



HAL
open science

Des dispositions étendues : l'exemple de la liberté et de l'égalité. Des énoncés dispositionnels de la Déclaration à leur interprétation par le Conseil constitutionnel

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. Des dispositions étendues : l'exemple de la liberté et de l'égalité. Des énoncés dispositionnels de la Déclaration à leur interprétation par le Conseil constitutionnel. Les 230 ans de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, sous la direction de O. PLUEN et N. WOLFF,, Dalloz, Thèmes et commentaires, pp. 123-143., 2023. hal-04509796

HAL Id: hal-04509796

<https://amu.hal.science/hal-04509796>

Submitted on 9 May 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Open licence - etalab

Des dispositions étendues : l'exemple de la liberté et de l'égalité.
Des énoncés dispositionnels de la Déclaration
à leur interprétation par le Conseil constitutionnel.

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

« Des dispositions étendues : l'exemple de la liberté et de l'égalité », dans un colloque sur *les 230 ans de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen...* Le sujet renvoie, de deux manières au moins, à la modestie de celui qui a la charge de le traiter.

Modestie des connaissances sur le sujet et, plus largement, de la connaissance de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; s'il serait excessif de conclure à une absence de connaissance, difficile de nier que les connaissances sont, pour le moins, troubles. Celles-ci sont tellement empreintes du symbolisme qui entoure la Déclaration que l'on peut en oublier le texte, oublier les énoncés normatifs du texte. Cette contribution invite à un retour au texte, un retour aux énoncés dispositionnels de la Déclaration. Du moins, telle est l'orientation que semble suggérer le sujet.

Modestie encore au regard de ceux qui ont déjà traité ce sujet dans un cadre similaire, un colloque anniversaire, même s'ils l'ont fait il y a longtemps, à l'occasion du bicentenaire de la Révolution française, que ce soit Jean Rivero¹ et Jaques Robert², sur la liberté, ou Guy Braibant³ et Georges Vedel⁴, sur l'égalité, chacun d'entre eux n'ayant à traiter, en l'occurrence, que la moitié du sujet...

Liberté, égalité... - fraternité, désormais⁵ -, si la Déclaration constitue l'origine historique de la devise de la République actuelle, l'on ne peut qu'être étonné de la place respectueuse accordée à la liberté et à l'égalité par le texte, pour peu que l'on y porte un regard attentif.

¹ J. Rivero, « 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*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, 1989, pp. 75-89.

² J. Robert, « La liberté » et G. Vedel, « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, Colloque des 6, 7 et 8 mars 1989, sous la direction de C.-A. Colliard, G. Conac, J. Beer-Gabel et S. Frogé, La documentation française, 1990, pp. 161-170.

³ G. Braibant, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 97-111.

⁴ G. Vedel, « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, *op. cit.*, pp. 171-180.

⁵ Depuis la consécration constitutionnelle de ce principe par le Conseil constitutionnel (CC, n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*, § 7).

La liberté a certes une place déterminante ; mais point *les* libertés. La liberté est visée de manière générique dans les articles 1^{er} et 2 de la Déclaration. Elle est définie d'un point de vue normatif par ses articles 4 et 5, alors que deux déclinaisons de la liberté seulement, si l'on exclut la sûreté⁶, à savoir la liberté d'opinion et la liberté de communication (et d'expression ?⁷) sont explicitement consacrées par les articles 10 et 11. Si l'on excepte encore l'égalité, la Déclaration est un texte sur *la* liberté, moins sur *les* libertés, tout en consacrant de nombreuses garanties en matière pénale (art. 7 à 9), le droit de propriété (art. 17) et des principes organisationnels (respect des droits inaliénables et sacrés selon l'art. 2 ; attribution de la souveraineté à la Nation selon l'art. 3 ; compétences législatives dans les art. 4 et 5 ; nécessité de la force publique, art. 12 ; principe de l'impôt, art. 13 ; principe de consentement à l'impôt, art. 14 ; principe de la séparation des pouvoirs et garantie des droits dans l'art. 16). Les « droits de l'homme et du citoyen » sont donc avant tout des *droits à une certaine organisation sociale*, plutôt qu'à des *libertés* ou à des *droits particuliers* à certains comportements exigés d'autrui⁸.

La Déclaration est un texte inachevé. A cet égard, le compte rendu de la séance de l'Assemblée du lendemain de l'adoption de la Déclaration précise que « L'Assemblée décrète, le 27 août, que la discussion des articles à ajouter à la déclaration des droits sera renvoyée après la Constitution »⁹, ce qui marque une « suspension et non (une) clôture des débats »¹⁰. Dans le prolongement, il n'est d'ailleurs pas dénué de sens de constater que la Constitution de 1791, alors que la Déclaration de 1789 est « placée en tête » de celle-ci¹¹, explicite les libertés particulières dans son titre 1^{er}, *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution* : liberté d'aller et venir, liberté de s'assembler paisiblement et liberté d'adresser des pétitions.

Cette présentation repose sur une distinction entre *droits* et *libertés*, les premiers étant des *habilitations de certains bénéficiaires à obtenir un certain comportement de la part d'autrui*, les secondes des

⁶ Voir sur la lecture de la « sûreté » telle qu'elle est consacrée par la Déclaration : F. Luchaire, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, op. cit., pp. 218 et s.

⁷ Laissons ici la question de savoir si l'article 11 de la Déclaration consacre la *liberté de communication et la liberté d'expression*, chacune des deux phrases de cet article consacrant l'un de ses libertés, ou seulement la *liberté d'expression*, la première phrase renvoyant à la seconde, ce qui est qualifié de « liberté de communication », dans la 1^{ère} phrase, étant explicité comme une liberté d'expression, dans la 2^{ème}, une liberté « de parler, écrire, imprimer librement ». On a pu en effet distinguer ces deux libertés : « la liberté d'expression est une liberté d'émettre, la liberté de communication regroupe la liberté de diffuser et la liberté de recevoir. En d'autres termes, ce qui est dit relève de la liberté d'expression, les moyens qui permettent de diffuser ce qui est dit et la réception de ce qui est dit s'intègrent dans la liberté de communication. Face à une même opinion, il sera possible de s'intéresser à trois éléments différents : à son contenu, sous l'angle de la liberté d'expression, aux supports qu'elle emprunte pour être diffusée, comme la presse ou la télévision, c'est-à-dire les bénéficiaires actifs de la liberté de communication, et à ceux qui la reçoivent, les bénéficiaires passifs de la liberté de communication », « La liberté d'expression », in *Protection des libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de T.-S. Renoux, Les notices de La documentation française, 2007, p. 120).

⁸ Constat qui mériterait d'être approfondi et développé.

⁹ Archives parlementaires, p. 492, cité par G. Conac, « L'élaboration de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, sous la direction de G. Conac, M. Debene et G. Téboûl, Economica, 1993, p. 34.

¹⁰ G. Conac, « L'élaboration de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *précit.*, p. 34.

¹¹ Voir, pour une discussion pour savoir si la Déclaration se trouve ainsi dans le Préambule ou dans la Constitution, les réflexions de R. Badinter, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, p. .

*permissions d'agir*¹². La Déclaration définit en général la liberté comme *une permission d'agir*, en ne consacrant que *deux permissions d'agir spécifiques*, en matière d'opinion et de communication. Les garanties en matière pénale peuvent d'ailleurs être considérées comme des principes organisationnels. Elles s'en différencient, toutefois, en ce qu'elles constituent des *droits subjectifs*, alors que les autres principes organisationnels ne sont que des *droits objectifs*, n'ayant que des *bénéficiaires* et aucun *titulaire* susceptible d'en revendiquer le respect devant un juge.

L'égalité est visée par les articles 1^{er} et 6, mais elle ne fait pas partie, contrairement à la liberté, des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Selon M. Rebérioux, « l'énoncé de l'égalité, exclue en 89 des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme », sa substitution à la liberté en tête de ces droits – une place que Condorcet lui avait refusé – sont inscrits dans l'article 2 de la Déclaration de 1793 : « ces droits sont égalité, la liberté, la sûreté, la propriété ». Une égalité limitée en 89 à ce qui était alors l'essentiel : l'éradication des privilèges de naissance »¹³. L'égalité de la Déclaration est le prolongement et l'expression de l'abolition des privilèges prononcée le 4 août ; elle ne fera partie des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » qu'avec la Constitution du 24 juin 1793, en vertu de la combinaison de ses articles 1 alinéa 2 et 2¹⁴. L'égalité est une *égalité faisant obstacle aux privilèges*¹⁵. À simplifier quelques peu les catégories posées dans *Éthique à Nicomaque*, 1789 renvoie à la *justice distributive*, 1793 à la *justice correctrice*¹⁶. L'égalité de 1789 est une égalité libérale et non pas une liberté qui vient limiter la liberté ; elle permet et garantit la liberté, plus qu'elle ne la heurte. Elle est une garantie qui permet à chacun de disposer des mêmes droits, quelle que soit son origine : égalité en droits de l'article 1^{er} et égalité des droits et non-discrimination de l'article 6. *L'égalité sert la liberté ; elle ne vient précisément pas compenser la liberté et, plus exactement, les inégalités que la liberté est susceptible de produire.*

Ces constats qui, sans doute, ne surprennent que leur auteur, et qui mériteront quelques approfondissements, doivent être confrontés à *la postérité de la Déclaration dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Qu'a fait celui-ci de ces deux catégories, « liberté » et « égalité », qui marquent la postérité positive de la Déclaration dans ce qui s'impose aujourd'hui au législateur sous son

¹² Voir pour un dernier état de cette distinction : « Une introduction. Le droit au juge : un droit autopoïétique », in *Du « droit constitutionnel au juge » au « droit au juge constitutionnel » ?*, sous la direction de L. Gay et C. Sévérino, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Collection « Colloques et essais », à paraître, 2020.

¹³ M. Rebérioux, « Préface », in *Ils ont pensé les droits de l'homme : textes et débats [1789-1793]*, sous la direction de M. Rebérioux, A. de Baecque et D. Godineau, EDI, Ligue des droits de l'homme, 1989, p. 13. Cette lecture attribuant à Condorcet l'exclusion de l'égalité paraît cependant relativement isolée.

D'une manière large, F.-P. Benoit explique cette exclusion de l'égalité car celle-ci ne relève pas de l'ordre des fins poursuivies par la société, mais de celui des modes de fonctionnement de celle-ci (*La démocratie libérale*, PUF, 1978, p. 24). Voir également en ce sens : X. Prétot, « Article 1^{er} », in *La déclaration des droits de l'homme de 1789*, 1993, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴ Le droit de résistance à l'oppression disparaissant de la catégorie des « droits naturels et imprescriptibles », la liberté, la sûreté et la propriété étant maintenus.

¹⁵ Voir en ce sens : M. Rebérioux, « Préface », in *Ils ont pensé les droits de l'homme : textes et débats [1789-1793]*, *op. cit.*, p. 13 ; G. Téoul, « Article 6 », in *La déclaration des droits de l'homme de 1789*, 1993, *op. cit.*, p. 138 et s.

¹⁶ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, Le Monde de la philosophie, 2008, 5^{ème} partie, § 7.4 et s., pp. 176 et s.

contrôle ? Il conviendra de confronter le *texte de droit positif* à la *jurisprudence* et donc avec le discours sur le droit positif produit par le juge pour rappeler le *droit* (dispositionnel) au *juge*.

Pour autant, l'interprétation des énoncés dispositionnels de la Déclaration n'est pas sans poser de difficultés au regard de la diversité des tendances au sein de l'Assemblée constituante, tout comme de la diversité des textes qui lui ont été proposés¹⁷. Le fait que les articles de la Déclaration aient été adoptés en quelques jours seulement, les débats les plus longs ayant semblé se porter sur les articles 10 et 11 de la Déclaration, ne témoigne pas cependant d'un unanimité. La Déclaration demeure le fruit d'un compromis¹⁸. Dans un tel contexte, l'interprétation de la Déclaration fera appel à une *interprétation sémiotique*, mettant en avant le sens courant et/ou juridique des termes utilisés dans les énoncés et s'appuyant sur les règles de grammaire pour dégager les normes possibles. Le contexte idéologique et historique peut également servir, avec prudence, d'élément susceptible de servir d'appui à l'usage de la méthode d'interprétation préconisée. Si, pour paraphraser S. Rials, la lecture de la Déclaration ne saurait épuiser le sens qu'il convient de lui donner¹⁹, il n'est en pas moins possible de poser des normes, et donc de donner des sens, à partir de l'interprétation sémiotique des dispositions de la Déclaration étudiées.

Le sens général de l'interprétation jurisprudentielle de la liberté et de l'égalité, tels qu'ils sont consacrés dans la Déclaration, est celui d'un *constructivisme normatif* au-delà du texte, même si, ce constructivisme est plus ou moins rattachable aux dispositions textuelles dans des termes qu'il conviendra d'explicitier. De manière plus précise, deux mouvements se dégagent. A propos de la liberté, alors que la Déclaration consacre avant tout un *régime juridique général d'exercice et d'encadrement de la liberté*, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur les dispositions générales du texte pour consacrer l'existence de *nouvelles libertés*. Concernant l'égalité, la logique d'une *égalité des droits pour tous*, d'interdiction des discriminations, pour le formuler autrement, ancrée profondément dans la Déclaration, a été complétée par une *règle d'encadrement des différenciations* conférant au juge la capacité de juger de la régularité des différenciations catégorielles posées par le législateur.

Autrement dit, du texte à son interprétation jurisprudentielle, sous l'angle de *la liberté*, se dessine le passage *d'un régime juridique de la liberté à une clause d'ouverture autorisant la consécration de nouvelles libertés* (§ I) ; sous l'angle de *l'égalité*, celui *d'une égalité idem à l'encadrement normatif de l'ipse* (§ II).

§ I – La liberté : d'un régime juridique de la liberté à une clause d'ouverture autorisant la consécration de nouvelles libertés

¹⁷ Voir, notamment et en particulier, pour le récit et pour les textes l'ouvrage de S. Rials déjà cité.

¹⁸ Voir la préface/composition commission qui a proposé le texte.

¹⁹ « Lire la Déclaration : l'impossible épuisement du sens » : S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Pluriel, Inédit, 1988, p. p. 332.

La liberté est mentionnée, de manière générique, dans les articles 1^{er}, 2, 4 et 5 de la Déclaration, et fait l'objet de deux déclinaisons particulières, la liberté d'opinion et la liberté de communication, consacrées, respectivement, par les articles 10 et 11 de la Déclaration. Cette double dimension mérite d'être lue de manière combinée, de sorte que les formulations particulières ne sont que l'explicitation, pour un domaine particulier, du régime général de la liberté. Autrement dit, les articles 4 et 5 posent le régime général de la liberté, quand les articles 10 et 11 s'intéressent à deux libertés particulières. Laissons d'ailleurs en dehors de cette analyse l'article 1^{er}, qui se contente de poser le principe de la liberté, et l'article 2, qui confère à la liberté une place éminente par rapport aux différentes valeurs consacrées dans la Déclaration. Il reste que, si les articles 4 et 5 ou, du moins, le premier, a pu être lu, de manière isolée, comme posant « le régime juridique des libertés publiques »²⁰, un tel régime n'a, semble-t-il, jamais été explicitement posé sous la forme normative. Il faudra d'ailleurs éclairer la distinction selon que le régime général porte sur *la* liberté ou sur *les* libertés.

Cette indifférence à la portée normative des articles 4 et 5 de la Déclaration est manifeste dans la jurisprudence du juge constitutionnel français.

L'article 4 de la Déclaration lui a permis de consacrer de nouvelles libertés ou de nouvelles règles constitutionnelles, non reconnues dans des textes constitutionnels, soit sur le seul fondement de cet article, pour la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, le droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues et le principe de responsabilité et de réparation, soit à l'appui d'autres dispositions de la Déclaration, pour l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, avec l'article 5 de la même Déclaration²¹.

Cette dernière disposition, de manière autonome, n'a fait l'objet que de cas d'application marginaux²².

Enfin, les articles 4 et 5 de la Déclaration ont pu être mobilisés de manière autonome par le Conseil constitutionnel, face à une saisine blanche, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Tout en se référant à ces dispositions, ainsi d'ailleurs qu'à l'article 10 de la Déclaration et à l'alinéa 3 du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel se garde bien de formuler quelques orientations générales quant à la portée normative de ces dispositions. Celle-ci est diluée dans l'appréciation

²⁰ Pour J.-P. Costa, « l'article 4 de la Déclaration occupe une place singulière (...), dans la mesure où il définit la liberté en général, et fonde une théorie de la liberté, des limites qu'elle rencontre, et du rôle de la loi dans la fixation de ces limites » (« Article 4 », in *La déclaration des droits de l'homme de 1789*, 1993, *op. cit.*, p. 101), il est « texte chapeau » qui fixe « le régime juridique des libertés publiques » (*loc. cit.*, p. 110).

²¹ Qu'il nous soit permis ici de renvoyer au *Code constitutionnel* (sous la direction de T.S. Renoux, M. de Villiers et X. Magnon, LexisNexis, 9^{ème} édition, 2019, 1969 p.) et aux commentaires sous les articles concernés de la Déclaration pour les références jurisprudentielles relatives à la consécration de ces différentes libertés et règles constitutionnelles.

²² Voir les observations sous l'article 5 DDHC dans le *Code constitutionnel* (§ 2).

d'espèce de la constitutionnalité de la disposition législative contestée, tout en apparaissant en filigrane :

« Considérant que les articles 1er et 2 de la loi déférée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public ; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déférées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque-là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public »²³.

Tant la mention des « exigences minimales de la vie en société » que la référence à « une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité » renvoient à la première phrase de l'énoncé de l'article 5 de la Déclaration.

Il faut encore ajouter, en réintégrant ici une disposition de la Déclaration que nous avons écarté, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'article 2 de la Déclaration, qui ne renvoie pas au caractère éminent de la liberté, mais qui sert également d'appui pour consacrer des droits ou des libertés non consacrés par des dispositions écrites, que ce soit à partir du seul article 2, pour la liberté de la femme ou le droit au respect de la vie privée, ou en combinant cette disposition avec d'autres, pour la liberté personnelle, la liberté d'aller et venir et la liberté du mariage²⁴.

Aucune lecture normative des articles 4 et 5, pour ceux des articles relatifs à la liberté qui peuvent en recevoir une à l'appui d'un régime juridique général de la liberté, n'est donc proposée par le Conseil constitutionnel. Ces dispositions sont ainsi perçues comme des coquilles vides, susceptibles de servir de fondement normatif à n'importe quelle liberté non explicitement consacrée dans des textes. L'on peine d'ailleurs à identifier ce qui peut justifier que la liberté de la femme soit rattachée plutôt à l'article 2 de la Déclaration qu'à l'article 4, voire à l'article 5, tout comme d'ailleurs ce qui interdirait que n'importe quelle liberté non consacrée de manière explicite dans un texte constitutionnel puisse l'être sur le fondement de l'un ou l'autre de ces dispositions. Cette situation ne doit pas faire obstacle à une autre lecture des articles 4 et 5 de la Déclaration, qui sera ici défendue, visant à considérer que ces dispositions posent des normes, il s'agit d'une *thèse normative*, susceptibles de constituer *un régime juridique général de la liberté (A)*. Ce régime mis à jour, il conviendra de rechercher s'il est possible d'en cerner les contours dans la jurisprudence

²³ CC, n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, cons. 4.

²⁴ Voir les observations sous l'article 2 DDHC dans le *Code constitutionnel*, nous supposons ici, conformément à ces commentaires, que le secret des correspondances est un élément du respect de la vie privée et que la liberté d'aller et venir, tout en étant une composante de la liberté personnelle n'en constitue pas moins une liberté autonome.

constitutionnelle qui s'appuie sur ces dispositions ou, plus largement, dans celle relative aux libertés. Autrement dit, le Conseil constitutionnel intègre-t-il ce régime général dans l'explicitation des possibles constitutionnels autour des libertés ou, pour le moins, est-il possible d'identifier un régime général des libertés correspondant au régime posé par les articles 4 et 5 de la Déclaration ? Il sera proposé ici *de relire l'usage jurisprudentiel pour identifier un régime général dans les libertés nouvellement consacrées* (B).

A – La thèse normative : un régime juridique général de la liberté

La référence à un régime juridique général de *la* liberté mérite d'être explicitée. Ce régime est à la fois un régime autonome de protection de *la liberté en général* et un régime général de protection de *toutes les libertés*.

Sur le premier point, les articles 4 et 5 peuvent être lus comme consacrant un « droit au libre épanouissement de sa personnalité » selon les termes de l'article 2 al. 1 de la Loi fondamentale allemande, en vertu duquel « Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale », ce qui pourrait être qualifié de « droit individuel au libéralisme ». L'énoncé de l'article 2 al. 1 de la Loi fondamentale allemande est d'ailleurs assez proche de celui de l'article 4 de la Déclaration. Cette disposition de la Loi fondamentale a été interprétée par la Cour constitutionnelle fédérale, dans un arrêt *Elfes* du 16 janvier 1957²⁵, comme consacrant une « liberté générale d'agir », qui est un « droit résiduel, un « droit fondamental filet » (*Auffanggrundrecht*), dans lequel tombent tous les comportements qui ne relèvent pas d'un droit fondamental particulier »²⁶. Autrement dit, et en raisonnant par analogie, les articles 4 et 5 pourraient constituer le régime juridique général protégeant toutes les libertés non formellement reconnues dans la Constitution. Toute liberté non constitutionnellement consacrée de manière explicite par la Constitution recevrait ainsi une protection constitutionnelle indirecte à travers ce régime général, pas la reconnaissance d'une *liberté générale d'agir*.

Sur le second point, ce régime constitue un cadre général au profit de toutes les libertés constitutionnellement reconnues, sous réserve de ce que prévoient les dispositions constitutionnelles expressément consacrées à telle ou telle liberté. Il est donc possible de voir dans ce régime général un cadre général, non seulement applicable aux libertés non constitutionnellement garanties, mais également à celles qui le sont.

Reste à déterminer ce qui concrétise ce régime général. Les énoncés des deux dispositions concernées méritent d'être rappelés pour mieux dégager les normes qui en sont déductibles, tout

²⁵ BVerfGE, 6, 32, *Elfes*, p. 39.

²⁶ Th. Hochmann, « La recherche du bonheur en droit allemand : la liberté générale d'agir », in *Le droit au bonheur*, Réseau européen de recherche en droit de l'homme, Institut Universitaire Varenne, Colloque et essai, 2016, p. 130.

comme il convient de justifier en quoi l'article 5 de la Déclaration participe à la constitution d'un régime général de la liberté.

L'article 4 de la Déclaration dispose 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 ». La première formule de la première phrase peut être lue comme fixant comme limite générale aux libertés le *respect des droits d'autrui*. Elle justifie, comme restriction à l'exercice de n'importe quelle liberté, le respect des droits d'autrui. De plus, elle doit être interprétée comme imposant la *conciliation des libertés* entre elles dès lors que l'exercice d'une liberté affecte l'exercice d'une autre liberté. La conciliation avec d'autres libertés peut ainsi justifier une restriction à une liberté. La seconde formule n'apparaît que comme la conséquence de la première, l'exercice d'une liberté par une personne n'a de limite que dans l'exercice d'une autre liberté par une autre personne. L'on peut d'ailleurs considérer que « respect des droits d'autrui » et « conciliation des libertés » sont deux formulations différentes de la même situation. La seconde phrase attribue au *législateur* une *compétence générale et exclusive* pour encadrer l'exercice des libertés et donc une réserve de loi dans la restriction des libertés.

En vertu de l'article 5 de la Déclaration : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». La première phrase de cet article peut être lue comme posant une *finalité devant justifier toute restriction des libertés* par le législateur : au nom de la prohibition des « actions nuisibles à la société ». Combinée à l'article 4 de la Déclaration, elle apporte une troisième justification admissible à l'exercice des libertés. Respect des droits d'autrui, conciliation avec d'autres libertés et prohibition des actions nuisibles à la société sont trois limites à l'exercice des libertés. La deuxième phrase peut être lue comme un *principe d'interprétation de la loi : le silence de la loi signifie liberté d'action et seul ce qui est explicitement ordonné par la loi est obligatoire*. Il faut y avoir une interprétation « libérale » de la loi.

Cette lecture mérite d'être éclairée par les énoncés spécifiques relatifs aux deux libertés explicitement reconnues. L'article 10 pose la liberté d'opinion, tout en prévoyant une limite possible, à la « manifestation » de cette liberté lorsque celle-ci trouble « l'ordre public établi par la loi ». Il faut y voir un cadre général quant aux limites susceptibles d'être posées à la liberté d'opinion : elles ne peuvent porter que sur la « manifestation » de la liberté, être posées par la loi et avoir pour finalité le respect de l'ordre public. L'article 11 consacre la liberté de communication, et non pas la liberté d'expression, entendue comme la permission de « parler, écrire et imprimer librement »²⁷, tout en fixant comme limite à cette liberté les cas d'abus de son exercice, dans les cas déterminés par la loi.

²⁷ Voir, sur la différence de sens entre liberté de communication et liberté d'expression, *supra*, note n° 7.

De ces différents éléments, plusieurs caractéristiques sont susceptibles d'être mises en évidence comme constituant le régime général des libertés :

- 1°) *la compétence générale de la loi pour poser des restrictions à l'exercice des libertés ;*
- 2°) *deux limites générales à l'exercice des libertés sont posées : le respect des droits d'autrui ou la conciliation avec l'exercice d'autres libertés et la prohibition des actions nuisibles à la société, étant entendu que peuvent constituer des illustrations de cette dernière situation, le maintien de l'ordre public, à propos de la liberté d'opinion, et les abus dans l'exercice des libertés, à propos de la liberté de communication ;*
- 3°) *le principe d'interprétation libérale de la loi exigeant une interprétation stricte des limitations aux libertés fixées par le législateur.*

Ces propositions méritent une formalisation jurisprudentielle par deux paragraphes de principe, proposition à laquelle il apparaît difficile de résister :

Selon l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « 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 ». Son article 5 proclame que « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

Ses dispositions posent un régime général constitutionnel à l'exercice non seulement de la liberté générale d'agir mais également des libertés garanties par la Constitution. En vertu de ce régime, il appartient au seul législateur de poser des restrictions à l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Ces restrictions ne sauraient être justifiées que par le respect des droits d'autrui, qu'afin de prohiber des actions nuisibles à la société ou pour en concilier l'exercice avec celui d'autres libertés. Toute loi restrictive de l'exercice d'une liberté doit être interprétée strictement.

B – Relire l'usage jurisprudentiel : identifier un régime général dans les libertés nouvellement consacrées

Ce régime général posé, il faut d'abord rappeler que le Conseil constitutionnel ne s'est pas inscrit dans la reconnaissance d'une *liberté générale d'agir* sur le fondement des articles 4 et 5 de la Déclaration, qui aurait pu recouvrir de manière générique toutes les libertés non constitutionnellement consacrées. Il a préféré consacrer de *nouvelles libertés*, de manière explicite, sur le fondement de ces dispositions²⁸, même s'il faut rappeler qu'il avait pu, dans trois décisions

²⁸ L'on pourrait voir dans cette consécration de nouvelles libertés par le Conseil constitutionnel une conséquence du caractère inachevé de la Déclaration. Ce caractère inachevé autoriserait le juge constitutionnel à compléter la Déclaration, à plus forte raison face à des libertés qui étaient familières au constituant de 1789, comme la liberté d'entreprendre, quelle que peuvent en être les formulations. Toutefois, le caractère inachevé de la Déclaration ne saurait être lu comme étant une habilitation faite au juge à compléter le texte, une telle interprétation

au moins, s'engager vers la reconnaissance d'un principe général de liberté sur le fondement de l'article 2²⁹ ou de l'article 5 de la Déclaration³⁰.

Il est ensuite possible de rechercher si le régime général de la liberté est effectivement consacré par le Conseil constitutionnel, en particulier, à partir de ces nouvelles libertés qu'il a reconnues sur le fondement des articles 4 et 5 de la Déclaration. Il convient d'exclure de l'étude tout ce qui a été rattaché à ces dispositions, mais qui n'entre pas dans la catégorie des libertés : la protection des contrats légalement conclus, le principe de responsabilité et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité.

Ainsi, la liberté d'entreprendre, tout d'abord, qui a récemment fait l'objet d'une explicitation quant à la permission d'agir qu'elle recouvre, à savoir « la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique » et « la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »³¹, sans que cette explicitation ne soit d'ailleurs systématiquement rappelée, n'est, le plus souvent, formulée que sous l'angle des limitations (...« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations »³²). La compétence du législateur pour restreindre l'exercice de cette liberté est établie et deux motifs sont posés comme justifiant de telles limitations : l'intérêt général et le respect d'exigences constitutionnelles. Le seuil d'inconstitutionnalité est encore formalisé par la formule de « l'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». S'ajoute, enfin, bien que non systématiquement mentionné comme étant proscrit : la dénaturation de la liberté³³. Il faut voir là une formulation d'un cas de violation de la permission d'agir dans la mesure où celle-ci est anéantie : il n'y a plus de permission d'agir. La consécration de la liberté contractuelle correspond exactement au même schéma³⁴, sous réserve de la formule liée à la dénaturation du droit, non

serait d'ailleurs tout à fait anachronique. En tout état de cause, en raison des règles de formalisation du droit constitutionnel formel sous la V^{ème} République, le fait de compléter les droits consacrés par la Déclaration ne saurait être l'œuvre que du pouvoir de révision constitutionnelle.

²⁹ Dans la décision *IVG*, le Conseil constitutionnel avait en effet invoqué le « principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 8). Voir également : CC, n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, cons. 10.

³⁰ CC, n° 85-189 DC, 17 juillet 1985, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement*, cons. 9.

³¹ CC, n° 2012-285 QPC, 30 novembre 2012, *M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]*, cons. 7.

³² « 48. Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. » CC, n° 2019-795 DC, 20 décembre 2019, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2020*, § 48. Voir également, pour une formulation à partir d'un « considérant » : CC, n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 27.

³³ Voir par exemple : « 27. Considérant, d'une part, qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée », CC, n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 27.

³⁴ « 10. Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi

employée à son propos, mais qui ne saurait être écartée au regard de la lecture qui a été proposée de cette situation.

La liberté personnelle apparaît dans une formulation pour le moins surprenante car elle n'est reconnue qu'en tant que liberté à concilier avec l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) de sauvegarde de l'ordre public et/ou de prévention des infractions³⁵. Elle n'est pas formulée positivement, ni même d'ailleurs explicitée quant à la permission d'agir qu'elle consacre, mais seulement comme une liberté à concilier avec d'autres exigences. Elle est ainsi placée au même niveau que l'ordre public, ce qui ne manque pas de poser question. Il reste que cet OVC n'en est pas moins une limite à l'exercice de cette liberté.

Si l'on se tourne vers la jurisprudence constitutionnelle relative aux deux libertés explicitement consacrées, l'article 10 de la Déclaration est transformé. Il est lu comme consacrant, non pas la liberté d'opinion, mais la liberté de conscience³⁶, et comme interdisant que le législateur puisse interdire ou imposer des comportements à des personnes qui heurteraient leur conscience. La liberté d'opinion est diluée dans la liberté de communication des idées et *des opinions* de l'article 11 de la Déclaration, cette dernière disposition usant, en l'occurrence, de ces termes.

Pour ce qui concerne la liberté de communication, à laquelle le Conseil constitutionnel ajoute la liberté d'expression, celui-ci retient que le législateur peut sanctionner « 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 »³⁷. Il explicite ainsi les abus sanctionnables, les *droits des tiers* pouvant être rattachés à l'article 4 de la Déclaration, les atteintes à *l'ordre public* à son article 5. Il déduit, par ailleurs, du caractère précieux de cette liberté, expressément mentionné par l'article 11 de la Déclaration, la nécessité d'exercer un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à cette liberté et les objectifs poursuivis par le législateur, étant entendu que « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »³⁸.

» CC, n° 2018-749 QPC, 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II]*.

³⁵ « 8. Selon l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Son article 4 proclame 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.

9. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 » CC, n° 2018-761 QPC, 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*.

³⁶ Pour une consécration récente : CC, n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*, § 37.

³⁷ Voir pour une affirmation récente : CC, n° 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, *M. Vincent R. [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité]*, cons. 5.

³⁸ *Ibid.*

Sans poursuivre une analyse exhaustive de la formulation des différentes libertés constitutionnelles garanties, l'on retrouve dans les analyses proposées des éléments qui peuvent être rattachés au régime général constitutionnel de la liberté, d'autres qui apparaissent plus originaux. C'est sans doute la formulation des limites à l'exercice des droits fondamentaux qui témoigne de la manière la plus significative qui soit d'un rapprochement avec le régime général de la liberté, avec, en particulier, les limites à l'exercice des libertés tirées du respect des droits d'autrui, de la préservation de l'ordre public ou d'autres exigences constitutionnelles et de la conciliation des libertés et la compétence législative pour le faire. Le contrôle de la disproportion (conciliation) manifeste ne semble, en revanche, pas devoir être rattaché au régime général, tout au plus peut-on justifier l'exercice d'un contrôle de proportionnalité à propos du respect de la liberté de communication au regard de l'affirmation de son caractère précieux par l'article 11 de la Déclaration. L'appréciation de la proportion entre l'atteinte à la liberté et la finalité poursuivie par le législateur ne découle d'aucune formule contenue dans les articles 4 et 5 de la Déclaration. Le principe de l'interprétation libérale de la loi n'est pas repris de manière explicite. La dénaturation de la liberté peut être considérée comme inhérente à la reconnaissance de cette liberté, en tant que négation de cette liberté. Il reste que l'essentiel du régime général des libertés est repris dans le régime appliqué aux libertés constitutionnelles nouvellement consacrées sur le fondement des articles 4 et 5 de la Déclaration : restriction par la loi et limitation de l'exercice des libertés au nom de certaines exigences particulières.

§ II – L'égalité : d'une égalité *idem* à l'encadrement normatif de l'*ipse*

La dimension constructive de l'appréciation par le Conseil constitutionnel du principe d'égalité, et peut-être faudrait-il écrire du Conseil d'État qui en a posé, le premier, les éléments d'appréciation, est forte. La jurisprudence constitutionnelle peut même être considérée comme étant totalement dissociée de l'article 6 de la Déclaration et, à plus forte raison, de l'article 1^{er} de la même Déclaration, qui n'est, tout simplement, pas un fondement constitutionnel textuel au principe d'égalité³⁹. La Déclaration consacre un principe d'égalité dans le prolongement de l'abolition des privilèges et donc un principe de traitement égal de tous, c'est ce que nous appellerons l'égalité *idem* (§ I) : la loi doit être la même tous, telle en est la formulation la plus forte. À cette égalité *idem*, le Conseil constitutionnel ajoutera les principes d'une appréciation de la régularité constitutionnelle des différenciations admissibles, une égalité *ipse* (§ II)⁴⁰.

A – L'égalité *idem* de la Déclaration

³⁹ Voir cependant, de manière exceptionnelle, s'appuyant, dans un premier considérant, sur l'article 1^{er} de la Déclaration, avant, dans un second, de rappeler son considérant de principe sur le principe d'égalité sans référence à l'article 6 de la même Déclaration : CC, n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 7 et 8.

⁴⁰ Nous reprenons ici la distinction entre l'identité-mémeté et l'identité-ipsité posée par P. Ricœur dans *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

Dans le prolongement de l'abolition des privilèges, les formules retenues par la Déclaration témoignent toutes de cette volonté d'un traitement égal de tous par le droit : de la formule selon laquelle « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » à celles selon lesquelles la loi « doit être la même pour tous » ou que « tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics ». La loi doit donner les mêmes droits à tous. La loi rassemble en ce que nous sommes tous identiques à ses yeux, en tant qu'homme. Cette égalité est, pour reprendre une distinction fréquemment utilisée, une égalité *dans* la loi, la loi doit reconnaître à chacun les mêmes droits et une égalité *devant* la loi, la loi devant être appliquée de la même manière pour tous.

Il faut voir également dans cette égalité *idem* une interdiction des discriminations. La loi doit être la même pour tous... sans discrimination, conviendrait-il d'ajouter. Cet ajout peut être rattaché à l'article 1^{er} de la Déclaration qui dispose que « les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » et à l'article 6 qui précise, à propos de l'accès aux dignités, places et emplois publics, qu'il doit se faire « sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». L'égalité est une égalité, sans discrimination arbitraire.

Il est peut-être une proposition de lecture de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui permettrait de la rapprocher de l'égalité *idem* de la Déclaration, même si l'auteur de ces lignes n'en est pas certain, du moins sur le plan des concepts mobilisés. Juger de la régularité des différenciations, ce que fait le Conseil constitutionnel avec son paragraphe de principe sur l'égalité, peut être lu comme aboutissant à sanctionner les discriminations. Toute *différenciation non justifiée* serait alors lue comme étant une *discrimination*. Une telle proposition d'analyse mérite toutefois d'être approfondie. La *discrimination* peut être lue comme interdisant, par principe, l'usage de certains *critères* de différenciation, quelles que soient les modalités de leur usage dans la différenciation ; la *différenciation* repose, elle, sur un critère de différenciation admissible dont la *mise en œuvre* sera jugée irrégulière. Dans le premier cas, il existe un critère de différenciation interdit ; dans le second, le critère est admissible mais son usage est non justifié et donc irrégulier. Sous cet angle, le jugement du *critère* de différenciation précède l'appréciation de *sa mise en œuvre*. À cet égard, il est une exigence posée par l'article 1^{er} de la Déclaration portant sur les critères de différenciation : ceux-ci doivent être fondés sur l'utilité commune. L'utilité commune garantit la non-discrimination en imposant que les critères de différenciation mobilisés par le législateur répondent une certaine finalité.

B – L'encadrement normatif de l'*ipse* par le Conseil constitutionnel

Le paragraphe de principe du Conseil constitutionnel sur le principe d'égalité, après quelques anciennes formulations demeurées isolées, mais rattachables à la formulation actuelle de principe⁴¹, est, depuis longtemps, fixé : « Selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme

⁴¹ CC, n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale* :

et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Le principe d'égalité 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 cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »⁴².

Ce paragraphe contient deux normes :

- *une différence de situation permet un traitement différent s'il est en rapport direct avec l'objet de la loi (1) ;*
- *la poursuite de l'intérêt général permet un traitement différent s'il est en rapport direct avec l'objet de la loi (2).*

Ces deux premières normes renvoient à l'appréciation du caractère justifié de la différenciation. Deux critères sont retenus : une différence de situation ou l'intérêt général. L'appréciation de la

« 4. Considérant qu'en conférant un tel pouvoir l'article 6 de la loi déferée au Conseil constitutionnel, en ce qu'il modifie l'article 398-1 du code de procédure pénale, met en cause, alors surtout qu'il s'agit d'une loi pénale, le principe d'égalité devant la justice qui est inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamé dans la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ;

5. Considérant, en effet, que le respect de ce principe fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes ».

CC, n° 78-101 DC, 17 janvier 1979, *Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes* :

« 2. Considérant que, pour contester les dispositions dont il s'agit, les auteurs de la saisine font valoir que le vote plural ainsi prévu serait contraire au principe d'égalité devant la loi, tel qu'il est formulé aux articles 2 et 3 de la Constitution et à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, réaffirmée par le préambule de la Constitution ;

3. Considérant que, si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi ; ».

CC, n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* :

« 4. Considérant, d'autre part, que si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes ; qu'en précisant dans son article 4 que l'acte administratif instituant une redevance sur un ouvrage d'art reliant des voies départementales peut prévoir des tarifs différents ou la gratuité, selon les diverses catégories d'usagers, pour tenir compte soit d'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation de l'ouvrage d'art, soit de la situation particulière de certains usagers, et notamment de ceux qui ont leur domicile ou leur lieu de travail dans le ou les départements concernés, la loi dont il s'agit a déterminé des critères qui ne sont contraires ni au principe de l'égalité devant la loi ni à son corollaire, celui de l'égalité devant les charges publiques ; ».

CC, n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*

« 4. Considérant qu'il appartient au législateur de poser la règle d'attribution du siège restant après division par deux du nombre total des sièges à pourvoir dont une moitié est attribuée à la liste parvenue en tête et l'autre répartie à la proportionnelle lorsque ce nombre total est impair ; qu'aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose que la règle appliquée soit identique quel que soit le nombre total des sièges à pourvoir mais que le principe d'égalité exige seulement que la même règle soit appliquée à chaque fois que le nombre de sièges à répartir est le même ; que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel répond à cette exigence et, dès lors, ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi ; ».

⁴² Pour une décision récente voir : CC, n° 2019-820 QPC, 17 janvier 2020, *Époux K. [Abattement au titre de la résidence principale en matière d'impôt de solidarité sur la fortune]*, § 4.

justification implique celle du rapport, direct, devant exister entre la différenciation posée et l'objectif de la loi. Autrement dit, la différenciation doit répondre à un objectif poursuivi par le législateur. Il reste, qu'aucune de ces deux normes n'est rattachable à la Déclaration de 1789. Il faut y voir une transposition de la jurisprudence du Conseil d'État. Celle-ci ne reposait pas, du moins à l'origine et de manière explicite⁴³, sur l'article 6 de la Déclaration⁴⁴, et ne concerne pas, évidemment, la loi. Cette transposition est problématique puisqu'elle autorise le Conseil constitutionnel à apprécier la régularité des différenciations posées par le législateur et, de cette manière, lui permet de contrôler le domaine d'application de la loi⁴⁵. En effet, juger des critères de différenciation posés par la loi revient, en particulier en cas de censure d'une différenciation, à modifier le domaine de la loi. S'il est, par exemple, une catégorie particulière de personnes exclue, de manière injustifiée, aux yeux du juge constitutionnel de l'attribution d'un droit, ce dernier bénéficiant, par ailleurs, à d'autres catégories de personnes, la censure du dispositif ainsi établi aboutit à étendre la reconnaissance de ce droit aux catégories qui en étaient exclues. Le domaine d'application de la loi est affecté par la censure, au nom du contrôle de la justification des différenciations posées par le législateur.

Dans le prolongement de cette réflexion, il faut encore préciser qu'une censure de l'un ou l'autre de ces deux premières normes emporte en effet des conséquences normatives, plus exactement, la censure conduit à poser une autre norme. Ainsi une différenciation de situation qui ne justifie pas un traitement différent au regard de l'objet de la loi impose que cette situation soit traitée de la même manière. Une différence de situation, non justifiée, impose un traitement identique⁴⁶. De même, une différenciation qui n'est pas justifiée par l'intérêt général, au regard de l'objet de la loi, n'a plus de raison d'être et imposera, en conséquence, un même traitement.

L'opportunité d'une telle construction de l'encadrement des différenciations mérite d'être discutée au regard de la Déclaration. Si celle-ci défend l'égalité de la loi pour tous, elle n'interdit pas les différenciations. Elle encadre toutefois les différenciations en exigeant que celles-ci soient fondées sur l'utilité commune en vertu de l'article 1^{er} de la Déclaration. À l'exception de cette exigence, rien n'est censé encadrer les différenciations établies par le législateur. Si l'on peut rattacher, sans trop développer d'interprétation constructive, l'intérêt général à l'utilité publique, les différences de situations semblent mal pouvoir être couvertes par l'article 1^{er} de la Déclaration. Tout au plus peut-on considérer qu'admettre une différence de traitement reposant sur une différence de situation est logique et pragmatique ; la situation n'est pas, pour autant, couverte

⁴³ Voir, par exemple : CE, sec., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec., p. 274.

⁴⁴ Voir aujourd'hui pour une formulation rattachée à l'article 6 de la Déclaration : CE, 10 mars 2020, *Fédération des entreprises du commerce et de la distribution*, req. n° 436879.

⁴⁵ Voir sur ce point : « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, sous la direction de M. Fatim-Rouge Stefanini et G. Scoffoni, *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 2, PUAM, 2013, pp. 61-69.

⁴⁶ Voir, par exemple, à propos des droits qui doivent être accordés aux enfants adoptés en la forme plénière et les enfants « légitimes » : CC, n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 50. Il y a bien une différence de situation liée à l'origine de la filiation, mais cette différence de situation ne justifie pas un traitement différent, elle exige donc un traitement identique.

par une norme. L'on peut toutefois encore s'interroger sur l'interprétation à retenir de la formule : « Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Sont-ce les critères de différenciation qui doivent répondre à l'exigence de l'utilité commune ou la mise en œuvre de ces critères ? Faut-il apprécier le critère en lui-même et rechercher s'il est fondé sur l'utilité commune ou est-ce sa mise en œuvre qui doit répondre à cette même finalité ?⁴⁷ Dans le premier cas, la jurisprudence constitutionnelle sur la justification des différenciations est totalement hors cadre : dans le second, seule la recherche de l'intérêt général est couverte par l'article 1^{er} de la Déclaration. Au regard du caractère relativement inadapté de l'article 6 de la Déclaration comme fondement à la jurisprudence constitutionnelle, sans doute l'article 1^{er} de la Constitution apparaît comme un meilleur fondement à cette jurisprudence.

D'autres normes ont encore été posées par le Conseil constitutionnel en dehors du paragraphe de principe :

- *une même situation doit être traitée de manière identique*⁴⁸ ou, selon une formulation différente, *mais posant la même norme, une même situation ne doit pas être traitée de manière différente*⁴⁹ (3) ;
- *une situation comparable doit être traitée de manière identique*⁵⁰ (4) ;
- *une situation différente doit être traitée de manière identique*⁵¹ (5) ;
- *une situation différente ne doit pas être traitée de manière différente*⁵² (6).

Parmi ces différentes normes, seules les deux premières sont rattachables à l'article 6 de la Déclaration de 1789. Elles renvoient à l'égalité *idem*.

La norme (5), « une situation différente doit être traitée de manière identique », mérite d'être explicitée dans son domaine d'application. Elle doit surtout être distinguée des conséquences d'une censure de la norme (1), à savoir qu'une différence de situation n'étant pas justifiée, un même traitement s'impose. La décision du 21 juin 2013, *Mme Micheline L. [Droits du conjoint survivant pour l'attribution de la pension militaire d'invalidité]* mérite d'être examinée en détail et son considérant de principe rappelé :

⁴⁷ Nous penchons, comme nous l'avons explicité *supra*, en faveur de la première thèse.

⁴⁸ CC, n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gabor R. [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation]*, cons. 11.

⁴⁹ CC, n° 2013-365 QPC, 6 février 2014, *Époux M. [Exonération au titre de l'impôt sur le revenu des indemnités journalières de sécurité sociale allouées aux personnes atteintes d'une affection comportant un traitement prolongé]*, cons. 8.

⁵⁰ CC, n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, cons. 30.

⁵¹ CC, n° 2013-324 QPC, 21 juin 2013, *Mme Micheline L. [Droits du conjoint survivant pour l'attribution de la pension militaire d'invalidité]*, cons. 5.

⁵² Norme formulée à partir d'énoncés différents : CC, n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gabor R. [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation]*, cons. 11 ; CC, n° 2018-761 DC, 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, § 89.

« 5. Considérant que, d'une part, les pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre et les pensions de retraite prévues tant par le code des pensions civiles et militaires de retraite que par le code de la sécurité sociale ont principalement pour objet d'assurer, pour les premières, un droit à réparation et, pour les secondes, un revenu de substitution ou d'assistance ; qu'ainsi, elles n'ont pas le même objet ; que, dès lors, en elles-mêmes, les différences entre les régimes d'attribution et de réversion de ces pensions, s'agissant notamment de la désignation de leurs bénéficiaires, ne méconnaissent pas le principe d'égalité ; que, d'autre part, le conjoint survivant et le conjoint divorcé se trouvent dans des situations différentes ; que ni le principe d'égalité, ni aucune autre exigence constitutionnelle n'imposent d'octroyer au conjoint divorcé le bénéfice d'une pension accordée au conjoint survivant ; »⁵³.

Contrairement aux conséquences d'une censure de la norme (1), la différence de situation est justifiée, tant en elle-même, qu'au regard de l'objet de la loi. Pour autant, le juge constitutionnel poursuit, en soutenant que, *par ailleurs*, rien n'impose un traitement égal de ces situations différentes. Il existerait donc des cas dans lesquels, au nom du principe d'égalité ou d'une autre exigence constitutionnelle, une différence de situation imposerait un traitement égal alors même que la différenciation est justifiée. Cette situation n'en est pas moins difficilement saisissable de manière concrète. Si l'on s'en tient à une maladresse de rédaction, la dernière formule du considérant ne fait que renvoyer aux cas de censure de la norme (1). Respectueux que nous sommes des mots du Conseil constitutionnel, nous en avons cependant fait une norme supplémentaire.

La norme (6), « une situation différente ne doit pas être traitée de manière différente », est explicitement reconnue par le Conseil et, surtout, elle est dissociée de la norme (3) à savoir « une même situation doit être traitée de la même façon ». La norme s'appuie ici sur un certain pragmatisme. À garantir le respect d'une norme qui imposerait un traitement différencié de situations différentes, le juge constitutionnel ouvrirait un contentieux important. Déjà, le contentieux relatif au principe d'égalité est considérable, s'il fallait ajouter un contrôle de la différenciation imposant un traitement différent, le volume contentieux serait plus important encore. Tout peut être différencié et donc n'importe quelle différence pourrait être à l'origine d'une revendication à un traitement différent. De plus, chaque censure imposerait au législateur de différencier l'application du droit en fonction des différences de situations constatées par le Conseil constitutionnel.

Il faut encore ajouter les discriminations positives qui, sans être le fait du Conseil constitutionnel, puisque l'on peut considérer qu'une habilitation constitutionnelle spéciale est nécessaire pour en autoriser la mise en œuvre par le législateur, peuvent recevoir la formulation normative suivante :

⁵³ CC, n° 2013-324 QPC, 21 juin 2013, *Mme Micheline L. [Droits du conjoint survivant pour l'attribution de la pension militaire d'invalidité]*, cons. 5.

une différence de situation reposant sur un critère interdit permet un traitement différent en vertu d'une habilitation constitutionnelle expresse (7).

La discrimination positive implique une différenciation reposant sur un critère en principe interdit, s'il ne l'était pas, l'intérêt général pourrait suffire pour justifier la différenciation, à partir duquel une différenciation sera opérée. Tel est le cas, en France, des discriminations positives en faveur du sexe sous-représenté, en particulier dans le domaine politique. Le sexe, critère de différenciation interdit, est utilisé, sur habilitation constitutionnelle expresse, pour que le législateur puisse instituer des mesures en faveur du sexe sous-représenté. Sans cette habilitation, le critère de différenciation serait un critère illicite, insusceptible d'être justifié, dans sa mise en œuvre, par la poursuite de l'intérêt général.

Après une première proposition de rédaction d'un paragraphe de principe sur la liberté, une autre proposition, à propos du principe d'égalité, mérite de lui être associée, qui, sans être révolutionnaire, il ne s'agira pas de défendre une suppression de la construction normative prétorienne du juge constitutionnel, la complète et la clarifie à partir des exigences posées par la Déclaration mais aussi par la Constitution :

Selon l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Son article 6 proclame que « La loi (...) doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». L'article 1^{er} de la Constitution de 1958 « La France (...) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Ces différentes dispositions consacrent le principe d'égalité.

En vertu de ce principe, toute différenciation posée par le législateur doit reposer sur des critères qui doivent être permis par la Constitution et fondés sur l'utilité commune. De plus, toute différenciation opérée par le législateur doit être justifiée, soit par l'existence d'une différence de situation, soit par des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

La distance entre les énoncés dispositionnels de la Déclaration sur la liberté et l'égalité et leur concrétisation jurisprudentielle ainsi exposée demeure la question de l'appréciation de cette distance. Les paragraphes de principe proposés peuvent être utilisés en tant qu'instrument pratique de mesure. Peut-être convient-il de considérer que, malgré la distance, pour le juge constitutionnel, la volonté de respecter les normes issues des énoncés dispositionnels demeure et que seule l'expression de leur concrétisation change. Que cette contribution fournisse l'occasion d'éclairer sur d'autres concrétisations possibles.