159-1169, 1217-1218, 1392-1395.

Inviolabilité du domicile : 777, 1170-1177, 1223, 1247-1259.

L

Légalité des délits et des peines : 709-718.

Liberté d'expression et de communication : 81, 104-106, 127-128, 137, 161, 192-193, 194-198, 217, 1284 et s.

Liberté d'opinion : 80, 83-84, 91, 125, 127-128, 137, 192-193, 194-198.

Liberté d'aller et venir : 640, 776, 1224-1248, 1219-1221, 1223, 1226-1234, 1348, 1355-1373.

Liberté individuelle :

- **notion** : 773-778, 1123-1148.
- **degré de protection** : 1221, 1230-1234.
- **aménagement/limitation** : 1342-1349, 1374-1389.
- **garanties** : voir rigueur nécessaire et autorité judiciaire.

Liberté personnelle : 255, 1136, 1138-1139, 1145-1147, 1368.

Limitation :

- **notion** : 49-56.
- **mise en œuvre** : voir droits-libertés et droits-garanties.
- **théorie externe de la limitation** : 102-121.
- **théorie interne de la limitation** : 122-144.

« Limites aux limites » aux droits fondamentaux :

- **notion** : 46-48, 520-527.
- **génériques** : 528 et s.
- **spécifiques** : 656 et s.

Limite :

- **définition organique** : 270 et s.
- **destinataires des** – : 384 et s.
- **spécificité formelle des** – : 343-360.
- **diversité matérielle des** – : 425 et s.
- **Limites immanentes** : 222-223.

M

Magistrat : voir autorité judiciaire.

Mesures de police administrative :

- **Finalités :** 431-457.
- **Qualification :** 740-745.
- **« limites aux limites » :** 662-676.
- Voir régimes dérogatoires du droit commun.

Mesures de police judiciaire :

- **Finalités :** 458-487.
- **Qualification :** 746-753.
- **« limites aux limites » :** 677-702.
- Voir régimes dérogatoires du droit commun.

Mesures de sûreté :

- **notion :** 507-512, 1193-1197, 1342-1349.
- **rétenion de sûreté :** 185, 337, 353-355, 512, 757, 761, 789, 797-800, 854-858, 933-938, 964-968, 1196, 1201, 1221, 1273, 1342-1349, 1381-1382.

N

Noyau dur : 1082-1086.

Nécessité :

- **contrôle de – :** 601-603, 616, 629-630, 904-912.
- **– et proportionnalité des peines :** 719-728, 940-951.
- **– des infractions :** 729-735, 998.

O

Ordre public :

- **notion :** 17-24, 79-97.
- **fonction :** 25-28, 98-144.
- **– matériel :** 171-190.
- **– immatériel :** 245-258.

- **Constitutionnalisation de l'– :** 212-221.
- **fondements (dans la Constitution) :** 145 et s.
- **exigences de l'– (notion) :** 38, 187-190.

P

Peine :

- **notion :** 704-705, 754-770, 929-939.
- **quantum :** 497-506.
- **régime :** voir légalité et nécessité

Perquisition : 333, 368, 373, 376, 478-480, 602, 687-690, 820, 823, 830, 861, 1171-1176, 1249-1257, 1358, 1369.

Présomption :

- **d'innocence :** 1150-1158, 1198-1202, 1337-1341.
- **de culpabilité :** 1151-1158.

Privatisation (de la police administrative et judiciaire) : 302-305, 669-676, 682-685.

Procureur de la République : voir autorité judiciaire.

Proportionnalité :

- **notion :** 587-592, 1078-1081.
- **critères du contrôle de – :** 593-623.
- **intensité du contrôle de – :** 624-653.
- **proportionnalité au sens strict :** 604-607, 899-903.

Q

Qualité de la loi : 556 et s., 956-959.

R

Réserves d'interprétation : 540-544, 715-718, 726-727.

Rigueur nécessaire : 779-810, 960-969, 998, 1201.

Rétention administrative : 403-407, 792, 794, 804-807, 826, 828-829, 834, 837, 841-842, 981, 1237, 1379, 1386, 1408, 1425.

Rétention de sûreté : voir mesure de sûreté.

S

Sécurité : voir droit à la –

Surveillance de sûreté : voir mesure de sûreté.

T

Terrorisme :

- **Infraction :** 35, 491-493.
- **constitutionnalisation du - :** 1029-1038, 1054-1055, 1059-1064.
- **répression du – :** 442-447, 498-502, 886-890.
- **prévention du – :** 479-487.
- **régime :** voir dérogation.

V

Vidéosurveillance : 282-283, 305, 337, 392, 413, 439, 432, 584, 674, 740, 1227, 1265, 1268, 1366.

Vie privée : voir droit au respect de la –

Visite de véhicules : 463-468, 474, 605, 664, 666, 747, 863-865, 1277, 1356-1357.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	7
<i>Liste des principales abréviations</i>	9
INTRODUCTION	13
§1. La corrélation entre l'ordre public et les libertés	15
A) La conception retenue des libertés	15
B) La conception retenue de l'ordre public	19
a) Une notion ambiguë	19
b) Des fonctions précises	23
§2. La traduction de la corrélation entre l'ordre public et les libertés.....	25
A) Le renouvellement des exigences de l'ordre public dans l'ordre juridique français	25
a) Le renforcement des exigences de l'ordre public défini par le législateur	27
b) Le renouvellement des exigences de l'ordre public saisi par le Conseil constitutionnel.....	29
B) Les incertitudes pesant sur le processus de limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public	31
a) Les incertitudes liées à la notion de limitation.....	33
b) Les incertitudes liées à la mise en œuvre de la limitation	36
§3. Les enjeux de la corrélation entre l'ordre public et les libertés	38
A) Objectifs de la recherche	38
B) Problématique	40
C) Plan de l'étude	41

Première Partie : L'ordre public et la définition des limites aux droits fondamentaux43

Chapitre 1 : Le fondement constitutionnel de l'ordre public, source des limites aux droits fondamentaux45

Section 1 La fragilité du rattachement de l'ordre public à la Constitution47

§1. L'identification de la notion d'ordre public.....48

- A) La faible consécration de l'ordre public dans l'histoire constitutionnelle48
- B) La consécration étroite de l'ordre public en droit constitutionnel positif.....51

§2. L'identification de la fonction de l'ordre public54

- A) La « théorie externe » de la limitation, exclue en droit constitutionnel français55
 - a) Le choix de la « théorie externe » en droit conventionnel des droits de l'homme.....56
 - 1) L'identification de la fonction de l'ordre public dans les clauses spécifiques de limitation.....56
 - 2) L'identification de la fonction de l'ordre public dans une clause générale de limitation60
 - b) L'illustration de la théorie externe en droit constitutionnel comparé.....61
- B) La « théorie interne » de la limitation, retenue en droit constitutionnel français64
 - a) La limite, partie intégrante de la consécration du droit fondamental64
 - b) Le rôle prépondérant du législateur dans la définition du droit fondamental68

Section 2 La pluralité des ancrages de l'ordre public dans la Constitution.....73

§1. Les ancrages formels de l'ordre public dans la Constitution73

- A) *La clause générale de compétence législative*74
 - a) L'article 34 de la Constitution, fondement de la mission de conciliation du législateur.....76
 - b) L'article 34 de la Constitution, vecteur de développement des composantes de l'ordre public « matériel »82
 - 1) Le développement des composantes des objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public82
 - 2) La précision des « exigences de l'ordre public »86
- B) *Les réserves spécifiques de compétence législative*88
 - a) Les réserves de compétence législative, sources de restrictions à l'exercice de droits déterminés89
 - b) Les réserves de compétence législative, sources de restrictions à l'exercice de la Liberté92

§2. Les ancrages substantiels de l'ordre public dans la Constitution	94
A) <i>L'interprétation constructive de la consubstantialité de l'ordre public et des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel</i>	94
a) La justification de la constitutionnalisation de l'ordre public.....	94
b) La reconnaissance de l'ordre public comme « limite immanente » aux droits fondamentaux.....	98
B) <i>L'interprétation constructive de clauses substantielles par le Conseil constitutionnel</i>	102
a) L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, fondement complémentaire de la compétence du législateur.....	103
b) L'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, fondement de l'ordre public « immatériel ».....	105
Conclusion du Chapitre 1 de la Première Partie	111
 Chapitre 2 : La concrétisation législative de l'ordre public : la détermination des limites aux droits fondamentaux	113
 Section 1 Le renouvellement formel des limites aux droits fondamentaux	115
§1. Le renforcement des exigences de l'ordre public, vecteur de renouvellement de la définition organique des limites aux droits fondamentaux.....	117
A) <i>L'extension du domaine de la loi dans la détermination des limites</i>	120
a) L'extension du domaine législatif liée à l'incidence de la mesure sur les droits fondamentaux.....	120
1) La translation de domaines de compétences du pouvoir réglementaire vers le pouvoir législatif.....	121
2) L'intervention de la loi pour déroger à des principes généraux du droit	126
b) Le partage des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire autonome, fondé sur la nature de l'ordre public.....	130
1) La justification du pouvoir réglementaire autonome	131
2) L'ébauche d'une précision du domaine du pouvoir réglementaire autonome vis-à-vis du domaine de la loi	135
B) <i>Le rétrécissement du domaine de la loi dans la fixation du champ d'application des limites</i>	137
a) L'étendue de la compétence législative à géométrie variable selon le domaine de la limite	138
b) L'étendue du domaine de la loi précisée en fonction de la composante de l'ordre public poursuivie	140

§2. Le renforcement des exigences de l'ordre public, vecteur de dissémination des limites aux droits fondamentaux dans l'ordre juridique.....	142
A) <i>La spécificité formelle du régime de limitation des droits fondamentaux vis-à-vis des régimes d'exception</i>	142
B) <i>Les rapprochements techniques entre le régime de limitation des droits fondamentaux et les régimes d'exception</i>	152
a) Une technique novatrice : l'introduction de dispositions temporaires dans la loi.....	152
b) Une technique décuplée : le développement de régimes dérogatoires du droit commun.....	155
 Section 2 La diversité matérielle des limites aux droits fondamentaux	161
§1. La multiplication des destinataires des limites aux droits fondamentaux.....	162
A) Les personnes physiques	162
a) L'extension de la catégorie.....	163
1) L'extension du champ d'application d'une limite	163
2) L'adoption de limites visant un nombre significatif de personnes physiques	167
b) L'uniformisation progressive de la catégorie.....	169
B) Les personnes morales.....	172
C) Les groupes.....	174
§2. La diversification normative des limites aux droits fondamentaux.....	177
A) Les limites tenant à la poursuite d'un objectif de valeur constitutionnelle.....	178
a) La concrétisation législative de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public.....	179
1) Les mesures de police administrative stricto sensu.....	180
2) Les mesures de police administrative visant des infractions spécifiques	182
3) Les mesures « sui generis ».....	186
b) La concrétisation législative de l'objectif de recherche des auteurs d'infractions.....	189
1) L'extension des finalités des mesures de police judiciaire.....	189
2) L'extension de la dualité des mesures de police judiciaire.....	194
B) Les limites relatives à la détermination des infractions et des peines	200
a) L'identification délicate des infractions	201
b) La spécificité des peines tenant à des infractions déterminées	204
c) La multiplication des mesures de sûreté suite à des infractions déterminées.....	207
 Conclusion du Chapitre 2 de la Première Partie	211
 Conclusion de la Première Partie.....	213

Deuxième Partie : L'ordre public et l'identification des limites aux limites aux droits fondamentaux 215

Chapitre 1 : L'identification des « limites aux limites » utilisées par le juge constitutionnel 217

Section 1 Les instruments génériques du contrôle de constitutionnalité 219

§1. Les contraintes pesant sur l'exercice du pouvoir législatif 219

- A) L'obligation positive de définir suffisamment les limites aux droits
fondamentaux 220
 - a) Les faiblesses du contrôle de la carence du législateur 221
 - 1) Le recours croissant aux déclarations de conformité sous réserve 222
 - 2) La modulation du contrôle selon le domaine de la mesure 225
 - b) Le contrôle restreint de la qualité de la loi 228
 - 1) Le statut de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et
d'intelligibilité de la loi 230
 - 2) La signification de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et
d'intelligibilité de la loi 231
- B) L'obligation négative de ne pas priver de garanties légales des exigences
constitutionnelles 234
 - a) L'exclusion de l'effet-clicquet en matière de conciliation entre les droits
protégés et les objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de
l'ordre public 235
 - b) La souplesse de la contrainte tenant aux garanties légales des exigences
constitutionnelles 237

§2. Les contraintes tenant à l'exercice du contrôle de proportionnalité 241

- A) Les éléments du contrôle de proportionnalité 243
 - a) La mobilisation des éléments classiques du contrôle 244
 - 1) Le contrôle de l'adéquation 244
 - 2) Le contrôle de la nécessité 246
 - 3) Le contrôle de la proportionnalité au sens strict 247
 - b) L'ajustement progressif des éléments du contrôle 248
 - 1) L'émergence d'un contrôle de l'utilisation de la mesure 248
 - 2) L'adaptation du contrôle aux mesures dérogeant au droit commun 251
- B) L'intensité du contrôle de proportionnalité 253
 - a) Le développement du contrôle restreint 254
 - 1) Quant aux moyens mobilisés 254
 - 2) Quant aux résultats engendrés 257
 - b) L'infléchissement du domaine du contrôle renforcé 260
 - 1) L'influence du degré d'atteinte aux droits fondamentaux sur la
mobilisation du contrôle renforcé 260
 - 2) L'influence du degré d'atteinte aux droits fondamentaux sur la répartition
entre contrôles de proportionnalité générique et spécifique 263

Section 2	Les instruments spécifiques du contrôle de constitutionnalité.....	265
§1.	Les « limites aux limites » spécifiques à la qualification juridique de la mesure	265
A)	L'ajustement des contraintes pesant sur la mesure	266
a)	Les « limites aux limites » propres aux mesures de police administrative	267
1)	La subordination explicite des mesures de police administrative à l'exigence de prévention des atteintes à l'ordre public	268
2)	La précision de l'interdiction de privatiser la police administrative	269
b)	Les « limites aux limites » propres aux mesures de police judiciaire	272
1)	La subordination explicite des mesures de police judiciaire à l'exigence de recherche des auteurs d'infractions	273
2)	La précision de l'interdiction de privatiser la police judiciaire.....	274
3)	La subordination explicite des mesures de police judiciaire à la direction et au contrôle de l'autorité judiciaire.....	275
c)	Les « limites aux limites » propres aux sanctions ayant le caractère d'une punition.....	281
1)	L'affaiblissement de la légalité des délits et des peines	283
2)	Le contrôle restreint de la nécessité et de la proportionnalité des peines	286
3)	Les faiblesses de l'exigence de nécessité des infractions	290
B)	Le contrôle restreint de la qualification de la mesure.....	292
a)	Le contrôle atténué de la qualification des mesures de police	292
1)	La finalité altérée des mesures de police administrative visant des infractions particulières	293
2)	La finalité viciée des mesures de police judiciaire déterminées dans un lieu et une période donnés	295
b)	L'interprétation restrictive de la notion de sanction ayant le caractère d'une punition	298
1)	L'identification de la peine au sens du droit pénal classique.....	298
2)	L'identification de la sanction ayant le caractère d'une punition.....	301
§2.	Les « limites aux limites » spécifiques à la mise en cause de la liberté individuelle	304
A)	L'exigence matérielle de rigueur nécessaire.....	307
a)	La précision des fondements de l'exigence de rigueur nécessaire	307
1)	Une exigence fondée sur l'article 9 de la Déclaration de 1789 s'agissant des actes de procédure pénale	308
2)	Une exigence fondée sur l'article 66 de la Constitution s'agissant des mesures de police administrative	311
b)	L'ajustement de la portée de l'exigence de rigueur nécessaire.....	312
1)	Des critères précisés	313
2)	Un contrôle modulé.....	314

B)	L'exigence juridictionnelle de contrôle de l'autorité judiciaire	318
a)	La répartition renouvelée des compétences au sein de l'autorité judiciaire.....	319
b)	La gradation du contrôle de l'autorité judiciaire	323
1)	L'autorisation préalable du juge judiciaire, fonction du degré de contrainte de la mesure	325
2)	L'information du juge judiciaire, fonction du degré de contrainte et de la nature juridique de la mesure	327
3)	L'intervention a posteriori du juge judiciaire, fonction du degré de contrainte, de la nature juridique et de l'objet de la mesure	328
§3.	L'émergence de la gravité de la mesure dans la détermination des « limites aux limites » aux droits fondamentaux.....	332
A)	La déconnexion entre la qualification juridique de la mesure et les « limites aux limites » applicables.....	333
B)	La déconnexion entre la mise en cause de la liberté individuelle et les « limites aux limites » applicables	335
Conclusion du Chapitre 1 de la Deuxième Partie.....		339
Chapitre 2 : L'identification de « limites aux limites » potentielles pour le juge constitutionnel.....		341
Section 1 La prise en compte des « limites aux limites » de valeur conventionnelle.....		345
§1.	L'influence des droits européens sur les « limites aux limites » génériques	346
A)	L'appréciation relativement convergente de la définition des limites aux droits fondamentaux	346
B)	L'appréciation partiellement divergente de la proportionnalité des limites aux droits fondamentaux.....	351
a)	L'influence potentielle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les contrôles d'adéquation et de proportionnalité au sens strict	353
b)	L'influence déterminante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le contrôle de la nécessité.....	356
§2.	L'influence des droits européens sur les « limites aux limites » spécifiques.....	359
A)	Les contraintes propres à la qualification juridique de la mesure	360
a)	L'influence potentielle du droit de l'Union européenne sur les contraintes propres aux mesures de police	360
b)	La prise en compte imparfaite des contraintes européennes propres à la peine	365
1)	Les points d'achoppement relatifs à la qualification de la peine	365
2)	Les points d'achoppement relatifs à la nécessité des peines.....	370
B)	Les contraintes propres à la mise en cause de la liberté individuelle.....	374

a)	L'appréciation relativement convergente de la détermination des mesures privatives de liberté	375
1)	Le respect des voies légales	375
2)	La régularité de la privation de liberté.....	377
b)	Des divergences latentes relatives au contrôle des mesures privatives de liberté.....	380
1)	La qualité du magistrat	380
2)	L'intervention du magistrat	384
Section 2	La recherche de « limites aux limites » de valeur constitutionnelle	387
§1.	La recherche d'instruments à droit constitutionnel constant	388
A)	Les apports potentiels de dispositions peu utilisées par le juge constitutionnel	389
B)	Les apports potentiels de la question prioritaire de constitutionnalité à l'effectivité des « limites aux limites » aux droits fondamentaux.....	392
a)	Effectivité des « limites aux limites » et disposition n'ayant pas déjà été déclarée conforme à la Constitution.....	392
b)	Effectivité des « limites aux limites » et disposition ayant déjà été déclarée conforme à la Constitution.....	394
§2.	La recherche de dispositions nécessitant le recours au pouvoir constituant	398
A)	Constitutionnaliser les exigences spécifiques de l'ordre public : une voie à envisager ?	401
a)	Les apports de la constitutionnalisation : la lisibilité du régime dérogatoire du droit commun	402
1)	Les enseignements du droit constitutionnel comparé.....	402
2)	Les modalités d'une constitutionnalisation en droit français.....	406
b)	Les difficultés de la constitutionnalisation : la détermination du régime dérogatoire du droit commun	409
1)	Les faiblesses théoriques de la constitutionnalisation	410
2)	Les apports pratiques relatifs de la constitutionnalisation	413
B)	Codifier les conditions de limitation des droits fondamentaux : une voie à privilégier ?.....	415
a)	Les modalités d'une codification des « limites aux limites » aux droits fondamentaux.....	416
1)	Les tentatives de codification en droit français	416
2)	Les critères d'une codification en droit français	419
b)	Les apports d'une codification des « limites aux limites » aux droits fondamentaux.....	425
1)	L'habilitation explicite du législateur en matière de limitation des droits fondamentaux.....	426
2)	La légitimité et la prévisibilité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.....	427
3)	Un renforcement de l'effectivité du contrôle de constitutionnalité ?	430
	Conclusion du chapitre 2 de la Deuxième Partie.....	435
	Conclusion de la Deuxième Partie.....	437

Troisième Partie : L'ordre public et la redéfinition des droits fondamentaux par les limites..... 439

Chapitre 1 : La redéfinition du champ de protection constitutionnelle des droits fondamentaux..... 441

Section 1 La redéfinition de la portée des droits fondamentaux 443

§1. La redéfinition des contours des droits garantis.....444

- A) La redéfinition des fondements de droits et libertés consacrés.....444
 - a) La redéfinition étroite de l'article 66 de la Constitution.....444
 - b) La redéfinition extensive des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789.....449
 - c) Conséquences sur la protection constitutionnelle des droits-libertés451
- B) La redéfinition du contenu de droits et libertés garantis.....453
 - a) Le droit à la présomption d'innocence453
 - b) Le droit à l'individualisation de la peine457
 - c) Le droit à l'inviolabilité du domicile.....460

§2. La redéfinition du champ d'application des droits garantis463

- A) Le resserrement du champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789, conséquence de l'interprétation de la « peine ».....463
 - a) L'exclusion constante des mesures de police administrative.....464
 - b) L'exclusion discutable des sujétions466
 - c) L'exclusion problématique des mesures pénales faisant suite à une condamnation.....468
- B) L'incertitude du champ d'application de l'article 9 de la Déclaration de 1789, conséquence de l'interprétation de la « rigueur nécessaire ».....470

Section 2 La redéfinition du degré de protection des droits fondamentaux473

§1. La gradation de la protection constitutionnelle en fonction des droits

fondamentaux475

- A) Une protection variable selon la catégorie de droits fondamentaux concernée476
 - a) La protection atténuée des droits-garanties.....476
 - b) La protection renforcée des droits-libertés478
- B) Une protection variable selon le droit fondamental visé480
 - a) Une protection différenciée au sein des droits-libertés.....481
 - b) La protection compensatoire d'un droit-garantie : le droit au recours483

§2. La gradation de la protection constitutionnelle en fonction de la sphère du droit

fondamental.....487

- A) Une protection variable en fonction de la sphère du droit à l'inviolabilité du domicile.....488
 - a) La protection renforcée du lieu d'habitation.....489
 - b) La protection relative du lieu professionnel.....491

B)	Une protection variable en fonction de la sphère du droit au respect de la vie privée.....	493
a)	La protection renforcée de la sphère personnelle de la vie privée	494
b)	La protection atténuée de la sphère sociale de la vie privée	498
C)	Une protection variable des sphères de la liberté de communication et d'expression.....	501
a)	La définition des dimensions active et passive de la liberté de communication et d'expression.....	501
b)	La redéfinition du degré de protection des dimensions active et passive de la liberté de communication et d'expression.....	504
Conclusion du chapitre 1 de la Troisième Partie		509

Chapitre 2 : La redéfinition des conditions d'exercice des droits fondamentaux..... 511

Section 1 Le renouvellement des techniques d'aménagement des droits fondamentaux..... 513

§1. Le recours aux techniques classiques	514
A) Le régime répressif.....	514
B) Le régime préventif.....	515
C) Le régime de déclaration préalable	517
§2. Le dépassement des techniques classiques : l'émergence de droits fondamentaux « éventuels »	519
A) Définition et caractéristiques de la notion de droit éventuel.....	520
B) Essai de typologie des droits fondamentaux éventuels	521
a) Le droit au respect de la vie privée dans sa dimension sociale	522
b) Le droit à la présomption d'innocence en lien avec les fichiers de police judiciaire	523
c) La liberté individuelle et la notion de dangerosité	525

Section 2 La redéfinition de la mise en œuvre des droits fondamentaux..... 529

§1. La redéfinition de la limitation des droits fondamentaux	529
A) Les modalités de limitation des droits-libertés	529
a) La redéfinition des mesures restrictives de liberté	530
1) L'expansion des motifs des mesures restrictives de liberté	531
2) L'extension du champ d'application des mesures restrictives de liberté.....	533
b) La redéfinition des mesures privatives de liberté.....	537
1) L'élargissement des motifs des mesures privatives de liberté	537
2) L'augmentation de la durée des mesures privatives de liberté.....	539
B) Les modalités de limitation des droits-garanties.....	543
a) Les exceptions à l'exercice des droits-garanties	543
b) Le report de l'exercice des droits-garanties	547

§2. La redéfinition de la protection légale des droits fondamentaux	550
A) La redéfinition des garanties procédurales	551
B) La redéfinition des garanties substantielles	554
Conclusion du chapitre 2 de la Troisième Partie	559
Conclusion de la Troisième Partie.....	561
 CONCLUSION GÉNÉRALE	563
<i>Bibliographie</i>	569
<i>Index jurisprudentiel</i>	627
<i>Index des auteurs</i>	643
<i>Index thématique</i>	647
<i>Table des matières</i>	653