

La raison constitutionnelle : Garantir les libertés

Philosophie -TERMINALE

Présentation

Les libertés, au sens juridique et politique, ne sont pas la liberté au sens métaphysique : cette dernière se définit, au moins de façon classique, comme libre-arbitre. Les libertés, en revanche, demeurent délicates à ramener à l'unité d'un concept : liberté de penser, liberté d'aller et venir, liberté de contracter, liberté religieuse, liberté de commercer, liberté de manifester, liberté d'imprimer, ne sont que quelques éléments qui participent d'un ensemble plus vaste, qu'il revient à la jurisprudence constitutionnelle de préciser, déterminer ou amender. Il est certes possible, voire probable, que les libertés trouvent leur fondement et leur origine dans la liberté. Montesquieu, Rousseau ou Tocqueville - pourtant si dissemblables - l'auraient soutenu. Toutefois, cette hypothèse est indépendante du travail constitutionnel contemporain, qui s'abstient avec prudence d'une prise de position théorique, au bénéfice pratique d'une légitimation progressive de libertés en apparence disparates. L'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose que la liberté relève « des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », au même titre que « la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». L'article 34 de la Constitution de la V^e République attribue à la loi - et non au pouvoir exécutif - le soin de régler « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Cette mission confiée au législateur est donc une responsabilité qui lui incombe, à laquelle il ne doit jamais renoncer.

Car la vigueur des principes n'occulte pas les difficultés de leur mise en œuvre. Tocqueville en prévient son lecteur dès 1840, dans *De la démocratie en Amérique* (II, IV,7) : « [c]'est donc surtout dans les temps démocratiques où nous sommes que les vrais amis de la liberté et de la grandeur humaine doivent sans cesse se tenir debout et prêts à empêcher que le pouvoir social ne sacrifie légèrement les droits particuliers de quelques individus à l'exécution générale de ses desseins ».

I-Les signes de la liberté : lire Aristote, p. 2.

II-Prérogative de puissance publique et libertés : lire Locke, p. 3.

III-Éthique privée et législation : lire Bentham, p. 4.

IV-IL N'Y A POINT DE CITOYEN OBSCUR : lire Tocqueville, p. 5.

V-Pour aider pour les libertés : écouter F. Sureau, p. 6.

I-Les signes de la Liberté

Les démocraties antiques sont peu comparables aux démocraties contemporaines : la notion de constitution n'y recevait pas le même sens ; l'idée d'une garantie des libertés n'y était pas formulée avec la même extension. Toutefois Aristote, au deuxième livre des Politiques, synthétise les caractéristiques de la démocratie tenues alors pour essentielles : de façon décisive, il établit qu'en démocratie, liberté et égalité sont indissociables.

[L]'une des formes de la liberté, c'est d'être tour à tour gouverné et gouvernant. En effet, le juste selon la conception démocratique, c'est l'égalité numérique et non selon le mérite, et avec une telle conception du juste il est nécessaire que la masse soit souveraine et ce qui semble bon à la majorité sera quelque chose d'indépassable, et c'est cela qui sera le juste, car [les démocrates] disent qu'il faut que chaque citoyen ait une part égale. De sorte que dans les démocraties il se trouve que les gens modestes ont plus d'autorité que les gens aisés ; ils sont en effet plus nombreux, et c'est l'opinion de la majorité qui est souveraine. Tel est donc un signe de la liberté que tous les partisans de la démocratie posent comme caractéristique de cette constitution. Un autre signe, c'est de vivre comme on veut, car, disent-ils, tel est l'effet de la liberté, étant donné que la servitude, c'est de ne pas vivre comme on veut. Voilà donc la seconde caractéristique de la démocratie. De là est venue la revendication de n'être, au mieux, gouverné par personne, ou sinon de l'être à tour de rôle. Et cela va dans le sens de la liberté fondée sur l'égalité. Ces bases étant posées, c'est-à-dire le principe de la démocratie étant celui qu'on vient de dire, voici les traits caractéristiques du régime populaire : choix de tous les magistrats parmi tous les citoyens ; gouvernement de chacun par tous et de tous par chacun à tour de rôle ; tirage au sort des magistratures, soit de toutes, soit de toutes celles qui ne demandent ni expérience ni savoir ; magistratures ne dépendant d'aucun cens ou d'un cens très petit ; impossibilité pour un même citoyen d'exercer, en dehors des fonctions militaires, deux fois la même magistrature, ou seulement un petit nombre de fois et pour un petit nombre de magistratures ; courtes durées des magistratures, soit toutes, soit toutes celles pour lesquelles c'est possible ; fonction judiciaire ouverte à tous, tous jugeant de tout, ou des causes les plus nombreuses, les plus importantes et les plus décisives, par exemple la vérification des comptes, les affaires politiques, les contrats privés ; souveraineté de l'assemblée dans tous les domaines, aucune magistrature ne l'emportant en aucun domaine ou seulement en très peu de domaines, ou souveraineté de l'assemblée dans les affaires les plus importantes.

Aristote, *Les Politiques*, II, 1317a - 1317b, vers 330 av. J.-C., trad. P. Pellegrin, Flammarion, p. 2476-2477.

1. Au tirage au sort des démocraties antiques, les constitutions républicaines contemporaines préfèrent l'élection. Ainsi l'article 3 de la Constitution de 1958 précise-t-il que le suffrage « est toujours universel, égal et secret ». Pourtant, il existe des arguments en faveur du tirage au sort. Lesquels ?
2. Aristote discute de l'extension de la souveraineté en démocratie. Mettez en perspective cette discussion avec le premier alinéa de l'article 3 de la Constitution de 1958, disposant que « [la] souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

II-Prérogative de puissance publique et libertés

Il y a « bien des choses auxquelles les lois ne sauraient pourvoir par aucun moyen » qu'« il faut donc abandonner à la discrétion de celui qui a en mains le pouvoir exécutif », soutient Locke. Un tel abandon n'est-il pas pourtant trop risqué ?

On se fait donc des notions très fausses du gouvernement en affirmant que le peuple a empiété sur la prérogative lorsqu'il a réussi à obtenir qu'une partie en soit définie par des lois positives. Car, en agissant ainsi, il n'a rien enlevé au prince qui lui ait appartenu de droit, mais il a seulement déclaré que ce pouvoir, qu'il avait auparavant abandonné, sans le délimiter, entre ses mains ou entre celles de ses ancêtres, afin qu'ils en fissent usage pour le bien public, n'était pas une chose qu'il voulût que le prince possédât lorsqu'il en userait à d'autres fins. Puisque la fin du gouvernement est le bien de la communauté, tous les changements qu'on y apporte et qui tendent à cette fin ne peuvent empiéter sur les droits de quiconque, car personne, dans le gouvernement, n'est en droit de se proposer une autre fin que celle-ci. Les seuls changements qui constituent des empiètements sont ceux qui portent préjudice au bien public ou qui y font obstacle. Quiconque en juge autrement parle comme si le prince avait un intérêt distinct et séparé du bien de la communauté, et comme s'il n'était pas au service de celle-ci ; cette erreur est la racine et la source d'où sont issus presque tous les maux et les désordres qui surviennent dans les gouvernements monarchiques. D'ailleurs, s'il en était ainsi, le peuple soumis à son gouvernement ne serait pas une société de créatures rationnelles qui se sont formées en communauté pour le bien de toutes ; il ne s'agirait pas d'hommes qui ont établi des gouvernants au-dessus d'eux afin qu'ils veillent à ce bien et qu'ils le favorisent ; mais on devrait les considérer comme un troupeau de créatures inférieures soumises à la domination d'un maître qui les garde et les fait travailler pour son propre plaisir et profit. Si les hommes étaient assez dépourvus de raison et assez abrutis pour entrer en société à de pareilles conditions, la prérogative pourrait effectivement être ce que certains croient qu'elle est : un pouvoir arbitraire de faire ce qui nuit au peuple. Mais lorsqu'il est libre, on ne peut supposer qu'un être raisonnable s'assujettisse de lui-même à un autre pour son propre malheur ; toutefois, lorsqu'il trouve un chef bon et sage, il peut très bien penser qu'il n'est ni nécessaire ni utile d'assigner des limites précises à son pouvoir en toute chose ; la prérogative ne peut donc être que la permission accordée par le peuple à ses chefs de pourvoir librement aux choses sur lesquelles la loi demeurerait muette, et parfois même d'aller directement à l'encontre de la lettre de la loi pour le bien public.

Locke, *Second Traité du gouvernement*, §§ 163 - 164, 1689, trad. J.-F. Spitz, Puf, p. 119-121.

1. Les premiers mots de l'article 16 de la Constitution de 1958 disposent que lorsque pèse une menace grave et immédiate sur les institutions de la République « et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances ». En quoi cette disposition constitutionnelle fait-elle écho à la thèse de Locke ?
2. L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « [la] Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ». À quel argument lockéen cette disposition peut-elle rattachée ?

III-Éthique privée et Législation

En guise d'avertissement, Bentham intitule le huitième paragraphe du chapitre XVII de son ouvrage : « Tous les actes qui sont à juste titre objets de l'éthique ne relèvent pas toujours de la législation ». Garantir les libertés, n'est-ce pas de la sorte préserver une sphère privée, où le législateur, fût-il bien intentionné, ne saurait étendre ses prétentions normatives ?

[L']éthique privée a pour fin le bonheur et la législation ne peut avoir d'autre but. L'éthique privée concerne chaque membre de toute communauté concevable - c'est-à-dire le bonheur et les actions de chaque membre, et la législation ne concerne personne d'autre. Jusque là, donc, l'éthique privée et l'art de la législation vont main dans la main. La fin qu'ils visent, ou devraient viser, est de la même nature. Les personnes dont ils devraient viser le bonheur et celles dont ils devraient s'employer à diriger la conduite sont exactement identiques. Les actes précis dont ils devraient s'occuper sont même dans une large mesure identiques. Où se situe la différence ? Elle consiste en ce que les actes qu'ils devraient concerner ne sont pas parfaitement et exactement les mêmes, bien qu'ils se ressemblent dans une large mesure. Il n'y a pas de cas où une personne privée ne devrait pas diriger sa propre conduite vers la production de son propre bonheur, et de celui de ses semblables, mais il y a des cas où le législateur ne doit pas tenter de diriger la conduite des divers autres membres de la communauté (du moins pas d'une manière directe, c'est-à-dire, pas au moyen de punitions s'appliquant immédiatement à des actes individuels précis). Chaque individu devrait accomplir de lui-même tous les actes qui promettent d'être globalement bénéfiques pour la communauté (lui-même inclus) ; mais le législateur ne doit pas le contraindre à accomplir aucun de ces actes. Chaque individu doit s'abstenir de lui-même d'accomplir les actes qui promettent d'être globalement pernicioeux pour la communauté (lui-même inclus), mais le législateur ne doit pas le contraindre à s'abstenir de chacun de ces actes.

Bentham, *Introduction aux Principes de Morale et de Législation*, XVII, § 7 - 8, 1789, trad. Centre Bentham, Vrin, p. 327-328.

1. L'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 – que Bentham par ailleurs n'appréciait guère - dispose que « [la] loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ». Discutez cette disposition en lien avec l'argument soutenu par Bentham.
2. Le même article 5 précise que « [tout] ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Discutez cette disposition en lien avec l'argument de Bentham.

IV-IL N'Y A POINT DE CITOYEN OBSCUR

Tocqueville, après avoir insisté sur l'importance de la liberté de la presse, examine la valeur de la règle de droit. L'opposition du « dogme de la nécessité publique » et de l'« empire de la règle » constitue une tension dont la résolution ne pourra se trouver que dans une garantie des libertés par l'État de droit.

C'est donc surtout dans les temps démocratiques où nous sommes que les vrais amis de la liberté et de la grandeur humaine doivent sans cesse se tenir debout et prêts à empêcher que le pouvoir social ne sacrifie légèrement les droits particuliers de quelques individus à l'exécution générale de ses desseins. Il n'y a point dans ces temps-là de citoyen si obscur qu'il ne soit très dangereux de laisser opprimer, ni de droits individuels si peu importants qu'on puisse impunément livrer à l'arbitraire. La raison en est simple : quand on viole le droit particulier d'un individu, dans un temps où l'esprit humain est pénétré de l'importance et de la sainteté des droits de cette espèce, on ne fait de mal qu'à celui qu'on dépouille ; mais violer un droit semblable, de nos jours, c'est corrompre profondément les mœurs nationales et mettre en péril la société tout entière ; parce que l'idée même de ces sortes de droits tend sans cesse parmi nous à s'altérer et à se perdre.

Il y a de certaines habitudes, de certaines idées, de certains vices qui sont propres à l'état de révolution, et qu'une longue révolution ne peut manquer de faire naître et de généraliser, quels que soient d'ailleurs son caractère, son objet et son théâtre.

Lorsqu'une nation quelconque a plusieurs fois, dans un court espace de temps, changé de chefs, d'opinions et de lois, les hommes qui la composent finissent par contracter le goût du mouvement et par s'habituer à ce que tous les mouvements s'opèrent rapidement à l'aide de la force. Ils conçoivent alors naturellement du mépris pour les formes dont ils voient chaque jour l'impuissance, et ils ne supportent qu'avec impatience l'empire de la règle auquel on s'est soustrait tant de fois sous leurs yeux.

Comme les notions ordinaires de l'équité et de la morale ne suffisent plus pour expliquer et justifier toutes les nouveautés auxquelles la révolution donne chaque jour naissance, on se rattache au principe de l'utilité sociale, on crée le dogme de la nécessité politique, et l'on s'accoutume volontiers à sacrifier sans scrupule les intérêts particuliers et à fouler aux pieds les droits individuels, afin d'atteindre plus promptement le but général qu'on se propose.

Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, II, 4, 7, 1840, Laffont, p. 654-655.

1. L'article 66 de la Constitution de 1958 dispose que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Pourquoi la garde de la liberté individuelle devait-elle être confiée à l'autorité judiciaire plutôt qu'au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif ?
2. Par la décision 71-44 DC du 16 Juillet 1971, le Conseil constitutionnel a fait entrer dans le champ de son contrôle la conformité de la loi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Pourquoi, en matière de garantie des libertés, cette extension constitue-t-elle un événement majeur ?

V-PI aider pour Les Libertés

En 2017, la Ligue des droits de l'homme demande à François Sureau de défendre devant le Conseil constitutionnel la liberté d'aller et venir, contre une disposition législative relative à l'état d'urgence. François Sureau précise que « le métier de l'avocat ne consiste pas à exposer des raisonnements auxquels les juges n'auraient pas pensé » mais « à donner à chacun de ces raisonnements un peu de vie, et même, peut-être, à s'adresser au citoyen derrière le magistrat. »

Le texte qui nous occupe aujourd'hui, à savoir le troisièmement du cinquième article de la loi du 3 avril 1955, dispose que la déclaration de l'état d'urgence donne tout pouvoir au préfet, je cite, « d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics ». Une telle rédaction laisse sans voix à la fois par ce qu'elle permet, par l'esprit qu'elle révèle, mais aussi par les souvenirs qu'elle évoque. Je commencerai par ce dernier point.

Lorsqu'on critique une disposition au nom du droit constitutionnel, l'argument historique est parfois trompeur. S'il permet toutes les facilités de la polémique, il peut aussi manquer sa cible. Que peut nous faire, dans le procès qui nous occupe, que nos prédécesseurs se soient trompés, soit qu'ils n'aient pas reconnu de valeur suréminente à la Déclaration des droits, soit qu'ils n'aient pas eu en leur temps la sagesse de se fier à une cour comme la vôtre pour en assurer le respect ? Avant même de faire quelques recherches, j'avais donc décidé de m'abstenir. Pourtant, ces recherches faites, j'ai changé d'avis, parce qu'il m'a semblé que vous ne pouviez ignorer la lignée assez sinistre dans laquelle ce texte prend place : l'article 102 du Code pénal napoléonien, punissant du bannissement ceux qui auront provoqué à la désobéissance ; la loi de sûreté générale du 29 octobre 1815, dont la chronique a retenu les applications délirantes faites par des préfets tremblant pour leur poste : ainsi celles de M. Barin, préfet de la Haute-Vienne, qui exilait dans tous les coins de France de paisibles citoyens sur les injonctions d'un comité royaliste tout droit sorti de Lucien Leuwen¹ ; la célèbre circulaire du 20 novembre 1924 du gouverneur général de l'Afrique orientale française, visant à assigner à résidence les fauteurs de troubles libéralement désignés par l'administration² ; la loi du 7 septembre 1941 sur la compétence du tribunal d'État, prévoyant que des mesures d'exception peuvent frapper tous ceux qui entendent « nuire au peuple français », et qu'importe, comme aujourd'hui, s'ils peuvent faire l'objet d'autres peines et d'autres poursuites³ ; la loi, enfin, du 5 juin 1943, dont la circulaire d'application prévoit que l'autorité préfectorale doit être prévenue des libérations des condamnés, indiquant : « MM. les préfets peuvent ainsi apprécier s'il convient de prendre à l'endroit de ces individus des arrêtés d'internement, à raison du danger que présente pour la sécurité publique la liberté qu'ils vont recouvrer. » Tous ces textes sont certes mieux écrits que celui qui vous est soumis, mais leur principe est le même. Les dangers auxquels ils exposent les citoyens sont comparables. La législation de Vichy, par exemple, conçue pour réprimer la Résistance, a été largement utilisée pour poursuivre les femmes coupables d'avortements. Il en va de même des dispositions actuelles. Alors que l'état d'urgence avait été déclaré afin de lutter contre le péril islamiste, on observe que vingt et une mesures d'assignation ont été prises « à l'encontre de militants anarcho-autonomes français durant la COP 21 », et plusieurs autres, par le préfet de la Corse du Sud, à l'encontre de personnes susceptibles de troubler l'ordre public dans le cadre d'un match de football. Il n'y a rien de nouveau sous le soleil de l'administration.

Je voudrais, à ce point, dissiper une équivoque. Les dispositions en cause sont anciennes, mais pourtant c'est bien le législateur d'aujourd'hui que j'entends critiquer, et non celui de 1955. Le législateur qui nous est contemporain avait tout à fait la possibilité de corriger les défauts constitutionnels de l'article 5, dès lors qu'il était saisi, en novembre 2015, en juillet et en décembre 2016, de lois de prorogation de l'état d'urgence, ou même à l'occasion de la loi du 28 février 2017, qui n'était pas une loi de prorogation, mais a tout de même modifié certains éléments de la loi de 1955. Préférant s'en abstenir, le Parlement ne s'est pas montré moins

¹ Roman de Stendhal (1834) [note de l'auteur].

² Aux termes de cette circulaire, les mesures d'interdiction de séjour « sont destinées, non pas à punir les individus coupables de fautes légères et de portée limitée, mais à mettre hors d'état de nuire les indigènes ayant contribué à troubler gravement la sécurité publique ou la situation politique du pays ou s'étant insurgés contre la France » [note de l'auteur].

³ 3. Selon l'article 2 de la loi du 7 septembre 1941, « Le conseil des ministres peut déférer au tribunal d'État les auteurs, coauteurs ou complices de tous actes, menées ou activités qui, quels qu'en soient la qualification, l'intention ou l'objet, ont été de nature à troubler l'ordre, la paix intérieure, la tranquillité publique, les relations internationales ou, d'une manière générale, à nuire au peuple français » [note de l'auteur].

coupable que s'il avait inventé lui-même les dispositions en cause. Il a, selon la formule classique, autorisé tout ce qu'il n'a pas songé à interdire.

Et nous voici donc à présent devant ce triste héritage qu'il vous revient de refuser.

François Sureau, extrait de « Pour la liberté d'aller et venir », plaidoirie devant le Conseil constitutionnel, le 30 mai 2017, éd. Tallandier, *Pour la liberté*, 2017.

Par une décision du 9 juin 2017 (2017-635 QPC), le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution et abrogé le troisièmement de l'article 5 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955.



Orientation bibliographique

- Aristote, *Les Politiques*, trad. P. Pellegrin, GF (2015).
- John Locke, *Le second traité du gouvernement*, trad. J.-F. Spitz, Puf (1994).
- Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique et L'Ancien Régime et la Révolution*, Robert Laffont (2004).

- Guy Carcassonne, Marc Guillaume, *La Constitution introduite et commentée*, 2019, Points Essais.
- Jacques Godechot, Hervé Faupin *Les Constitutions de la France depuis 1789*, 2018, GF.
- Louis Favoreu, Wanda Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2^e éd., 2016, Dalloz.