

*Que  
sais-je?*

**LES LIBERTÉS  
PUBLIQUES**



Jean Morange

**puf**

QUE SAIS-JE ?

# **Les libertés publiques**

**JEAN MORANGE**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Huitième édition mise à jour**

**44<sup>e</sup> mille**



# Introduction

Le grand publiciste français Gaston Jèze constatait, devant l'Institut international de Droit public, en 1928, que l'expression “ libertés publiques ” n'avait jamais été définie. S'il n'en est plus de même aujourd'hui, les ambiguïtés n'ont pas disparu pour autant. Certains, surtout les non-juristes, parleront tout simplement des droits ou des libertés. D'autres, plus précis, emploieront les qualifications de “ libertés publiques ”, mais aussi de “ droits de l'homme ” ou de “ droit des libertés fondamentales ”. Aussi, la première difficulté à laquelle se heurte tout auteur tentant de présenter les libertés publiques est de les définir.

## I. – Définition des libertés publiques

Les libertés publiques, auxquelles il est fait référence dans

le titre de cet ouvrage, ne se confondent pas avec les libertés et encore moins avec la Liberté. Savoir dans quelle mesure l'homme est libre et à quel moment il l'est le plus est un thème qui a fait l'objet de maints commentaires théologiques et philosophiques. On peut parfaitement admettre que le martyr acceptant volontairement ce sort pour ne pas renier sa foi, ou le dissident, dans une version laïcisée, donne le plus bel exemple de la liberté humaine. Le juriste, pourtant, ne considérera pas qu'un pays où le seul moyen d'affirmer ses convictions les plus profondes soit de marcher au supplice jouisse de libertés. Car les libertés publiques se situent à un tout autre niveau. Elles supposent que l'État reconnaisse aux individus le droit d'exercer, à l'abri des pressions extérieures, un certain nombre d'activités déterminées.

Elles sont donc des libertés, car elles permettent d'agir sans contrainte, et des libertés publiques car c'est aux organes de l'État, titulaire de la souveraineté juridique, qu'il revient de réaliser de telles conditions. On comprend aisément que de telles libertés ne se conçoivent que dans le cadre d'un système juridique déterminé. Ainsi, il est possible d'analyser les libertés publiques dont jouissent les Français d'aujourd'hui. Le caractère concret de ces

libertés permet de les distinguer des droits de l'homme. Cette dernière expression présuppose, en effet, d'un point de vue philosophique, qu'il est un certain nombre de droits inhérents à la nature humaine. Telle était, comme on le reverra, l'optique des auteurs de la Déclaration de 1789. Telle est, également, la conviction de ceux qui, de nos jours, revendiquent la jouissance de ces droits par les citoyens d'États qui, précisément, ne les respectent pas.

Les libertés publiques n'ont de sens que si elles peuvent être exercées en droit et en fait. Dans la pensée juridique du xviii<sup>e</sup> siècle, dont elles sont issues, l'accent a d'abord été mis sur la proclamation très solennelle de principes dans des déclarations de droits tandis que les constitutions énonçaient des garanties. Il revenait au législateur de les mettre en œuvre en les dotant d'un régime juridique approprié. Les lois protectrices des libertés ont fait l'objet, surtout en France, d'une attention particulière. Les “ grandes lois ” de la III<sup>e</sup> République sont restées emblématiques à la fois d'un état d'esprit libéral, mais aussi de la recherche de techniques juridiques destinées à permettre un exercice effectif de la liberté, à partir d'une réflexion globale sur le statut des diverses activités humaines.

Certaines d'entre elles peuvent être totalement interdites, et cela peut s'avérer légitime en fonction de la finalité poursuivie – par exemple, faire respecter les droits, la liberté ou la dignité d'autrui. Cela serait inacceptable, dans une perspective libérale, s'il s'agissait d'imposer une idéologie officielle.

À l'opposé, une activité humaine peut être totalement libre. Aucune condition préalable n'est imposée. L'individu doit simplement respecter les lois et les règlements, et, s'il les enfreint, sera passible de sanctions pénales. C'est la raison pour laquelle ce régime est qualifié de répressif. Contrairement à ce que pourrait laisser croire l'utilisation de ce terme dans le langage courant, il s'agit du régime le plus libéral. Aucun obstacle ne vient entraver *a priori* les initiatives individuelles. Il faut cependant qu'un certain nombre de conditions soient réunies : que la loi pénale soit claire et précise, n'interdise que les actions nuisibles à la société, ne soit pas rétroactive et que son application revienne exclusivement à des juges indépendants et impartiaux.

D'autres régimes juridiques intermédiaires sont envisageables. Les individus peuvent disposer d'une

faculté d'agir, mais seulement après une autorisation administrative qu'il convient de solliciter. Tout dépend, dans cette hypothèse, de la nature de l'autorité compétente et des chances que possède l'administré d'obtenir une réponse favorable. Certaines autorisations sont de droit dès lors que les conditions prévues sont réunies, d'autres sont laissées à l'appréciation discrétionnaire, voire arbitraire de l'administration. Dans le système de la déclaration préalable, les individus sont libres d'agir sous réserve d'en informer une autorité administrative ou judiciaire pour lui permettre de contrôler l'usage qui sera fait de la liberté et, également, d'intervenir au cas où celui-ci paraîtrait illégal ou contraire à l'ordre public. Ce système est plus libéral que le précédent puisque la liberté est la règle.

À partir de quel moment peut-on dire qu'une activité est soumise à un régime de liberté publique ? Tous les auteurs sont évidemment d'accord pour exclure le régime de l'interdiction et inclure le régime que l'on a qualifié de "répressif" sous réserve que les conditions indiquées soient réunies. Les divergences apparaissent en ce qui concerne les deux régimes intermédiaires. Certains estiment que la nécessité d'une autorisation exclut, ne serait-ce que d'un

point de vue purement psychologique, l'idée de liberté. D'autres pensent, au contraire, que celle-ci existe dès que l'autorisation est de droit. De même, s'il est possible de considérer que le système de la déclaration préalable est compatible avec la notion de liberté – c'est d'ailleurs la position du juge administratif et du Conseil constitutionnel –, on peut ajouter que la déclaration ne doit alors déboucher sur aucune interdiction arbitraire.

L'évolution profonde des systèmes juridiques libéraux, dont celui de la France, a sensiblement modifié la perception de la matière.

## **II. – L'évolution des libertés publiques**

C'est seulement depuis 1954 que les libertés publiques font l'objet d'un enseignement autonome dans les Facultés de droit. Auparavant, leur étude était dispersée dans l'ensemble des disciplines juridiques. De fait, elles entretiennent, avec la plupart d'entre elles, des rapports très étroits.

L'étude des déclarations de droits est liée à celle du droit constitutionnel, et la conciliation entre pouvoirs de police et libertés au droit administratif. Le droit pénal et la procédure pénale permettent d'étudier les principales règles protégeant la liberté individuelle. La liberté syndicale et le droit de grève relèvent du droit du travail et du droit social, tandis que les libertés économiques se rattachent, pour l'essentiel, au droit commercial et au droit des affaires. Enfin, et pour se limiter à quelques exemples, les droits de l'homme sur le plan mondial sont étudiés en droit international public, tandis que les droits européens jouent un rôle de plus en plus déterminant.

On pourrait donc, à la limite, douter de la réelle autonomie de la matière " libertés publiques " et n'y voir qu'une justification pédagogique. Celle-ci n'est d'ailleurs pas totalement absente. Sans l'existence de ce cours distinct, il est un certain nombre de libertés qui ne seraient jamais étudiées : libertés d'association et de réunion, de la presse, liberté religieuse... Inversement, la tradition française ampute l'étude des libertés publiques d'un certain nombre de droits qui pourraient logiquement s'y rattacher, et qui sont effectivement mentionnés dans certaines déclarations : par exemple, divers aspects du droit de la famille.

Au-delà même de ces discussions, toujours actuelles, relatives à la place de la matière au sein des disciplines juridiques, on peut s'interroger sur la portée des évolutions profondes qui se sont manifestées depuis la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle, voire, pour prendre le cas plus particulier de la France, depuis la V<sup>e</sup> République.

Au niveau des sources, le droit constitutionnel matériel s'est considérablement développé. Il est de plus en plus interprété et élargi par suite de l'intervention du juge constitutionnel qui en garantit l'effectivité. Parallèlement les sources internationales et surtout les sources européennes sont de plus en plus substantielles et effectives grâce à l'intervention des juges européens, Cour de justice des Communautés européennes (Cour de Luxembourg) et Cour européenne des droits de l'homme (Cour de Strasbourg). Les garanties juridictionnelles précitées ne doivent pas faire oublier le rôle essentiel des juges nationaux ordinaires, judiciaires et administratifs. Elles ont relégué au second plan la garantie législative.

Pour toutes ces raisons, entre autres, on peut considérer que les " libertés publiques " appartiennent à un cadre révolu, celui de la France du xix<sup>e</sup> et du début du xx<sup>e</sup> siècle.

Il conviendrait aujourd'hui de parler du " droit constitutionnel des libertés ", du " droit européen des libertés ", voire, plus globalement, des droits fondamentaux et libertés fondamentales. C'est dans cette direction que l'on s'est officiellement orienté, puisque, depuis 1999, le cours de " libertés publiques " enseigné en troisième année de licence dans les Facultés de droit est devenu enseignement de " droit des libertés fondamentales ". Le changement d'intitulé correspondrait aux transformations de la matière. Il est en effet possible de mettre l'accent sur ces dernières. Mais il est tout aussi possible d'insister sur la continuité. Puisant à des sources d'inspiration très anciennes et marqués par le contexte intellectuel de leur époque, les constituants du xviii<sup>e</sup> siècle ont donné une formulation spécifique et juridique de la façon dont, selon eux, la liberté devait être conçue et de ses diverses facettes. La liberté juridique est et reste inséparable de données extrajuridiques. Les " droits de l'homme " font le lien entre une certaine représentation de l'ordre social et l'ordre juridique dans lequel les divers aspects de la liberté se voient reconnaître une portée concrète. Même si elle a sensiblement évolué à certains égards, cette conception des libertés est aussi restée fondamentalement la même (chap. I). Il en va en grande partie de même du contenu des

libertés (chap. II). Il s'est enrichi sans se transformer radicalement. Les garanties des libertés sont plus nombreuses et se répartissent différemment mais elles reposent toujours sur le principe de séparation des pouvoirs (chap. III).

# Chapitre I

## Une conception de la liberté

Comme on pourra s'en rendre compte, c'est la référence à une certaine conception de la liberté qui fait l'originalité d'un système juridique libéral et qui permet, à la limite, de le définir, beaucoup plus qu'une situation géographique, que l'existence d'un certain régime économique ou d'un niveau de vie relativement élevé. Cette conception, née dans un contexte culturel, historique et philosophique bien déterminé, fait considérer que le rôle essentiel de l'État consiste à assurer la préservation des droits individuels considérés comme des droits supérieurs.

Si les libertés publiques constituent une réalité juridique contemporaine, c'est parce que leur fondement les fait apparaître comme plus importantes pour les individus que

les autres droits (I). Il en découle un certain nombre de conséquences : d'abord, leur formulation est logiquement plus solennelle (II) ; ensuite, leur valeur juridique les situe au sommet de la hiérarchie des normes (III).

# **I. Le fondement des libertés publiques**

Les croyances sur lesquelles repose l'existence même d'un régime de libertés publiques ne sont pas juridiques. Mais, peut-être parce qu'elles concernent un domaine primordial pour la vie humaine, elles ont suscité entre les juristes un débat qui n'est pas encore clos.

## **1. Les origines extrajuridiques**

Elles sont de trois ordres : philosophique et religieux, politique et, peut-être, économique.

### **A) Les origines philosophiques et religieuses des libertés publiques**

Lorsque la pensée du xviii<sup>e</sup> siècle arrive à maturité et inspire les premières déclarations de droits, on peut la ramener à deux postulats en ce qui concerne le rôle de l'État : l'État est fait pour l'individu et non l'individu pour l'État ; ce dernier doit laisser l'individu assurer le plein développement de ses facultés. L'individu étant le seul être réel, par opposition à l'État, celui-ci doit fonctionner pour lui et non le contraire. Quelles sont les origines plus lointaines d'une telle pensée ?

La Grèce antique a incontestablement inventé la démocratie et la liberté politique. Est libre le citoyen libre d'une Cité elle-même libre, c'est-à-dire non soumise à une autre. Collectivement, les citoyens, très minoritaires dans la Cité, participent au gouvernement de celle-ci et à l'élaboration de lois égales pour tous, mais auxquelles ils ne peuvent en aucun cas échapper ou s'opposer. En effet, on ne conçoit pas dans la Grèce antique que l'on puisse opposer des droits naturels à la Cité. À Sparte, les coutumes règlent jusqu'aux détails de la vie privée. Sans doute y eut-il, durant une courte période, à Athènes, une certaine liberté de fait dont se vante Périclès : « Nous ne nous irritons pas contre notre semblable, déclarait-il, s'il agit à sa guise. » Mais n'oublions pas qu'il a toujours existé aussi à Athènes

un courant totalitaire déniait au citoyen le droit de mener sa vie comme il l'entendait. La liberté ne pouvait être au plus qu'une tolérance, faute d'un fondement suffisant.

Un rôle capital revient au christianisme, au moins indirectement. D'ailleurs, il n'arrive pratiquement jamais qu'une croyance inspire un système juridique. Dans la quasi-totalité des cas son influence dépend de la façon dont elle est comprise et reçue, c'est-à-dire autant de ses déformations que de son contenu propre. En l'occurrence, la religion chrétienne est d'abord une religion, c'est-à-dire qu'elle se situe à un niveau spirituel, celui des rapports de l'homme et de Dieu. La vraie liberté consiste avant tout à être libéré de l'esclavage du péché. L'égalité est d'abord celle qui découle d'une filiation divine. La fraternité exige qu'on aille au-delà de la seule justice humaine. L'Évangile n'implique pas une organisation politique précise et le Christ lui-même a, maintes fois, proclamé que son royaume n'était pas de ce monde.

Cependant, un certain nombre de thèmes contenus dans le message chrétien, à partir du moment où ils seront acceptés par la plus grande partie de la population, ne pourront pas rester sans conséquences sur la vision que

l'on peut avoir des rapports entre l'Homme et la Société. Créé à l'image de Dieu, l'Homme doit être respecté. Quelle que soit sa déchéance apparente, résultant de sa misère, voire de ses fautes, il reste une créature divine. En outre, c'est l'Homme et non la Société qui est appelé au Salut. C'est lui qui est personnellement responsable de ses actes et non la Cité. Toute idée de divinisation de la Patrie, si normale et courante dans l'Antiquité, est rejetée sans appel. Bien plus, les intérêts religieux sont supérieurs à ceux de l'État. Sans doute, la célèbre réponse du Christ aux Juifs qui lui demandaient s'il était permis ou non de payer l'impôt : « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu », est à la base de la théorie des deux domaines indépendants, spirituel et temporel. Mais, en cas de conflit, le premier l'emporte, d'où l'attitude du martyr plutôt que l'acceptation des compromissions.

Cette dernière attitude est la marque de la liberté la plus extrême face à n'importe quel pouvoir. Les chrétiens préféraient la mort à la résistance armée. Mais, à partir du moment où la société, imprégnée d'idées chrétiennes, admettait que chacun est libre de mener sa vie comme il l'entend parce qu'il en est le seul responsable, elle devait logiquement consacrer les droits de l'homme, sous une

forme ou une autre. Certes, l'évolution n'a pas été aussi linéaire. Les Églises-institutions ou les « croyants » ont, trop souvent, imposé plus que persuadé, bafouant ainsi la liberté de conscience. Il n'empêche que tout un courant de pensée représenté par des théologiens a constamment rappelé que l'homme jouissait de droits naturels et sacrés. De même, plus ou moins selon les époques, un climat de liberté intellectuelle a permis à la civilisation occidentale de s'imprégner d'un certain nombre de valeurs.

C'est dans une telle civilisation que s'est formé l'esprit du xviii<sup>e</sup> siècle (largement entendu) si important pour nous puisqu'il est à l'origine de la conception moderne des libertés publiques. Son inspiration est très variée. On y rattache les admirateurs de l'Angleterre qui a « pratiqué » les libertés sans en avoir fait la théorie, les tenants d'un despotisme éclairé et d'une pensée relativement aristocratique, mais dénonçant les abus et l'intolérance, comme Voltaire ; les pragmatiques, comme Montesquieu, pour qui il importe avant tout que le pouvoir arrête le pouvoir, ou les théoriciens, comme Rousseau, recherchant la liberté dans la soumission égale de tous à la volonté générale ; des tenants de l'école du droit de la nature, comme Locke pour lequel rien ne saurait justifier

l'absolutisme car jamais les hommes n'ont pu renoncer à la jouissance de leurs droits naturels, même au moment de ce fameux contrat social si cher aux philosophes de ce siècle.

Ajoutons que cette pensée est déformée à son tour, synthétisée et diffusée par des vulgarisateurs dans l'opinion publique. Elle imposera en même temps des droits naturels et les principes de la théorie démocratique, donnant, par là même, leurs origines politiques aux libertés publiques.

## **B) Les origines politiques des libertés publiques**

Peut-être parce qu'elles se sont imposées en même temps, les idées de liberté et de démocratie sont étroitement liées dans l'opinion occidentale. Pourtant, ce lien n'a pas toujours été considéré comme évident par certains théoriciens et par beaucoup d'hommes politiques. Il n'y a, en ce début du xxi<sup>e</sup> siècle, guère de régimes qui ne se réclament de l'idéologie démocratique. Il en est, au contraire, beaucoup moins qui respectent les libertés.

Peut-être, à la base de cette confusion, y a-t-il surtout un

problème de terminologie. Dans une première acception, on parlera de démocratie lorsque les sujets de l'ordre étatique participent à sa création. Si cette condition est nécessaire et suffisante, le régime reste démocratique, même lorsque la volonté étatique en vient à supprimer la liberté individuelle. À la limite, il n'y aurait pas lieu de protéger le citoyen contre la nation elle-même ; les libertés publiques qui n'assureraient que la protection de la minorité contre la majorité seraient même antidémocratiques. Cette thèse n'est pas sans évoquer une certaine lecture de la pensée de Rousseau ou de la théorie marxiste. Elle n'est pas, non plus, sans rappeler la pratique de la Convention ou des démocraties populaires.

Or la démocratie ne place pas seulement l'origine du pouvoir politique dans la volonté collective de la société soumise à ce pouvoir, mais aussi son effectivité... Certaines libertés sont inséparables du principe démocratique. Que ce soit au moment du choix des représentants, pour assurer la réalité du choix, que ce soit après, pour permettre la critique de leur action, les libertés d'association, de réunion, de la presse, pour ne citer qu'elles, sont indispensables pour assurer la libre formation de la volonté générale. En prétendant le contraire, on dénature l'idée

même de démocratie, on en donne une vision caricaturale. Il reste cependant à savoir si une autre catégorie de libertés est requise – à savoir, celle des libertés économiques.

## **C) Les origines économiques des libertés publiques**

Incontestablement le libéralisme économique s'est affirmé de pair avec le libéralisme politique dans la seconde moitié du xviii<sup>e</sup> siècle au point que l'on a pu les estimer indissociables. Pourtant le succès du libéralisme économique s'explique sans doute en partie par le caractère excessif des contraintes qui existaient sous l'Ancien Régime. La réglementation trop minutieuse de la production industrielle française depuis Colbert décourageait les initiatives individuelles. Les douanes intérieures empêchaient la libre circulation des biens et des denrées. Les corporations, à l'origine protectrices de l'individu, avaient fini par devenir un carcan.

Contre cet état de chose s'élevèrent les doctrines physiocratiques pour lesquelles l'intérêt particulier d'un seul ne peut jamais être séparé de l'intérêt de tous. Ce thème est défendu par Adam Smith dans un ouvrage

célèbre paru en 1776, *Recherches sur la nature et les conséquences de la richesse des nations* : « L'homme agissant sous l'emprise de son intérêt personnel contribue à la formation des institutions économiques les meilleures possible. »

Le procès d'un libéralisme économique illimité n'est plus à faire. La misère des travailleurs de l'industrie du xix<sup>e</sup> siècle est suffisamment connue. Leur condition sociale les privait, en fait, des droits que la société leur reconnaissait en tant que citoyens. C'est dans ce contexte qu'ont été élaborées les théories socialistes et, parmi elles, la théorie marxiste. Non sans raison, elles dénonçaient l'hypocrisie d'un système qui reconnaît à ses membres un certain nombre de droits et de libertés sans leur donner les moyens de les mettre en œuvre. Il faut, cependant, pour être honnête, rappeler que les sociétés occidentales, rurales et peu industrielles de la fin du xviii<sup>e</sup> avaient probablement moins conscience d'être inégalitaires que celles du xix<sup>e</sup> siècle.

En réalité, une certaine dose de liberté en matière économique est souhaitable, ne serait-ce que pour éviter que, faute de toute initiative individuelle, la société ne se

sclérose, mais tout accaparement des richesses nationales par une minorité ne peut qu'aboutir à une restriction des droits des autres citoyens. D'ailleurs, certains philosophes du xviii<sup>e</sup> siècle n'avaient pas été insensibles aux dangers d'une concentration excessive des richesses. Ainsi, pour Rousseau, la formation de la volonté générale supposait au moins une relative égalité.

Bien avant eux, les Pères de l'Église et saint Thomas avaient insisté sur la nécessité d'utiliser les richesses conformément à leur finalité. Le propriétaire peut conserver ce qui est nécessaire à sa vie. Le reste ne lui appartient pas vraiment mais doit être utilisé dans l'intérêt commun en donnant du travail ou l'aumône. L'avare pêche directement contre son prochain, lequel ne commet pas véritablement un vol si l'appropriation de la chose d'autrui apparaît comme son unique moyen de subsistance. Même si ces idées ne furent pas toujours suivies d'effets, elles ne pouvaient laisser indifférents les théoriciens du droit.

## **2. Le débat juridique**

Sur le plan juridique, on voit s'affronter les partisans du

droit naturel et les tenants du positivisme. Ces deux catégories de thèses sont anciennes.

## **A) Les thèses du droit naturel**

Leurs origines se situent dans la Grèce antique et la pensée chrétienne. Selon leurs défenseurs, il existe des règles de droit naturel, universelles et immuables, d'inspiration divine ou rationnelle. Le but du législateur, auteur des règles de droit positif, ne peut être que de se rapprocher le plus possible de cette perfection et de l'adapter aux circonstances. Dans les *Lois*, Platon pense que la loi, comme la justice, vient de la nature de l'homme. Elle est dictée par la droite raison, c'est-à-dire par ce qu'il y a de divin dans la nature humaine. Quant à saint Thomas, il estime que la loi humaine doit tendre à adapter la loi naturelle, accessible à tous les hommes, laquelle n'est qu'un reflet de la loi éternelle, la loi divine. Tout comme Aristote, il croit que la signification et la nature de toute règle ou institution humaine doivent être recherchées rationnellement en se référant à leur finalité. Cette conception objective est remplacée, sous l'influence du nominalisme et de la redécouverte de philosophies antiques, par des conceptions plus subjectives. Chacun

porterait en lui le sentiment du juste et de l'injuste (voir, sur cette évolution, les ouvrages de M. Villey dans la bibliographie).

Au xviii<sup>e</sup> siècle, une des explications de l'existence de droits naturels qui retint le plus l'attention est celle du Contrat social, au moins dans la présentation qu'en fit John Locke. Selon cet auteur, l'homme dans un hypothétique état de nature n'est pas livré sans frein à ses seuls instincts comme l'imaginait Hobbes. Il est guidé par sa raison. Si les hommes décident d'entrer en société, ce n'est pas par une sorte de résolution désespérée qui leur ferait échanger les terreurs de l'anarchie contre les fers de la servitude, c'est pour s'assurer une jouissance paisible des droits qui étaient les leurs, antérieurement, dans l'état de nature, et auxquels la société apporte des limites sans les supprimer. À l'origine de la société, on ne peut trouver qu'un contrat. C'est évident pour Locke : où trouver, hors d'un commun consentement, le moyen d'associer les hommes isolés dans l'état de nature ? « Ces hommes étant tout naturellement libres, égaux et indépendants, nul ne peut être tiré de cet état et être soumis au pouvoir politique d'autrui sans son consentement... » Les conséquences qu'en tire Locke sont d'une logique parfaite :

le passage à l'état de société s'étant réalisé par l'effet d'un contrat dans lequel la préservation des droits de chacun tient le rôle d'une considération déterminante, la légitimité du pouvoir se mesure au respect dont celui-ci témoigne à l'égard du pacte social et des droits que la société doit garantir.

Il ne s'agissait pas, dans ces théories, de faire œuvre historique mais de fournir une base rationnelle à la revendication des libertés. Elles eurent, en tout cas, une audience considérable et si, après avoir subi un relatif déclin, elles ont, de nos jours, retrouvé des adeptes, c'est sans doute par suite de l'impuissance que ressentent beaucoup de juristes face aux abus graves et répétés commis par tant de systèmes juridiques et dont ils attribuent, souvent à tort, la responsabilité aux positivistes.

## **B) Les thèses positivistes**

Elles partent, le plus souvent, d'une autre vision de l'évolution des sociétés humaines. À l'origine, on ne trouvait pas l'état de nature, mais des sociétés où les rapports entre gouvernants et gouvernés sont des rapports

de force. Tel était le point de vue des sophistes dans la Grèce antique. Dans de telles collectivités, on ne trouve pas de libertés. Celles-ci n'apparaissent que progressivement, d'abord lorsque le caractère personnel de la soumission au pouvoir s'estompe et surtout lorsque, sous l'influence de certains faits et de certaines idées, les gouvernants s'interdisent toute action dans certains secteurs.

L'école libérale allemande a élaboré la théorie de l'autolimitation de l'État. Ainsi, pour Ihering : « Le droit, c'est la politique sainement entendue de la force. Non pas la politique à courte vue du moment présent ou de l'intérêt passager, mais la politique à vue lointaine qui regarde dans l'avenir et qui suppose les résultats définitifs. » Quant à Jellinek, il enseigna que l'État ne peut se trouver limité qu'en vertu de sa propre volonté. Pour ces auteurs, cette autolimitation serait inspirée par l'intérêt bien compris de l'État. En respectant le droit et les libertés, celui-ci accroîtrait sa propre autorité.

De telles conceptions ont, pourtant, reçu dans la doctrine française un accueil assez froid. Pour Duguit, « une limitation qui peut être créée, modifiée ou supprimée, au

gré de celui qui l'a établie, ne peut être considérée comme une limitation ». La vision des positivistes français est en général plus brutale mais plus simple. Pour Jèze, « les individus n'ont d'autre liberté que celle que leur laisse l'appréciation discrétionnaire des gouvernants, et cette appréciation discrétionnaire n'a d'autres limites que la résistance des individus, des gouvernés ».

En réalité, les thèses du droit naturel et du droit positif ne sont pas incompatibles : le juriste est obligé de constater qu'une règle de droit peut s'appliquer en fait, même lorsqu'elle peut être, en conscience, considérée comme injuste. Mais il peut tout aussi bien admettre que les techniques juridiques ne suffisent pas toujours à assurer une protection efficace des libertés et qu'en ce domaine les facteurs extrajuridiques ont une force irrésistible. Les libertés ne sont respectées dans un État que lorsqu'il existe une conviction profonde et répandue de leur utilité et de leur valeur. Elles déclinent lorsque cette conviction décline et lorsque se perd le sentiment de la responsabilité individuelle. Ce n'est faire preuve d'aucun pessimisme que de le constater, puisque cela équivaut à remettre le sort des libertés aux mains de chaque citoyen. Il existe, d'ailleurs, souvent un baromètre de la faveur dont jouissent les

libertés publiques dans un État donné, c'est la façon dont elles sont formulées.

## **II. La formulation des libertés publiques**

La formulation des libertés publiques n'est pas un pur problème de forme. Elle revêt en réalité une double signification : elle peut être le symbole de la place qu'un peuple veut accorder aux libertés ; elle préjuge souvent de la valeur juridique qu'on veut leur conférer. On en trouvera l'illustration tant au xviii<sup>e</sup> siècle, époque à laquelle apparaissent les grandes déclarations, qu'à l'époque contemporaine.

### **1. Les déclarations de droits au xviii<sup>e</sup> siècle**

#### **A) Les déclarations dans les pays anglo-saxons**

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, ce n'est pas en Angleterre, pourtant considérée alors comme le pays de la liberté, que l'on trouve de quelconques déclarations solennelles. La reconnaissance des libertés est très étroitement liée à l'histoire du peuple anglais, d'une part, à son empirisme, d'autre part. Les droits ont été arrachés, lorsque les circonstances le permettaient, au pouvoir royal. Ils se trouvent énoncés dans un certain nombre de grands textes (Grande Charte, 1215 ; Pétition des droits, 1627 ; Bill des droits, 1688 ; Acte d'établissement, 1701). On n'y trouve d'ailleurs pas de déclarations de principes mais des procédures juridiques permettant de préserver concrètement tel droit ou telle liberté. Ces textes n'ont, enfin, aucun caractère transcendant. Ils n'ont d'autre ambition que de protéger les Anglais d'une certaine époque. Pourtant, l'Angleterre a servi d'exemple aux libéraux du xviii<sup>e</sup> siècle et, au premier chef, aux Américains.

Aux États-Unis, plusieurs raisons militaient en faveur d'une formulation écrite des droits et libertés. L'histoire américaine a débuté avec l'élaboration de plusieurs grands textes. Le plus célèbre est peut être la Déclaration d'indépendance de 1776 dont on peut rappeler le passage le plus souvent reproduit : « Nous tenons pour évidentes

par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont nés égaux ; ils sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés... » Toutefois, cette déclaration n'a pas de valeur juridique. Comme par ailleurs la Constitution de 1787 est muette en ce qui concerne les droits de l'homme, il faut chercher ceux-ci dans les déclarations précédant les Constitutions des États fédérés et dans les amendements à la Constitution fédérale, notamment les dix premiers adoptés par le Congrès, de septembre 1789 jusqu'en 1791. Certains de ces textes, on peut le noter, précèdent de peu les déclarations révolutionnaires françaises et la plus célèbre d'entre elles, celle de 1789.

## **B) Les déclarations françaises**

On s'attachera surtout à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 placée en tête de la Constitution de 1791. Il est inutile d'insister sur son retentissement et sur sa portée. C'est une des raisons de la fameuse querelle qui opposa, au début du xx<sup>e</sup> siècle, le

grand publiciste allemand Jellinek au fondateur de l'École libre des sciences politiques, le Français Boutmy. Tandis que le premier n'y voyait qu'un texte calqué sur les déclarations américaines rédigées par des protestants et donc inspirées de façon plus lointaine par le génie allemand, le second présentait la Déclaration de 1789 comme une œuvre spécifiquement française.

En fait, déclarations française et américaines ne sont pas absolument semblables dans leur conception. La première est l'œuvre collective d'une assemblée de philosophes et de juristes. Les secondes ont un caractère beaucoup plus procédural. Les déclarations américaines ont certainement influencé les Français, mais le contraire a également été vrai, car tous ces textes procèdent directement d'un même esprit individualiste qui, au xviii<sup>e</sup> siècle, s'est particulièrement développé en France et en Angleterre. Si la Déclaration de 1789 a plus marqué la postérité que les déclarations américaines, c'est probablement d'abord à cause de la place centrale occupée par la France dans le monde d'alors, mais aussi grâce à la précision des formules qui définissent les droits.

Car non seulement la Déclaration de 1789 rappelle les

principales libertés (individuelle, d'opinion, de pensée, de religion, d'expression et le droit de propriété) et un certain nombre de principes d'organisation politique (dont celui de séparation des pouvoirs) destinés à en permettre une meilleure conservation, mais elle contient, aussi, les définitions de l'association politique, de la liberté et de la loi. Celles-ci précisent très clairement les dogmes de base de la démocratie libérale.

L'association politique fondée sur la liberté et l'égalité est légitimée par son but qui est de préserver les droits naturels et imprescriptibles de l'homme. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Les bornes indispensables sont fixées par la loi, expression de la volonté générale, égale pour tous. La loi ne peut défendre que les actions nuisibles à la société.

Les caractères de ce texte peuvent être regroupés autour de quatre idées :

- la transcendance : elle est particulièrement nette dans le Préambule. L'Assemblée nationale n'a pas l'intention de faire œuvre créatrice. Elle reconnaît et déclare, sous les auspices de l'Être Suprême, des droits naturels préexistants ;

- l'universalisme : il s'agit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et non des seuls Français de 1789 ;
- l'individualisme : seul l'individu est pris en compte et non les groupes car les droits énoncés sont inhérents à la nature humaine ;
- l'abstraction : ce sont des principes qui sont reconnus et non des procédures, ce qui ne signifie nullement que ces principes n'aient pas une portée pratique.

Le souffle qui anime la Déclaration de 1789 a fait sa renommée. Celle-ci a largement éclipsé les autres textes révolutionnaires qui ne brillent pas d'ailleurs par leur originalité. En 1793, deux textes assez proches sont élaborés, œuvres respectives des Girondins et des Montagnards. On a parfois voulu voir dans ce dernier une déclaration aux résonances socialistes. En fait, il s'inspire du même individualisme et respecte la propriété privée. On y trouve simplement un progrès de l'égalité qui passe avant la liberté et la reconnaissance d'un droit à l'éducation et à l'assistance. En l'an III, l'utilité même d'une déclaration est discutée. En tout cas, le texte élaboré est

nettement moins transcendant et marque un affaiblissement de l'individualisme. À côté de l'énumération des droits de l'homme, on trouve celle de ses devoirs. Il faut, cependant, attendre l'époque contemporaine pour assister à un renouvellement plus marqué des thèmes.

## **2. Les déclarations de droits contemporaines**

À partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale, puis lors de l'accession à l'indépendance des États issus du processus de décolonisation, les déclarations de droits se sont multipliées. La plupart d'entre elles se sont inscrites dans une perspective libérale sans pour autant être toujours mises en œuvre. D'autres se sont plus ou moins inspirées du modèle marxiste avec ses quelques variantes.

Dénonçant les libertés occidentales, bourgeoises, comme étant des libertés « formelles », les États socialistes, démocraties populaires, apparaissaient soucieux du caractère effectif de libertés qu'ils voulaient « réelles ». On en trouve un exemple classique, très souvent cité, avec

l'article 50 de la Constitution soviétique du 7 octobre 1977 (ancien article 125 de la Constitution de 1936) ainsi rédigé :

« Conformément aux intérêts du peuple et afin de consolider et de développer le régime socialiste, les libertés de parole, de la presse, de réunion, de meeting, de défilé et de manifestation de rue sont garanties aux citoyens de l'urss.

« L'exercice de ces libertés politiques est assuré par la mise à la disposition des travailleurs et de leurs organisations des édifices publics, des rues et des places, par une large diffusion de l'information, par la possibilité d'utiliser la presse, la télévision et la radio. »

On pourrait donc penser, à la lecture de ce texte, que la conception générale que l'on s'est faite des libertés publiques, dans les démocraties libérales et en Union soviétique, était voisine, les différences ne tenant qu'à une pratique circonstancielle. En réalité, le fossé était plus profond. Les libertés « socialistes » ont été conçues comme un moyen, pour le citoyen, d'exercer une fonction de coopération à une certaine transformation sociale, leur exercice ne devant pas « porter atteinte aux intérêts de la société et de l'État » (Constitution de 1977, art. 39), mais,

au contraire, « consolider le régime socialiste » (*ibid.*, art. 50, précité), sous la direction du Parti communiste de l'Union soviétique, « élément central de son système politique et de toutes les organisations tant socialistes que d'État » (*ibid.*, art. 6).

Dans sa mise en œuvre, cette idéologie a débouché sur le totalitarisme. Elle est, depuis l'effondrement de l'Union soviétique, en déclin mais n'a pas disparu pour autant. Elle a également marqué les mentalités et n'a pas été sans incidences sur l'évolution des déclarations libérales et l'adjonction à celles-ci de déclarations supranationales.

## **A) L'évolution des déclarations libérales**

Elle est caractérisée à la fois par une profonde continuité mais également par un enrichissement qui n'a pas été sans répercussions sur la portée même des droits de l'homme.

La continuité est frappante. Au-delà des vicissitudes politiques et des changements de régimes, les droits proclamés en 1789 l'ont été, à quelques nuances près, dans la quasi-totalité des déclarations du xix<sup>e</sup> puis du xx<sup>e</sup> siècle. L'exemple de la France est très significatif. Coups d'État et

changements brutaux de régimes s'y sont succédé durant tout le xix<sup>e</sup> siècle. L'instabilité politique y est un fait. Et, pourtant, les déclarations de la période révolutionnaire (1793-1795) n'introduisent que des changements mineurs. L'autoritarisme de l'Empire met en cause les libertés politiques mais non les libertés civiles. Mais, surtout, la Restauration, qui entend marquer une rupture avec la philosophie politique de la Révolution, reconnaît des « droits publics des Français » qui ne sont pas très différents de ceux de 1789. La Constitution du Second Empire va très symboliquement exprimer ce consensus. Dans son article premier, elle « reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789 et qui sont la base du droit public des Français ». On ne saurait mieux manifester la pérennité de ces droits au-delà des divergences relatives à la nature des régimes. Un peu plus tard, les lois constitutionnelles de la III<sup>e</sup> République seront muettes sur le sujet alors même que les principes de 1789 seront une source d'inspiration et de référence politique constante. C'est à cette époque que de grands juristes comme Léon Duguit et Maurice Hauriou argumenteront en faveur d'une valeur constitutionnelle, voire supraconstitutionnelle, de la Déclaration de 1789. Hauriou y voyait la principale substance de sa « Constitution sociale » dont il opposait la

stabilité à l'instabilité des constitutions politiques. La IV<sup>e</sup> République va renouer encore plus explicitement avec la Déclaration de 1789. Après l'échec du projet plus ambitieux consistant à rédiger une nouvelle déclaration, les constituants se contenteront, en 1946, d'un Préambule dans lequel le peuple français « réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » complétés par des principes « particulièrement nécessaires à notre temps ». Cette démarche sera également celle de la Constitution de la V<sup>e</sup> République qui, en 1958, vise, dans son Préambule, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946. Cette continuité, qui fait de la Déclaration de 1789 l'une des plus vieilles déclarations de droits du monde, toujours en vigueur, va pourtant de pair avec un certain enrichissement des droits de l'homme.

Si les droits proclamés à la fin du xviii<sup>e</sup> siècle le sont toujours au début du xxi<sup>e</sup> siècle, ils ont été complétés et se situent, de ce fait, dans une autre perspective. La première génération des droits de l'homme en constitue toujours le noyau dur. Elle a, cependant, évolué durant le xix<sup>e</sup> siècle et

jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. Les caractères juridiques originaires se sont atténués. Certains groupes, comme la famille, ainsi que des droits collectifs ont été progressivement pris en compte alors même que des préoccupations sociales se manifestaient. Diverses constitutions européennes le reflètent clairement comme la Constitution française de 1848 ou, plus tard, la Constitution de Weimar de 1919, assez novatrice pour l'époque. Mais c'est après la Seconde Guerre mondiale que sont véritablement apparus les droits dits de la seconde génération, c'est-à-dire des droits à caractère économique ou social. Parmi ceux-ci, certains sont des droits-libertés comme le droit de grève ou la liberté syndicale. D'autres constituent des droits-créances, c'est-à-dire des droits d'obtenir des prestations de la part de l'État ou d'autres collectivités publiques. On peut mentionner, à titre d'exemple, les droits à la protection de la santé, à l'éducation, à la sécurité sociale... Une intervention du législateur et des pouvoirs publics est alors indispensable pour aménager les conditions d'exercice de ces droits. En réalité, nombre de ceux-ci avaient été déjà mis en œuvre par des lois et il s'agissait d'en constitutionnaliser le principe afin de prolonger, dans l'esprit de l'époque, la démocratie politique par une démocratie sociale.

Cette superposition de deux catégories de droits de nature différente n'en introduisait pas moins, comme l'ont souligné, à l'époque, J. Rivero et G. Vedel (Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule, *Droit social*, 1947, vol. 31), une contradiction de fond entre des garanties de liberté, d'une part, de sécurité, d'autre part. Cela suffit à « fonder deux sociétés radicalement différentes, deux types humains qui s'opposent, le féodal retranché dans l'enceinte de ses droits et... l'homme qui attend derrière un guichet ». Pourtant, selon ces deux éminents juristes, « les deux parties du Préambule s'équilibrent, peut-être plus qu'elles ne se contredisent ; la seconde empêche la première de demeurer dans un monde abstrait où la liberté effective ne respire pas ; la première peut empêcher la seconde de fonder un monde réel où la liberté ne respirerait plus » (*op. cit.*, p. 145).

Le même type de question va se poser à nouveau avec l'apparition plus récente des droits dits de la « troisième génération ». Là encore, il s'agit d'une notion doctrinale apparue à partir de 1970 et prenant en compte des propositions formulées dans les enceintes internationales et relayées au niveau national. Ces droits sont inspirés par

une idée de solidarité. Certains d'entre eux se situent dans le prolongement des droits de la deuxième génération (droit au logement, droit à un niveau de vie décent...). Les plus originaux sont d'une autre nature : droits au développement, à la communication, à la paix et, parmi les plus revendiqués, le droit à l'environnement. Ce dernier fait l'objet d'un document qui se veut novateur, la Charte de l'environnement qui a acquis valeur constitutionnelle en droit français en 2005. Celle-ci est très représentative de cette troisième génération des droits de l'homme. Voulu politiquement par le président de la République pour faire de la France un pays exemplaire en la matière, elle s'inspire des déclarations et travaux des grandes conférences internationales parmi lesquelles le « Sommet de la Terre » de Rio. Comme l'explique très clairement l'exposé des motifs de la loi de révision constitutionnelle, « la Charte de l'environnement consacre un engagement solennel proclamé par le peuple français dans la continuité des droits civils et politiques de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946. Elle marque ainsi une troisième et nouvelle étape du pacte républicain ». Il s'agit effectivement d'un autre type d' « engagement », mêlant droits et devoirs, droits

individuels et droits collectifs des peuples, voire de l'humanité, droits subjectifs et droits objectifs, les uns et les autres supposant des comportements individuels mais aussi des politiques publiques.

Du fait de la longue histoire française des droits de l'homme, la stratification de ces derniers apparaît clairement. Désormais, dans le Préambule de la Constitution de la V<sup>e</sup> République, « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». Dans la plupart des constitutions libérales, une telle stratification n'apparaît pas matériellement. Elle n'en est pas pour autant absente avec toutes les nuances imaginables en fonction de l'époque et du contexte. Certes, la Constitution fédérale américaine n'intègre, par ses amendements, que des droits de la première génération. Les États-Unis sont l'une des seules grandes démocraties libérales à ne pas conférer valeur constitutionnelle aux droits économiques, sociaux et culturels les plus courants. De façon moins systématique,

la Loi fondamentale allemande de 1949 consacre presque exclusivement, aussi, des droits de première génération. Il s'agissait à l'époque de leur donner le plus de valeur et d'effectivité possibles, sans pour autant négliger les droits de deuxième génération qui allaient relever de la loi. L'article 14 de cette constitution est d'ailleurs tout à fait caractéristique d'une nouvelle approche du droit de propriété et des libertés économiques dans une perspective sociale : « La propriété et l'héritage sont garantis ; leur contenu et leurs limites sont déterminés par la loi. Propriété oblige. L'usage de la propriété doit contribuer en même temps au bien de la collectivité. » L'intégration des diverses générations de droits a été, en revanche, l'un des objectifs poursuivis par d'autres constitutions, dont la Constitution italienne de 1947. Les principes fondamentaux puis les droits et devoirs des citoyens envisagés dans les rapports civils, économiques, politiques y sont largement et soigneusement précisés. Il s'en dégage globalement une nouvelle vision de la vie sociale qui s'exprime dès les premiers articles de la Constitution : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et elle exige l'accomplissement des devoirs absolus de solidarité

politique, économique et sociale » (art. 2). Elle doit, aux termes de l'article 3, écarter les obstacles économiques et sociaux qui limitent en fait la liberté et l'égalité des citoyens qui ont une même dignité sociale et sont égaux, sans distinction, devant la loi.

Cette intégration des droits est pratiquée par la plupart des constitutions libérales postérieures – espagnole, portugaise – ou celles des anciennes démocraties populaires. L'évolution du contexte y est prise en compte, même si les droits de la troisième génération y sont encore peu proclamés. Toutes ces évolutions ne sont pas sans incidences sur la portée de l'ensemble des droits reconnus. Cela est également vrai en France où, pourtant, aucune nouvelle clé d'interprétation n'a été introduite et où chacune des générations de droits est énoncée dans un document autonome de valeur constitutionnelle. On ne peut lire ou relire ces documents qu'en fonction du contexte contemporain, de son arrière-plan philosophique, politique et juridique ainsi que de l'équilibre global qui se dégage de l'ensemble des textes ayant même valeur constitutionnelle. Il convient d'ailleurs de prendre également en compte les nombreuses évolutions qui se sont produites au niveau supra-étatique.

## **B) L'adjonction de déclarations supranationales**

L'apparition et la multiplication des documents supranationaux protecteurs des droits de l'homme constituent un phénomène majeur depuis la Seconde Guerre mondiale. Certains d'entre eux ont une vocation mondiale. D'autres ont une vocation spéciale. Parmi les premiers, le plus célèbre et celui qui a eu, à l'époque, le plus grand retentissement est, sans conteste, la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Elle a été adoptée, le 10 décembre 1948, par l'Assemblée générale des Nations Unies siégeant symboliquement à cette occasion au Palais de Chaillot, à Paris. On peut d'ailleurs souligner la part prépondérante prise à son élaboration par un Français, le président René Cassin, qui a obtenu, en 1968, le prix Nobel de la Paix. Matériellement, elle se présente comme un texte divisé en 30 articles dans lesquels sont énoncés les droits de la personne, le statut privé de l'individu, les libertés politiques, des droits économiques et sociaux, et enfin le droit de tous à un ordre social et international.

Au fond, la Déclaration se présente surtout comme un compromis entre la tradition occidentale et la conception marxiste. Pour cette raison, on ne parle ni du droit de grève ni de la liberté du commerce et de l'industrie. Certains termes peuvent être interprétés dans des sens différents – par exemple, ceux d' « élections libres et honnêtes ». La généralité d'autres expressions permet aux deux camps de trouver satisfaction, ainsi lorsque l'article 17 affirme que toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. La Déclaration voulait également être un compromis entre deux philosophies politiques. Lorsque, à la fin du Préambule, on présente les droits énumérés comme un « idéal à atteindre » grâce à un effort d'éducation et d'enseignement et à des mesures progressives et effectives, on se réfère indirectement à la doctrine marxiste. Mais, lorsque le même Préambule s'ouvre par la phrase suivante : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », c'est visiblement à la tradition occidentale et française des droits de l'homme qu'il fait allusion. Ces compromis n'aboutirent d'ailleurs pas au but escompté. La Déclaration ne fut pas adoptée à l'unanimité

mais seulement par 48 voix et 8 abstentions (celles de 6 pays de l'Est, de l'Afrique du Sud et de l'Arabie Saoudite). Si l'on ajoute qu'elle n'a pas de valeur juridique, on pourrait avoir une impression d'échec ou, tout au moins, d'inutilité qui ne serait que partiellement justifiée. La Déclaration universelle des droits de l'homme a une importance psychologique majeure. Elle est l'affirmation d'un idéal. Elle sert de référence et permet de mieux dénoncer les atteintes aux droits de l'homme commises dans divers États bafouant les droits les plus élémentaires de l'individu.

Pour novateur qu'il fut, le système international de protection des droits de l'homme ne pouvait que gagner en cohésion et en efficacité si les droits étaient repris dans des conventions internationales. Celles-ci, à partir du moment où elles sont ratifiées par les États, acquièrent force juridique obligatoire. Tel fut l'objet des deux pactes de 1966, l'un relatif aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels. L'entrée en vigueur de ces traités suppose toutefois l'intervention d'un certain nombre de ratifications. Quant à la force juridique obligatoire, elle ne joue que pour les États qui ont procédé à la ratification, et encore certains introduisent-ils, parfois,

des réserves. Enfin, le système de sanctions qu'ils prévoient est, comme on le verra, insuffisant. Beaucoup d'autres traités ont été élaborés et ratifiés. Mais la lenteur de ce processus et le manque d'effectivité des garanties offertes pour cette mise en œuvre indispensable des principes de la Déclaration universelle ont incité de nombreux États à se lier dans un cadre régional.

Le Conseil de l'Europe peut être considéré comme le modèle des organisations régionales de protection des droits de l'homme. Il trouve ses origines dans le mouvement européen et le Congrès de La Haye (1948). Aux cinq États fondateurs (dont la France) se sont vite adjoints d'autres États membres, ayant des régimes démocratiques et libéraux, puis des États ayant renoncé à des régimes autoritaires, comme l'Espagne et le Portugal, et, enfin, la plupart des États de l'Europe centrale et orientale dont la Russie elle-même, après la chute des régimes communistes. Actuellement le Conseil de l'Europe regroupe 46 États. Ses objectifs étaient de nature fédéraliste à long terme. À court et moyen terme, il a surtout eu pour finalité de favoriser la consolidation et le perfectionnement de l'État de droit. Pour cela il agit par le biais de ses institutions siégeant à Strasbourg (Comité des

ministres, Assemblée parlementaire, Secrétariat général). Ses actions sont variées et vont de la formation et la recherche à la discussion et la diplomatie en passant par la préparation de nombreuses conventions proposées à la ratification des États membres. Son apport à la théorie et à la pratique des droits de l'homme est principalement assuré par l'existence d'une norme, la Convention européenne des droits de l'homme, et d'une Cour, destinée à garantir l'effectivité de sa mise en œuvre.

La Convention européenne des droits de l'homme, adoptée en 1950, entrée en vigueur en 1953 (ratifiée par la France en 1974 seulement), se présente comme un texte assez classique quant à sa conception des droits de l'homme. Elle contient des droits de la première génération et quelques droits de la deuxième génération.

Son originalité réside dans l'importance qu'elle attribue à l'État de droit et à la prééminence du droit avec, entre autres, les notions de tribunal indépendant et impartial et de procès équitable. Pour le reste, la Convention rappelle les grandes libertés individuelles et collectives. En ce qui concerne la liberté individuelle, l'accent est mis sur la dignité des personnes, leur droit à la vie, leur droit de ne

pas être réduit en esclavage ou en servitude, de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants, sans oublier la reconnaissance des principes de liberté et de sûreté, le droit à la vie privée et familiale et à la liberté de conscience. S'agissant des libertés collectives, l'accent est alors mis sur les exigences d'une démocratie pluraliste et ce que cela implique quant à la reconnaissance des libertés d'expression, d'enseignement, de culte, d'association (notamment syndicale) et de réunion. La Convention est d'application directe. Il appartient notamment aux juridictions nationales d'en assurer la mise en œuvre effective sans que puisse être invoqué le principe de non-réciprocité. Théoriquement, les exigences devraient être les mêmes sur le territoire de tous les États qui l'ont ratifiée. Il existe, cependant, des atténuations à ce principe. Des dérogations temporaires peuvent être admises en cas de crises très graves, mais surtout les États ont pu, à certaines conditions, émettre des réserves lors de leur ratification. De plus, la Convention est complétée par des protocoles dont certains n'acquiescent force obligatoire qu'à l'égard des États qui acceptent de les ratifier. Cela est de nature à limiter, d'une certaine façon, la compétence de la Cour qui est apparue comme la garantie la plus originale et la plus efficace des droits inscrits dans la Convention.

À l'origine, en revanche, les Communautés européennes n'avaient nullement, contrairement au Conseil de l'Europe, l'ambition de protéger les droits de l'homme. Il s'agissait de mettre en place un marché commun, même si ce dernier apparaissait aux yeux de ses promoteurs comme un instrument au service de plus nobles idéaux tels que la paix et la démocratie en Europe, et si les principes de liberté et d'égalité sont sous-jacents à cette construction. La protection des droits fondamentaux a été l'objet d'une construction de la Cour de justice de Luxembourg.

Le traité de Maastricht puis le traité sur l'Union européenne (dans la rédaction issue du traité d'Amsterdam) se sont inspirés de cette jurisprudence. L'article 6 de ce dernier est ainsi rédigé : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. » « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes

généraux du droit communautaire. »

Des efforts ont été accomplis pour tenter d'aller plus loin. Élaborée grâce à une procédure originale, celle d'une convention rassemblant des représentants des gouvernements ainsi que des parlementaires européens et nationaux, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été présentée comme un texte synthétique et novateur intégrant selon un plan ambitieux des droits de nature différente. Signée à Nice le 7 décembre 2000, la Charte est cependant dépourvue de valeur juridique, même si elle peut constituer une source d'inspiration pour les organes de l'Union. L'abandon, au moins provisoire, du projet de traité sur la Constitution de l'Union européenne, après l'échec des référendums français et néerlandais, a introduit un élément de complexité supplémentaire puisque la Charte avait été incluse dans le projet... À ce stade, la notion de « libertés publiques » doit être à nouveau située dans l'ordre juridique contemporain.

### **III. Les libertés publiques dans l'ordre juridique**

# contemporain

Au terme de cette évolution, les libertés publiques se situent dans un contexte profondément différent de celui de la fin du xviii<sup>e</sup> siècle ou de celui de la III<sup>e</sup> République française.

On peut considérer que certaines évolutions sont déterminantes. Le législateur est tenu de respecter une norme de plus en plus substantielle telle qu'elle est interprétée par le Conseil constitutionnel. Les autorités nationales doivent respecter les normes internationales et surtout les normes européennes, elles aussi interprétées par des juges. Dans cette optique, la notion de « libertés publiques » correspondrait à une étape de l'évolution des droits de l'homme mais à une étape dépassée. Il conviendrait d'en tirer les conséquences terminologiques et d'utiliser les qualifications de droits fondamentaux ou de libertés fondamentales, les seules à refléter la réalité contemporaine en mettant l'accent selon les auteurs sur le développement du droit constitutionnel matériel ou sur celui du droit européen conventionnel.

Sans nier aucune de ces évolutions, voire de ces transformations, il est possible de s'attacher aux continuités. Les droits de l'homme proclamés au xviii<sup>e</sup> siècle, ceux de la première génération, ont été des droits-libertés. Tous ceux qui découlent de la Déclaration de 1789 par exemple sont des libertés, y compris le droit de propriété conçu comme une liberté d'usage, ou le droit à la sûreté conçu comme la liberté de ne pas être arrêté ou détenu arbitrairement. Ce sont elles qui, dotées d'un régime législatif, ont constitué la base des libertés publiques. La notion même s'était enrichie sans être dénaturée avec la reconnaissance de libertés collectives comme la liberté d'association. D'autres ont été précisées, débattues encore longtemps comme la liberté de l'enseignement. D'autres enfin sont définies en tenant compte de contraintes techniques qui n'avaient pu être envisagées au xviii<sup>e</sup> siècle, comme la liberté de communication. Le contexte économique a contribué à en faire prendre en compte de nouvelles, liberté syndicale, droit de grève... Toutes ces libertés peuvent être considérées comme des libertés publiques découlant du principe de liberté consistant à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, dans le respect de l'ordre public. Il revient au législateur de concilier les intérêts en présence.

La conciliation doit s'opérer dans le respect des principes supérieurs. Cette exigence n'est pas nouvelle. Elle est même l'une des raisons principales ayant motivé la rédaction des déclarations de droits. En revanche, le législateur a, pendant trop longtemps, échappé à tout contrôle. Cela tenait à des données historiques liées à la conception de la loi, à une méfiance vis-à-vis des juges, dont le poids l'avait emporté sur les incitations doctrinales. La mise en place d'un utile contrôle de constitutionnalité, pas plus que les contrôles européens, n'a radicalement transformé le droit des libertés publiques. Celui-ci peut être principalement jurisprudentiel (comme au Royaume-Uni) ou principalement législatif (comme en France). Il n'est jamais exclusivement l'un ou l'autre. Mais, surtout, il ne peut pas être exclusivement constitutionnel, pas plus d'ailleurs qu'exclusivement conventionnel. D'une part parce que l'on ne peut attendre l'élaboration nécessairement très lente d'une jurisprudence pour connaître les éléments d'un droit aussi important. D'autre part parce qu'un droit protecteur des libertés ne peut être constitué seulement de principes. Le droit législatif présente l'avantage considérable d'être accessible par tous et de permettre à chacun de savoir à l'avance dans

quelles conditions et selon quelles procédures il peut faire usage de sa liberté. Les grandes lois de la III<sup>e</sup> République, relatives par exemple à la liberté de la presse ou de réunion ou au contrat d'association, sont compréhensibles, y compris par un non-juriste. En l'état actuel, pour l'immense majorité des titulaires des libertés, le droit législatif national reste la garantie concrète et quotidienne de leurs libertés. Il existe donc toujours un droit des libertés publiques qui se situe dans le prolongement des principes du xviii<sup>e</sup> siècle. Ce droit reste distinct des droits à prestations de la deuxième ou de la troisième génération, même s'il est certain que leur existence en a modifié la signification et la portée. Le droit des libertés publiques est moins transcendant, moins universaliste, moins individualiste, moins abstrait qu'il ne l'était il y a deux siècles. Il ne doit plus être lu avec l'arrière-plan philosophique des Lumières mais avec celui de l'époque contemporaine qui y a ajouté maints autres apports. Une présentation du contenu des libertés publiques permettra de s'en rendre compte.

# Chapitre II

## Le contenu des libertés

Le contenu des libertés publiques, dans la France contemporaine, est très divers, beaucoup plus que les quelques développements qui suivent ne permettront de l'imaginer. Il est, en effet, de tradition, dans le cours de libertés publiques, de n'étudier que les libertés (et encore pas toutes...) qui ne sont l'objet d'aucun autre enseignement juridique. D'ailleurs, beaucoup d'activités humaines ne correspondent-elles pas à des libertés, même si le consensus qui les entoure les fait considérer comme définitivement acquises ? Citons, pour exemples, la liberté du mariage et celle d'éduquer ses enfants (rattachées au droit à la famille), les libertés économiques et la liberté d'entreprendre (rattachées à diverses disciplines).

Si les contours de la matière apparaissent tellement imprécis, c'est aussi parce qu'il est très difficile de trouver

une classification susceptible de faire l'objet d'un consensus. Cela tient à ce qu'il y a, à la fois, une unité profonde de la notion de liberté et quelque chose d'exact dans chaque classification suggérée. La liberté, au sens de pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne se divise pas. Il est très difficile de ne reconnaître que certaines libertés. Inversement, chaque liberté a des sens différents. Prenons l'exemple de la liberté de la presse. De quelle presse va-t-il s'agir ? D'une presse se livrant à la défense d'idées ou visant à la distraction du public, d'une presse politique ou d'une presse pornographique ? De quelle liberté va-t-il s'agir ? De celle du propriétaire de l'entreprise, des journalistes, voire des ouvriers de l'imprimerie... ou de celle des lecteurs ?

Devant cette absence de plan simple et évident, il est apparu préférable de retenir la distinction : liberté individuelle - libertés collectives, et cela pour deux raisons : cette classification purement formelle ne préjuge pas, *a priori*, du fond, d'une part ; elle semble plus conforme aux conceptions de la démocratie libérale à la base desquelles on trouve l'individu agissant seul ou en groupe, d'autre part. Mais s'en tenir à cette vision abstraite et individualiste du droit serait peu réaliste et insuffisant. Les

libertés publiques ont-elles le même contenu pour tous les individus ? Certains d'entre eux, du fait de leur appartenance à une catégorie, ne se voient-ils pas privés d'une partie de leurs droits, soit individuels, soit, le plus souvent, collectifs ?

Aussi, après avoir présenté la liberté individuelle (I) et les libertés collectives (II), conviendra-t-il de se demander si leur contenu n'est pas aussi fonction du titulaire des libertés (III).

## **I. La liberté individuelle**

L'individu libre est une personne, corps et âme, chair et esprit, vie et conscience... Peu importent ici les formulations, puisque, à défaut d'un consensus sur leur signification, il en existe au moins un sur la reconnaissance d'une certaine dualité. Les deux droits les plus fondamentaux de l'être humain sont donc, *a priori* et logiquement, le droit à la vie et le droit à la liberté de conscience.

La logique n'est pas toujours respectée et elle ne l'est pas véritablement s'agissant du droit à la vie, que l'on pourrait

qualifier de liberté de vivre. Un tel droit est pourtant solennellement proclamé à l'époque contemporaine par la quasi-totalité des constitutions. Il est parfois précisé que la vie est protégée dès son commencement mais très peu d'ordres juridiques en tirent toutes les conséquences. Les enjeux que constituent le recours à l'avortement, d'une part, l'utilisation des embryons, d'autre part, font que, dans la plupart des démocraties libérales, dont la France, la protection de la vie prénatale n'est que très partielle. En revanche, la protection est totale à partir de la naissance. L'État doit l'assurer effectivement et la peine de mort, qui était mentionnée dans la Convention européenne, est, aujourd'hui, de fait et de droit, prohibée en Europe.

La logique n'est pas non plus tout à fait respectée dans la mesure où la liberté de conscience ne se voit pas toujours accorder la place qu'elle mérite, sans doute parce qu'elle est difficile à définir. Ce sont pourtant les choix effectués par l'individu dans sa conscience qui déterminent l'usage qu'il fait des libertés qui lui sont reconnues, qu'il s'agisse de libertés corporelles, intellectuelles, voire économiques. Il est vrai, cependant, comme l'avait déjà noté Hauriou, que, historiquement, le statut de l'homme libre, garantissant sa liberté physique et son droit de propriété, a

été élaboré avant les libertés de conscience ou de la pensée. Dans cette perspective, la liberté de conscience viendrait couronner la reconnaissance de la liberté d'aller et venir, du droit à la sûreté et de la protection de la vie privée.

## **1. La liberté d'aller et venir**

Il est presque inutile d'attirer l'attention sur son caractère fondamental. Elle n'est, dans son principe, susceptible, pour un citoyen français se déplaçant sur le territoire national, d'aucune restriction de la part de l'administration, au moins en période normale. Il est d'ailleurs à l'honneur de celle-ci de n'y avoir pratiquement jamais porté atteinte. Les rares interventions des juges, soit administratifs, soit judiciaires, en la matière, ont été absolument sans ambiguïté (ce, 1927, Carrier ; Paris, 1968, Plenel). L'atteinte portée à ce droit par l'administration peut constituer une voie de fait.

La liberté d'aller et venir est susceptible de quatre types de limitations :

- l'intervention d'une décision de justice, mais précisément le statut du juge judiciaire ainsi que la

procédure suivie devant lui, doivent préserver le citoyen de tout arbitraire ;

- les déplacements des Français à l'étranger : l'administration peut refuser de délivrer un passeport si les déplacements de l'intéressé sont de nature à compromettre la sûreté publique. Pendant longtemps la jurisprudence avait reconnu un très large pouvoir d'appréciation aux autorités publiques, pouvoir d'ailleurs très rarement utilisé. Puis les juges judiciaires (Cassation, 1984) et, avec quelques nuances, le Tribunal des conflits (1986) ont considéré que « la liberté fondamentale d'aller et venir n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter ». Dès lors, une décision manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir de l'administration constitue une voie de fait justifiant la compétence judiciaire. Dans les autres cas, les juridictions administratives exerceraient un contrôle, désormais lui aussi, renforcé ;
- certaines catégories d'individus ne jouissent pas

d'une liberté aussi totale. Ainsi, les étrangers peuvent se voir interdits de séjour sur certaines portions du territoire national, s'ils risquent de causer un trouble à l'ordre public (sous contrôle juridictionnel) ; de telles hypothèses sont devenues exceptionnelles ;

- enfin, les nécessités de la circulation amènent l'administration à concilier des intérêts contradictoires et à veiller à la sécurité des citoyens. La liberté est moins grande, lorsqu'on utilise des moyens techniques dangereux.

On ne peut en effet guère s'étonner, même s'il faut le regretter, que la véritable catastrophe nationale que constituent les accidents de la route (plus meurtrière, et de très loin, que le terrorisme !) ait amené les pouvoirs publics à prendre des mesures d' « exception » au niveau de la réglementation de la circulation en général. La suspension du permis de conduire (parfois qualifiée de retrait) peut s'analyser soit comme une mesure de police visant à supprimer un danger pour l'ordre public, soit comme une mesure restrictive de liberté. Il est très caractéristique de notre époque et du culte voué par

certaines à l'automobile qu'elle puisse apparaître comme un substitut à de courtes peines d'emprisonnement. Lorsqu'elle intervient pour sanctionner une infraction routière, la suspension du permis de conduire est régie par le Code de la route. Elle est le fait soit du préfet, soit du juge judiciaire dont la décision, depuis 1975, est censée prévaloir. La réalité est beaucoup plus complexe. Dans beaucoup de cas, le rôle de l'autorité administrative est prépondérant, tandis que le juge judiciaire n'intervient qu'après coup et de façon mécanique. En outre, les procédures administratives font une place de plus en plus réduite aux garanties accordées initialement. Cette évolution compréhensible est cependant fâcheuse. Il n'est pas prouvé qu'elle permette d'atteindre mieux l'objectif de sécurité.

Il peut arriver que l'actualité amène à s'interroger sur la portée de la liberté d'aller et venir. Par exemple, lorsque des arrêtés municipaux ont interdit certaines formes de mendicités agressives ou la circulation des jeunes mineurs, seuls, la nuit. Au-delà des débats politiques et sans se prononcer sur l'opportunité de tels choix, le juge administratif a appliqué sa jurisprudence classique en matière de police administrative. Les réglementations

édictees sont légales dès lors qu'elles sont adaptées dans le temps et dans l'espace à ce qu'exigent les circonstances locales et l'ordre public, lorsque certains types de mendicités entravent la libre circulation des usagers, ou lorsque l'insécurité de certaines zones risque d'être préjudiciable à des mineurs de 13 ans. De telles mesures ne vont pas à l'encontre des principes de la sûreté.

## 2. La sûreté

La crainte de l'arbitraire a été une des préoccupations constantes de l'opinion du xviii<sup>e</sup> siècle. Certes, en France, le régime était tolérant en fait (le nombre des prisonniers politiques ou d'opinion était minime) mais non en droit (le système des lettres de cachet était toujours en vigueur). À cela on opposait la situation de l'Angleterre avec, spécialement, la procédure de l'Habeas Corpus. Grâce à celle-ci, toute personne qui s'estime irrégulièrement détenue peut demander au juge d'une juridiction supérieure d'ordonner à celui qui en assure la garde de présenter le prisonnier et d'expliquer les raisons de la détention, un refus entraînant de lourdes peines. La Cour peut ordonner une libération immédiate. S'inspirant de l'exemple anglais,

les constituants français ont posé, dans la Déclaration de 1789, les bases de la sûreté. La régularité du procès pénal apparaît comme un élément central de la sûreté. Il convient donc d'être vigilant et de prévoir des garanties strictes lorsqu'il existe des risques de détentions arbitraires.

## **A) La régularité du procès pénal**

La Déclaration de 1789 mentionne les principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale :

- le principe de légalité des délits et des peines : « 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 » (art. 7) ;
- le principe de non-rétroactivité des lois pénales (art. 8) ;
- le principe de la présomption d'innocence : « Tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable » (art. 9) ;
- le principe de nécessité de toute peine : « La loi ne doit établir que des peines strictement et

évidemment nécessaires » (art. 8).

Désormais le Conseil constitutionnel veille au respect strict de ces principes. Il a contribué à enrichir les fondements constitutionnels de la matière. Le respect des droits de la défense, principe à valeur constitutionnelle, a pris une place croissante.

La double influence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel a été déterminante pour permettre d'assurer un procès équitable et public dans un délai raisonnable devant une juridiction indépendante et impartiale. Les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ont utilement complété les dispositions constitutionnelles. Certains débats ont perdu de leur acuité. Tel est le cas de celui, très vif dans le passé, portant sur les juridictions d'exception. Celles-ci ont accompagné les périodes troublées de l'histoire. La dernière en date, mise en place en 1963 après la fin de la guerre d'Algérie, a été supprimée en 1981. Nul ne doit plus répondre de ses crimes éventuels que devant les juridictions de droit commun. Toutefois, une adaptation s'est révélée nécessaire. Pour faire face aux menaces proférées par les membres de groupes terroristes,

les cours d'assises appelées à les juger sont composées exclusivement de magistrats professionnels. Le Conseil constitutionnel l'a admis dès lors que cette exception est justifiée par référence à une infraction spécifique, définie en termes précis, et que les droits de la défense sont pleinement respectés, devant une juridiction indépendante et impartiale (Décision du 3 septembre 1986).

D'autres préoccupations sont apparues, par exemple, celles relatives au statut des prisonniers pendant longtemps soumis au pouvoir largement discrétionnaire de l'administration pénitentiaire. Depuis quelques années, les contrôles juridictionnels sont de plus en plus effectifs. Parallèlement on a assisté à une juridicisation de plus en plus marquée des décisions les concernant. En revanche, faute de moyens suffisants, les conditions des détenus restent parfois déplorables comme l'ont constaté officiellement les parlementaires eux-mêmes. Les prisons sont surpeuplées et criminogènes. Les détenus sont trop peu préparés à leur réinsertion et les substituts à l'emprisonnement sont insuffisants. Des efforts considérables restent à faire vis-à-vis desquels l'opinion publique est souvent réticente. Selon les circonstances, cette dernière, orientée par les médias, est parfois prête

soit à cautionner des cas de détention arbitraire, soit à crier au scandale.

## **B) Les risques de détentions arbitraires**

Pour un juriste, ils apparaissent dès qu'un individu peut se trouver privé de sa liberté en l'absence de tout jugement. En l'état actuel et si l'on fait abstraction des agissements abusifs de personnes privées, le comportement des autorités publiques mérite une attention particulière dans trois catégories d'hypothèses.

### **a) Les contrôles d'identité**

Pendant longtemps, il n'a existé en la matière aucune réglementation précise, mis à part quelques textes épars (par exemple, le décret de 1903 autorisant les gendarmes à procéder à de tels contrôles). Le vide juridique fut partiellement comblé par un arrêt de la Chambre criminelle du 5 janvier 1973 (Friedel). La Cour admettait la légalité des contrôles dans le cadre des opérations de police judiciaire (recherche de délinquants). En revanche, « les pouvoirs de police administrative, s'ils permettent, quand les circonstances l'exigent, de procéder à des vérifications

d'identité, n'autorisent pas à retenir, fût-ce provisoirement, des personnes qui n'ont commis aucune infraction ou qui ne sont pas soupçonnées d'en avoir commise ». Claire dans son principe, cette jurisprudence n'était pas sans ambiguïté au niveau de son application. C'est dans ce contexte qu'intervint la loi du 2 février 1981 (dite « Sécurité et liberté »). Elle légalisait les contrôles d'identité pratiqués dans certaines circonstances (risque de trouble à l'ordre public) à titre préventif. Très violemment dénoncées, à l'époque, par l'opposition de gauche, ces dispositions furent pourtant maintenues pour l'essentiel (avec quelques restrictions) par la loi du 10 juin 1983, modifiée à nouveau par les lois du 3 septembre 1986 et du 10 août 1993.

Actuellement, pour s'en tenir aux cas les plus courants, les policiers agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire peuvent donc contrôler l'identité d'une personne en cas de recherches judiciaires (largement entendues) et, à titre préventif, « pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens ». Le législateur a prévu des garanties, dont certaines sont indispensables au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si la

personne ne peut faire la preuve immédiate de son identité, elle ne peut être retenue que pendant le temps strictement nécessaire à la vérification et au plus pendant quatre heures, et elle peut prévenir toute personne de son choix. Un procès-verbal détaillé doit être dressé.

La Cour de cassation a accepté d'exercer son contrôle sur les conditions dans lesquelles il était procédé à de telles vérifications. Elle a exigé que la police motive ses décisions de contrôler l'identité des passants. Elle a estimé que la loi de 1983 n'avait pas abrogé le décret de 1946 obligeant les étrangers à présenter leurs papiers d'identité à toute réquisition. Mais de tels contrôles ne peuvent être effectués que dans le cadre général de la loi ou lorsque des indices objectifs font présumer qu'un individu est de nationalité étrangère. Les juges ont ainsi voulu éviter les contrôles au « faciès », cela étant d'autant plus nécessaire que, si les préoccupations d'ordre public étaient dominantes jusqu'en 1981, la recherche des clandestins est, depuis 1983, une des motivations principales des contrôles.

Signalons, dans des domaines voisins, que la police ne peut pas pratiquer la fouille d'un véhicule à titre préventif, mais

seulement en cas de recherches judiciaires. La fouille d'une personne est assimilée à une perquisition, mais la jurisprudence admet la « palpation » sommaire d'un individu contrôlé afin d'assurer la sécurité des membres des forces de l'ordre. Depuis 2001, cependant, des lois ont élargi les cas graves dans lesquels il est possible de procéder à des fouilles de véhicules et des contrôles d'identité sur réquisition ou en concertation avec le procureur de la République. Ce dernier est, également, susceptible d'intervenir dans la procédure de garde à vue.

## **b) La garde à vue**

Pratiquée depuis fort longtemps, elle est aujourd'hui soumise, par le Code de procédure pénale (art. 63 et s.), à des conditions assez strictes. Un officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Les garanties se sont multipliées. Un registre est tenu. Le procureur est immédiatement prévenu. L'intéressé est, quant à lui, informé de ses droits, au plus tard dans les trois heures. Il peut consulter un médecin, un avocat (dès

la première heure) et garder le silence... La durée de la garde à vue est normalement de 24 heures (renouvelable une fois). Mais, dans les cas les plus graves (terrorisme), elle peut exceptionnellement atteindre 144 heures. Dans ce cas, la consultation de l'avocat est différée jusqu'à la 72<sup>e</sup> heure. Même si elle va à l'encontre de certains principes (Habeas Corpus), la garde à vue se révèle utile pour les enquêtes. Elle permet d'agir vite, de réunir des indices ou des preuves et d'éviter des pressions sur les témoins ou complices. Le législateur a imposé un formalisme protecteur mais non paralysant. La garde à vue peut déboucher sur une mise en examen, voire une détention provisoire.

### **c) La détention provisoire**

Elle permet à un juge de priver un citoyen de sa liberté pour les besoins de l'enquête. Elle va donc à l'encontre de la présomption d'innocence. Aussi une série de réformes libérales ont-elles permis au Code de procédure pénale d'en souligner le caractère exceptionnel. La détention provisoire suppose la réunion d'un certain nombre de conditions de forme et de fond. Elle nécessite une motivation précise. Elle doit apparaître comme l'unique

moyen pour que l'inculpé ne fasse disparaître des preuves ou ne fausse des témoignages, pour le protéger ou pour éviter des troubles à l'ordre public ou le renouvellement de l'infraction. Le placement en détention provisoire, d'une particulière gravité, relevait traditionnellement du seul juge d'instruction. Les risques d'abus, le caractère trop solitaire de la décision, ont été maintes fois dénoncés. Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour mettre en place la procédure de référé-liberté, puis donner compétence au juge des libertés. Les réflexions s'orientent à nouveau vers la mise en place d'une formation collégiale... En dépit des indemnisations de plus en plus importantes susceptibles d'être accordées, les conséquences d'une détention provisoire injustifiée peuvent en effet se révéler dramatiques pour les personnes qui en sont les victimes innocentes, notamment par les répercussions sur leur vie privée.

### **3. La protection de la vie privée**

La protection de la vie privée peut s'entendre *stricto sensu*. Mais il est plus logique de rassembler toutes les dispositions qui, dans le même esprit, tentent de protéger

une sphère d'intimité.

## **A) La protection de la vie privée *stricto sensu***

Le problème s'est surtout posé depuis le début du xx<sup>e</sup> siècle, avec l'apparition des techniques modernes. Les juges judiciaires ont immédiatement réagi dans un sens libéral en utilisant des principes à portée générale dont celui de l'article 1382 du Code civil. Cette situation n'était cependant pas sans inconvénients car les juges avaient parfois des difficultés pour fonder leurs décisions. Surtout, il ne leur revenait pas d'édicter des sanctions pénales, même au cas d'atteintes inqualifiables à la vie privée. Le législateur est intervenu le 17 juillet 1970. S'il ne donne pas de définition de la vie privée, laissant cette mission au juge, il prévoit des sanctions civiles et pénales.

### **a) Définition de la vie privée**

Selon le doyen Carbonnier, c'est la « sphère secrète d'où il [l'individu] aura le pouvoir d'écarter les tiers..., le droit d'être laissé tranquille... ». C'est effectivement l'idée

générale qui a inspiré les magistrats judiciaires.

S'ils n'ont jamais donné, à proprement parler, une définition, les juges ont dégagé des éléments permettant de savoir ce qu'est la vie privée. Il s'agira, par exemple, du droit à l'identité (droit à ne pas voir divulguer, sans raison, son état civil, l'adresse de son domicile ou de ses résidences), le droit à l'intimité du foyer (protection de la vie familiale et conjugale), le droit au secret de la santé ou des loisirs...

Le droit à l'image a été à l'origine d'une jurisprudence abondante. Il n'est pas admis qu'une personne soit photographiée dans un lieu privé sans son consentement. S'il n'en est pas de même dans un lieu public, c'est au niveau de l'utilisation du cliché que l'intéressé devra intervenir.

Certaines personnes sont relativement moins protégées que d'autres. Les hommes politiques ont droit à la protection de leur vie privée, sauf dans les cas où celle-ci peut avoir des incidences sur leur vie publique. En est-il de même pour les vedettes du spectacle ou de l'actualité ? On pourrait assez logiquement en douter, puisque certaines d'entre elles provoquent justement cette immixtion.

Quelques jugements ont fait état de cette attitude. Mais, dans l'ensemble, la jurisprudence n'a pas admis un traitement particulier. À partir du moment où aucun consentement, même tacite, n'a été donné, il y a lieu d'appliquer les sanctions civiles ou pénales.

## **b) La protection civile**

L'article 9 du Code civil (loi de 1970) précise : « Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation des dommages subis, prescrire toutes mesure telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent s'il y a urgence être ordonnées en référé. »

La saisie est utilisée dans la mesure où beaucoup d'atteintes à l'intimité de la vie privée sont le fait d'une certaine presse avide de sensationnel. Les juges peuvent se contenter d'ordonner la suppression de certains passages d'un ouvrage ou de certains articles d'une revue. Les dommages-intérêts tels qu'ils sont utilisés ont non seulement un caractère réparateur, mais aussi dissuasif. Il en est ainsi lorsque, le dommage subi étant essentiellement moral, une lourde condamnation pécuniaire est pourtant

prononcée. Elle équivaut pratiquement à une amende civile.

### **c) Les sanctions pénales**

Elles sont prévues par l'article 226-1 du Code pénal. Sont punis le fait d'écouter, d'enregistrer ou transmettre au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées, à titre privé ou confidentiel, sans le consentement de l'intéressé, ou le fait de fixer ou transmettre l'image d'une personne, prise sans consentement dans un lieu privé. L'utilisation publique de ces documents ou la réalisation, à partir d'eux, d'un montage constituent des délits distincts. L'intimité de la vie privée, ainsi protégée, a souvent pour cadre privilégié le domicile.

## **B) La liberté du domicile**

Cette liberté a plusieurs aspects. On est libre de choisir son domicile, d'en faire l'usage que l'on veut, d'en écarter les intrus.

La protection du domicile est depuis très longtemps assurée par le biais du principe, à valeur constitutionnelle, d'inviolabilité. Est pénalement sanctionnable l'introduction

ou le maintien, dans un domicile, à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes. La loi pénale est plus sévère encore à l'encontre des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public.

L'efficacité de la protection ainsi assurée tient aussi à ce que la notion a été largement entendue par la jurisprudence. Elle se distingue de celle de propriété et déborde celle de résidence principale, voire de lieu d'habitation. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le terme de « domicile » ne signifie pas seulement le lieu où une personne a son principal établissement mais encore le lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux. Ainsi, les juges judiciaires ont qualifié de domicile des caravanes ou roulottes, des meublés, des lieux de travail..., voire une chambre d'hôpital.

Le principe supporte, naturellement, quelques exceptions dont la principale consiste en la possibilité pour le juge d'instruction d'ordonner des perquisitions dans le cadre d'une enquête (encore celles-ci ne doivent-elles

normalement pas avoir lieu la nuit). Un équilibre assez comparable assure la protection du secret de la correspondance.

## **C) Le secret de la correspondance**

Tout aussi traditionnel que le précédent, ce principe relève, par certains aspects, du droit de propriété, mais, pour l'essentiel, de la liberté d'expression et de diffusion de la pensée (mentionnés dans la Déclaration de 1789). Tenant vraisemblablement compte d'une jurisprudence très protectrice, le Code pénal punit « le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers », ou d'en prendre frauduleusement connaissance (art. 226-15). Il punit plus sévèrement « le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances, ou la révélation du contenu de ces correspondances » (art. 432-9). Le principe fléchit naturellement dans le cadre d'une enquête judiciaire.

Sa protection est renforcée pour certaines correspondances telles que celles entretenues avec les avocats. Dans les relations familiales, sa portée dépend largement des habitudes mais aussi de la bonne foi ou du caractère frauduleux des comportements.

Les communications téléphoniques jouissent logiquement d'une protection identique. Toutefois, elles étaient politiquement tentantes et techniquement difficiles à prouver. Régulièrement dénoncées, elles faisaient tout aussi régulièrement l'objet de promesses annonçant leur disparition. Il a fallu que l'absence de règles effectives en la matière entraîne une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, en 1990, pour que le législateur se décide à voter la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications. Désormais, les écoutes judiciaires ne peuvent être réalisées, sous la responsabilité d'un juge d'instruction, qu'en matière criminelle et parfois correctionnelle. Quant aux écoutes administratives (interception de sécurité), limitées à des hypothèses graves énumérées par la loi, elles sont réalisées sous la responsabilité du Premier ministre. En outre, une autorité administrative indépendante est chargée d'exercer un

contrôle efficace.

En revanche, des écoutes dites « sauvages » continuent en violation de la loi. Les écoutes « élyséennes », réalisées à la demande du président Mitterrand, ont connu un épilogue judiciaire tardif après avoir provoqué beaucoup de discussions. Les écoutes pratiquées par des personnes privées retiennent beaucoup moins l'attention même si elles sont, et de loin, les plus nombreuses. Plus récemment, d'autres préoccupations sont apparues avec le développement d'Internet et des correspondances électroniques. Celles-ci peuvent avoir un caractère confidentiel mais il n'est pas facile de déterminer l'auteur d'une atteinte au secret et d'apporter la preuve de sa culpabilité. La cybersurveillance des salariés des entreprises commence, en revanche, à faire l'objet de règles plus précises. La confidentialité demeure mais une surveillance est admise dès lors qu'elle est annoncée et s'exerce de façon légale. La maîtrise juridique des nouvelles techniques demande parfois du temps. Elle est loin d'être sans solution comme l'a prouvé la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

## **D) L'informatique et les fichiers**

En elle-même, l'informatique ne présente pas un danger particulier pour les libertés. Par contre, elle ouvre des possibilités techniques nouvelles dans la gestion des fichiers. Ceux-ci ont toujours existé en tant que fichiers manuels. Leur informatisation permet seulement de multiplier, de façon considérable, leur capacité à enregistrer des informations toujours plus nombreuses. Surtout, l'interconnexion réalisée entre plusieurs fichiers informatisés aboutit à rapprocher des données jusque-là dispersées. Tel était le but du projet safari qui envisageait, à partir d'un identifiant unique, de favoriser la collecte de renseignements épars. C'est à l'occasion de ce projet qu'un quotidien titra : « safari ou la chasse aux Français », traduisant clairement la crainte ressentie par nombre de nos concitoyens. Il ne faut pas, pour autant, mésestimer l'intérêt que présente l'informatisation des fichiers. On évite beaucoup de lourdeurs et de lenteurs administratives. On peut obtenir une gestion plus claire, plus efficace, donc favorable à la recherche d'une plus grande justice sociale. Ce qui importe avant tout est de maîtriser la technique. Dans cette optique, le décret du 8 novembre 1974 mit en place une Commission Informatique et libertés, présidée par M. Chenot. Celle-ci, après de très nombreuses auditions et études concernant aussi bien la France que

l'étranger, publia un rapport dont s'inspira le projet de loi gouvernemental et dans lequel les parlementaires, essentiellement les sénateurs, puisèrent la matière à un très grand nombre d'amendements allant dans un sens libéral. La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés apparaît assez audacieuse, compte tenu du vide juridique existant auparavant.

Le législateur a posé un certain nombre de règles fondamentales. Les informations ne peuvent être collectées que de façon licite et conservées qu'autant qu'elles sont utiles. Certains renseignements ne peuvent pas être recueillis, sauf exception légitime, s'ils concernent l'appartenance religieuse, politique, syndicale, raciale d'un individu. Aucune décision administrative ou judiciaire supposant une appréciation ne peut être prise automatiquement au seul vu d'un traitement informatisé. En outre, est reconnu un droit d'accès et de rectification. Le système repose essentiellement sur une « Commission nationale de l'informatique et des libertés » composée de 17 membres, mêlant représentants des assemblées, hauts magistrats et personnalités qualifiées. La cnil a ainsi pu apparaître comme une sorte de prototype des autorités administratives indépendantes. Elle intervenait au niveau

de la création des fichiers. S'il s'agissait d'un fichier public, il ne pouvait même être passé outre à un avis défavorable que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'état. Elle assure aussi un contrôle général donnant lieu à un rapport annuel. Elle informe utilement le public et lui permet d'exercer son droit d'accès et de rectification.

Une loi du 6 août 2004 est venue transposer une directive européenne de 1995 qui, elle-même, s'était inspirée de la législation française. Telle qu'elle a été remaniée, la loi de 1978 apparaît globalement beaucoup plus complexe que dans sa version initiale. L'essentiel du dispositif est maintenu mais le contrôle souple et *a priori* laisse la place à un contrôle *a posteriori* permettant à la cnil de prendre des sanctions financières lourdes. La distinction principale n'oppose plus désormais fichiers publics et fichiers privés mais les fichiers peu dangereux, dispensés de formalités préalables ou soumis à une déclaration plus ou moins simplifiée, et les fichiers sensibles, qui ne peuvent être mis en œuvre qu'après un avis (publié) de la Commission. Même si certaines protections ont été assouplies, le Conseil constitutionnel a estimé que la loi de 2004 n'avait pas privé de garantie légale des droits fondamentaux dont on pourra noter que certains contribuent à protéger la

liberté de conscience.

## **4. La liberté de conscience**

La liberté de conscience a souvent été confondue, en France, avec la seule liberté religieuse. Cette dernière en constitue incontestablement une des principales facettes, mais la liberté de conscience peut être entendue dans un sens beaucoup plus large. Conformément à l'article 10 de la Déclaration de 1789, « nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Dans le même sens, le Préambule de la Constitution de 1946 proclame : « Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. » L'article 31 de la loi du 9 décembre 1905 a d'ailleurs créé le délit d'atteinte à la liberté de conscience.

La liberté de conscience est reconnue par la quasi-totalité des déclarations et traités internationaux et régionaux ainsi que par la plupart des constitutions nationales. Elle se situe indiscutablement au plus haut niveau de la hiérarchie des normes dans tous les ordres juridiques. Elle y est même parfois rangée parmi les droits intangibles. Cette

consécration presque universelle va, cependant, de pair avec une absence de définition et une terminologie, y compris en doctrine, variable et imprécise : liberté de pensée, d'opinion, de l'esprit, du for intérieur, de croyance, de conviction, intellectuelle... Ces hésitations sont compréhensibles. La notion de conscience échappe en tant que telle aux juristes. Elle a beaucoup plus retenu l'attention de théologiens qui y voient ce lieu sacré, ce sanctuaire où l'être humain dialogue avec Dieu, ou des philosophes et moralistes qui réfléchissent sur cette faculté de l'homme à s'autodéterminer. Elle peut être présentée comme une liberté stratifiée, celle de croire ou de ne pas croire, celle d'effectuer les grands choix humains en matière philosophique et morale, et celle d'avoir une opinion sur tous sujets. Il y a sans doute une logique des choix mais elle relève, dans les droits libéraux, précisément de la liberté de conscience de chacun.

Sa portée sera en fait variable en fonction des choix individuels qui conditionnent plus ou moins l'usage de toutes les autres libertés. C'est donc de manière simplificatrice et nécessairement excessive que l'on peut en mentionner, comme exemples significatifs, certaines conséquences.

Chacun se voit en principe reconnaître le droit de vivre conformément à sa conscience. Cela se vérifie tout particulièrement au niveau de la vie privée et familiale, de la disposition de son corps et de ses facultés intellectuelles, voire de la vie professionnelle. Cela inclut aussi le droit d'exprimer de diverses manières ses opinions. Quel que soit le respect des choix individuels, la liberté ne peut toutefois être absolue, ne serait-ce que pour assurer aussi la liberté d'autrui et la préservation de la société. Parmi les questions très controversées actuellement, la liberté de choisir son mode de vie n'inclut pas nécessairement celui de le faire reconnaître socialement. La prise en compte de la famille ne l'est pas uniquement parce qu'elle constitue « l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État », comme le rappelle l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais aussi en raison de son intérêt primordial pour assurer l'éducation des générations futures. De même, si chacun est responsable de sa santé, l'État ne peut intervenir lorsqu'un autre intérêt est en cause, celui de l'enfant ou celui de la collectivité, avec par exemple les vaccinations obligatoires. Le droit d'accepter ou de refuser un traitement médical n'implique pas celui d'être aidé à mourir ainsi que l'a rappelé une loi de 2005.

On ne peut, non plus, porter atteinte aux principes fondamentaux mentionnés aux articles 16 et 16-1 et suivants du Code civil : primauté et dignité de la personne, respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, inviolabilité et non-patrimonialité du corps humain... Le clonage « reproductif » et l'eugénisme organisé sont même considérés comme des « crimes contre l'espèce humaine ». Bien que neutre, l'État a un rôle à jouer dans le respect des consciences.

Dans un État libéral et, *a fortiori*, dans un État laïc comme la France, l'administration n'a pas le droit de faire état des croyances de l'individu. Cette règle s'applique à un triple niveau : dans le recrutement de ses agents, dans le fonctionnement des services et dans l'aménagement du domaine public. L'administration doit, par contre, tenir, parfois, compte des croyances des individus pour leur permettre d'exercer pleinement leur liberté en facilitant, par exemple, l'organisation des cultes dans les internats, les casernes, les prisons et les hôpitaux. C'est également à ce titre qu'elle a pu prendre en compte les croyances et convictions profondes des individus pour leur permettre, à l'époque où il était obligatoire, d'effectuer leur service national en tant qu'objecteur de conscience. D'une façon

générale, les sociétés contemporaines admettent parfois que l'on invoque une clause de conscience. L'une des plus connues est celle qui permet aux personnels médicaux de ne pas participer à un avortement. De telles clauses ont une dimension individuelle et ne peuvent être considérées comme des libertés collectives.

## **II. Les libertés collectives**

Si la liberté individuelle est une condition de l'existence de libertés collectives, le contraire se vérifie également. Ces dernières prolongent, en quelque sorte, la liberté de l'individu en lui permettant de communiquer avec les autres et, en se groupant avec eux, de défendre l'ensemble du système libéral et démocratique. Cette affirmation se vérifie particulièrement en ce qui concerne la liberté d'association.

### **1. La liberté d'association**

Fondamentale car elle constitue le support de la plupart des libertés collectives, favorise la participation au pouvoir des citoyens tout en contrebalançant ce que celui-ci

pourrait avoir d'excessif et permet par la loi du nombre de limiter, dans une certaine mesure, les inégalités de richesses, la liberté d'association est aussi dangereuse si les groupements se dressent contre la légalité démocratique ou cherchent à étouffer la liberté individuelle.

Elle a souffert de l'hostilité individualiste des révolutionnaires de 1789, des abus des clubs de la I<sup>re</sup> République et de l'autoritarisme des gouvernements du xix<sup>e</sup> siècle. Ce n'est que longtemps après avoir proclamé la liberté des sociétés commerciales, des syndicats, des réunions publiques, que le législateur consacra, avec des réserves, en 1901, la liberté d'association. Encore cette loi fut-elle considérée par la plupart de ses contemporains autant comme une loi contre les congrégations, qu'elle excluait du bénéfice du droit commun, que comme une loi pour les associations.

La catégorie définie en 1901 est une catégorie reliquat. Sont des associations, au sens de la loi, tous les groupements qui ne bénéficient pas d'un statut juridique plus favorable. Elles se distinguent des sociétés commerciales (qui partagent des bénéfices), des syndicats (qui ont un but exclusivement professionnel), des réunions publiques (qui

ont un caractère momentané). Ainsi définie, la liberté d'association est à la fois garantie et limitée.

## **A) Une liberté garantie**

Mettant fin à toute incertitude, le Conseil constitutionnel a, le 16 juillet 1971, rangé le principe de la liberté d'association au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, lui conférant, par là même, valeur constitutionnelle.

Il existe, depuis 1901, trois catégories d'associations : les associations non déclarées dont la constitution n'est soumise à aucune formalité mais ne possédant pas la personnalité morale ; les associations déclarées (cette formalité s'effectuant à la préfecture ou à la sous-préfecture) possédant une personnalité juridique restreinte ; les associations reconnues d'utilité publique qui ont le droit de recevoir des dons et legs. Cette dernière catégorie est parfaitement adaptée à des associations charitables, par exemple, car la reconnaissance résulte d'un décret pris après une enquête minutieuse de l'administration et entraîne un contrôle de celle-ci sur les activités du groupe. Elle apparaît ainsi comme une garantie de moralité et de

sérieux. Elle ne convient, au contraire, pas du tout à des associations politiques car elle limiterait beaucoup trop leur indépendance. Seules, les deux premières catégories apparaissent tout à fait indépendantes mais l'association non déclarée, de par l'absence de toute personnalité, perd une partie de son intérêt. Aussi convient-il de s'attacher tout particulièrement aux associations déclarées.

Le Conseil constitutionnel a, en effet, en 1971, estimé, en censurant la loi votée par le Parlement, qu'en vertu du principe même de la liberté d'association celles-ci devaient pouvoir acquérir la personnalité morale, après une simple déclaration, sans intervention préalable de l'autorité administrative ou judiciaire. La personnalité qui leur est ainsi conférée n'est d'ailleurs pas complète. Elle leur interdit de recevoir des dons et legs. Mais une évolution libérale leur permet de recevoir non seulement les cotisations de leurs membres et des subventions, mais aussi des apports, des ressources provenant de certaines activités commerciales si elles restent accessoires par rapport au but de l'association, et, enfin, des dons manuels largement admis.

La liberté dont disposent les associations déclarées est très

étendue. Elles peuvent protéger leur nom et, d'une façon plus générale, leurs intérêts propres en justice. La jurisprudence administrative admet largement qu'elles puissent défendre des intérêts moraux et collectifs. La jurisprudence judiciaire (surtout pénale) est plus restrictive. Mais ce qui prédomine et ce qui a sans doute contribué à la pérennité de la loi de 1901, c'est la liberté dont jouissent les fondateurs, et plus tard les membres, lorsqu'ils définissent la personnalité et les finalités de l'association. La liberté dont ils disposent dans la rédaction des statuts n'est guère limitée que par le nécessaire respect de l'ordre public et de la liberté individuelle.

## **B) Les limites de la liberté d'association**

La loi de 1901 prévoit la dissolution judiciaire de « toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement ». Ces dispositions n'ont eu que très rarement l'occasion de jouer.

Dès 1936, en effet, le Parlement avait voté une loi permettant la dissolution par décret des groupements

provoquant à des manifestations armées dans la rue, constituant des groupes de combat ou milices privées, se proposant de porter atteinte par la force à la forme républicaine du gouvernement ou d'attenter à l'intégrité du territoire national. Il faut ajouter, à cette liste, les associations à caractère raciste ou terroriste. Le décret de dissolution est naturellement susceptible d'un recours pour excès de pouvoir formé directement devant le Conseil d'État.

La liberté des associations est également susceptible d'un contrôle juridictionnel destiné à protéger la liberté individuelle contre les abus des dirigeants du groupement. Le pouvoir disciplinaire indispensable pour assurer la cohésion du groupe est, parfois, utilisé pour prendre des mesures vexatoires ou pour exclure un récalcitrant qui n'a pas l'heur de plaire. La jurisprudence est très clairsemée en la matière. Il ne faut pas s'en étonner. Les voies de droit sont trop méconnues, les intérêts froissés sont purement moraux dans la plupart des cas, et rares sont ceux qui sont disposés à engager les frais d'un procès pour obtenir une satisfaction morale, elle aussi. On peut regretter cette timidité des intéressés car une jurisprudence prétorienne assez remarquable a dégagé des principes très protecteurs.

Ceux-ci sont à peu près identiques, que la compétence soit judiciaire (puisque les associations sont des groupements de droit privé) ou administrative (lorsqu'elles assurent une mission de service public et utilisent des prérogatives de puissance publique). Aucune sanction ne peut être prise si ce n'est par les organes compétents dans le respect des procédures prévues par les statuts, les droits de la défense s'imposant en tout état de cause. Seul l'intérêt du groupement doit être recherché, l'assouvissement d'une rancune constituerait un détournement de pouvoir. Enfin, les juges se demandent si la sanction a été prise pour une raison valable, et si elle n'est pas disproportionnée eu égard à la faute commise. Lorsqu'une mesure illégale a été prise, les tribunaux peuvent accorder des dommages-intérêts ainsi que toute réparation nécessaire. Cette prise en compte de l'intérêt individuel apparaît moins nettement dans le régime des rassemblements. Ce qui est recherché, c'est surtout la protection de l'ordre public.

## **2. Les rassemblements**

Les juristes distinguent deux types de rassemblements soumis à des régimes très différents.

## A) Les réunions publiques

L'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1881 proclame, sans ambiguïté : « Les réunions publiques sont libres », mettant fin à une histoire très mouvementée depuis la Révolution française. Depuis 1907, aucune déclaration préalable n'est exigée. La seule obligation pesant sur les organisateurs est de constituer un bureau chargé de veiller au bon déroulement de la réunion. Une des définitions les plus claires a été donnée par le commissaire du gouvernement Michel, dans ses conclusions sur l'arrêt Benjamin en 1933 : « La réunion constitue un groupement momentané de personnes formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions ou de se concerter pour la défense d'intérêts. La réunion se distingue de l'association en ce que cette dernière implique un lien permanent entre ses membres. » Les réunions diffèrent donc non seulement des associations par leur caractère momentané, mais aussi des spectacles par leur caractère intellectuel. Elles supposent cependant, elles aussi, une certaine organisation.

Le législateur avait été très libéral. Les années précédant la Seconde Guerre furent très défavorables aux réunions. La violence de certains affrontements, la pratique de la contre-

manifestation amenaient les autorités de police à interdire systématiquement toutes les réunions susceptibles d'être troublées. Les circulaires du ministre de l'Intérieur de l'époque (1935), M. Paganon, invitaient expressément les préfets à agir dans ce sens. Elles remettaient en cause les circulaires très libérales de l'un de ses prédécesseurs, M. Chautemps.

Quant au Conseil d'État, il fut appelé à se prononcer, en 1933, à propos de la célèbre affaire Benjamin. Une conférence littéraire, que devait donner René Benjamin, avait été interdite à la suite de réactions hostiles. Le Conseil d'État censura cette décision car « il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant des mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ».

Une mesure d'interdiction préventive suppose donc que soient réunies deux conditions : une menace grave pour l'ordre public, d'une part, et une insuffisance des forces de police pour y faire face, d'autre part. Ce régime juridique très protecteur témoigne de la faveur dont jouit la liberté de

réunion en droit français, à la différence de la liberté de manifestation.

## **B) Les manifestations**

Elles se caractérisent par le fait qu'elles se déroulent sur la voie publique. C'est dire que l'autorité de police aura tendance à considérer qu'il s'agit d'un usage anormal de cette voie, et cela s'est traduit dans un régime juridique plus sévère que celui des réunions. Depuis 1935, les organisateurs sont tenus de faire une déclaration préalable à l'autorité de police de trois à quinze jours avant le déroulement de la manifestation en indiquant notamment l'objet et le trajet. Une interdiction est possible à certaines conditions.

Le Conseil d'État a distingué, en effet, entre les défilés traditionnels qui seront presque aussi bien protégés que les réunions publiques, et les autres dont l'interdiction est légale dès qu'ils risquent de troubler l'ordre public ou d'apporter une gêne réelle à la circulation. La réalité contemporaine est depuis des années très différente de ce que pourrait laisser supposer cette jurisprudence : très peu de manifestations sont interdites. Elle est cependant

apparue trop sévère en comparaison avec les exigences de la Cour européenne qui n'établit pas une distinction aussi nette que le droit français entre les libertés de réunion et de manifestation. Pour elle, les États n'ont pas seulement un devoir de non-ingérence. Il leur incombe d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites. Depuis 1997, le Conseil d'État a renforcé son contrôle en vérifiant si la réglementation de police est appropriée à ce qu'exigent les circonstances. En revanche, dans le cas où les organisateurs tenteraient, malgré tout, de maintenir leur appel, à la suite d'une interdiction, on se trouverait face à un attroupement que les forces de police seraient en droit de disperser. Toutes les limites à la liberté de se rassembler sont donc fondées sur la nécessité de faire respecter l'ordre public. Il en va de même dans le régime juridique des spectacles.

### **3. Les spectacles**

On en retiendra trois catégories : le théâtre, les spectacles de curiosité, le cinéma.

## A) Le théâtre

Il est traditionnellement considéré comme le spectacle noble et intellectuel par excellence. Relativement mieux traité que la plupart des autres libertés au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, il a cessé d'être soumis à la censure en 1906, lorsque, à l'occasion de la loi de finances, on omit d'inscrire les crédits destinés aux censeurs. L'ordonnance du 13 octobre 1945 a mis en accord le droit et le fait. La liberté ne souffre que deux limites : le respect de la loi pénale, d'une part ; les contraintes de l'ordre public, d'autre part. Mais alors le juge administratif appliquerait une jurisprudence proche de celle dégagée dans l'arrêt Benjamin, c'est-à-dire très protectrice de la liberté.

Le libéralisme est considéré comme acquis et certaines troupes théâtrales estiment que l'État et les collectivités locales doivent aller plus loin et, par le biais de subventions, rendre encore plus réelle cette liberté. On se trouve alors confronté à plusieurs débats : en fonction de quoi se déterminent actuellement les goûts du public, et qui les oriente ? A-t-on le droit d'utiliser l'argent du contribuable pour subventionner des pièces que le public boude ? Ce débat est loin d'être clos et l'on ne peut que le

mentionner.

Parmi les spectacles, seuls les concerts jouissent d'un régime aussi favorable. Les autres sont soumis à un régime d'autorisation.

## **B) Les spectacles de curiosité**

On peut tout d'abord noter la très grande variété des spectacles de curiosité et par voie de conséquence le caractère très hétérogène de la catégorie. On y trouve aussi bien les théâtres de marionnettes, les matchs de boxe, les cafés-concerts, les spectacles de music-hall, les cirques, les spectacles forains, les bals, que des spectacles à vocation plus politique comme les spectacles de chansonniers...

Mais le régime juridique est le même dans tous les cas. L'administration intervient au niveau de l'infrastructure (contrôles pesant sur l'entreprise de spectacles et sur les locaux d'accueil) et au niveau du spectacle lui-même. La tenue en est, en effet, subordonnée à la délivrance d'une autorisation préalable de l'autorité de police. Cette nécessité a, pendant longtemps, été considérée comme incompatible avec un régime de liberté, d'autant plus que

l'administration jouissait de pouvoirs largement discrétionnaires. Une telle opinion peut être sinon remise en cause, du moins fortement nuancée depuis un arrêt du Conseil d'État de 1975 (Sieur Clément). La Haute Assemblée refuse, en l'occurrence, de censurer un arrêté du maire d'Aix-en-Provence interdisant un spectacle de pop-musique car « il résulte du dossier que les faits sur lesquels le maire... s'est fondé pour prendre l'arrêté attaqué étaient matériellement exacts et de nature à justifier légalement la mesure... ». Le contrôle ainsi exercé est un contrôle de l'adéquation, contrôle normal en matière de libertés publiques. Une évolution jurisprudentielle assez comparable a accru la liberté cinématographique.

## **C) Le cinéma**

Assimilé d'abord aux spectacles de curiosité, compte tenu du caractère des premiers films, le cinéma est resté soumis à un régime d'autorisation préalable par suite de la crainte de l'emprise de l'image sur des sujets passifs. Le cinéma est, en effet, soumis à une censure préalable. Celle-ci résulte d'une décision motivée du ministre responsable : le visa, après avis d'une commission.

Les appréciations portées sur la censure ont été très diverses. Certains l'ont dénoncée comme instituant un ordre moral. D'autres l'ont jugée beaucoup trop laxiste, ce qui a conduit des maires à remettre en cause, sur le plan local, les décisions ministérielles, et ce que le Conseil d'État a admis, en 1959, à condition que la projection d'un film immoral puisse, en raison des circonstances locales, se révéler préjudiciable pour l'ordre public. Cette jurisprudence a été critiquée en raison de la disparité qu'elle entraîne selon les régions. On a également dénoncé son aspect politique. Il faut remarquer que les maires ont pratiquement renoncé à exercer en la matière leurs pouvoirs de police, compte tenu d'un durcissement de la jurisprudence administrative.

Sur le plan national, le Conseil d'État a également accru, très sérieusement, son contrôle sur les motifs invoqués par le ministre. Dans un arrêt de 1975, il a estimé qu'il incombait à ce dernier de « concilier les intérêts généraux dont il a la charge avec le respect dû aux libertés publiques et, notamment, à la liberté d'expression ; qu'il appartient à la juridiction administrative, saisie d'un recours formé contre un refus de visa, de rechercher si le film qui a fait l'objet de la décision contestée devant elle est de nature à

causer à ces intérêts un dommage justifiant l'atteinte portée aux libertés publiques » (Société Rome-Paris Films). Cette décision, intéressante par le contrôle qu'elle suppose, l'est également dans la mesure où elle voit dans l'activité cinématographique l'exercice d'une « liberté publique », ce qui était très contestable par suite de sa soumission à une autorisation préalable.

À la même époque et à la suite des promesses faites pendant la campagne électorale par le nouveau président de la République, la « censure » nationale avait, en fait, presque disparu. Nombre de visas furent délivrés contre l'avis de la commission. Il s'ensuivit une véritable « vague pornographique » (près de 25 % de la production française en 1975) et des profits considérables. Les parlementaires ont cherché une solution financière qui a évité d'ouvrir le débat de fond. Les films « pornographiques ou d'incitation à la violence » sont privés du soutien économique de l'État et ne bénéficient pas des avantages fiscaux accordés au cinéma. Le classement « X », contrôlé par le juge administratif, a marginalisé un certain type de production. Il n'existe pratiquement plus de salles spécialisées projetant de longs métrages classés X. Ces derniers ont été remplacés par des courts métrages vendus sous forme de «

vidéos ». En revanche, de plus en plus de scènes de violence, voire de scènes sexuelles explicites, ont été insérées dans des films destinés à un large public. Le Conseil d'État a estimé que de tels films ne pouvaient être vus par des mineurs de 16 à 18 ans, ce qui a entraîné un nouvel aménagement de la réglementation applicable.

Désormais, le visa est accordé par le ministre après avis d'une commission de classification. La finalité unique recherchée est la protection de la jeunesse. La projection d'un film peut être autorisée pour tous publics ou assortie d'une interdiction pour les moins de 18 ans, 16 ans ou 12 ans. Il n'existe donc plus aucune censure effective pour les adultes. Au-delà des grands débats, les enjeux sont presque exclusivement d'ordre économique, car le public jeune est un gros consommateur de cinéma et les restrictions le concernant limitent les profits attendus. Le maintien du « visa », autorisation administrative préalable, laisse subsister la fiction d'une censure. Il pourrait apparaître comme une ultime mesure de sauvegarde. Jusqu'où admettre des spectacles qui portent atteinte à la dignité de la personne humaine ou qui inciteraient au racisme ou à la violation des droits fondamentaux ? Une liberté peut-elle être totale si elle se révèle trop nuisible socialement ? La

même question peut être posée à propos de la liberté de la presse et encore plus de la liberté de communication audiovisuelle.

## **4. La presse**

Le mot même de « presse » indique clairement à quelle liberté on voulait s'attacher. La liberté de diffusion de la pensée a été consacrée par la Déclaration de 1789. L'histoire ne l'a pas moins fréquemment remise en cause et quatre dangers ont toujours menacé la liberté de la presse : l'institution d'un régime préventif de police et de censure, l'intimidation du pouvoir politique par la création de délits d'opinion, la domestication de la presse à l'égard du gouvernement ou des puissances d'argent et l'étranglement financier. La liberté, pour être réelle, doit se manifester à un triple niveau.

### **A)**

#### **a) Le régime des activités annexes**

Il n'y a pas de presse libre sans information libre. C'est à

ce besoin qu'a répondu en 1944 la création de l'Agence France-Presse qui, gérée à l'abri des pressions étatiques, est chargée de fournir une information exacte et digne de confiance. De même, l'imprimerie a échappé au régime de l'autorisation préalable et la distribution s'effectue sans entraves.

## **b) Le régime de l'entreprise de presse**

Les règles applicables sont, là aussi, libérales, au moins dans leur principe. Un journal est librement créé sous réserve d'une simple déclaration au parquet. L'entreprise de presse est organisée sous des formes juridiques variées. La place particulière des journalistes en son sein est prise en compte dans la mesure où l'utilisation de la « clause de conscience » leur permet, lorsque se produit un changement d'orientation, de quitter un organe de presse sans perdre leur droit à indemnité. Certains d'entre eux ont voulu aller plus loin en contrôlant plus ou moins la direction du journal par le biais des sociétés de rédacteurs. Cette solution, intéressante, ne garantit naturellement, en elle-même, ni l'objectivité ni la survie du journal.

La presse occidentale connaît en effet de grandes difficultés

matérielles. L'augmentation très rapide des coûts de fabrication et une modernisation réalisée en quelques années n'a pu être compensée par l'augmentation du prix de vente. En outre, la répartition très inégale de la publicité entre les journaux (*L'Humanité* ou *La Croix* en reçoivent beaucoup moins que *Le Monde* ou *Le Figaro*) a conduit à la faillite ou à un déficit persistant des entreprises pourtant correctement gérées. La crise touche tout particulièrement les quotidiens nationaux d'information politique et générale qui sont passés de 80 en 1914 à une dizaine depuis 1975. Parallèlement, s'est produit un mouvement de concentration très marqué au États-Unis, en Grande-Bretagne (groupe Murdoch), en Allemagne fédérale (groupe Springer) et, dans une moindre mesure, en France (groupe Hersant).

C'est dans ce contexte qu'a été votée, à la suite d'un débat parlementaire tendu, la loi du 23 octobre 1984 remaniée, depuis, par les lois des 1<sup>er</sup> août et 27 novembre 1986. Elles interdisent toute acquisition ou prise de contrôle d'une publication quotidienne d'information politique et générale lorsque cette opération a pour effet de permettre à une personne physique ou morale, ou à un groupement de personnes, de posséder ou contrôler, directement ou

indirectement, des publications dont la diffusion excède 30 % de la diffusion totale des publications de même nature.

L'intervention de ces lois a donné lieu à de très intéressantes décisions du Conseil constitutionnel, tant en 1984 qu'en 1986. La Haute Assemblée y donna une interprétation audacieuse de l'article 11 de la Déclaration de 1789 en considérant que le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale est, en lui-même, un objectif de valeur constitutionnelle, car la liberté ne serait pas effective si le public, auquel s'adressent ces quotidiens, n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances ou de caractères différents. Il reste à savoir si les mesures adoptées par le législateur sont de nature à permettre d'atteindre cet objectif.

Si l'on veut éviter les concentrations, il faut en effet éviter les faillites et pour cela un des moyens les plus efficaces consiste à prévoir des aides de l'État. Celles-ci sont à la fois indirectes (tarifs postaux préférentiels, avantages fiscaux) et directes (Fonds d'aide aux journaux à faible capacité publicitaire). Leur volume est globalement important. On leur reproche généralement d'être trop peu

différenciées (cela est surtout vrai des aides indirectes) et de ne pas s'orienter davantage vers les quotidiens et hebdomadaires d'information générale et politique qui connaissent les plus gros problèmes de diffusion et sont, pourtant, les plus utiles au fonctionnement de la démocratie.

### **c) La publication**

Elle est en principe totalement libre sous réserve de la formalité du dépôt légal. À côté de quelques régimes particuliers (publications destinées à, ou présentant un danger pour la jeunesse), il convient de s'attacher aux limites générales à la publication. Elles sont de trois ordres :

- les saisies. Elles ne peuvent plus être normalement que judiciaires. Les saisies administratives, nombreuses durant la guerre d'Algérie en vertu des lois de circonstances, ne peuvent plus être qu'exceptionnelles dans les cas précisés en 1935 par le Tribunal des conflits. Il faut que la saisie réponde à un risque de trouble grave pour l'ordre public auquel il n'est pas possible de faire face par

d'autres moyens et qu'elle soit proportionnée à la menace dans le temps et dans l'espace. Tout abus constituerait une voie de fait. Il appartiendrait aux tribunaux judiciaires de la faire cesser et d'en ordonner réparation ;

- le régime répressif. Il existe un certain nombre de délits (dits de presse, mais dont la portée est beaucoup plus large, concernant aussi la communication audiovisuelle) dont la responsabilité principale incombe au directeur de la publication et qui font l'objet de règles de procédures spécifiques. Leur existence permet de protéger des intérêts publics (offense au chef de l'État, provocation ou apologie de certains crimes ou délits...) ou des intérêts privés (injures, diffamations) ;
- le droit de rectification et de réponse. Le premier concerne les fonctionnaires et agents publics. Le second appartient, au contraire, aux simples particuliers mis en cause dans un article.

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté, en la matière, des positions extrêmement libérales, proches de

celles de la Cour suprême des États-Unis. Elle n'admet pratiquement aucune restriction à la liberté d'expression dès lors qu'un intérêt général est en cause. La presse est considérée comme un « chien de garde » de la démocratie et les journalistes disposent d'une grande liberté, dans le respect de leur déontologie. Cette jurisprudence est regrettable dans la mesure où elle ne prend pas en compte l'équilibre résultant de l'article 10 de la Convention européenne. Par ailleurs, les journalistes ne sont soumis, en droit, à aucune déontologie. Or cette jurisprudence est valable pour la presse mais également pour les médias de communication audiovisuelle dont certains commettent de nombreux abus.

## **5. La communication audiovisuelle**

On assiste, depuis quelques années, à une véritable révolution dans les techniques de communication audiovisuelle. La transmission par satellite ou par câble permet d'améliorer la qualité de la diffusion et, surtout, d'accroître considérablement le nombre de programmes (français ou étrangers).

D'un point de vue technique, un câblage réussi ou le lancement de satellites fiables a pour résultat non seulement de créer des emplois qualifiés dans un secteur de pointe, mais également de favoriser des exportations particulièrement rentables. En revanche, d'un point de vue culturel, on assiste à un déferlement de programmes de qualité médiocre. Politiquement, enfin, la notion de service public qui a dominé le débat jusqu'au vote de la loi du 29 juillet 1982 s'est trouvée marginalisée. Si les nouveaux principes directeurs sont simples, leur mise en œuvre s'est avérée plus délicate.

Le premier principe affirmé est celui de liberté. Mais il doit être concilié avec d'autres, notamment le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, de la sauvegarde de l'ordre public ainsi que du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion. Ce dernier objectif, dont le Conseil constitutionnel a rappelé, comme il l'avait fait pour la presse écrite, la valeur constitutionnelle, nécessite la mise en place d'un dispositif anticoncentrations. Il justifie, également, le rôle joué par une autorité administrative indépendante, dont le nom et la composition ont changé (Haute Autorité, en 1982 ; Commission nationale de la

communication et des libertés, en 1986 ; Conseil supérieur de l'audiovisuel, csa, en 1989), mais que sa fonction – assurer la régulation de la communication audiovisuelle – fait apparaître comme la clé de voûte du système qu'il s'agit de mettre en œuvre.

Le csa exerce une mission générale d'information et de surveillance, ainsi qu'une fonction consultative. Il dispose aussi d'un pouvoir normatif limité. Il procède surtout à certaines nominations, dont celles des présidents des sociétés nationales de programmes, et délivre aux opérateurs privés l'autorisation d'émettre. Il peut prendre des sanctions à l'encontre des exploitants du secteur privé ou du secteur public.

Le législateur a, en effet, prévu la coexistence d'un secteur public, comprenant des sociétés nationales de programmes, financé par la redevance et la publicité, et d'un secteur privé, financé par la seule publicité. Dans les deux cas, il appartient au csa de veiller à ce que les responsables des sociétés se conforment à leurs obligations, en utilisant éventuellement ses pouvoirs de sanction. Sa mission générale est indispensable pour assurer l'équilibre du système.

## 6. L'enseignement

Les questions relatives à la portée de la liberté dans ce domaine ont profondément divisé l'opinion, notamment sous la III<sup>e</sup> République.

### A)

#### a) La liberté de l'enseignement

C'est une des libertés les plus contestées en France, même si le Conseil constitutionnel y a vu un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le fond du débat est philosophique : l'éducation doit être neutre, selon les laïcs ; tous les enfants doivent recevoir la même ; la transmission de la foi est du ressort des familles. C'est une utopie, selon les partisans de l'école privée : une école d'où l'on exclut le phénomène religieux transmet une vision a-religieuse du monde. Au point de vue financier, depuis le début du xx<sup>e</sup> siècle est repris le slogan : « À l'école publique, les fonds publics... » L'argent des contribuables qui, en tant que parents, se comportent de plus en plus en « consommateurs » d'école doit suivre leurs choix scolaires

pour rendre « réelle » la liberté de l'enseignement, rétorquent leurs contradicteurs. La réalité sociale est complexe. En majorité, les parents catholiques mettent leurs enfants à l'école publique, tandis que les écoles privées accueillent aussi des enfants de milieux incroyants. Quant à la ségrégation sociale, elle existe au sein de l'école publique comme au sein de l'école privée en fonction de l'implantation géographique des établissements.

S'inspirant d'exemples étrangers, la loi de 1959 permet aux établissements privés de recevoir une aide de l'État en passant un contrat par lequel ils s'engagent à respecter la liberté de conscience des élèves et acceptent un contrôle de l'État. En échange, ils conservent leur « caractère propre » et gardent une relative maîtrise dans le recrutement de leur personnel. Cet équilibre, remis en cause en 1984 par un projet de loi, semble avoir acquis une légitimité durable depuis l'échec de celui-ci.

## **b) La liberté dans l'enseignement**

L'enseignement public est gratuit et laïc. La laïcité a une portée spécifique pour les enseignants, tenus à une obligation de neutralité d'autant plus exigeante qu'ils se

trouvent face à des élèves jeunes. Ces derniers, en revanche, bénéficient d'une réelle liberté de conscience, comme l'a rappelé le Conseil d'État. Ils peuvent même porter des insignes religieux à condition que cela ne trouble pas la paix de l'établissement du fait du caractère ostensible de l'insigne, selon la loi de 2004. Au-delà de ces problèmes, un large débat s'est instauré, depuis des années, sur le caractère démocratique de l'école. Favorise-t-elle la ségrégation ou la promotion sociale ? Quelle place faire, dans l'enseignement, aux meilleurs élèves et aux plus faibles ? De même, on s'interroge sur la place que peut ou doit y avoir le religieux, ne serait-ce qu'au point de vue culturel.

Les mêmes discussions ont été reproduites au niveau de l'enseignement supérieur mais elles ont été occultées par la question des structures. La III<sup>e</sup> République avait privilégié les facultés gérées par un doyen élu par les professeurs. Des franchises et un statut protecteur assuraient une très large indépendance fonctionnelle. Depuis 1968, la loi d'orientation privilégie la structure Université dont la gestion est assurée par des conseils, aux compositions variables, et un président. La loi Savary (1984) a encore alourdi les structures au détriment d'une adaptation souple

aux finalités.

## 7. Les cultes

Les problèmes juridiques suscités par la liberté religieuse auraient nécessité, au début du xx<sup>e</sup> siècle, de longs développements. Ils apparaissent aujourd'hui plus apaisés dans la mesure où l'équilibre global n'est plus guère remis en cause. La liberté religieuse présente, à vrai dire, deux aspects différents, même s'ils sont étroitement liés. Au niveau individuel, elle apparaît comme un aspect de la liberté de conscience (cf. *supra*). Sur le plan collectif, on s'attachera à la liberté des cultes. Contrairement au principe de séparation des deux domaines, spirituel et temporel, la religion catholique a, pendant longtemps, été considérée, dans notre pays, comme religion d'État. Puis, au xix<sup>e</sup> siècle, le régime concordataire s'appliqua aux cultes reconnus – catholique, protestants et israélite. Le principe de séparation des Églises et de l'État, tel que nous le connaissons aujourd'hui, ne remonte qu'au début du xx<sup>e</sup> siècle. Parallèlement à l'immixtion de certains membres du clergé dans les affaires temporelles, un climat anticlérical, voire antireligieux, se développa au début de la III<sup>e</sup>

République. Il aboutit, entre autres, au régime très discriminatoire fait aux congrégations par la loi de 1901 sur les associations.

La loi du 9 décembre 1905 opérant la séparation des Églises et de l'État apparaît comme l'aboutissement du combat laïc. Son vote fut suivi d'une période de tensions puis de mesures d'apaisement, très sensibles après la Première Guerre mondiale. C'est beaucoup plus tard, en 1946, que le principe de laïcité réinterprété a acquis consensuellement valeur constitutionnelle. L'article premier de la Constitution de la V<sup>e</sup> République affirme : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. » La portée du principe de laïcité relative aux relations entre l'État et les cultes reste pour l'essentiel le fait de la loi de 1905.

– La République ne reconnaît aucun culte. Cela met un terme au « régime concordataire ». Cela signifie que la République ne privilégie aucun culte ; tous sont également libres, mais aucun d'eux ne bénéficie d'une quelconque prééminence, ne jouit d'une place officielle dans l'État ou

ne peut recevoir de subventions d'une collectivité publique (sauf concernant l'entretien des édifices culturels). Leurs biens (autres que les édifices catholiques antérieurs à 1905) sont gérés par les associations culturelles ou les associations diocésaines. Leurs ministres ne sont pas des agents publics et ne reçoivent aucune rémunération de l'État.

– La République connaît les cultes. Il serait absurde que les pouvoirs publics méconnaissent un phénomène social de cette importance alors qu'ils entretiennent des relations courantes avec les représentants de tous les groupes sociaux et de pensée. De plus, en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1905, la République « assure la liberté de conscience » et « garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public ». Cela implique donc la possibilité pour tous les croyants de pratiquer leur culte (d'où la présence d'aumôneries dans les internats, casernes, hôpitaux, prisons). À cette fin, les édifices du culte catholique, construits avant 1905, et considérés comme faisant partie du domaine public, relèvent des communes ou de l'État mais sont affectés au culte selon ses règles, et seule la hiérarchie est compétente pour en désigner le responsable. C'est celui-ci qui assure

librement l'organisation des cérémonies à l'intérieur de l'édifice. Mais le droit positif ne reconnaît pas le « droit d'asile » qui ne peut se réclamer que d'une tradition médiévale. Les manifestations extérieures du culte ont été, pour leur part, à l'origine d'une jurisprudence très libérale et conciliante du Conseil d'État, qu'il s'agisse des processions et cortèges funèbres ou des sonneries de cloches. La protection est forte lorsque la manifestation est traditionnelle. Le droit commun s'applique dans les autres cas.

Objet de violentes protestations après 1905, le régime de séparation, tel qu'il a été interprété et mis en œuvre, semble avoir fonctionné à la satisfaction générale. Il a permis d'assurer une totale indépendance des Églises ainsi que des pouvoirs publics. On peut toutefois noter que, si ce système a été globalement accepté par les anciens cultes « reconnus », l'insertion de cultes nouvellement pratiqués est actuellement plus délicate. Dans l'ensemble, cependant, non seulement la liberté religieuse est respectée, mais encore les relations entre les responsables politiques et religieux se sont améliorées et une certaine coopération entre eux paraît envisageable. En revanche, les croyants ou dignitaires religieux sont soumis au seul droit commun. Ni

individuellement ni collectivement, ils n'apparaissent comme des titulaires spécifiques des droits et libertés.

### **III. Le titulaire des libertés**

*A priori*, dans la logique de la reconnaissance des droits de l'homme en tant que droits universels fondés sur la nature humaine, ceux-ci appartiennent également à tous les êtres humains. Sans doute faut-il tenir compte des situations de fait. Trop d'inégalités peuvent remettre en question l'usage même de ces droits. On ne saurait, non plus, oublier l'état des civilisations, les mentalités collectives, les pressions ou les méfiances sociales. À chaque époque, elles ne sont pas sans incidences sur les relations juridiques.

Plus rationnellement, on justifie certaines adaptations des droits et libertés par la situation provisoire ou durable de certains individus. Une situation de droit qui conduit à conférer des immunités aux parlementaires ou aux diplomates ou à limiter l'expression politique des militaires. Une situation liée à l'âge qui suppose un traitement adéquat. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale

des Nations Unies en 1989, entrée en vigueur en 1990 et ratifiée par la France, a rappelé et fait évoluer les obligations des États. Si les mineurs n'acquièrent la plénitude de leurs droits qu'à la majorité et sont soumis jusque-là à l'autorité de leurs parents ou tuteurs, on a tendance, aujourd'hui, à considérer que les enfants et adolescents doivent faire un apprentissage progressif de leurs libertés. Il conviendrait donc de ne pas les confronter brutalement à des problèmes d'adultes, à des situations ou à des images auxquelles ils ne sont pas en mesure de réagir librement. Ils doivent par ailleurs faire l'objet de mesures de protection afin d'éviter qu'ils ne soient exploités, économiquement, sexuellement, militairement (enfants soldats), et de préserver leur droit à l'éducation ainsi que leur équilibre physique et mental. S'agissant des adultes, des données d'ordre médical peuvent, dans leur propre intérêt, conduire à restreindre l'exercice de leurs libertés par les personnes atteintes de troubles mentaux. On ne doit, en revanche, priver les personnes hospitalisées ou les personnes âgées, vivant en maison de retraite, de tout ou partie de leurs droits.

À l'époque contemporaine, deux catégories de personnes ont attiré plus particulièrement l'attention pour des

raisons tout à fait distinctes. Les étrangers se définissent par le fait qu'ils ne possèdent pas la nationalité du pays sur le territoire duquel ils se trouvent. Ils bénéficient cependant, en France, d'un véritable statut constitutionnel qui est principalement l'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. Même s'ils ne sont pas dans une situation régulière, ils jouissent d'un minimum de droits de caractère humanitaire et de recours. S'ils sont en situation régulière, ils disposent de l'ensemble des droits de l'homme, c'est-à-dire de toutes les libertés individuelles ou collectives. Ils ne possèdent, en revanche (sauf s'ils appartiennent à certaines catégories), ni un droit général d'entrée et de séjour sur le territoire national, ni certains droits spécifiques des citoyens comme les droits de vote et d'éligibilité. L'acquisition de la nationalité française, largement ouverte, leur permet, en revanche, d'accéder à la plénitude des droits du citoyen.

Les femmes, quant à elles, possèdent des droits et libertés strictement égaux à ceux des hommes, dans tous les domaines. Des débats contemporains ont pris en compte la survivance de certaines discriminations de fait pour faire préconiser une action positive des pouvoirs publics en leur faveur afin de favoriser une égalité non seulement de droit

mais aussi de fait. Des politiques spécifiques ont été menées en matière scolaire ou professionnelle afin d'inciter les jeunes filles et les femmes à exercer des activités traditionnellement masculines. Elles permettent de s'interroger sur le rôle de l'État libéral, idéologiquement neutre, dans le domaine des questions de société, ainsi que sur la portée du principe d'égalité. Faut-il que les hommes et les femmes jouent un rôle social identique et jusqu'à quel point ? On tend, aujourd'hui, après avoir adopté jadis une attitude inverse, à respecter beaucoup plus la liberté des femmes qui veulent réussir dans le domaine professionnel que la liberté de celles qui veulent se consacrer, au foyer, à l'éducation de leurs enfants. Quelle place convient-il de laisser à la libre détermination de chacun ? En matière politique, la volonté d'imposer le principe de parité a nécessité une modification de la Constitution car elle remettait en cause la conception traditionnelle de l'égalité juridique en droit français. En l'état actuel, celle-ci s'oppose à ce que soient menées des politiques de discriminations positives, sur le modèle américain, car cela suppose que l'on prenne en compte l'appartenance des individus à des groupes définis par des critères variés au lieu de veiller à la seule égalité des droits et des garanties au niveau individuel.

# Chapitre III

## Les garanties des libertés

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution », affirmait déjà l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il ne suffit pas de proclamer les libertés, il faut donner des garanties. Ce fut, effectivement, l'un des points faibles dans l'histoire française. La relative continuité dans l'énoncé des droits de l'homme par les déclarations n'a pas été accompagnée par la mise en place de garanties suffisantes, même s'il convient de ne pas négliger de nombreux éléments positifs concernant la protection quotidienne des libertés. Les violations fâcheuses et souvent retentissantes des droits, pour des raisons politiques, par de nombreux régimes qui se sont succédé ne doivent pas faire oublier le respect effectif des libertés et le maintien parallèle d'un sentiment de liberté qui existait déjà sous l'Ancien Régime. Les libertés d'aller

et venir, de domicile, de correspondance, de conscience, de religion, voire d'expression ont été, pour ne mentionner que celles-ci, globalement respectées depuis deux siècles, si l'on excepte les périodes de guerres (civiles ou internationales). Si l'on fait de même abstraction des procès à connotation politique, la très grande majorité des jugements ont été impartiaux. En revanche, des lois liberticides ont pu être votées et s'appliquer, y compris dans un contexte de paix (lois sur la presse, les congrégations, les juridictions d'exception...).

Les garanties des libertés sont heureusement beaucoup plus satisfaisantes actuellement sous la V<sup>e</sup> République, tant en théorie qu'en pratique. L'accroissement très sensible des garanties nationales a été accompagné par le développement des garanties supranationales. Cette double évolution pose en outre la question de la signification des garanties sur la notion même des libertés.

## **I. Le renforcement des garanties nationales**

Évoquer un renforcement des garanties nationales des libertés ne suffit pas à donner pleinement la mesure de la réalité. Il a, en effet, plusieurs dimensions. Il est d'abord quantitatif, puisque le nombre de garanties existant au début du xxi<sup>e</sup> siècle est supérieur à celui de celles qui avaient été envisagées à la fin du xviii<sup>e</sup> siècle. Mais cela n'est pas le plus important. Sans être forcément d'une nature nouvelle, les garanties sont surtout mieux à même de jouer pleinement le rôle qui leur est assigné. Elles ont une efficacité accrue.

## **1. Un accroissement des garanties**

Si l'on relit attentivement la Déclaration de 1789, on peut noter que la garantie des droits de l'homme reposait sur la séparation des pouvoirs, explicitement mentionnée à l'article 16, sur la loi, expression de la volonté générale et maintes fois appelée à concilier et à fixer des bornes, mais également sur les membres du corps social et citoyens qui, éclairés par la Déclaration, sont censés, selon le Préambule, présenter leurs réclamations aux gouvernements.

Dans la logique de l'époque ces garanties résidaient donc principalement dans la loi, sans exclure le juge et en se méfiant du pouvoir exécutif, les agissements de tous étant placés sous le contrôle vigilant et omniprésent de l'opinion publique. Ces garanties demeurent même si leur poids respectif et l'image que l'on s'en fait ont évolué.

## **A) La loi**

Dans la pensée du xviii<sup>e</sup> siècle suivant Jean-Jacques Rousseau, la loi apparaît comme l'expression de la volonté générale. Parée de toutes les vertus héritées de l'Antiquité, elle est par essence libératrice et égale pour tous, qu'elle soit votée directement par le peuple ou par ses représentants. Le mythe de la loi, repris à leur profit par les parlementaires, a profondément marqué la France. Les critiques, apparues dès la III<sup>e</sup> République, se sont amplifiées jusqu'à nos jours où l'on dénonce des lois trop nombreuses, instables, trop longues, confuses, expression de la seule volonté d'une majorité politique soumise à des pressions diverses.

Au-delà des positions extrêmes, la loi conserve un intérêt pour la protection des libertés. Elle est délibérée par une

instance représentative et a une portée générale et impersonnelle. Aucune réforme importante ne peut se passer de l'intervention de cette norme dont l'article 34 de la Constitution rappelle qu'elle seule peut fixer les règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques... ». Les jurisprudences concordantes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ont assuré la suprématie de la loi sur tous les types de règlements qui ne sauraient que la mettre en œuvre dans le domaine des libertés publiques.

Cela n'a pas empêché d'accorder de plus en plus d'intérêt à la norme supérieure, la Constitution. Celle-ci correspond beaucoup plus à l'image même qu'avait la loi au xviii<sup>e</sup> siècle et aux caractères qu'on lui attribuait : solennité, stabilité, généralité. Plus que la loi, la Constitution apparaît comme l'expression souvent consensuelle et durable de la souveraineté nationale dans la détermination des libertés publiques. Le rôle des juges en a été modifié.

## **B) Les juges**

Les juges dits « ordinaires », judiciaires et administratifs,

ne se sont vu historiquement reconnaître, en France, qu'un rôle de second plan dans la protection des libertés en raison de la valorisation du rôle du législateur, d'une part, et par suite de la méfiance suscitée par les juridictions et les parlements de l'ancienne monarchie, d'autre part. Leur statut, leur organisation et leurs compétences étaient largement déterminés par le législateur.

Désormais, les principes fondamentaux se situent, grâce au Conseil constitutionnel, au niveau de la norme supérieure, qu'il s'agisse de l'indépendance des deux ordres de juridictions, de leur dualité considérée comme liée à une conception française de la séparation des pouvoirs ou de la répartition globale des compétences entre eux.

L'indépendance personnelle des membres des juridictions administratives est garantie par celle du Conseil d'État. Celle des magistrats judiciaires l'est par le Conseil supérieur de la magistrature dont on trouve l'origine dans la Constitution de la IV<sup>e</sup> République, mais qui n'a acquis une réelle indépendance et une certaine représentativité que depuis la révision constitutionnelle de 1993. Il intervient désormais en matière disciplinaire et dans les décisions relatives aux avancements, aussi importants, dans les faits,

que l'inamovibilité des magistrats du siège.

Les juridictions françaises ont été incitées, tant par le Conseil constitutionnel que par les juges européens, à exercer pleinement leurs compétences. Elles assurent un contrôle de conventionalité des lois alors qu'elles avaient toujours refusé d'effectuer un contrôle de constitutionnalité qui est resté l'œuvre exclusive du juge constitutionnel.

Le contrôle de constitutionnalité des lois, pratiqué aux États-Unis, depuis le début du xix<sup>e</sup> siècle, n'a pu s'introduire en France que depuis le début de la V<sup>e</sup> République, à la faveur d'un certain déclin du Parlement. Dénoncé comme trop docile aux souhaits du gouvernement, le Conseil constitutionnel jouit, depuis 1971, d'une beaucoup plus grande faveur, à la suite d'une série de décisions particulièrement libérales. Une réforme survenue en 1974 a, en outre, permis à 60 députés ou 60 sénateurs de le saisir. Ainsi, l'opposition (ou une partie de celle-ci) peut faire censurer une loi votée par la majorité. La composition du Conseil a parfois été jugée trop politique et des propositions ont été faites afin d'en renforcer la neutralité. Elle ne fait plus guère l'objet d'un débat. En

revanche, on discute périodiquement de la nécessité d'élargir les conditions de sa saisine. Il s'agirait de permettre aux tribunaux, soit judiciaires, soit administratifs, de le saisir par voie d'exception lorsqu'une loi déjà promulguée leur semble inconstitutionnelle. Le renforcement de ces garanties institutionnelles ne doit pas faire oublier les autres auxquelles les juristes sont moins sensibles.

## **C) L'opinion publique**

Elle joue, grâce aux libertés démocratiques, le rôle essentiel dans la résistance à l'oppression. Une seule de nos constitutions (celle de 1793) a consacré ce droit dans son article 35. Cette disposition est restée lettre morte, et la Convention, loin d'appliquer la Constitution, a établi la « Terreur ». Il faut reconnaître qu'une règle telle que celle de 1793 n'est guère réaliste, sauf à institutionnaliser le droit de sédition.

Par contre, la non-violence et l'attitude de résistance passive offrent probablement des possibilités de résistance à l'oppression trop rarement exploitées. Quel régime autoritaire pourrait résister à une grève générale ? Quel

Le poids a eu le mouvement non violent de Gandhi pour obtenir l'indépendance de l'Inde, ou celui du pasteur Martin Luther King en faveur des droits civiques ? Quelle gêne les Soviétiques ont-ils ressentie vis-à-vis du monde et vis-à-vis de leurs propres troupes devant la résistance digne et non violente des Tchécoslovaques dans les premières semaines de leur intervention en 1968 ? De même, des mouvements pacifiques ont joué un rôle dans l'essor puis le succès de la libéralisation de l'Europe de l'Est (le syndicat « Solidarité » en Pologne), ou de Madagascar.

L'attachement profond d'un peuple pour la liberté, à condition qu'il sache s'en montrer digne, n'est-il pas aussi un rempart contre l'autoritarisme ? C'est un homme aussi peu suspect d'idéalisme que Machiavel qui le reconnaît : il existe dans un pays où la liberté a été étouffée « un principe de vie bien plus actif... qui ne laisse ni ne peut laisser un moment en repos le souvenir de l'antique liberté ». Cet attachement est une condition de l'efficacité des garanties.

## **2. Une efficacité accrue**

La simple multiplication des garanties ne serait que secondaire si chacune ne jouait son rôle de façon effective.

Le Conseil constitutionnel a régulièrement incité les autorités publiques à ne pas outrepasser leurs compétences, mais aussi à pleinement assurer celles-ci. Par exemple, si le législateur s'est vu reconnaître un large pouvoir d'appréciation, discrétionnaire, il a été invité, lorsqu'il entend limiter l'usage d'une liberté pour des raisons légitimes, à préciser, dans la loi, les finalités poursuivies, l'autorité compétente, la procédure adéquate et les recours dont disposeront les administrés. Dans ce cadre, les juridictions ont été appelées à exercer un contrôle effectif, et c'est fréquemment à cette condition, et parfois sous cette réserve d'interprétation, que la conformité à la Constitution a été admise. On peut mentionner ici des législations telles que celles relatives aux contrôles d'identité, aux fouilles de véhicules ou aux perquisitions de domiciles...

C'est dans un tel esprit que le juge constitutionnel a abordé la question des circonstances exceptionnelles. Si l'on fait exception de l'état de siège mentionné dans la Constitution mais qui ne correspond plus au contexte contemporain, il

existe, dans notre droit positif, trois types de dispositifs : un régime constitutionnel, celui de l'article 16, qui, en l'état actuel, relève de la seule appréciation du président de la République ; un régime jurisprudentiel, ancien, qui relève du juge administratif ; un régime législatif, celui dit de l'état d'urgence. Ayant eu à se prononcer sur la constitutionnalité de ce dernier, le Conseil s'est situé dans une perspective libérale : « 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 » (décision du 25 janvier 1985). Cette conciliation est opérée sous le contrôle des juridictions administratives qui l'ont exercé aussi bien à l'occasion de la crise en Nouvelle-Calédonie qu'à celle des violences urbaines (fin 2005).

Parmi les réformes libérales effectuées récemment, il faut insister sur l'introduction des procédures de référé-suspension et de référé-liberté. Cette réforme est capitale pour les libertés publiques. On avait, en effet, souvent reproché au droit français d'être plus protecteur en théorie qu'en pratique. Pour prendre un exemple simple et classique, celui de la liberté de réunion, la protection de cette dernière par la jurisprudence Benjamin de 1933 est

estimée très satisfaisante au fond, puisque le Conseil d'État exerce, depuis cette date, un véritable contrôle de proportionnalité. Mais l'arrêt intervenait bien tard et la satisfaction des requérants n'était que purement morale, puisque la réunion illégalement interdite n'avait pu avoir lieu. Dorénavant l'intervention rapide et efficace du juge administratif permet de faire respecter effectivement la liberté, une effectivité qui peut se révéler être une exigence dans le cadre des garanties supranationales.

## **II. Les garanties supranationales**

L'apparition de garanties supranationales des libertés a été la grande nouveauté de la seconde moitié du <sup>xx</sup>e siècle. Jusque-là, et en dépit de leur vocation universelle, les droits de l'homme avaient été organisés et mis en œuvre dans le seul cadre national. Désormais, non seulement ils sont proclamés au niveau des continents, voire du monde entier, mais c'est également à ces niveaux que leur violation est susceptible d'être dénoncée et condamnée. Il n'y a, *a priori*, aucune contradiction entre ces multiples niveaux de

protection mais plutôt un souci de convergence et de réalisme. L'objectif ultime est de parvenir à un respect des droits de l'homme dans le monde entier. Mais il est apparu souhaitable d'aller plus vite et plus loin lorsque le contexte y était favorable, comme cela pouvait être le cas dans l'Europe de l'après-seconde Guerre mondiale. Le modèle européen a, d'ailleurs, été repris en Amérique et en Afrique. Les organisations régionales entendent, en s'inspirant des institutions européennes, combler, par leur effectivité, les insuffisances de la protection internationale des droits de l'homme.

## **1. Une protection internationale insuffisante**

On oublie trop facilement, lorsqu'on parle de crise des libertés dans le monde occidental, que peu d'hommes vivent dans les démocraties libérales. L'état des libertés est encore loin d'être satisfaisant en dépit des sensibles évolutions qui se sont réalisées depuis 1989 notamment. Il reste très difficile de dresser un tableau de la situation des libertés publiques dans le monde. L'effondrement des régimes marxistes, en Union soviétique et dans l'est de

l'Europe, avait créé un climat euphorique faisant envisager à certains le triomphe définitif de la démocratie libérale. L'état réel des droits de l'homme apparaît plus complexe. Les régimes marxistes autoritaires sont loin d'avoir tous disparu. Certains d'entre eux ont laissé la place à des situations confuses et à la résurgence de nationalismes exacerbés ou de matérialismes inquiétants. L'intégrisme islamique reste un grand danger potentiel pour une large partie du monde. Si l'on peut noter, dans le Tiers Monde, des progrès de la démocratie, la misère y demeure une préoccupation majeure et lancinante. Enfin, une consécration théorique des droits de l'homme ne suffit pas, y compris dans les démocraties libérales, à les promouvoir effectivement.

Sans doute les violations ont-elles changé. Certaines d'entre elles ne sont plus d'actualité comme, par exemple, le traitement psychologique des dissidents en Union soviétique, ou les enlèvements et disparitions d'opposants en Amérique latine. D'autres types d'atteintes se sont maintenus ou ont pris de l'ampleur. Les résistances à l'universalisme des droits de l'homme associés à la démocratie libérale dont on a vraiment cru, après 1989, qu'ils s'étaient définitivement imposés, n'ont pas disparu.

Trois grands courants de pensée apparaissent dominants, parfois de façon distincte, parfois en se mêlant. D'abord, les doctrines autoritaires d'États se maintiennent et le marxisme continue à exercer une réelle influence. Ensuite, les nécessités du développement servent d'argument pour justifier le maintien ou le renforcement de l'autoritarisme. Enfin, les extrémismes religieux ont renforcé leur influence sur le politique dans certaines parties du monde. Parmi eux, l'islamisme extrémiste est particulièrement préoccupant par la justification religieuse d'une violence publique ou privée allant jusqu'à l'utilisation du terrorisme. D'autant plus qu'il trouve dans la pensée musulmane des arguments pour s'opposer à une conception universelle des droits de l'homme, à l'égalité des hommes et des femmes et, encore plus, à l'égalité entre les musulmans, les adeptes des religions du Livre, les adeptes d'autres religions, les agnostiques et les athées. Ce refus d'une reconnaissance de l'ensemble des droits aux non-musulmans est très grave dans certains États qui se réfèrent politiquement à l'islam.

Les obstacles juridiques au respect des droits de l'homme dans le monde contemporain sont loin d'être négligeables. Le grand principe qui domine la société internationale est

celui de l'égalité souveraine des États. C'est sur cette base que s'est fondée et que vit l'Organisation des Nations Unies. C'est sur elle que s'est réalisé un accord unanime entre États occidentaux, marxistes et du Tiers Monde. Cela implique l'absence de toute intervention dans les affaires intérieures d'un autre État. La création d'une nouvelle règle internationale suppose le consentement express (convention) ou tacite (coutume) des États. Une des principales conséquences de ce principe est que les individus ne sont pas, sauf exceptions, sujets du droit international. Les membres des minorités ethniques, religieuses, nationales et, plus largement, tous les demandeurs d'asile ne disposent en tant que tels d'aucun droit. Le Haut Commissariat pour les réfugiés (hcr, organe subsidiaire des Nations Unies) doit se contenter de rechercher des solutions diplomatiques pour trouver des terres d'asile. La revendication d'un droit à l'assistance humanitaire ou d'un droit d'ingérence est très prometteuse pour l'avenir. Elle se heurte encore à de multiples obstacles politiques. Ils tiennent à ce que les États sont sélectifs dans leurs critiques en fonction de l'ensemble de leurs intérêts et de leurs alliances. Ils le peuvent d'autant plus que les solutions juridiques sont nettement insuffisantes.

La Commission des droits de l'homme des Nations Unies a, pendant des décennies, été le seul forum de discussion à vocation générale, espoir de toutes les victimes et des persécutés. Or cet espoir a été le plus souvent déçu par suite des blocages liés à la guerre froide et des alliances contre nature qui s'y nouaient, tout simplement pour que l'on ne discute pas véritablement de la situation des droits de l'homme dans le monde en se contentant de quelques exutoires. On a perçu une amélioration sensible après 1989 jusqu'à ce que l'on retrouve les mêmes phénomènes et le même souci de beaucoup d'États d'éviter les débats gênants. Le nouveau Conseil des droits de l'homme, mis en place en 2006, doit encore faire ses preuves...

La façon la plus concrète de faire progresser le droit international des droits de l'homme est d'obtenir des États qu'ils s'engagent en ratifiant des traités, si possible sans les assortir de réserves et si possible, également, en acceptant les mécanismes de contrôle lorsqu'ils sont prévus. Parmi ces derniers, on doit mentionner le Comité des droits de l'homme chargé de veiller à la mise en œuvre du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966. Composé de personnalités compétentes et indépendantes représentant les diverses formes de civilisations et les

principaux systèmes juridiques, il peut faire des observations générales et spécifiques. Il peut surtout, lorsque les États l'ont accepté, recevoir des requêtes étatiques ou individuelles. Il statue sur leur recevabilité, se livre à un examen des faits et, si nécessaire, à une interprétation du Pacte, avant de procéder de façon quasi juridictionnelle à des constatations motivées en droit. Il énonce les obligations des États et peut s'enquérir des suites qui seront données par ceux-ci. Quels que soient ses incontestables mérites, cette procédure, qui n'a été acceptée que par une minorité d'États, ne confère pas autant de garanties que les procédures européennes.

## **2. Une protection européenne effective**

L'originalité du système mis en place dans le cadre du Conseil de l'Europe réside dans les garanties offertes aux individus. Au centre du dispositif, on trouve la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, en cas de violation de la Convention, des recours devant elle sont ouverts aux États, mais aussi et surtout, ce qui est beaucoup plus original, aux requérants individuels,

personnes physiques ou morales, nationaux ou étrangers, dès lors qu'ils ont été victimes (y compris indirectement ou potentiellement) d'une atteinte aux droits qui y sont consacrés.

Jusqu'à la réforme des institutions à laquelle il a été procédé en 1998 (protocole n° 11), le contrôle faisait intervenir successivement la Commission européenne des droits de l'homme et, éventuellement, la Cour. Seule subsiste la Cour, désormais unique et permanente, dont les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire sur des listes de trois noms présentées par les États. La Cour siège normalement en chambres de 7 juges (parmi lesquels 3 juges sont chargés de trier les requêtes et peuvent à l'unanimité en déclarer l'irrecevabilité). Une grande Chambre de 17 juges est appelée à trancher les questions les plus délicates. La réforme a des aspects très positifs, notamment dans la mesure où elle renforce le caractère juridictionnel de la procédure. Elle a suscité un certain scepticisme relatif au risque de surcharge de la nouvelle Cour, qui s'est vérifié depuis. De nombreux aménagements sont envisagés.

Au fond, il y a une continuité entre les jurisprudences de la

Commission et de l'ancienne Cour et celle de la nouvelle, dont les arrêts ont comme précédemment force obligatoire, continuent à être, globalement, effectivement exécutés par les États, leur influence s'étendant bien au-delà de l'affaire elle-même (réformes législatives, modifications de jurisprudence). Il existe, en fait, des domaines privilégiés pour l'intervention de la Cour. Celle-ci a eu très souvent à statuer, à partir des articles 5 et 6, sur des notions telles que celles de procès équitable, de juge impartial, de délai raisonnable. Elle a contribué à mettre en évidence des dysfonctionnements plus ou moins graves des systèmes juridictionnels. Elle a eu également, et fréquemment, à interpréter l'article 8 en précisant ce qu'implique la protection de la vie privée et familiale, et l'article 10 délimitant les contours de la liberté d'expression. Le texte de la Convention européenne est désormais inséparable de l'apport important dû à la jurisprudence audacieuse, parfois opportune, parfois contestable, de la Cour. L'ensemble constitue, selon cette dernière, un ordre public constitutionnel européen qui n'est pas sans interférences avec l'ordre juridique de l'Union européenne.

L'ordre juridique communautaire se trouve actuellement à un nouveau carrefour de son histoire. La Cour de justice

continue à assurer la protection des droits fondamentaux dans le champ d'application du droit communautaire. En revanche, le projet plus ambitieux découlant du traité sur la Constitution de l'Union européenne, visant lui-même la Charte des droits fondamentaux, a, au moins provisoirement, échoué. De ce fait, la référence majeure pour les droits fondamentaux reste, au niveau européen, la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'elle est interprétée par les deux cours existantes, mais principalement par celle qui a pour mission directe de le faire, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme. L'Union européenne, organisation dont on répète, faute de mieux, qu'elle est *sui generis*, mais qui dispose d'un ordre juridique très élaboré et qui constitue, dans le domaine normatif, un véritable État fédéral plus interventionniste que celui des États-Unis, ne possède pas une norme supérieure propre et totalement admise par tous. Il y a là, en germe, une source de conflits, au moins politiques, avec les ordres constitutionnels nationaux. Cette confusion n'est pas sans répercussions sur la notion même de liberté.

### **III. La portée des garanties**

# sur la notion de liberté

La multiplication des garanties des droits de l'homme constitue un phénomène majeur de notre époque. Il y a deux façons fort différentes de l'appréhender. On peut la percevoir de façon positive en l'envisageant comme un renforcement favorable aux libertés. C'est actuellement l'opinion très largement majoritaire. On peut aussi, de façon plus pessimiste, ou plus réaliste, la dénoncer comme une multiplication désordonnée dont tout caractère pervers ne serait pas exclu.

Beaucoup d'arguments plaident en faveur des garanties contemporaines. Le xviii<sup>e</sup> siècle a proclamé des libertés qu'il n'a pas su mettre en œuvre. Le xix<sup>e</sup> siècle s'y est essayé sans parvenir à les garantir. Il a fallu attendre le xx<sup>e</sup> siècle, dans sa seconde moitié, pour que les garanties rendent enfin effectives et « réelles » les libertés énoncées deux siècles plus tôt. Des libertés étoffées et complétées par un ensemble de plus en plus conséquent de droits divers qui, joints à d'autres principes, fournissent un « bloc de constitutionnalité » ou un « bloc de conventionnalité ». On aurait quitté l'ère des « libertés

publiques » pour celle des « droits et libertés fondamentaux », le temps du législateur pour celui du ou plutôt des juges. Tout cela est largement exact. Les hommes du xviii<sup>e</sup> siècle ont vu la Révolution bafouer dans le sang les droits qui avaient été déclarés à ses débuts. Ceux de la III<sup>e</sup> République ont vu des parlementaires invoquer avec enthousiasme des « principes de 89 » dont ils s'affranchissaient volontiers lorsqu'ils devenaient politiquement gênants.

En ce début du xxi<sup>e</sup> siècle, nos contemporains peuvent invoquer l'inconventionnalité de la loi devant toute juridiction si leurs représentants n'ont pas pu, ou pas voulu, faire constater son inconstitutionnalité devant le juge constitutionnel. Si les juridictions nationales ne leur donnent pas satisfaction, ils pourront toujours déposer une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg et, parfois, plaider devant la Cour de Luxembourg ou saisir d'autres instances internationales.

Les multiples garanties existantes peuvent-elles se contrarier ? En théorie, une hiérarchie logique s'est mise en place. Les principes les plus universels sont énoncés au niveau mondial. Ils sont précisés au niveau régional et le

sont encore plus au niveau national. Ainsi, les États ne s'engageant qu'en toute connaissance de cause, il n'y aurait aucun risque de contradiction. Il n'en va plus tout à fait de même dès lors qu'une place plus ou moins importante est laissée à l'interprétation des normes. Place inévitable mais non négligeable lorsqu'une jurisprudence constitutionnelle se veut constructive, ou lorsque la Cour européenne entend se livrer à une interprétation évolutive de la Convention, c'est-à-dire une interprétation qui prenne en compte les interprétations notamment « progressistes » effectuées aux niveaux nationaux. Dès lors, coexistent et se heurtent plusieurs théories des droits de l'homme et des libertés qui, à partir des mêmes textes, aboutissent à des interprétations et des lectures sensiblement différentes. Si l'organe qui interprète s'est plus ou moins « libéré » de la norme, c'est sa place dans la hiérarchie qui prévaut sur celle de la norme. Ainsi, l'interprétation du Conseil constitutionnel prévaut sur celle du législateur et, en l'état actuel, celle de la Cour européenne des droits de l'homme prévaut sur celle de toute autorité nationale, y compris celle des peuples.

Même si les oppositions sont rarement apparues aussi frontales, il existe un réel problème à terme. La

multiplication des moyens de protection des libertés apparaît, non sans raisons, comme un progrès. Mais un progrès technique risque aussi, parfois, de dissimuler une crise profonde. On en vient parfois à oublier les fondements et les valeurs qui sous-tendent les libertés ainsi que la nécessaire adhésion populaire à celles-ci. Une interprétation audacieuse donnée par un juge constitutionnel, voire par un juge supranational, ne peut prévaloir qu'à condition de pouvoir être surmontée par une intervention juridiquement souveraine. Ce vieil argument a été utilisé par les juristes américains qui font valoir qu'une jurisprudence de la Cour suprême peut toujours être remise en cause par voie d'amendements exprimant la volonté du constituant. Cette démarche est encore plus facile compte tenu des procédures de révision constitutionnelle en France. Elle est, en revanche, très difficile, voire quasiment impossible, en fait, au niveau européen, ce qui est très préoccupant pour la démocratie. Cela l'est d'autant plus que ce sont les sources non élues qui, dans la plupart des démocraties libérales, ont vu leur rôle se développer dans la détermination des droits et libertés. D'une certaine façon, le droit à l'expression démocratique est devenu un droit de l'homme parmi les autres, ce qui n'est guère acceptable en théorie. C'est un

enjeu majeur pour l'avenir des libertés.

# Chapitre IV

## Conclusion

Les libertés publiques sont-elles en crise ? De nombreux auteurs ont développé ce thème depuis quelques décennies (cf., par exemple, D. Halévy, *Décadence de la liberté*, 1930 ; R. Errera, *Les libertés à l'abandon*, 1975). Effectivement, les événements internationaux qui se sont déroulés entre les deux guerres mondiales ont pu susciter un sentiment d'angoisse chez nombre de nos compatriotes. Plusieurs pays européens voisins de la France se voyaient soumettre à des régimes de type fasciste (Italie), nazi (Allemagne) ou d'extrême droite (Portugal, Espagne), tandis que, depuis 1917, l'Union soviétique avait abandonné la conception libérale de la démocratie. Après 1945, les libéraux purent s'inquiéter des points marqués par les marxistes dans la conquête du pouvoir (Europe de l'Est, Chine, Cuba, Vietnam...) et du nombre très limité de pays du Tiers Monde ayant adopté en fait des institutions démocratiques

et libérales. Au sein même du camp occidental, les libertés semblaient de plus en plus souvent bafouées. La montée des totalitarismes, les crises nées de la décolonisation, des guerres « froides » ou « chaudes », et les crises économiques entraînaient un durcissement des régimes traditionnellement les plus libéraux, le vote de lois d'exception, les saisies de presse, les internements administratifs, voire les tortures physiques ou morales infligées à certains prisonniers.

Aujourd'hui, il convient probablement de nuancer ces analyses. Les évolutions politiques sur le plan international ne sont pas, comme on l'avait cru, à sens unique. La Grèce, le Portugal et l'Espagne ont solidement réintégré le camp des démocraties libérales. Les mouvements de libéralisation qui germaient depuis longtemps dans les pays de l'Est européen ont obtenu, en 1989, des succès inespérés. Enfin, certains pays du Tiers Monde, parmi les plus dépourvus de richesses naturelles, ont réussi à faire naître des institutions démocratiques, prouvant qu'il n'y a pas incompatibilité entre la pauvreté et la reconnaissance de la dignité humaine.

La fin des crises coloniales et de la guerre froide a permis

aux démocraties occidentales de revenir à un régime de plus grande liberté. On entrevoit des possibilités juridiques de maîtriser les techniques modernes, neutres par elles-mêmes, de façon à ce qu'elles ne puissent pas étouffer la liberté individuelle. Enfin, on peut se demander s'il y a vraiment eu un âge d'or des libertés. Même la III<sup>e</sup> République, dont il serait injuste de méconnaître l'apport, a traversé un certain nombre de crises (cf. J.-P. Machelon, *La République contre les libertés*, Paris, 1976).

Jamais, sans doute, il n'y a eu dans les pays occidentaux un tel consensus pour admettre les libertés traditionnelles. Il s'explique de deux façons. Le contexte juridique des droits de l'homme a changé. Leur fondement philosophique n'est pas toujours identique. En revanche, ce consensus retrouvé risque bien d'apparaître fragile, et ce n'est qu'un exemple parmi d'autres, à l'épreuve des nouvelles techniques biologiques et médicales. Celles-ci amènent à reposer un certain nombre de problèmes fondamentaux relatifs à l'être humain. L'embryon et le fœtus ont-ils des droits, peuvent-ils être considérés comme des sujets d'expérimentations scientifiques ou faire l'objet de contrats à titre commercial ou gratuit (mères porteuses, etc.) ? Le débile profond ou le vieillard grabataire jouissent-

ils des droits de l'homme ? Doit-on faire prévaloir le droit à la maternité (paternité) ou celui de l'enfant d'avoir une famille, conformément aux grandes déclarations internationales ?

Les réponses à ces questions diffèrent profondément selon la philosophie à laquelle on se réfère. Or, et en simplifiant à l'extrême, on peut dire que deux philosophies des droits de l'homme coexistent aujourd'hui en France. La première trouve ses origines dans la tradition chrétienne et rejoint l'humanisme grec. Les droits de l'homme sont ceux que l'homme tire de sa filiation divine. Ils doivent assurer le respect de sa dignité et lui permettre de participer librement à la Création. La seconde conception, qui ne lui est pas radicalement étrangère, est issue de la philosophie des Lumières. Centrée sur l'homme, elle exalte sa liberté qui ne trouve ses limites que dans la nécessité de respecter la liberté d'autrui. Dans le contexte du xviii<sup>e</sup> siècle, l'homme étant supposé naturellement bon, on ne concevait pas qu'il puisse faire un usage négatif de ses droits. Depuis, une vision plus pessimiste et sceptique s'est ajoutée à cette dernière.

La plupart de nos contemporains se partagent, plus ou

moins consciemment, et avec des nuances, entre ces deux philosophies. Un accord de fait se réalise sur les droits classiques. Peu importe, en pratique, que les droits de l'homme s'imposent en considération de la dignité de son titulaire pour les uns, de la seule valeur de la liberté pour les autres. En revanche, un tel compromis est difficile à concevoir lorsque c'est la conception même de l'être humain qui est en cause.

C'est en respectant sans faille la qualité d'être humain que l'humanité se grandit tout entière. Ce respect de l'autre s'impose en toutes circonstances et quelles que soient les relations considérées (familiales, sexuelles, sociales, économiques, politiques). « La sollicitude pour l'enfant, dès avant sa naissance, dès le premier moment de sa conception et ensuite au cours de son enfance, de son adolescence, est pour l'homme la manière primordiale et fondamentale de vérifier sa relation à l'homme », déclarait Jean-Paul II, aux Nations Unies, en 1980. C'est sur le même fondement qu'est construite sa doctrine sociale. La redistribution des richesses sur les plans international et national repose sur la finalité des biens qui est d'assurer la vie humaine. Les droits des travailleurs découlent de la dignité de ceux-ci et de la nécessité de pourvoir à leurs

besoins et à ceux de leurs familles.

Les tenants d'une philosophie individualiste n'ont pas nécessairement une position opposée sur ces questions. Mais, abordant les droits de l'homme en termes subjectifs, ils essaient plutôt de résoudre les conflits par voie de conciliation. À moins d'établir, préalablement, une hiérarchie de valeurs entre les droits opposés, ils aboutissent logiquement à faire prévaloir la liberté ou le droit de l'individu adulte, conscient et le plus capable de l'exprimer.

La crise des démocraties occidentales ne se situe pas seulement là. Elle provient de ce que la liberté n'est pas une fin en soi. Elle n'est que le respect du libre choix de chacun face à sa vie. Elle n'est qu'un moyen et laisse chaque individu déterminer son avenir. C'est certainement moins confortable que d'être pris en charge de la naissance à la mort par un système totalitaire. C'est aussi plus enthousiasmant et plus respectueux de la liberté humaine.

Un usage individualiste de la liberté jusque dans ses limites les plus extrêmes peut conduire au sentiment de l'absurde ainsi que l'a redécouvert une certaine philosophie moderne après tant d'expériences individuelles. Aristote, quant à

lui, voyait le bonheur comme finalité de l'être humain et de la communauté. Ce bonheur résulte d'une activité conforme à la vertu de la meilleure partie de nous-même, c'est-à-dire de la raison. La pensée du xviii<sup>e</sup> siècle, dans son optimisme, crut à l'existence d'un lien inéluctable entre liberté individuelle et progrès tant individuel que collectif. La pensée chrétienne a, en revanche, constamment rappelé que la liberté fondée sur l'égalité des personnes supposait une recherche volontaire de la Vérité dans la mesure des moyens que donnent à chacun sa raison et sa foi. Le bonheur de l'être humain est inséparable de l'acceptation libre de la volonté divine à laquelle il devra quotidiennement essayer de conformer ses actes.

Ce que l'on désigne communément du nom de « liberté » dans la civilisation occidentale englobe toutes ces composantes. Finalement, tout le problème est là : dans les démocraties libérales, toute vie humaine suppose que l'on fasse un choix, et ce choix ne peut être que personnel.

# Chapitre V

## Annexes

Les développements de cet ouvrage, consacrés au droit positif, portent, pour la plupart, sur le droit français. Il a donc paru utile de faire figurer ici les textes constitutionnels les plus fréquemment cités.

### **1. Préambule de la Constitution de 1958**

Le peuple français 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, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

### **2. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du**

**26 août 1789**

Les Représentants du Peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.

Art. 1<sup>er</sup>. – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être

fondées que sur l'utilité commune.

Art. 2. – 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.

Art. 3. – Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Art. 4. – 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.

Art. 5. – 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.

Art. 6. – La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement,

ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Art. 7. – 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. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

Art. 8. – La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Art. 9. – 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.

Art. 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.

Art. 11. – La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.

Art. 12. – La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

Art. 13. – Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.

Art. 14. – Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

Art. 15. – La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.

Art. 16. – Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Art. 17. – La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

### **3. Préambule de la Constitution de 1946**

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

2. Il proclame, en outre, comme particulièrement

nécessaires à notre temps les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :

3. La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.

4. Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.

7. Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

8. Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

9. Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou

acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.

10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

11. Elle 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. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

12. La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.

13. La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État.

14. La République française, fidèle à ses traditions, se

conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

15. Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.

16. La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

17. L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.

18. Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou

collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus.

#### **4. Charte de l'environnement de 2004**

Le peuple français,

Considérant :

Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;

Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;

Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;

Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;

Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;

Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;

Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins,

*Proclame :*

Art. 1<sup>er</sup>. – Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

Art. 2. – Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

Art. 3. – Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

Art. 4. – Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

Art. 5. – Lorsque la réalisation d’un dommage, bien qu’incertaine en l’état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l’environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d’attributions, à la mise en œuvre de procédures d’évaluation des risques et à l’adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Art. 6. – Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l’environnement, le développement économique et le progrès social.

Art. 7. – Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d’accéder aux informations relatives à l’environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l’élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l’environnement.

Art. 8. – L’éducation et la formation à l’environnement doivent contribuer à l’exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte.

Art. 9. – La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

Art. 10. – La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France.

# Bibliographie

I. – De très nombreux ouvrages ont pour objet les libertés publiques, les droits de l’homme, les libertés fondamentales... et sont régulièrement mis à jour. On recommandera aux lecteurs d’en choisir l’édition la plus récente. La liste qui suit est loin d’être exhaustive. La bibliographie contenue dans ces ouvrages permettra d’aller plus loin.

D. Breillat , *Libertés publiques et droits de la personne humaine* Gualino, L. Burgorgue-Larsen , *Libertés fondamentales* Montchrestien, C. A. Colliard et R. Letteron , *Libertés publiques* Dalloz, L. Favoreu , (et autres), *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, A. Heymann-Doat , *Libertés publiques et droits de l’homme*, lgdj, J. J. Israel , *Droit des libertés fondamentales*, lgdj, C. Leclercq , *Libertés publiques*, Litec, J. Morange , *Droits de l’homme et libertés publiques*, puf, J. Mourgeon , *Les droits de l’homme*, puf, « Que sais-je ? », n° 1728 H. Oberdorff , *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, A. Colin, J.-M. Pontier , *Droits fondamentaux et libertés*

*publiques*, Hachette, J. Rivero et H. Moutouh , *Les libertés publiques*, puf, (2 tomes), J. Robert et J. Duffar , *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Montchrestien, J. Roche et A. Pouille , *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, B. Stirn , *Les libertés en questions*, Montchrestien, D. Turpin , *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Le Seuil, P. Wachsmann , *Libertés publiques*, Dalloz, P. Wachsmann , *Les droits de l'homme*, Dalloz.

II. – Pour compléter la liste précédente, on mentionnera quelques ouvrages ayant un objet plus spécifique.

Ph. André-Vincent , *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II* Igdj, 1980, G. Cohen-Jonathan , *Aspects européens des droits fondamentaux* Monchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2002, R. Coste , *L'Église et les droits de l'homme* Desclée, 1982, J.-P. Marguenaud , *La Cour européenne des droits de l'homme* Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2002, B. Mathieu et M. Verpeaux , *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux* Igdj, 2002, J. Robert et H. Oberdorff , *Libertés fondamentales et droits de l'homme (Textes)* Montchrestien, 2004, J. de Romilly , *La Grèce antique à la découverte de la liberté* Le Livre de poche, (« Essais », n<sup>o</sup> 4128), 1989, F. Sudre , *Droit international et européen des droits de l'homme*, puf, «

Droit fondamental », 7<sup>e</sup> éd., 2005, F. Sudre , *La Convention européenne des droits de l'homme*, « Que sais-je ? », n° 2513 M. Villey , *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, 1975, M. Villey , *Philosophie du droit*, Dalloz, 2003, M. Villey , *Le droit et les droits de l'homme*, puf, 1983.