

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

Sujet :

1. Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958
2. Les référés devant le juge administratif
3. L'évolution des saisines du Conseil Constitutionnel
4. En quoi consiste aujourd'hui la liberté de communication ?

Note : 18,5 / 20 - 1^{er} concours

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

L'article 38 de la Constitution de 1958 dispose que le Gouvernement peut être habilité par le Parlement à prendre par ordonnance des actes de nature législative. Avant de s'intéresser au régime juridique de ces normes particulières, il convient de s'interroger sur les conditions de ces ordonnances.

Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution supposent tout d'abord une autorisation législative qui prend la forme d'une loi d'habilitation. L'article 38 de la Constitution ne posant aucune condition relative à l'adoption de cette loi, ce sont les règles de la procédure législative ordinaire qui s'appliquent. En revanche, l'article 38 précise que cette autorisation est donnée au Gouvernement pour la mise en œuvre de son programme. Le Conseil constitutionnel a précisé que, si cette notion de « programme » ne doit pas être comprise comme le programme visé à l'article 49 de la Constitution de 1958, elle impose au Parlement de définir de manière suffisamment précise les objectifs visés par l'habilitation. Doivent également être précisées les matières législatives sur lesquelles porte l'autorisation. Le Conseil Constitutionnel a enfin précisé que l'autorisation du Parlement à adopter des actes de nature législative ne saurait permettre au Gouvernement de contrevenir aux dispositions de la Constitution. Fort de cette autorisation, le Gouvernement peut donc prendre des ordonnances, après avis du Conseil d'Etat. Les ordonnances sont délibérées en Conseil des ministres et contresignées par le Président de la République. Ce pouvoir du Président de la République a notamment fait l'objet d'un débat en 1986 lorsque le Président de l'époque, François MITTERAND, a refusé de signer un projet d'ordonnance, estimant que puisqu'il dispose d'une simple faculté de signer les décrets délibérés en Conseil des ministres, il en est de même en matière d'ordonnance. Si ce raisonnement n'est pas dénué de logique, il est néanmoins contestable en ce qu'il aboutit à conférer un rôle au Président de la République en matière législative alors que seul le Gouvernement y a été habilité par le Parlement. Toutefois, dans la plupart des cas, les ordonnances sont régulièrement adoptées et se pose alors la question de leur régime juridique.

Les ordonnances sont des textes adoptés par le Gouvernement dans une matière législative. Cette distorsion entre leur auteur et leur domaine leur confère une nature hybride, rythmée par deux délais posés dans la loi d'habilitation. En effet, en habilitant le Gouvernement à légiférer par ordonnances, le Parlement prévoit deux délais : un premier pendant lequel le Gouvernement est autorisé à prendre des ordonnances et un second délai dans lequel doit être déposé un projet de loi de ratification. Jusqu'à l'issue du premier délai, le Gouvernement peut prendre des ordonnances. Elles sont des actes administratifs susceptibles de recours devant le juge administratif. Le Parlement est, lui, dessaisi s'agissant de la matière déléguée. Une proposition de loi ou un amendement dans cette matière se heurterait à l'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution de 1958. Au terme de ce délai et jusqu'à l'expiration du second, le Gouvernement est dessaisi alors que le Parlement retrouve compétence pour légiférer. Néanmoins les ordonnances n'acquiescent pas automatiquement valeur législative. Elles doivent être ratifiées. A l'expiration du second délai, plusieurs hypothèses sont possibles. Tout d'abord, il se peut qu'aucun projet de loi de ratification n'ait été déposé : les ordonnances deviennent caduques. Ensuite, un projet de loi a pu être déposé, mais rejeté : les ordonnances sont également caduques. Enfin, si la loi de ratification est adoptée, les ordonnances acquiescent pleine valeur législative. Il faut noter également que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a supprimé la possibilité de ratification implicite des ordonnances. Cette possibilité résultait d'une jurisprudence du Conseil Constitutionnel considérant que le Parlement pouvait avoir implicitement ratifié une ordonnance lorsqu'il avait postérieurement adopté une loi la complétant, la modifiant ou en modulant son champ d'application. Désormais, la ratification est nécessairement expresse.

D'une nature hybride et traduisant une certaine réticence vis-à-vis du Parlement, ou du moins une volonté de prendre des mesures rapidement, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958 sont des normes tout à fait particulières.

2. Les référés devant le juge administratif

L'absence de caractère suspensif des recours en droit administratif, illustration du privilège du préalable dont bénéficie l'Administration, impose que soit prévues des procédures de référé. Le juge de référé, qui est soit un président de juridiction, soit un magistrat spécialement habilité, statue au provisoire. Ses décisions n'ont pas autorité de chose jugée au principal. Elles sont susceptibles de recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Certains référés sont justifiés par l'urgence, d'autres non.

Parmi les référés dits d'urgence, l'article L521-1 du code de la justice administrative prévoit le référé-suspension. Il permet à un requérant qui a saisi la juridiction administrative en vue de faire annuler un acte qu'il estime illégal, de demander au juge des référés de suspendre son exécution à condition qu'il y ait urgence, d'une part, et un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. La condition d'urgence est caractérisée dès lors que l'acte préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il défend, ce qui ressort notamment d'un arrêt Confédération nationale des radios libres de 2001. En revanche, sera rejeté tout moyen nécessitant un examen approfondi de la légalité comme n'étant pas de nature à créer un doute sérieux.

L'article L521-2 du même code prévoit ensuite le référé-liberté lorsqu'il y a urgence, d'une part, et une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, c'est-à-dire une liberté que la loi ou la Constitution a entendu protéger. Le juge des référés doit en principe statuer dans le délai de 48 heures. Enfin, l'article L521-3 prévoit le référé-conservatoire permettant au requérant, même en l'absence de décision préalable de l'administration de demander toute mesure utile à la conservation de ses droits.

D'autres procédures de référé sont enfin prévues sans condition d'urgence. Le juge de référé peut tout d'abord, sur simple requête et en l'absence de décision préalable, demander à un expert de constater un fait susceptible de donner lieu à un litige ultérieurement, c'est le référé-constat de l'article L531-1 ; ou prescrire toute mesure d'instruction ou d'expertise qu'il juge utile, c'est le référé-instruction de l'article L532-1. Enfin, même en l'absence de demande au fond, le juge de référé peut accorder une provision au créancier dont la créance apparaît incontestable en vertu de l'article L541-1 du code de justice administrative.

Ces procédures de référé, même si elles ne donnent lieu qu'à des décisions provisoires, participent de la célérité de la justice administrative.

3. L'évolution des saisines du conseil constitutionnel

La Constitution de 1958 avait initialement donné au Conseil Constitutionnel des objectifs modestes. Bien que doté du pouvoir de contrôler la loi, il ne pouvait être saisi que par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat. Par la suite la saisine du Conseil Constitutionnel va évoluer en deux étapes, dont l'une est en réalité à venir, permettant ainsi au Conseil Constitutionnel de développer son rôle en matière de contrôle de la loi.

Par la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, la saisine du Conseil Constitutionnel a été considérablement ouverte à 60 députés ou 60 sénateurs. Cette ouverture de la saisine a été particulièrement importante car désormais, quasiment toutes les lois sont déférées au Conseil Constitutionnel, notamment par les députés et sénateurs de l'opposition. Cette évolution est d'autant plus importante que jusqu'en 2008, le contrôle constitutionnel était uniquement préventif, c'est-à-dire qu'une fois promulguée, la loi était considérée comme parfaite et ne pouvait plus faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. La jurisprudence du Conseil Constitutionnel avait seulement apporté une nuance à cette règle, en 1985, admettant le contrôle d'une loi promulguée à l'occasion du contrôle d'une nouvelle loi la complétant, la modifiant ou en affectant son domaine d'application.

En ouvrant la saisine du Conseil Constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs, permettant un contrôle quasi-systématique des lois avant leur promulgation, la réforme de 1974 a permis de réduire les inconvénients d'un contrôle de constitutionnalité uniquement préventif, même s'ils subsistaient pour les lois promulguées avant 1974 qui n'avaient pas été soumises à un contrôle de constitutionnalité et a fortiori pour les lois promulguées avant 1958 et la création du Conseil Constitutionnel. Désormais, la réforme de 2008 a permis un contrôle de constitutionnalité a posteriori.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a prévu la possibilité pour des particuliers en litige devant les juridictions administrative ou judiciaire, d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi qui leur est appliquée dans le litige en cours. Le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation pourront alors saisir le Conseil Constitutionnel selon les modalités définies par une loi organique. Cette ouverture de la saisine du Conseil indirectement à des particuliers, par le biais des juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire devrait être un instrument efficace de protection des droits fondamentaux, et ce d'autant que la décision d'inconstitutionnalité éventuellement prononcée par le Conseil s'imposera, en vertu de l'article 62 de la Constitution de 58, aux pouvoirs publics ainsi qu'à toutes les autorités administratives et judiciaires. En cela ce nouveau recours se distingue du contrôle de constitutionnalité dit « à l'américaine » et issu de l'arrêt Marbury contre Madison de 1803 de la Cour suprême américaine. En effet, ce dernier se présente sous la forme d'une exception d'inconstitutionnalité et la décision d'inconstitutionnalité éventuellement prononcée par le juge ordinaire ne vaut que pour le litige présenté devant lui.

Depuis 1974, on a pu constater l'apport de l'ouverture de la saisine du Conseil Constitutionnel à 60 députés ou sénateurs. Il est encore trop tôt, notamment en l'absence de la loi organique d'application pour apprécier l'impact qu'aura l'ouverture de la saisine du conseil en 2008. Il reste notamment encore des éléments d'incertitude concernant par exemple le degré de filtrage des recours qui sera opéré par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat.

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

La liberté d'opinion est constitutionnellement et conventionnellement garantie. Mais encore faut-il, pour pouvoir se forger une opinion, disposer des informations nécessaires. C'est la liberté de communication qui l'assure. Elle suppose que les moyens de communication des informations soient libres. Or il existe aujourd'hui deux moyens privilégiés de communication : la presse et l'audiovisuel.

La liberté de la presse a été posée en France par la loi du 29 juillet 1881. On peut noter qu'une telle liberté n'est pas assurée partout dans le monde. Ainsi, au 1^{er} janvier 2008, 135 journalistes dans le monde avaient été assassinés ou exécutés, à l'instar d'Anna POLITKOVSKAÏA, et 67 étaient arrêtés. En France, la liberté de la presse est un principe. Ce principe n'est toutefois pas absolu. La loi de 1881 encadre notamment l'expression journalistique qui peut être limitée par d'autres droits comme l'honneur des personnes que les propos peuvent viser, ce qui justifie l'incrimination de la diffamation ou de l'injure, ou encore le respect dû à certaines autorités ou institutions, ce qui fonde par exemple l'incrimination des outrages à la Justice. La Cour Européenne des Droits de l'Homme veille à ce que les limites à la liberté de la presse n'entravent pas excessivement la liberté d'expression des journalistes et le droit à l'information du public, notamment lorsqu'il s'agit d'un débat d'intérêt général.

Outre la liberté de la presse, la liberté de communication s'applique également en matière audio-visuelle. Il s'agit tout d'abord des spectacles et du cinéma. Le principe de liberté des spectacles, plus tardivement affirmé que la liberté de la presse est aussi encadré. Ainsi, la diffusion d'un film doit faire l'objet d'une autorisation, c'est-à-dire un visa délivré par le

ministère de la culture ; un film peut néanmoins être interdit par le maire d'une commune dans laquelle il pourrait créer un trouble à l'ordre public en raison des circonstances locales, comme cela a été consacré dans un arrêt Société des films Lutétia du Conseil d'Etat en 1959 ; il existe enfin une police spéciale destinée à protéger la jeunesse de toute information susceptible de la corrompre. Il s'agit ensuite de la télévision, qui a cristallisé autour d'elle de nombreux débats en 2008-2009 s'agissant de la nomination des directeurs de grands groupes médiatiques ou de la volonté de supprimer la publicité sur la chaîne publique. En réalité, l'idée selon laquelle la télévision doit être indépendante du pouvoir est assez récente, car on a longtemps considéré qu'il s'agissait d'un service public et qu'il était donc normal que l'Etat ait un monopole. Aujourd'hui, la liberté de communication dans l'audiovisuel est notamment encadrée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel qui distribue les fréquences aux différentes chaînes de télévision et aux différentes radios, et qui veille plus particulièrement à l'expression pluraliste des opinions, notamment en période de campagne électorale.