

Libertés publiques et Droits de l'Homme (26/01)

Séance 1 : Droits et libertés fondamentaux

Examen : Commentaire de décision ou de texte en s'appuyant sur ce qu'on a fait en cours. (Durée de l'épreuve : 1h). FBR insiste sur la réflexion et pas le fait de recracher par cœur. Pas besoin de plan ni de problématique, c'est un commentaire en seulement 1h.

Introduction :

Concept de liberté publique : date des années 50, un peu dépassé. Introduit sous l'influence du droit constitutionnel. Article 34 détermine le domaine de la loi : « *La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

Si cette expression apparaît dans la constitution de 1958, elle ne fait pas l'objet d'une définition écrite. C'est à la doctrine de conceptualiser cette expression de liberté publique.

D'abord une liberté : le pouvoir reconnu à l'individu d'agir de manière autonome.

- ⇒ Pouvoir d'autodétermination en vertu duquel chaque être humain détermine sa propre destinée

Les libertés dites publiques impliquent l'intervention de l'Etat. Le qualificatif public exprime que ces libertés sont opposables à la puissance publique. Le mot public traduit l'idée que l'Etat doit reconnaître ces libertés **mais aussi** qu'il doit intervenir pour les réglementer afin de protéger les citoyens contre un exercice autocratique de la force publique

C'est aussi pour protéger les citoyens d'autrui. C'est parce que l'Homme vit en société que la liberté de chacun doit se concilier avec celle des autres.

Article 4 de la DDHC, fondateur des libertés publiques en France : « *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.* »

- ⇒ Article fondateur encore appliqué par le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel

Ces libertés publiques doivent être protégées de manière spécifique par l'Etat.

La liberté publique peut être définie comme une liberté bénéficiant d'une protection renforcée de nature au moins législative.

En effet, le premier trait caractéristique du régime des libertés publiques intervient dans le rôle joué par les législateurs. C'est en vertu de ce principe affirmé dans l'article 4 que la loi est la seule à pouvoir déterminer l'exercice des libertés publiques et ses limites. La loi est la première garantie des libertés.

L'article 34 de la Constitution indique que le législateur est le seul compétent pour réglementer et déterminer de nouvelles libertés publiques. En principe, le fait que le législateur soit obligé d'intervenir est protecteur car cela empêche le pouvoir réglementaire de les supprimer.

En principe, les libertés publiques bénéficient d'une protection législative. Certaines d'entre elles disposent d'une protection encore plus haute, une protection constitutionnelle.

La deuxième caractéristique des libertés publiques apparaît dans le rôle du juge gardien des droits et libertés publiques. Le juge administratif joue un rôle fondamental pour protéger nos libertés publiques face à l'administration. Le juge administratif est protecteur des libertés publiques, le juge judiciaire n'est là que pour protéger la liberté individuelle et la propriété privée.

Le juge administratif français a notamment mis en place des mécanismes spécifiques de protection des libertés publiques.

Jurisprudence : arrêt Benjamin du 19 mai 1933, essentielle pour les libertés publiques car le juge décide de sanctionner les mesures de police administrative lorsqu'elles sont disproportionnées par rapport au trouble de l'ordre public qu'elles cherchent à étouffer.

Le commissaire du gouvernement : « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception. »

Autre exemple : la création du référé-liberté. Mis en place par la loi du 30 juin 2000, il va permettre de garantir l'exercice des libertés publiques. Le justiciable peut l'utiliser en cas d'urgence lorsqu'une décision prise à son encontre par l'administration ou un organisme public porte une atteinte grave et manifestement illégale à l'une de ses libertés fondamentales. Dans ce cas-là, le juge administratif est obligé de statuer dans un délai de 48h.

Le juge administratif n'est pas le seul à protéger nos libertés. Le Conseil constitutionnel, depuis la décision Liberté d'association de 1971 et l'instauration de la QPC, est devenu gardien de nos libertés fondamentales en consacrant ces libertés au niveau constitutionnel.

Avant la réforme de 2008, on ne pouvait pas contester une loi a posteriori, après son entrée en vigueur. La QPC chamboule cela. Elle correspond au droit reconnu à toute personne partie à un procès de soutenir qu'une disposition législative qu'on entend lui appliquer est contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit. C'est un contrôle à posteriori, le Conseil constitutionnel va pouvoir examiner une loi déjà en vigueur.

La QPC est un instrument essentiel à la disposition du citoyen pour protéger nos droits et libertés. Si la disposition est prononcée anticonstitutionnelle, la loi est abrogée pour le futur. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme en 2010, le Conseil constitutionnel rend entre 70 et 80 QPC par an, ce qui est un nombre important.

Le contrôle exercé par le juge est un élément essentiel de l'Etat de droit : un Etat qui doit se conformer formellement au droit, mais aussi respecter substantiellement le droit (droits et libertés garantis par la Constitution)

Puisque le juge est censé sanctionner le législateur ou l'administration lorsqu'il ne respecterait pas le droit, il doit être indépendant du pouvoir politique. Cela pose quelques problèmes en droit français notamment pour la nomination des procureurs (condamnation par la CEDH, procureurs nommés par le ministre de la justice, sur simple avis du conseil de la magistrature). L'indépendance du Conseil constitutionnel est aussi contestée par la présence des anciens présidents.

Libertés publiques et libertés fondamentales ou droits fondamentaux :

On préfère aujourd'hui les termes de droits fondamentaux, notamment au niveau européen. La charte des droits fondamentaux a été adoptée avec le traité de Nice en 2001. Elle ne fait que recenser les droits fondamentaux dont les droits s'imposaient déjà aux Etats signataires : par exemple, droits garantis par la CEDH, ou par les traités (ex : protection des données personnelles), ou encore la jurisprudence européenne.

L'idée de liberté fondamentale est consacrée par le Conseil constitutionnel, pour la première fois lors de la décision sur la loi de nationalisation le 16 janvier 1982.

A partir de cette décision, l'expression est couramment utilisée par le Conseil constitutionnel. Depuis, on assiste à la création progressive par le Conseil constitutionnel d'une nouvelle catégorie de libertés : les libertés fondamentales, qui ont valeur constitutionnelle. Elles disposent d'une certaine prééminence matérielle.

Les libertés fondamentales sont des libertés garanties constitutionnellement, qui bénéficient d'une protection constitutionnelle.

La distinction faite aujourd'hui est que toutes les libertés publiques ne sont pas toutes des libertés fondamentales, alors que l'inverse est vrai.

En d'autres termes, certaines libertés bénéficient d'un statut plus protecteur que d'autres : il existerait donc une **hiérarchie au sein des libertés publiques**. Pour le Conseil constitutionnel, les libertés fondamentales ne peuvent jamais faire l'objet d'une réglementation restrictive de la part du législateur. En revanche, elles peuvent bénéficier d'un encadrement législatif.

Libertés publiques, libertés fondamentales et droits de l'Homme

Les libertés fondamentales sont à distinguer des droits de l'Homme. Au niveau européen, le Conseil de l'Europe élabore des Conventions que respectent les Etats signataires (il y en a 223 en tout).

Exemple : sanctions infligées à la Russie après la crise de Crimée, suspension du droit de vote. Russie suspend sa participation financière. Le Conseil de l'Europe décide de ne pas expulser la Russie pour ne pas interdire l'accès des Russes à la CEDH, et pour des raisons financières.

Au niveau de l'Europe des 47, la Convention européenne des droits de l'Homme protège nos libertés, s'appliquant à toute personne faisant partie de tout Etat signataire.

Déclaration universelle des droits de l'Homme présente aussi.

Il faut revenir aux courants philosophiques du XVIIIe siècle pour comprendre le concept de droits de l'Homme. La philosophie du XVIIIe repose sur un libéralisme qui prône que la liberté et l'égalité constituent le fondement de notre société.

Le libéralisme consacre l'égalité comme principe politique suprême : va en découler une organisation de la vie politique et de la société qui permet à chaque individu de jouir d'un maximum de libertés, les individus sont libres par rapport à l'Etat. Certes, l'Etat semble nécessaire dans nos sociétés occidentales pour ses sociétés régaliennes (défense intérieure, diffusion de la monnaie...), mais l'Etat ne doit pas être présent plus que nécessaire. Son but unique est de protéger les libertés reconnues à l'individu. Le libéralisme place au premier rang la liberté de l'individu. Il va subordonner à l'épanouissement tous les autres problèmes politiques.

Les droits de l'Homme sont la consécration juridique de cette philosophie de respect de la dignité. C'est le succès remporté par le libéralisme tel qu'exposé dans la DDHC de 1789 qui a permis d'exporter le terme et la notion de droits de l'Homme en droit international public.

L'influence du droit européen et du droit international sur les libertés et les droits fondamentaux

Dans le cadre de la France, cela s'accompagne d'un juge protégeant les droits de l'Homme. L'influence du droit européen et de la CEDH est un phénomène récent, qui trouve son origine dans le principe supériorité des traités internationaux sur la loi, antérieure ou extérieure.

Cela date de la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'arrêt Nicolo en 1989, et arrêt du Conseil constitutionnel Jacques Vabre en 1975.

Le droit national est interprété en fonction de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'Homme. Depuis ces deux arrêts, la CEDH pèse beaucoup sur la définition et le contenu des libertés qui nous sont accordées.

Chapitre 2 : La proclamation des libertés fondamentales

Chapitre 3 : l'aménagement des libertés fondamentales

Chapitre 1 : Les fondements des libertés fondamentales

D'un strict point de vue philosophie, c'est le libéralisme qui fonde la matière des libertés publiques. Le libéralisme place au premier rang la liberté de l'individu, toutes les questions politiques posées sont subordonnées à l'épanouissement des individus. Dans le cadre du libéralisme, il convient de donner aux individus le plus de libertés possible contre l'arbitraire du gouvernement.

Cela donne des garanties réelles des libertés fondamentales dans un Etat libéral. Le libéralisme s'oppose au totalitarisme (l'individu prime sur l'Etat VS l'Etat prime sur l'individu).

Parallèlement au développement de cette philosophie politique libérale, s'est développée une philosophie économique libérale, qui dit que l'Etat ne doit pas intervenir dans les relations économiques

⇒ Idée de la liberté de marché

A l'origine, ces deux doctrines coïncidaient. On estimait que l'Etat ne devait pas intervenir dans le jeu économique, de même qu'il ne devait pas intervenir pour entraver les libertés reconnues au individus.

Aujourd'hui, est-ce toujours le cas ? On considère comme souhaitable de faire coïncider liberté politique et intervention économique pour l'épanouissement des individus

I. Le libéralisme classique

Consacre la philosophie du XVIIIe siècle. L'idée essentielle est que l'être humain est naturellement titulaire de droits, dont on peut dresser la liste. Ces droits sont rattachés à l'être humain, quelle que soit sa place et sa fonction dans la société.

Le libéralisme fait primer l'individu, il est donc fondé sur une autre doctrine politique : l'individualisme. C'est une conception politique, philosophique et sociale dans laquelle l'individu est la valeur suprême. Cela fait primer les droits des individus par rapport à ceux de la société.

A) La genèse du libéralisme

Les deux doctrines trouvent leurs origines dans le judéo-christianisme et le droit naturel.

1) Le judéo-christianisme

Le premier apport du judéo-christianisme est d'insister sur la dignité de l'être humain, qui a pour corollaire l'égalité entre les êtres humains.

La manière dont la Bible décrit et présente l'Homme est révélatrice. Il est écrit que Dieu a créé l'Homme à son image. En présentant l'Homme comme image de Dieu, la Genèse présente l'homme comme digne de droits. Il est revêtu de dignité spécifique, et est égal aux autres hommes.

L'autre modèle antique n'affirme pas du tout la même idée : les droits sont réservés aux hommes libres, considérés comme supérieurs aux esclaves.

Le judéo-christianisme offre la liberté à tous les hommes, tant au mendiant qu'au prince. Ce premier apport de la Bible et de la Torah met l'accent sur la dignité de l'homme est son égalité avec les autres hommes.

Deuxième apport : créer les conditions favorables à la reconnaissance de droits individuels opposables à l'Etat. Le judéo-christianisme a permis de reprendre l'idée que le pouvoir doit être limité, de la séparation du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel : celui de l'empereur de celui qui appartient à Dieu.

➔ « Rendez à Dieu ce qui est à Dieu, à César ce qui est à César. »

Le César ne peut pas intervenir dans le domaine réservé au pouvoir spirituel. Cela suppose également que le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel ne sont pas du même ordre : le pouvoir temporel règle la vie des hommes, quand le pouvoir spirituel rentre dans les pensées intimes.

2) Le droit naturel moderne

Hobbes et Locke opèrent une rupture avec le droit naturel ancien des philosophes romains et grecs, pour créer le droit naturel moderne.

Ce droit naturel moderne des 16^{ème} et 17^{ème} siècles a largement inspiré les révolutionnaires de 1789. Les théories jusnaturalistes antérieures à cette période se réclamaient des dieux, le changement se fait quand les théories se réclament de Dieu.

La déclaration d'indépendance des États-Unis de 1776 en témoigne, et indique : « *Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux. Ils sont dotés par le Créateur de certains droits inaliénables. Parmi ces droits se*

trouvent la vie et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis par les Hommes pour garantir ces droits. »

Les théories jusnaturalistes modernes, qui l'ont influencée, se réclament de l'Homme, de la nature humaine. Il vise l'ensemble de ces droits inhérents à la nature humaine, qui doivent être reconnus en raison de sa qualité d'homme.

Ce qui distingue le jusnaturalisme moderne par rapport aux théories jusnaturalistes antérieures, c'est qu'il n'a plus d'origine divine. Il revient à l'Homme de découvrir ses droits qui lui sont attribués.

Le droit naturel moderne est donc constitué par un ensemble de droits que l'individu tire de sa nature humaine et qui lui sont révélées grâce à la faculté de raisonnement dont il est doté. L'Homme est le seul capable de découvrir le droit naturel.

L'Etat, dans le cadre du jusnaturalisme, n'est pas destinataire des règles du droit naturel : c'est l'individu.

Ex : droit au bonheur, à la justice, l'égalité, la liberté, la sécurité ou encore le droit de résister à l'oppression

Ces droits naturels vont être consacrés par la DDHC de 1789 : l'expression Déclaration des Droits de l'Homme n'est pas prise au hasard : des droits pas nouveaux mais simple constatation de ces droits naturels.

La déclaration de 1789 insiste sur toute éternité de ces droits qu'elle proclame au profit de l'Homme, avant même la création du lien social.

Elle reconnaît l'existence d'un certain nombre de droits inaliénables de l'homme, qui existent indépendamment de l'Etat, de la volonté du législateur : la preuve en le texte même de la Déclaration : *« Les auteurs ont entendu exposer, dans une déclaration solennelle, les droits inaliénables et sacrés de l'homme... En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare les droits suivants. »* Préambule de la DDHC

Les expressions ici montrent que la déclaration se réfère à des droits préexistants. Elle ne crée aucun droit, ils sont inhérents et procèdent à la nature humaine.

La DDHC de 1789 ne décrit pas l'ensemble des droits naturels, elle sélectionne ceux qui méritent d'être garantis par la société : marqués dans l'article 2 : *« le but de toute association politique (l'Etat) 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. »*

Distinction classique entre juristes jusnaturalistes et positivistes aujourd'hui : pour les jusnaturalistes, le droit positif doit être conforme au droit naturel. Pour le positivistes, seul le droit positif compte. La loi, la jurisprudence sont les seules règles à respecter. Par exemple, un positiviste estime qu'il ne faut pas tuer car c'est écrit dans la loi. Un jusnaturaliste dirait qu'il ne faut pas tuer car cela va à l'encontre du droit naturel à la vie.

De surcroît, il faut voir que les jusnaturalistes de l'époque sont à l'origine de la théorie du **Contrat Social** qui a pour fonction d'assurer la sécurité des individus et de créer une société politique dans laquelle les libertés des individus sont préservées et garanties.

Le Contrat social réalise le passage de l'état de nature à l'état de société. L'état de nature est la situation primitive sans Etat. Locke estimait que l'état de nature était un état où les hommes sont en tant qu'hommes, et non pas en tant que membres d'une société.

Le Contrat social va permettre à tous les individus qui le contractent de jouir des droits qu'ils avaient sous l'état de nature, le confort de la société en plus. Les individus bénéficient de l'exercice de leurs droits naturels grâce au Contrat social conclu avec le monarque. Le contrat social est cependant une fiction. Il existe plusieurs conceptions, notamment celle de Hobbes, qui présente l'état de nature comme l'anarchie dans *Le Léviathan*, état de guerre perpétuelle où les individus sont tous animés par un désir de puissance, d'assurer sa sécurité : « L'Homme est un loup pour l'Homme. »

La conséquence pour Hobbes est que le Contrat a pour objet essentiel et unique de faire échapper l'homme à l'anarchie. L'obéissance au souverain est échangée contre la protection et la sécurité. Hobbes conclut à la nécessité d'un Etat fort, qu'il symbolise par le Léviathan, dont le seul but est d'assurer la sécurité des membres de la société en échange de leur obéissance. Hobbes n'est pas libéral, il estime que le monarque doit être tout puissant et inspirer la peur, sans séparation du pouvoir.

C'est cette conception qu'a marqué les Américains. Ils se méfient de l'Etat léviathan. Ils ont donc recours à la séparation stricte des pouvoirs, pour éviter l'arbitraire politique décrit par Hobbes.

Les Français sont plutôt marqués par Locke (*Traité sur le gouvernement civil*, 1690) et par Rousseau (*Du contrat social*, 1762).

Selon Locke, les Hommes dans l'état de nature sont relativement heureux, il est présenté de façon pacifiée, l'homme y jouit d'une liberté parfaite et l'exercice de cette liberté conduit à l'égalité. Il n'y a ni anarchie ni conflit dans cette société. Le passage à l'état sociétal a pour fonction d'assurer la sécurité et surtout de mettre en place un Etat libéral, une société politique. Au terme du contrat social chez Locke, le monarque a pour, selon ce contrat synallagmatique (deux parties et chaque partie a des devoirs vis-à-vis de l'autre), le devoir de garantir la sécurité et la propriété de ses citoyens. Dans la thèse soutenue par Locke, dès lors que le monarque ne respecte pas cela, les sujets ont un droit naturel de désobéir au roi, de résister à l'oppression. Cela de telle manière précisément pour que le pouvoir perde toute possibilité d'être possessif.

Rousseau, par son *Contrat social*, il s'agit d'établir une organisation sociale qui se repose sur l'égalité et la liberté de tous les citoyens. C'est un pacte contracté entre tous les participants à la société. Par ce contrat social, les individus se soumettent volontairement à la loi, précisément car la loi est l'expression de la volonté générale à laquelle chacun a librement consenti car chacun détient une parcelle de la souveraineté.

Les dangers de la conception rousseauiste : la souveraineté selon lui est indivisible. Le pouvoir du souverain qui est le peuple ne saurait être divisé. L'intérêt égoïste de chacun est contraire à la recherche de l'intérêt général qui constitue l'objet unique du contrat social. Si quelqu'un exprime une idée différente de celle de la majorité, c'est que cette personne s'est trompée sur ce que devrait être l'intérêt général, et doit se rallier à l'opinion majoritaire en changeant d'avis. La théorie de Rousseau peut donc être extrêmement dangereuse car peut conduire au despotisme démocratique.

La finalité du contrat social est de concilier l'exercice des droits reconnus aux individus avec l'existence du pouvoir politique. C'est cela que l'on retrouve dans la DDHC de 1789.

Conclusion : l'apport essentiel du jusnaturalisme moderne est d'insister sur le rôle de l'individu dans la société, qui jouit de droits inhérents à la nature humaine. L'individu est donc premier par rapport à la société. Il l'est aussi car il est à l'origine de la société, du contrat social. Cette idéologie libérale fondée sur le jusnaturalisme est consacrée par la DDHC de 1789

II. La consécration juridique du libéralisme individualiste : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

Elle a été rédigée en une semaine. Elle devait à l'origine servir de préambule à la Constitution de 1791, mais a survécu à cette dernière qui n'a jamais abouti. Depuis la décision du Conseil constitutionnel de juillet 1971 sur la liberté d'association, la DDHC fait partie du droit positif.

L'origine de cette déclaration est obscure, a donné lieu à une polémique en 1902 entre Hans Jellinek et Boutmy.

Jellinek soutenait que la DDHC n'avait rien d'original, qu'il s'agissait d'une pâle copie de la déclaration d'indépendance de 1776 voire même des premiers Etats américains. Ces déclarations sont en effet les premiers documents énumérant les droits de l'Homme, mais Jellinek va plus loin : les textes de ces déclarations étaient inspirés par des principes protestants notamment développés par Luther. Pour Jellinek, la DDHC n'avait pas d'intérêt car inspirées des déclarations d'indépendance des États-Unis, elles-mêmes inspirées du droit germanique. Boutmy, professeur français, va répondre à cette atteinte à la DDHC : il dit qu'elle ne trouve pas son origine dans les déclarations américaines mais dans la philosophie des Lumières, elle serait un pur produit français.

Les contacts entre les pères fondateurs américains et les juristes français sont très probables, et on sait que les déclarations d'Etats comme celle de Virginie ont été traduites en français. Avant de déposer son projet devant l'assemblée constituante, Lafayette avait consulté Thomas Jefferson, alors ambassadeur à Paris. Ce dernier avait refusé d'assister aux

séances. Les Français se défendent cependant de toute influence américaine. Le révolutionnaire Rabaut Saint-Etienne souhaitait que les révolutionnaires soient plus audacieux que leurs homologues américains : si l'assemblée se décide pour une déclaration, elle ne doit pas se borner à celle des Etats-Unis.

La déclaration d'indépendance a au moins influencé les Français dans l'idée de rédiger cette déclaration. Dans les cahiers de doléance, on peut voir qu'aucune français ne demandait qu'une telle déclaration soit rédigée. Les plaignants voulaient avant tout des garanties fiscales, critiquaient la censure, réclamaient des garanties de propriété, contre les lettres de cachet... c'est au fil de ces demandes que la Déclaration fut écrite.

La Déclaration est peu structurée, ne comprend que 17 articles. Il n'y a pas de plan à cause des compromis faits. Cela explique pourquoi certains droits comme le droit de propriété sont consacrés deux fois.

La déclaration est placée sous l'office suprême de la raison : on peut y voir une référence à la volonté de certains (notamment des francs-maçons) de constituer un Etat neutre sur le plan religieux. Cette référence à l'être suprême est voulue car à l'époque on voulait mettre en place un Etat laïc, qui ne s'immisce dans l'exercice d'aucune religion. On veut surtout éviter le retour à l'existence d'une religion d'Etat, en France la religion catholique.

Cette formule témoigne aussi de l'imprégnation de la DDHC par le droit naturel moderne.

A) La conception individualiste de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

La DDHC est marquée par le fait que c'est l'individu qui, seul, est détenteur des droits. L'individu prime sur la société. Au nombre de ces droits et libertés reconnus par la DDHC on opère une distinction par ce que Benjamin Constant appelait « la liberté des modernes et des anciens ». La liberté des modernes concerne celle des hommes. Elle contient la sûreté et la liberté individuelle.

Parmi ses libertés modernes, figurent aussi la liberté d'opinion, d'expression, religieuse, ou encore le droit de propriété (considéré comme tellement important à l'époque qu'il est mentionné dans l'article 2 mais aussi dans l'article 17, cela témoigne de l'emprise de la bourgeoisie sur la Révolution. C'est le seul droit qualifié de « inviolable et sacré »). A côté des libertés des modernes se trouve la liberté des anciens : l'égalité admissibilité de tous à tout emploi, l'égalité répartition des impôts... Ce concept de liberté est inséparable du concept d'égalité. L'objectif des révolutionnaires français était l'abolition des privilèges, c'est une égalité de droit et non de fait qui est certifiée dans l'article premier : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. »

⇒ Les individus doivent bénéficier des mêmes droits.

La conception individualiste va triompher : la société a pour objet la conservation des droits et libertés des individus. La société est au service de l'Homme pour préserver les droits qui lui sont reconnus.

B) Le statut négatif des libertés déclarées

Le statut négatif est une expression que l'on doit à Jellinek. Les auteurs de la DDHC ont attribué aux libertés déclarées un statut négatif, à savoir une abstention de l'Etat à leur sujet. Le professeur Jellinek a mis en exergue une distinction entre le statut des personnes d'un côté et de l'Etat de l'autre.

L'abstention de l'Etat garantit les libertés : que des mesures soient prises par l'Etat pour garantir les libertés.

Pour reprendre une terminologie du DI public, il s'agit de droits libertés par opposition aux droits créances qui nécessitent une intervention de l'Etat.

Dans l'esprit des révolutionnaires, les libertés ne sont garanties que par la non-intervention de l'Etat : il ne doit pas en entraver l'exercice.

Pourquoi les révolutionnaires sont-ils hostiles à l'interventionnisme étatique ?

- 1/ La liberté est inhérente à l'individu selon eux. L'Etat n'a pas besoin d'intervenir pour garantir l'exercice de ces libertés (influence du jusnaturalisme)
- 2/ Sous l'Ancien Régime, les atteintes portées aux libertés publiques provenaient souvent de l'action arbitraire du roi. Or, la DDHC a été rédigée contre l'arbitraire royal, en réaction contre l'Ancien Régime. Chacune des libertés de la DDHC consiste à une condamnation des pratiques abusives du roi sous l'Ancien Régime.
Ex : est interdit dans la DDHC les arrestations arbitraires, droit à la sûreté garanti, pour d'une part lutter contre l'arbitraire des Parlements, et d'autre part contre la pratique des lettres de cachets, pour jeter n'importe qui en prison pour n'importe quelle raison arbitraire. La liberté d'opinion et d'expression aussi exprimées pour lutter contre la censure. C'est aussi pour protéger les protestants victimes des dragonnades sous Louis XIV et forcés de quitter le royaume. La consécration de la propriété provient de la volonté de se libérer des charges féodales.

La déclaration vise également à porter des limites à la politique.

Comme les révolutionnaires sont influencés par Rousseau, la loi va avoir un rôle limité, n'intervenant que dans des cas extrêmes ou pour garantir des droits.

« Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. »

Les révolutionnaires vont utiliser cette idée pour que la loi fixe les bornes de la liberté, loi étant l'expression de la volonté générale.

III. La remise en cause du libéralisme classique

Il y a des critiques d'ordre philosophique qui sont apparues dès le lendemain de la Révolution de 1789, et la philosophie marxiste y participait aussi pour critiquer la DDHC.

A) **Le courant contre-révolutionnaire**

Illustré par les écrits de Burke, a écrit dès 1790 *Réflexions sur la Révolution française*, 20 000 exemplaires vendus de son vivant (ce qui est énorme pour l'époque). Burke est un fervent monarchiste, qui va critiquer la Révolution française et les Droits de l'Homme. Il ne veut pas que la Révolution se propage au Royaume-Uni, dangereuse pour la monarchie britannique.

Il appelle l'Angleterre et les autres Etats européens à livrer une guerre idéologique contre les révolutionnaires, pour protéger « l'antique ordre civil, moral et politique de l'Europe contre une secte d'athées, fanatiques et ambitieux qui en ont juré la ruine. »

Il considère que la Révolution est un châtement envoyé par Dieu pour punir les français car ils ont osé soutenir les colonies américaines contre la monarchie britannique. Il prévoit dans son ouvrage que les nombreuses libertés accordées aux citoyens seront « source infinie de désordre », que la France est le centre du mal.

La première critique de Burke tient au caractère abstrait et idéologique des droits proclamés, qui ne sont donc d'aucune utilité pour les français. Pour Burke, ces droits sont dénués de toute conséquence pratique. Ce sont de pures spéculations métaphysiques qui ne peuvent pas servir de référence pour le travail du constituant. Il aurait souhaité que les « philosophes parisiens » précisent comment concilier ces libertés avec le maintien de la sécurité publique, la force publique, le maintien des droits d'autrui. Il privilégie le côté pratique.

Sa deuxième critique concerne la rupture qu'opère la Révolution française avec le passé. Burke est réactionnaire, et prône le retour à un passé idéalisé où l'ordre régnait.

Les sociétés ne doivent pas nier leur héritage historique, elles doivent s'enraciner dans les institutions héritées du passé, en particulier celles qui garantissent les libertés concrètes. Il privilégie le droit par coutume comme au Royaume-Uni, le droit par coutume légué par les ancêtres.

Joseph de Mestre :

A écrit un ouvrage en 1796, *Considérations sur la France*. Il est sujet du royaume de Savoie (pas Français). Il est conservateur, réactionnaire, et une fois la Révolution passée, il va connaître un triomphe sous la Restauration. Il récuse les Révolutions françaises, qu'il juge contraire à l'ordre politique social et politique traditionnel : la monarchie.

Il utilise le terme satanique à propos de la Révolution : « *il y a dans la Révolution française un caractère satanique qui le distingue de tout ce qu'on a vu, et peut-être de tout ce qu'on verra* ».

Ses arguments sont repris de ceux de Burke : il s'agit de fournir aux aristocrates émigrés, qui ont fui la France, un argumentaire sur lequel ils vont pouvoir se fonder pour montrer que la Révolution est un mal et aussi que la seule possibilité est le ralliement à la monarchie légitime qui s'impose naturellement par la disposition des choses. Tout comme Burke, il va critiquer le caractère trop abstrait des libertés de la DDHC. Enfin, il conteste la perspective universaliste de cette Déclaration : on s'y adresse à l'Homme avec un grand H, et non pas aux citoyens français. Il estime qu'il est dangereux de légiférer pour le genre humain. Il est vain d'imposer la DDHC à d'autres que le peuple français, en raison des spécificités liées au passé commun du peuple français.

« *Il n'y a pas d'Homme dans le monde : j'ai vu des Français, des Italiens, des Russes, je sais grâce à Montesquieu que l'on peut être persan, mais quant à l'Homme, je déclare ne jamais l'avoir rencontré de ma vie.* »

⇒ Critique contre l'universalisme.

Ce qu'il veut dire est que l'Homme en tant qu'entité abstraite n'existe pas, et qu'un homme ne peut se définir qu'à partir du contexte particulier dans lequel il se situe.

Pour lui, tout ce qui est supérieur à la liberté est l'ordre social : l'objectif d'un gouvernement est de faire respecter l'ordre au sein de la société. Ce côté réactionnaire est évident dans sa pensée dans la mesure où le gouvernement le plus naturel est la monarchie.

Joseph de Mestre est également souverainiste, considère qu'un gouvernement doit être nationaliste.

Également catholique convaincu, il considère que la fonction du pape, dont celles d'infaillibilité, de primauté, doivent être réhaussées au sein de l'Eglise.

B) Les critiques marxistes

Marx a écrit en 1844 un pamphlet intitulé *La question juive*. Il est largement consacré à la critique de la DDHC. Il va répondre à l'auteur autrichien Bruno Bauer qui déplorait le sort réservé aux Juifs au XIXe siècle, considérés comme des citoyens allemands de seconde zone car ne disposaient pas de droit de vote ni de liberté religieuse. Il estimait indispensable d'établir un Etat laïc et neutre, tant sur le plan politique que religieux, qui reconnaîtrait à chaque individu, dans la sphère privée d'activité des individus la liberté religieuse ainsi que le droit de vote. Pour Bauer, l'Etat ne doit pas s'immiscer dans cette sphère privée.

Pour Marx, ces écrits sont contestables dans la mesure où Bauer opère une distinction entre les droits de l'Homme reconnus à l'homme dans sa vie privée comme la liberté religieuse, et d'autre part les droits politiques tel que le droit de vote.

Cette dissociation est inadmissible pour Karl Marx. Les droits de l'Homme qui s'exercent dans l'intimité sont des droits bourgeois par excellence en opposition aux droits politiques. Ces droits de l'Homme séparent les individus les uns des autres au sein de la société. Ce ne sont que des droits égoïstes, des droits qui séparent de l'homme et de la communauté et qui permettent même aux individus de s'opposer à l'Etat. Dans le cadre de ces droits de l'Homme consacrés en 1789, l'Etat est oublié, ou au mieux apparaît comme un cadre qui limite l'exercice des droits.

⇒ Cette conception « égoïste » est donc propre de l'Etat bourgeois provoque une rupture du lien social entre l'Homme et la société.

Ex : droit de la liberté. Pour Marx, la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Cette définition tirée de l'article 4 de la DDHC suppose que chaque individu soit considéré comme une monade (un être isolé, replié sur lui-même, égoïste) car dans la définition de la DDHC, « autrui » est le principal obstacle à la liberté de chacun. Dans cette conception, la société n'a qu'un rôle secondaire : garantir à chaque personne l'exercice de ses droits individuels. La propriété rentre dans le même raisonnement : le droit de jouir de sa fortune librement sans tenir compte d'autrui, indépendamment de la société. C'est, pour Marx, LE droit de l'égoïsme par excellence. La sûreté de la police veille à ce que ces droits égoïstes soient respectés.

Second reproche fait à la DDHC de 1789 qui tient au caractère formel des libertés reconnues : Marx considère que ce sont des formules abstraites vidées de toute substance, illusoire... Un reproche fait par Edmond Burke et de Mestre est qu'elles ne sont pas entourées de conditions suffisantes pour qu'une majorité d'hommes puissent en profiter. Marx va souligner que l'inégalité politique et sociale vont faire que ces droits sont accaparés par la classe dominante (bourgeoise et aristocrate). Pour Marx, il faut mettre ses individus en situation d'exercer ces droits. Seule une révolution touchant à la propriété des moyens de production serait de nature à garantir une liberté réelle.

Ce rejet du formalisme se retrouve dans les différentes Constitutions soviétiques et aujourd'hui dans la Constitution chinoise.

C) Les féministes de l'époque

Sous la Révolution française, la question des femmes ne fut même pas abordée lorsque l'Assemblée constituante élaborait la Constitution. L'idée à l'époque, au moins dans la classe bourgeoise, était de laisser les femmes à la vie domestique et les hommes à la beauté de la vie publique (bête de phrase merci Florence).

Montaigne : « *La plus utile et honorable science pour une femme est la science du ménage.* »

Ces femmes faisaient l'objet de nombreux préjugés sociaux, décrites par les philosophes de l'époque comme ayant une constitution délicate, une tendresse excessive, les nerfs fragiles...

⇒ Considérées comme inférieures à l'homme

Elles seront pourtant très présentes aux Etats généraux de 1789 : font des pétitions, forment des clubs, participent aux assemblées... Elles sont gagnées par les idées révolutionnaires. Les féministes critiquent le caractère machiste de la DDHC.

Deux femmes ont marqué ce mouvement : Olympe de Gouges, pionnière du féminisme français, a rédigé la Déclaration des droits de la Femme en 1791, qu'elle va dédier à la Reine Marie-Antoinette. On y trouve dans l'article 1 : « la femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits ». Cette déclaration est fondée sur l'idée que les femmes, qui possèdent de plines capacités intellectuelles, ont de fait les mêmes droits naturels que les hommes. Elle va insister sur l'égalité civile et politique des deux sexes. Elle réclame que soient rendus aux femmes les droits naturels qui leur ont été retirés du fait de la tyrannie perpétuelle que l'homme lui oppose.

Dans la plupart des articles de sa Déclaration, elle a remplacé l'homme par « la femme et l'homme » de façon à rendre une concordance entre les deux sexes. L'article 7 de cette déclaration indique qu'il ne devrait pas y avoir de privilèges pour les femmes.

L'article le plus célèbre de cette Déclaration est l'article 8 : « La femme a le droit de monter sur l'échafaud, elle doit avoir également celui de monter à la tribune. »

⇒ Pas un contre-projet de remplacer l'homme par la femme, mais de rétablir l'égalité entre les deux sexes au sein de la nation

Sa Déclaration ne rencontre pas un grand succès à l'époque, n'est même pas examinée par l'Assemblée. Ce texte ne sera découvert que dans les années 1980.

Elle fut guillotinée en 1793 car elle fit la proposition dans une de ses brochures que le peuple puisse se prononcer par voie de référendum sur la forme du régime politique qui lui convient le mieux.

⇒ Sa revendication de l'égalité homme-femme se soldera par un échec.

Anne-Josèphe Théroigne de Méricourt : belge, elle participera à l'assaut sur les Tuileries. Elle soutient tous les combats : les Jacobins, l'effort républicain par rapport aux royalistes...

Ce qui marque sa pensée est l'égalité hommes-femmes et sa volonté de créer une garde nationale féminine pour garantir la Révolution et la sauvegarde des droits. Elle a le même discours qu'Olympe de Gouges : les femmes ont des droits naturels au même titre que les hommes.

Elle fait l'objet de moqueries dans les revues antirévolutionnaires

Elle est qualifiée de « pute patriote »

En 1793, elle est accusée à l'Assemblée de soutenir les Girondins. Elle est prise à parti par les Tricoteuses et fessée en public : l'intervention de Marat y mettra un terme, mais profondément choquée par l'événement, elle finira sa vie en asile psychiatrique.

D) Les idéologies totalitaires

Elles sont basées sur le rejet du dogme libéral : ce n'est plus l'individu qui est considéré comme le cœur essentiel, mais l'Etat qui prime sur l'individu.

Un Etat totalitaire est un Etat qui se sert de l'individu pour parvenir à l'objectif qu'il s'est fixé (définition de Mussolini)

Mussolini entend restaurer et renforcer l'unité italienne, à l'image de l'empire romain. C'est la raison pour laquelle que le régime fasciste construit des immenses stades, statues, avec de grands faisceaux... Des projets monumentaux.

L'Italie revendique de nombreux territoires comme la Corse, la Dalmatie...

Elle va œuvrer dans deux directions :

-D'abord, réformer l'individu : combattre l'égoïsme des individus afin de créer un sentiment de solidarité qui créerait ce sentiment de solidarité pour que l'Etat puisse donner naissance à cette nation italienne.

-La primauté de l'Etat sur l'individu permettrait aussi la régénérescence de l'Italie. Le totalitarisme est le tout = l'Etat qui contrôle les individus. La pensée de Mussolini est résumée par cette citation : « *Pour le fascisme, tout est dans l'Etat, et rien d'humain ou de spirituel n'existe et encore moins n'a de valeur en dehors de l'Etat.* »

Le fascisme totalitaire s'oppose donc en tout point à la pensée libérale classique.

Comment est apparu le totalitarisme ?

En général, on se réfère à Montesquieu : il estimait que l'homme qui avait usurpé le pouvoir par la force devait, pour renforcer son pouvoir, faire régner la crainte. A partir de là apparaît un cercle vicieux car plus le tyran a de pouvoir, plus pour se faire respecter il devra faire régner la terreur.

Cette conception est reprise notamment par Raymond Aron qui a écrit en 1965, *Démocratie et Totalitarisme*, dans lequel il montre qu'il existe plusieurs formes de totalitarisme : il compare le totalitarisme nazi et soviétique, et les condamne avec une force véhémente. Il explique que le nazisme est une idéologie intrinsèquement perverse, qui conduit forcément au totalitarisme. Cette idéologie dans laquelle l'Etat impose une idéologie officielle. Elle se base sur l'antisémitisme et la supériorité de la race aryenne. L'Etat contrôle entièrement la population par les fameuses lois de Nuremberg.

Le communisme était en apparence une idéologie libérale, et a dévié vers le totalitarisme. Le régime soviétique est sorti d'un idéal révolutionnaire, qui voulait fonder un régime idéal avec pour objectif une égalité entre les individus pour aboutir au bonheur de chacun. Des intellectuels français des années 30 comme Sartre étaient fascinés par le marxisme et le communisme, toute l'intelligentsia pensait qu'il s'agissait du futur de l'humanité : cela les a conduits à fermer les yeux sur les atrocités commises par le régime soviétique.

Libertés publiques et Droits de l'Homme, par Florence Benoît-Rohmer
Augustin Bressot (2020-2021)

Pour les intellectuels français de l'époque, la révolution de 1917 est la continuité de la Révolution française.

Les moyens mis en place pour accéder aux objectifs visés étaient basés sur l'idée que la fin justifie les moyens. La victoire de l'armée rouge contre l'armée allemande va gommer tous les défauts du régime soviétique aux yeux des intellectuels français.

Raymond Aron : « *C'est un régime libéral seulement dans sa philosophie* »

Fascisme : ne pas assimiler fascisme et totalitarisme : le fascisme se trouve uniquement en Italie. Le fascisme est autoritaire mais n'est pas fondé sur une conception raciale et raciste de la société comme dans le régime nazi. Le fascisme est fondé sur une vision pessimiste de la nature de l'homme : seul l'Etat fasciste peut permettre aux hommes égoïstes et paresseux de s'élever. On peut dire que l'homme ne peut se réaliser ainsi qu'au travers du prisme de l'Etat. Cela va aboutir en une tyrannie incarnée par Benito Mussolini, dit le *Duce*.

⇒ Le fascisme n'est pas fondé sur la violence raciale

Ex : Pétain a bien plus coopéré au niveau du transfert des juifs nationaux vers les camps de concentration que Mussolini

Il s'agit d'une dictature d'Etat car Mussolini s'est incarné dans l'Etat italien : cette régénérescence ne pouvait se réaliser qu'en obéissant aveuglement au *Duce*. Cet Etat devait pouvoir ressouder la nation italienne au sein de l'Europe.

Le fascisme était marqué par un antiféminisme notoire : le rôle de la femme était d'être une « pondeuse dévouée au service de l'Etat ». Elles idéalisaient le *Duce* qui lui considéraient qu'elles étaient inférieures.

⇒ Bien faire la différence entre fascisme, nazisme et communiste

E) La Terreur

La Terreur (1792-1794) prend fin avec la montée à l'échafaud de Robespierre sans procès. Période terrible mais paradoxale : on fait régner la terreur pour assurer les principes révolutionnaires de droits des individus. Il y a un parallèle à faire avec l'idéologie communiste.

Deux textes adoptés par la Convention importants :

-Décret « La loi des suspects » du 17 septembre 1793 qui autorise l'arrestation de tous les gens suspects sur le territoire français.

Se pose alors la question de « qu'est-ce qu'un suspect ? ». L'article 2 précise les catégories de suspects : « ceux qui se sont montrés partisans de la tyrannie, du fédéralisme, et ennemis de la Liberté », ceux qui ne pourront pas justifier de leur moyen d'exister et de l'acquis de leur devoir civique, ceux des six-devants [...] qui n'ont pas constamment manifesté leur attachement à la Révolution, ceux qui ont émigré...

Un suspect est un partisan de la monarchie et donc de la tyrannie, des ennemis de la liberté, un noble qui n'a pas suffisamment manifesté son soutien à la Révolution...

Cette notion de suspect est si vague et si large que chaque citoyen peut tomber sous le coup de sa qualification : cela a mené à de nombreux abus par arrestations.

Deuxième texte : loi du 22 Préal an II (10 juin 1794). Elle fut initiée et rédigée par Robespierre, elle va conduire à l'apogée de la Terreur, la Grande Terreur (10 juin au 17 juillet 1794).

Le député Couton a demandé à la Convention de la voter. Elle procède à la réorganisation du tribunal révolutionnaire, prive les accusés du droit de recours.

Le tribunal révolutionnaire, sous lequel étaient tombés les royalistes, les girondins, les anarchistes, les montagnards... Pour accélérer le mouvement, on va réorganiser ce tribunal pour qu'il y ait plus de procès.

Jusqu'à cette loi, on observait des modalités procédurales, supprimées par cette loi. Couton dit donc « *toute lenteur est un crime, toute formalité indulgente est un danger public.* »

Le tribunal révolutionnaire est divisé en 4 sections, on augmente le nombre de juges et de jugés

Cela a permis d'augmenter le nombre de condamnations et de mises à mort.

On a aussi réformé la procédure qui va devenir plus expéditive : il est décidé d'abord sur le plan procédural que le tribunal soit habilité à punir les ennemis du peuple, et que ces derniers sont « tous ceux qui cherchent à anéantir la liberté publique soit par la force soit par la ruse. »

L'étendue de cette qualification est telle que personne ne peut échapper à la justice révolutionnaire : il suffit d'inspirer le découragement à autrui, à chercher à dépraver les mœurs ou encore d'altérer la pureté et l'énergie des principes révolutionnaires.

Les principes de cette loi sont contraires au droit pénal : par exemple, le principe de gradation des peines est bafoué car la seule peine encourue est la mort sur l'échafaud, ou encore la délation est encouragée (dans l'article 9 « tout citoyen a le droit de traduire les contre-révolutionnaires et les conspirateurs » et « tout citoyen se doit de les dénoncer »), les preuves matérielles ne sont pas nécessaires, il suffisait d'être dénoncé. Cette loi enlevait tout droit aux accusés : plus d'interrogatoire, plus d'avocat, plus d'audition obligatoire des témoins... Le tribunal révolutionnaire pouvait prononcer des condamnations sur de simples présomptions.

Libertés publiques et Droits de l'Homme, par Florence Benoît-Rohmer
Augustin Bressot (2020-2021)

Le résultat de cette loi : alors que le tribunal avait prononcé 1250 accusations du 6 avril 1793 au 10 juin 1794, il va en prononcer 1500 de plus avant la mi-juillet 1794

Le paradoxe du régime de la Terreur est donc que les Révolutionnaires ont voulu éviter le retour de la tyrannie, du despotisme. Ils souhaitaient libérer les Français de la tyrannie royale et de rétablir l'égalité de tous en objectif ultime (reflet des droits de l'Homme).

On veut rétablir la liberté publique, mais les moyens utilisés étaient moins idéaux que cela. Robespierre considérait la Terreur comme « *la dictature de la liberté* » ; La Terreur ne repose pas sur une idéologie totalitaire, c'est un régime fondé sur le libéralisme qui veut rétablir la liberté publique.

F) Le Régime de Vichy

Le régime de Vichy a engendré un régime totalitaire car pour le Maréchal Pétain, le salut de l'Homme passe par les communautés qui l'entourent : il ne peut se réaliser que par le biais de celles-ci. Elles sont citées dans la devise du régime : « Travail, Famille, Patrie ».

Le régime est totalitaire, et cautionne totalement le régime nazi : il a collaboré de manière volontaire avec le régime nazi.

Preuve : loi du 3 octobre 1940 qui met en place un *numerus clausus* pour les juifs, qui sont expulsés de la vie publique

Loi du 4 novembre 1940 : on autorise les préfets à interner les juifs étrangers dans des camps spéciaux.

Par la suite, la France a participé activement à la déportation des juifs vers les camps de la mort.

Conclusion : ce libéralisme a été remis en question par le libéralisme contemporain. Toutes les critiques contre la Révolution vont le pousser à se repenser

Section 3 : Le libéralisme contemporain

I. Le problème de l'interventionnisme étatique

La question de l'intervention de l'Etat s'est réellement posée au XXe siècle lorsqu'on a commencé à poser un Etat providence. La difficulté est de savoir où placer la frontière entre un interventionnisme excessif et un libéralisme laxiste.

A) L'enjeu du débat

La démocratie moderne rompt avec l'égalité formelle (devant la loi) en amenant l'égalité matérielle (devant la loi et par la loi). On s'est aperçu qu'on devait améliorer les conditions de vie des individus pour qu'ils jouissent des droits qui leur sont accordés.

Au début du XXe siècle, on pensait que les individus pouvaient disposer de moyens pour se nourrir, s'éduquer, exercer leurs droits civils et politiques.

Le rôle de l'Etat providence doit, au nom de la fraternité, de la solidarité sociale, doit compenser les effets sociaux de la stricte logique économique qui paraît contraire à l'idée de justice sociale. Le principe de l'Etat providence est la redistribution des richesses. On attend de lui qu'il assure l'égalité de tous par la loi ou dans la loi.

C'est la raison pour laquelle l'Etat providence encadre la production pour redistribuer une partie des richesses produites, surtout après la 2GM, où l'intervention de l'Etat dans la vie sociale et économique a pris toute son ampleur avec la généralisation de la Sécurité sociale, ou par la mise en place de politiques de redistribution des revenus.

L'intervention de l'Etat providence implique une hausse de la fiscalité, des prélèvements perçus par les personnes. Grâce à ces revenus, l'Etat procède à une redistribution des richesses au nom de cette justice sociale recherchée. Cela va profiter aux groupes les plus défavorisés de la société. Grâce à l'impôt, l'Etat va construire des hôpitaux, des écoles... il va assurer la santé et l'éducation.

Au XXème siècle, on va réintroduire l'Etat dans ce jeu social alors qu'on s'en méfiait au XVIIIe.

Les conséquences sur les droits de l'Homme : ils vont combiner deux types de droit, les droits liberté et les droits créances.

Les droits liberté garantissent les droits des citoyens contre le pouvoir de l'Etat en leur assurant la liberté de pensée, d'expression, d'association, de travailler, etc. Ce sont des droits issus des idéaux révolutionnaires. Ce sont des droits civils et politiques, caractérisés par la non-intervention de l'Etat dans ceux-ci.

Les droits créances sont une innovation du XIXe siècle, consacrés par la Révolution de 1848, à la suite des revendications socialistes de l'époque. Ces revendications ouvrières demandaient des situations réelles pour que les droits liberté soient exercés. Ce sont des droits en vertu desquels l'individu peut exiger de l'Etat des bénéfices : droit au repos par exemple. Ces droits obligent l'Etat à mettre en œuvre des mesures positives pour bénéficier aux citoyens.

C'est une conception plutôt européenne. Les droits sociaux sont peu développés aux USA ou encore au Royaume-Uni.

Exemple : échec puis annulation de l'Obamacare sous Trump

Les Américains n'aiment pas l'interventionnisme étatique car ils ont foi en la régulation de la société par le marché, la « main invisible » qui est censée faire coïncider les comportements du marché avec l'intérêt général. Pour eux, pas besoin d'interventionnisme étatique car la main invisible va faire ce travail.

C'est une méfiance instinctive de la société américaine envers l'interventionnisme étatique qui est vu comme un facteur perturbant : le législateur n'intervient que pour sanctionner les comportements indésirables et pour rétablir cet équilibre. Le rôle de l'Etat doit être et est bien plus modeste que l'Etat en Europe. L'Etat doit s'abstenir de s'immiscer dans la sphère privée des individus au sein de laquelle chacun est souverain et doit bénéficier de la plus grande autonomie. Les Anglo-saxons sont également hostiles aux droits sociaux, par exemple ne reconnaissent le droit de grève que sous certaines conditions. Les droits économiques et sociaux ne sont pas considérés comme tels.

La distinction entre droit et principe se trouve dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE, dans laquelle le Royaume-Uni a insisté pour qualifier les droits sociaux de principe.

Justification philosophique pour les Américains : les philosophes américains libéraux sont aussi hostiles à cette intervention, soutiennent l'idée d'un « Etat minimal ». L'un des principaux philosophes est Friedrich Hayek. Son idéologie est fondée sur cette hostilité fondée sur toute intervention de l'Etat dans le domaine social ou économique. Même si ces représentants sont élus, l'Etat exerce automatiquement une pression sur les individus. Il faut donc pour Hayek réduire au minimum le rôle de l'Etat : il faut l'interdire d'édicter des lois ou règles qui limitent les droits des individus. Le seul objet de la loi doit être de garantir la sphère d'autonomie garantie aux individus, dans laquelle ces derniers sont souverains.

Autre philosophe : Robert Nozick, prône un Etat « ultra-minimaliste ». Dans son ouvrage *Anarchie, Etat et Utopie* (1974), il défend l'idée d'un Etat ultra-libéral. L'individu dispose de droits sacrés et inaliénables, inhérents à l'individu. Seul l'Etat peut protéger l'individu contre leurs violations et garantir l'exercice de ces droits contre la violence et toute autre forme d'exaction. C'est le rôle de l'Etat. Cela rejoint pour l'instant les idées de Locke. Cependant, pour Nozick, l'Etat doit être réduit à ce seul rôle. Il doit protéger ce seul rôle-là : protéger les individus contre l'utilisation de la force, le vol et la fraude pour qu'ils puissent bénéficier pleinement des droits qui leur sont reconnus.

L'Etat doit assurer la régulation des relations entre les individus : correcte application des contrats pour réguler la vie sociale.

C'est donc un Etat « veilleur de nuit ».

Pour de nombreux Etats européens, cet interventionnisme est vu comme indispensable depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Cet interventionnisme n'a fait que se développer : il est si important qu'on peut parler d'« Etat nounou »

Dans cette situation, est-ce que l'Etat va trop loin, nous considérant comme des enfants ?

B) L'interventionnisme étatique et le préambule de la Constitution de 1946

C'est sous la pression des communistes et des socio-démocrates qui sont majoritaires à cette époque-là au Parlement que l'intervention de l'Etat va progresser et devenir effective. C'est au lendemain de la 2GM que sera consolidé l'Etat providence.

Le préambule de la Constitution de 1946 se borne, pour les libertés traditionnelles, à réaffirmer les droits de l'Homme et du citoyen édictés dans la DDHC en 1789. Cependant, l'essentiel du préambule les réaffirme et invoque de nouveaux droits économiques et sociaux dont il dresse expressément la liste.

Quels sont ces droits sociaux inscrits dans le Préambule ?

A côté de l'égalité entre les femmes et les hommes et du droit d'asile sont consacrés les droits du travail (droit d'obtenir un emploi curieusement présenté comme corollaire au devoir de travailler ; le droit à la participation en entreprise...). Les droits du travailleur sont complétés par des droits-créance. Ces derniers sont le droit à la protection de la santé (Sécu), le droit à la sécurité matérielle, au repos, aux loisirs, aussi droit d'obtenir de l'Etat les moyens d'avoir une existence décente (reconnue à tout être humain qualifiable de vulnérable), droit à l'instruction, à la formation professionnelle, à la culture.

Ces droits ne concernent pas l'Homme mais l'individu en groupe, en société : droit de se syndiquer par exemple, de s'associer, de s'instruire. Ce ne sont pas des droits qui peuvent s'exercer isolément mais en groupe. Ce sont des « droits situés », pour une catégorie d'hommes situés dans une situation précise (ex : personne âgée, femme...)

Ces droits ne sont plus dotés par la nature, mais prennent en considération les besoins spécifiques d'individus dans une situation spécifique. Ils ne substituent pas les droits existants mais s'y ajoutent.

Ces droits ont une valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel de 1971 sur la Liberté d'association. Ils font partie du bloc de constitutionnalité depuis cette décision, et doivent être respectés par le législateur et l'administration.

II. Le problème de la limitation de la liberté

Nous vivons en société, et les impératifs de cette vie en société impliquent que les libertés connaissent des limites : c'est presque toujours le cas pour les libertés qui sont accordés aux individus.

Ces restrictions à nos libertés doivent être fixées par la loi comme l'exige le Conseil constitutionnel.

Décision du CC du 17 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle : « il revient au législateur de concilier les libertés avec les objectifs de la loi »

A) Libertés publiques et droit d'autrui

Le respect des autres, bien qu'inspiré par l'idéologie judéo-christianiste, constitue l'une des principales sources de limitation des libertés, avec l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme : « 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. »

Ces bornes ne peuvent être définies que par la loi parce qu'elle est l'expression de la volonté générale. Quand elle l'est, elle ne peut jamais être oppressive. Les droits d'autrui peuvent en conséquence être une entrave aux libertés. C'est une règle qui vaut encore aujourd'hui : il revient au législateur de faire la balance entre liberté de chacun et droit d'autrui (par le Conseil constitutionnel).

Le législateur peut interdire l'exercice d'une liberté qui pose préjudice à autrui. Ex : le code pénal interdit les homicides car ils portent atteinte au droit à la vie. (pareil pour le vol qui porte atteinte au droit de propriété d'autrui). La liberté de circulation peut être interdite pour exercer le droit de manifester.

Mais le législateur peut agir de manière différente. Il peut restreindre une liberté de manière à ce qu'elle ne nuise pas à autrui. Par exemple, la liberté d'expression n'est jamais totale (ne peut pas être utilisée pour diffamer autrui)

Des difficultés vont surgir lorsque deux libertés ne peuvent s'exercer simultanément, se contredisent. Cette liberté ne peut s'exercer qu'en mépris d'une autre liberté. Ex : interdiction des ventes ambulantes à Strasbourg place de la Cathédrale. Hypothèse tirée de cet arrêt est qu'il met en contradiction la liberté d'entreprise, de commerce et la liberté d'aller et venir aux citoyens.

Dans cette situation, deux solutions s'offrent au législateur. Un, il peut sacrifier une liberté au profit de l'autre, ou alors deux, le législateur va essayer d'effectuer une conciliation des deux libertés, il limite simultanément les deux libertés pour les rendre compatibles. Par exemple, on interdit la vente ambulante dans certaines rues à certaines heures, de manière

à ménager la liberté d'aller et venir. On cherche à concilier les deux libertés, pas à les hiérarchiser.

Autre exemple : le code de la route limite la liberté de circulation pour garantir la sécurité des piétons

Conciliation effectuée plus souvent mais peu aisée

B) Libertés publiques et exigences de l'ordre public

1) Désolé j'ai pas ce titre-là, mais c'est surtout un rappel sur les objectifs de la police administrative

Au nom de l'ordre public, le législateur ou l'exécutif va pouvoir limiter l'usage d'une liberté. Le CC a rappelé cela en 1975 avec une décision sur l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie : il a décrété que l'état d'urgence était légal et que le législateur devait concilier les libertés avec la sauvegarde de l'ordre public. « *D'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel le respect des libertés ne saurait être assuré* »

C'est devenu un objectif de valeur constitutionnelle. C'est aussi le cas du respect des droits d'autrui. Ces deux vont restreindre l'exercice des libertés publiques.

Décision du 10 mars 2011 du Conseil constitutionnel, loi d'orientation programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Cette loi autorise les préfets de département à interdire le déplacement et l'accès au stade de certains supporters de foot qui ont commis des troubles graves. Le Conseil constitutionnel a admis que l'interdiction d'accès à un stade de foot était propre à assurer la conciliation entre la liberté d'aller et venir et le maintien de l'ordre public, de manière équilibrée.

Compte tenu de l'ordre public qui se résumait à la trilogie reconnue par l'article 97 de l'ancien Code de l'administration communale, reprise par le Code général des collectivités territoriales (article 2212-2), définissait le but de la police administrative par le maintien de la sûreté, salubrité et la sécurité publique.

Définition encore exacte mais qui s'est élargie avec le temps : le contenu de l'ordre public a évolué par rapport à cet article. Police administrative : « visant l'ensemble des valeurs politiques et morales dont le maintien est nécessaire pour préserver l'ordre moral »

Valeurs morales : depuis l'arrêt du Conseil d'Etat Société des films Lutétia du 10 décembre 1959, la moralité est entrée dans la définition. Interdiction de la projection du film *Le feu dans la peau* sur le territoire de la commune par le maire de Nice car il avait jugé que cela pouvait provoquer un trouble à l'ordre public. Le Conseil d'Etat va intégrer alors la moralité au sein de l'ordre public, il va affirmer qu'un maire responsable du maintien de l'ordre public peut interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film « *dont la projection est susceptible, en raison du caractère immoral du dit film et de circonstances locales* »

particulières, d'atteinte à l'ordre public. ». Les projecteurs du film n'ont alors pas eu gain de cause.

Respect de la dignité humaine : arrêt Morsang-sur-Orge du Conseil d'Etat (lancer de nain) en 1995. Le Conseil d'Etat a jugé que la police administrative pouvait interdire des attractions qui pouvaient porter atteinte à l'ordre public, même en l'absence de circonstances particulières. C'est une décision contestée et contestable, pratiquée dans le cadre privé, le nain était consentant et vivait de cette activité, a donc perdu son emploi. La décision du Conseil d'Etat porte atteinte à la dignité humaine du nain.

2) La conciliation entre ordre public et libertés publiques

La jurisprudence fondamentale en la matière est l'arrêt Abbé Olivier en 1909 qui précise que la mesure administrative qui restreint l'exercice des libertés individuelles doit être justifiées par le maintien de l'ordre public. Arrêt Benjamin de 1933 : M. Benjamin devait tenir une conférence à Nevers avec deux humoristes, dont un, Courteligne, avait fait une caricature satirique des fonctionnaires « Ronds-de-cuir » et des instituteurs. « *L'administration est un lieu où les gens qui arrivent en retard croisent ceux qui partent en avance* »

Le maire de Nevers, sous la pression du syndicat des instituteurs, va interdire son spectacle. Le Conseil d'Etat va annuler cette décision, jugeant que la conférence ne portait pas une atteinte suffisante pour justifier une interdiction, qui est disproportionnée par rapport au risque de trouble public. Le contrôle de proportionnalité est au cœur de cette décision.

Exemples de conciliation difficile et contestée : Affaire Dieudonné avec son spectacle *Le mur*, qui avait été annulé dans plusieurs villes, dans lequel il tenait des propos antisémites, apologie de la Shoah, etc. Dieudonné avait déjà avant cet arrêt été condamné 8 fois en raison de ces propos. Au nom de la liberté d'expression, il va saisir le tribunal administratif par voie de référé puis le Conseil d'Etat pour demander l'annulation de différents arrêtés municipaux interdisant son spectacle. Le Conseil d'Etat va justifier la légalité de la mesure d'interdiction du spectacle. Le vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvet, avait expliqué que le Conseil d'Etat était confronté à une situation inédite avec ce spectacle, situation de conciliation entre la liberté d'expression et ses limites nécessaires pour garantir le maintien de l'ordre public. Le juge des référés du Conseil d'Etat s'est prononcé le 9 janvier 2014 dans une ordonnance. Le Conseil d'Etat s'est fondé tant sur l'arrêt Benjamin que sur celui de Morsang-sur-Orge pour justifier l'interdiction de ce spectacle, par voie de référé-liberté.

Le référé liberté est prévu à l'article 521-2. Peut être invoqué par le justiciable si une décision prise à son encontre par une administration porte une atteinte grave et manifestement illégale à ses libertés fondamentales. Encore faut-il qu'on soit dans une situation d'urgence, justifiant que le juge se prononce dans les plus brefs délais. Le juge des

référé va pouvoir ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde des libertés fondamentales mises en cause.

Dans son ordonnance, le Conseil d'Etat va commencer par rappeler l'importance de la liberté d'expression pour mieux justifier la restriction qu'elle va lui apporter : la liberté d'expression est une condition de la démocratie. Il appartient à la police administrative de prendre toutes les décisions pour faire respecter la liberté d'association et d'expressions. Mais des circonstances d'ordre public peuvent justifier une limitation. Or, il y avait un risque sérieux que des propos antisémites soient à nouveau tenus, risque de grave atteinte à la dignité humaine. Le Conseil d'Etat a donc jugé que les autorités administratives pouvaient dans ce cas-là prendre des mesures de limitation de la liberté d'expression, peuvent y porter atteinte. A la différence de l'arrêt Benjamin où il y avait conciliation, ici il y a eu une mise à l'écart d'une liberté pour une autre.

Le Conseil d'Etat va considérer que l'interdiction du spectacle était proportionnée par rapport aux risques de trouble à l'ordre public.

Autre affaire : Affaire du « burkini ». Le Conseil d'Etat est saisi par la voie de référé liberté, et va rendre une ordonnance le 25 août 2016. Il va suspendre l'arrêté d'un maire qui interdisait le port du burkini sur les plages. Il y avait eu des incidents en Corse lorsque des bagarres se sont déclenchées. C'est contre l'un de ces arrêtés anti-burkini que le Conseil d'Etat s'est prononcé. Il a suspendu cet arrêt car cet arrêté apportait une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés d'aller et venir, de conscience et personnelle. Il a rappelé que toute restriction à des libertés doivent être justifiées par des risques de trouble à l'ordre public.

Il est très rare que le Conseil d'Etat juge qu'une interdiction doit être justifiée.

C) Les valeurs politiques

L'ordre public concerne aussi la nécessité pour l'Etat d'assurer sa propre sauvegarde : le législateur va se conformer à un ensemble de valeurs politiques (démocratie, Etat de droit), pour restreindre l'exercice de certaines libertés. La conséquence est que l'Etat a le droit de réprimer ce qui porte atteinte à ces valeurs politiques. Il s'agit du Code de sécurité intérieure, article 212-1, qui autorise la dissolution par voie de décret en conseil des ministres, de toutes les associations qui ont notamment pour finalité d'intenter à l'intégrité territoriale de la France ou encore à la forme républicaine du gouvernement. Cette disposition du Code de sécurité émane d'une loi de 1936 qui portait sur les groupes de combat et les milices privées, qui visait à combattre les milices d'extrême-droite qui avaient pour objectif de remettre en cause la démocratie libérale et les principes sur lesquels la France était fondée, par le biais de violence. Cet article a été utilisé pour dissoudre des groupes indépendantistes, des organisations tant d'extrême-droite que d'extrême-gauche.

Exemples : ont fait l'objet d'une dissolution le groupe Occident, mouvement politique d'extrême-droit très violent, ou encore le Front de Libération Nationale corse. Action directe a aussi été dissous (mouvement anarcho-communiste) pour apologie de la lutte armée.

Aujourd'hui, les critères ont été élargis dans l'article L.212-1, et deux motifs ont été ajoutés : peuvent être dissous les mouvements qui provoquent ou propagent des idées tendant à justifier les théories racistes et les mouvements qui se disent prêts à provoquer des actions terroristes en France.

La dissolution peut donc intervenir aujourd'hui pour davantage de motifs, et le ministre de l'Intérieur ne s'en prive pas : ont été dissouts le Collectif contre l'Islamophobie en France (pour une sorte de messe après l'assassinat de Samuel Paty), Barakacity, Génération Identitaire (mouvement d'extrême-droite adepte d'opérations anti-migrants).

Depuis la loi SILT qui renforce la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme du 30 octobre 2017, l'Etat a la possibilité de procéder à la fermeture d'un lieu de culte pour 6 mois. Le préfet peut prononcer la fermeture d'un lieu de culte dans lesquels les propos tenus, les idées diffusées ou les activités qui s'y déroulent provoquent à la violence, à la haine, la discrimination, font l'apologie du terrorisme ou prévoient de tels actes.

La durée de fermeture doit être proportionnée aux circonstances. Plusieurs mosquées ont été fermées sur le fondement de ce texte. Au bout de 6 mois, l'Etat doit donner son accord à la réouverture. Les mosquées sont fondées sur la loi de 1901, ainsi une nouvelle association religieuse doit nommer deux nouveaux imams et diriger la mosquée. Il y a des caméras de surveillance pour vérifier que des abus ne se déroulent pas. Par exemple, suite à l'assassinat de Samuel Paty, la mosquée de Pantin a été fermée pour avoir diffusé une vidéo pour son assassinat.

D) L'équilibre entre liberté et sécurité, un challenge en démocratie

Cet équilibre se fait aujourd'hui toujours en défaveur de nos libertés.

Exemples : terrorisme et état d'urgence sanitaire

La délicate question du terrorisme :

Le respect des droits de l'homme apparaît parfois comme un obstacle à la lutte efficace contre le terrorisme, dont la difficulté rencontrée par les pays démocratiques dans la lutte contre le terrorisme.

Multiplication des contrôles d'identités, arrestations arbitraires, surveillance, détention illégale... Ce sont des mesures attentatoires aux libertés acceptées avec beaucoup de bienveillance par les citoyens, afin que cela garantisse leur sécurité.

Dilemme : d'un côté, le terrorisme porte atteinte aux droits de l'Homme, à la démocratie, vise à déstabiliser les gouvernements démocratiquement élus. Le terrorisme veut saper la démocratie.

Le droit à la vie et à la sécurité sont des droits de l'Homme, et des conditions de l'épanouissement des hommes en société. Mais qui dit terrorisme dit atteinte à la sécurité, terreur... Il faut donc prendre des mesures pour empêcher cette atteinte.

Un acte terroriste ne peut jamais être invoqué en raison des droits de l'Homme.

D'un autre côté, cette lutte contre le terrorisme doit se faire dans le respect des droits de l'Homme (pour l'Europe, CEDH). Même les terroristes ont le droit au respect de l'Homme. Ils nient le droit des personnes dans une société, mais dans une démocratie, il faut respecter les droits de l'Homme de tous. La manière dont on traite les terroristes est parfois choquante. Par exemple, la prison de Guantanamo Bay (Cuba), où sont encore incarcérés des suspects de terrorisme. Ils n'ont jamais bénéficié de procès équitable, et ont été torturés par la CIA.

Obama a tenté de fermer Guantanamo alors que Trump a signé un décret pour ordonner au Pentagone de le laisser ouvert (40aine de « terroristes »)

En France, équilibre délicat entre liberté et sécurité. On a tenté d'y remédier pour faire face à l'état d'urgence.

Mesures restrictives des libertés publiques, habituellement prises uniquement par des autorités judiciaires. L'état d'urgence, comme le précise la loi de 1955, est déclaré conforme par le Conseil constitutionnel avec l'arrêt de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie.

L'état d'urgence est déclaré lorsque des événements peuvent être définis comme « calamités publiques ». Il est décrété en Conseil des ministres.

La durée initiale de l'état d'urgence est de 12 jours, et sa prolongation doit être prononcée par le Parlement.

Plusieurs mesures peuvent être prises : interdire la circulation dans certains lieux, perquisitions, assignations à résidence, saisie des moyens et des services...

Mesures prises par le ministre de l'Intérieur.

Premier état d'urgence déclaré en 1955, pendant la Guerre d'Algérie (3 fois en Algérie), 3 fois en outre-mer dans les années 1980, et en 2005 avec les révoltes dans les banlieues.

S'agissant du terrorisme, il a été proclamé en novembre 2015 après les attentats du Bataclan. Le problème est qu'il a été prolongé 6 fois jusqu'à septembre 2017. Après cela fut déclarée la loi SILT du 30 octobre 2017.

Cette loi a un défaut : elle a intégré le régime d'exception prévu par les lois d'urgence de 2005 dans le droit commun. Ce régime est attentatoire aux libertés publiques : on nous habitue aujourd'hui à vivre sous l'état d'urgence alors que c'est censé être une mesure d'urgence.

Loi SILT a été prolongée 2 fois, et il est probable qu'elle le soit à nouveau. Elle a deux principales mesures :

- Possibilité pour le préfet d'instaurer un périmètre de protection. Ils ont vocation à s'appliquer dans des lieux identifiés comme cibles potentielles d'attaques terroristes. Le préfet peut réglementer l'accès, la circulation et le stationnement des personnes dans ces périmètres, pour filtrer les personnes qui y accèdent.
Ex : accès au marché de Noël de Strasbourg, checkpoints sur les ponts.
- Fermeture administrative par le préfet des lieux de culte et de commerce pour apologie et provocation du terrorisme (vue plus haut). La mosquée de Pantin fut donc fermée car a relayé les dires d'une soi-disant élève de Samuel Paty
- Mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS), notamment pour les sortants de prison condamnés pour terrorisme, et les détenus considérés comme radicalisés. Le ministre de l'Intérieur peut décider des mesures de surveillance à l'encontre de toute personne à l'égard desquelles il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles constituent une menace terroriste.
Cela peut se présenter comme une assignation à résidence, surveillance électronique.
- Visites domiciliaires : dans le cadre de la loi sur l'état d'urgence, il s'agit de perquisitions. Compétence est conférée au préfet pour faire procéder sur autorisation du juge de défense des droits de visite de tout lieu fréquenté par des personnes suspectées de terrorisme. Cette visite domiciliaire peut s'accompagner de saisie de documents, d'objets voire même de supports informatiques pour en collecter les données. Elles peuvent être exploitées après autorisation du juge.

Toutes ces mesures portent atteinte aux droits et libertés. Cette loi SILT a suscité des controverses politiques depuis son entrée en vigueur, surtout lorsque celle-ci a été prolongée, qui a fait craindre d'une adoption pérenne de ces mesures attentatoires à nos libertés.

Balance entre les droits garantis par la Constitution et la nécessité de préserver l'ordre public en prévenant la menace terroriste.

Cela porte atteinte à nos droits fondamentaux avec la bénédiction du Parlement et des citoyens français. Le gouvernement et président s'inscrivent dans la perspective d'un Etat fort avec des prérogatives de sécurité.

« *Tenir le juge judiciaire à l'écart* », alors que ce dernier est le gardien de nos libertés individuelles.

Par exemple, dans le cadre de création de périmètres de protection, seule la police judiciaire est normalement compétente à effectuer des fouilles. Dans la loi SILT, on reconnaît à d'autres agents le droit de procéder à des palpations physiques, fouille des sacs et des véhicules.

Des agents de sécurité privés ou la police municipale sont concernés. La force publique délègue à des agents de sécurité privé des droits qui relèvent de sa seule compétence.

Cela peut provoquer une certaine crainte, la loi SILT provoque une montée en puissance de la police municipale mais surtout des sociétés privées. Cela pourra être confirmé par la Loi de Sécurité globale. Elle prévoit que de tels agents puissent être autorisés par le préfet, à titre exceptionnel, à exercer des opérations de surveillance sur la voie publique. Cette proposition de loi contient que les agents de sécurité puissent, dans les périmètres de protection, assister les agents de la force publique pour la fouille et le maintien de cette zone.

Les perquisitions administratives et les saisies sont ordonnées par le préfet dans le cadre de l'état d'urgence, et sont qualifiées dans la loi SILT comme « visites domiciliaires ». C'est la fouille d'un domaine privée par une autorité habilitée par la justice. Elles agissent lors d'une enquête judiciaire, et doivent immédiatement rendre compte des recherches.

Les mesures mises en place par la loi SILT ne sont pas différentes des mesures qui prévalaient lors de l'état d'urgence. Néanmoins, est prévue l'intervention d'un juge pour autoriser les visites domiciliaires, et a été supprimée la possibilité pour les forces de l'ordre de saisir des objets.

Sur saisine motivée du juge administratif, le tribunal de grande instance peut autoriser la saisie d'un lieu et de documents.

Les préfets ont toujours la compétence d'ordonner des visites domiciliaires, mais le font sous couvert d'une autorisation judiciaire sous la loi SILT. Elle ne vaut pas grand-chose, simple validation des motifs de la visite.

- ⇒ Cette balance entre liberté et sécurité se fait toujours à l'avantage de la sécurité, et on a tendance à donner plus de pouvoir à l'administration pour prendre des mesures alors que le juge judiciaire est le gardien de nos droits civils.

Le Conseil constitutionnel, curieusement, n'a pas été saisi avant la promulgation de la loi dans le cadre de l'article 61. En revanche, il a été saisi par un certain nombre de QPC (4, rendues entre février et mars 2018) a posteriori. Le Conseil constitutionnel a déclaré l'ensemble de ces mesures comme conformes à la Constitution.

La loi qui pose le même dilemme est la loi anti-casseurs, adoptée le 10 avril 2019, visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations. Elle a été adoptée à l'initiative du groupe LR au Sénat en réaction de certaines manifestations à Paris en 2018.

La principale disposition de la loi est de permettre sous certaines conditions de procéder sur les lieux d'une manifestation et ses abords immédiats à l'inspection visuelle, la fouille des bagages et l'inspection des véhicules stationnés sur la voie publique. Les agents de police judiciaire, sous l'autorité de la PJ, peuvent procéder à ces contrôles afin de trouver les détenteurs d'armes.

Cette loi crée deux nouveaux délits : la faute de cacher partiellement ou totalement son visage en manifestation, et la faute de détenir une arme en manifestation.

Cela va à l'encontre du droit de manifester.

L'état d'urgence sanitaire : c'est aussi un régime attentatoire à nos libertés : liberté de commerce et industrie, de réunion, de déplacement... Loi du 23 mars 2020 (similaire à celle de 1955).

L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril la santé de la population. Peu de différences entre les deux régimes si ce n'est le but.

Les points communs :

- La présence d'un péril grave pour lequel l'Etat n'est plus en mesure de maintenir la sécurité de la population en restant dans une situation de police normale.
- Pour les deux régimes, leur mise en œuvre est décidée par une mise en œuvre en Conseil des ministres.
- Les mesures qui peuvent être prises sont similaires : il est possible de restreindre la circulation des personnes, d'ordonner un confinement, de fermer des établissements, d'ordonner un couvre-feu... Adaptation des mesures prévues par la loi de 1955 à la situation actuelle

Il n'y a qu'une différence : la prorogation de l'état d'urgence sanitaire se fait au Parlement dans un délai d'un mois. Or, pour l'état d'urgence classique, la prorogation se fait par une loi dans un délai de 12 jours, sur avis du Parlement.

En matière d'état d'urgence, les sénateurs ont listé les mesures que peuvent prendre le gouvernement pour éviter qu'il ne s'arroge des pouvoirs non-définis par la loi :

Le PM peut par décret, en accord avec le ministre de la Santé, prendre 10 sortes de mesures : la restriction/interdiction de déplacement des personnes et des véhicules, interdiction de sortie de domicile, mise en quarantaine des personnes infectées, mesure de placement ou d'isolement des personnes infectées, fermeture des établissements publics, contrôler le prix de certains produits nécessaires...

Ces mesures doivent être proportionnées au risque sanitaire et appropriées à la situation dans le temps. Ce contrôle doit être approuvé par le juge administratif. Le Conseil d'Etat, statuant en référé, a révoqué une ordonnance interdisant la sortie des patients d'EHPAD.

Des mesures peuvent être prises au cas par cas par les directeurs d'établissement.

III. Vers une reconnaissance d'une 3^{ème} et 4^{ème} génération de droits de l'Homme

Génération basée sur la fraternité et la solidarité.

Première génération : droits consacrés au XVIII^e siècle notamment par la DDHC, consacrent les droits politiques et civils. Le rôle de l'Etat y est plutôt considéré comme négatif.

Deuxième génération : apparaît à la fin du XIX^e siècle avec l'avènement des droits sociaux. Au contraire de la Première, on y demande à l'Etat d'intervenir dans la vie des bénéficiaires de ces droits. Il revient à l'Etat d'intervenir pour assurer la réalisation des droits et libertés (ex : création d'écoles, d'hôpitaux...). Ils sont consacrés par le Préambule de la Constitution de 1946.

Troisième génération : droits de solidarité, apparus à la fin de la 2^{GM}. Ils ont à la fois opposables à l'Etat et exigibles à celui-ci. (ex : droit à la paix, droit à un environnement sain).

La caractéristique essentielle est qu'ils ne peuvent se réaliser que par les efforts conjugués de tous les acteurs de la vie sociale : l'Etat, les individus, les entités publiques, la communauté internationale. Ils imposent des obligations à l'égard des individus : par exemple, le droit à l'environnement sain impose aux individus de respecter le patrimoine commun de l'humanité. Ce sont des droits communs, nouveaux, qui nécessitent un minimum de consensus social pour exister, et qui sont fondés sur une action solidaire.

Premier droit : droit à la paix, qui devrait servir à lutter contre les crimes de guerre, contre l'humanité, etc. qui devraient aussi les réprimer. Ils condamnent le terrorisme. Ce sont des droits qui sont en train de se réaliser : preuve en est que les poursuites contre les auteurs de crimes contre la paix tendent à s'institutionnaliser avec l'apparition de tribunaux spéciaux : par exemple la création d'un tribunal spécial pour le génocide au Rwanda, ou celui pour les crimes commis durant la guerre en Bosnie-Herzégovine.

Plus généralement, l'existence du traité de Rome du 10 juillet 1998 a permis la création de la Cour Pénale Internationale pour mettre fin à l'impunité des dirigeants politiques.

Le traité de Rome a été ratifié par la France, la constitution en a autorisé la ratification. Après cette révision constitutionnelle, la France a ratifié ce traité.

⇒ Ce droit à la paix connaît un début d'émergence, mais on ne peut pas dire qu'il existe vraiment en tant que tel

Deuxième droit : droit au développement, au progrès économique social au profit de tout individu

Troisième droit : droit à un environnement sain et équilibré. Devoir de défendre, tant pour les Etats que les entités privées, individus etc. d'assurer la qualité de vie des générations présentes et futures. L'Etat et les personnes privées ont des droits mais aussi des obligations, de respecter l'environnement.

Quatrième droit : droit à l'assistance humanitaire. Tiré des 4 Conventions de Genève, elles décrivent les règles de conduite des Etats en cas de conflit pour protéger les civils et les membres des associations humanitaires. Les conventions de Genève ont été signées par un grand nombre d'Etats, qui s'engagent donc à les respecter.

- ⇒ La faiblesse de cette troisième génération de droits de l'Homme est qu'elle n'a pas vraiment de fondements juridiques et n'est pas véritablement associée de sanctions. Il s'agit plus d'idéaux que de réalisations concrètes.

Quatrième génération de droits : les droits qui visent à protéger les individus des expansions des progrès technologiques. Elle pourrait inclure plusieurs droits : le droit du patient (protection de son corps, de ses données personnelles de santé, de la qualité de soins), pour les Big Data il y a le droit à la protection des données personnelles. L'existence de cette quatrième génération est rapprochable de la première génération. Opposable à l'Etat mais aussi aux personnes privées.

Cette quatrième génération est critiquée par la doctrine, car certains de ces droits sont déjà consacrés par la DDHC.

Chapitre 2 : La proclamation des libertés fondamentales

Les libertés publiques ont fait l'objet d'une constitutionnalisation

Elles ont été élevées au niveau constitutionnel. Ce phénomène de constitutionnalisation des libertés date de la décision du Conseil constitutionnel sur la Liberté d'association de 1971.

Deuxième phénomène : européanisation des libertés publiques sous l'influence de la CEDH mais surtout de la Charte des Droits fondamentaux.

Si leur existence est reconnue au niveau européen et constitutionnel, elles sont néanmoins mises en œuvre au niveau national, c'est au législateur d'assurer leur mise en œuvre.

Section 1 : La constitutionnalisation des libertés publiques

Pas un phénomène propre à la France : on le constate dans tous les pays européens. La reconnaissance des libertés publiques au niveau constitutionnel permet d'assurer la protection des libertés contre d'éventuels abus du législateur.

Dans le contexte d'une constitution rigide, le législateur ne peut porter atteinte aux libertés publiques sans modification de la Constitution par une procédure spécifique. La constitutionnalisation permet d'assurer la protection des libertés publiques contre les atteintes du législateur.

Dans la plupart des constitutions européennes aujourd'hui se trouve intégré un catalogue de droits fondamentaux.

La France n'en comprend pas, à la différence de la loi fondamentale allemande ou de la constitution italienne.

Pourquoi n'y a-t-il pas dans la constitution de 1958 un vrai catalogue de droit ? Car les constituants de 1958 n'entendaient pas faire œuvre novatrice : ils voulaient surtout renforcer les pouvoirs du président. De plus, ils estimaient que seule une assemblée constituante avait la légitimité pour constituer un tel catalogue de droit. Ils pensaient que l'exécutif n'était pas légitime pour le constituer. Aussi, les constituants de 1958 font maintenir la DDHC de 1789 ainsi que le préambule de la Constitution de 1946. Dans le préambule, on a une phrase qui se réfère à ces deux textes : « *le peuple français confirme solennellement son attachement aux droits de l'homme et à la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmés et complétés par le Préambule de la Constitution de 1946.* »

En 2005 a été rajoutée à ces deux textes une référence à la Charte de l'Environnement de 2004 par le président Jacques Chirac.

Il n'y a donc pas de catalogue, le constituant a préféré se référer aux textes les plus importants qui ont marqué les droits de l'Homme en France.

Cette constitutionnalisation de la DDHC et du Préambule de 1946 a permis la création d'un bloc de constitutionnalité : il comprend l'ensemble des règles de valeur constitutionnelle par rapport auxquelles s'opère le contrôle de constitutionnalité.

Il comprend différents principes :

- La Constitution
- La Déclaration de 1789
- Le Préambule de la constitution de 1946
- Les principes particulièrement nécessaires à notre temps
- Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
- Les principes et objectifs

I) Les articles de la Constitution qui consacrent des libertés publiques

Ils sont très peu nombreux : seulement deux. L'article Premier consacre la liberté d'opinion et l'égalité devant la loi. « *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.* »

Est consacré en corollaire de la laïcité le principe de respect des croyances.

De plus, dans cet article est affirmé le principe d'égalité.

La constitution affirme également, depuis la révision de 2008, l'égal accès des femmes et hommes aux mandats électoraux et aux responsabilités professionnelles et sociales.

Deuxième article : article 66 qui consacre le droit à la sûreté. Il est libellé de la manière suivante : « *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.* »

Cette disposition constitutionnelle a donné lieu à de nombreuses jurisprudences venant préciser sa portée.

A été introduit par la révision constitutionnelle de 2007 de l'article 66-1 l'interdiction de la peine de mort. Auparavant, cela n'avait qu'une portée législative. Elle a été introduite dans la constitution pour empêcher le législateur, poussé par un courant extrémiste, d'abroger l'interdiction de la peine de mort facilement. Il faudrait faire une révision constitutionnelle, procédure compliquée.

La constitutionnalisation joue donc un rôle de garde-fou contre les excès du législateur.

II. Le Préambule de la Constitution de 1958

Il est très concis mais porteur d'un véritable catalogue de libertés publiques. Il renvoie à la DDHC et au préambule de la constitution de 1946.

A) La valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958

Sous la IV^{ème} République, on avait refusé de donner une valeur constitutionnelle aux libertés publiques, et le contrôle de constitutionnalité ne pouvait s'effectuer en référence au Préambule de la constitution, car celui-ci n'avait aucune valeur. Pour déclarer une loi constitutionnelle, il fallait faire l'inverse, et modifier la Constitution pour la rendre conforme à la loi.

En revanche, sous la V^{ème} République, la valeur constitutionnelle du Préambule de la constitution de 1946 ne fait aucun doute depuis la décision de 1971. Le Conseil constitutionnel est saisi en 1971 par le président du Sénat, à l'époque Alain Poher. Il va saisir le Conseil constitutionnel sur la question de la constitutionnalité de la loi complétant la loi de 1971 relative à la liberté d'association. Elle soumettait la création des associations à une autorisation préalable du juge judiciaire. A l'étonnement de tous les juristes, le Conseil constitutionnel va déclarer inconstitutionnel cette loi, car elle n'était pas conforme à un Principe fondamental reconnu par la loi de la République : la liberté d'association.

Pour les associations, cette décision implique qu'elles peuvent se constituer par la seule volonté de son créateur. Elle exclut toute intervention préalable d'une autorité publique, qu'elle soit administrative ou judiciaire.

Pour le Conseil constitutionnel, toute subordination de l'existence de la création d'une association à un contrôle préalable est contraire au PFRLR de liberté d'association, et donc contraire à la Constitution.

Ce qui est tout aussi important que cette décision est le raisonnement du Conseil constitutionnel : le terme de PFRLR ne figure pas dans la constitution de 1946, uniquement dans son Préambule. Cela signifie que le Conseil constitutionnel considère que ce préambule de la constitution de 1958 et les textes auxquels il renvoie (DDHC et préambule 1946) ont une valeur constitutionnelle.

En outre, la décision du Conseil constitutionnel mentionne pour la première fois « vu la constitution et son préambule » : elle mentionne le préambule de 1958.

Cette décision est essentielle : elle fait du préambule une partie intégrante du texte de la constitution de 1958. Elle reconnaît à son préambule la même force constitutionnelle que les autres dispositions du préambule de 1946.

Avec cette décision de 1971, pour la première fois, le Conseil constitutionnel a osé braver le pouvoir politique et censurer une loi amenée par le gouvernement de l'époque. Elle s'est érigée en protectrice contre les atteintes du législateur.

B) L'application de la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958

Pour le préambule de la constitution de 1958, la décision de 1971 a permis d'intégrer les trois textes dans le bloc de constitutionnalité. Seront aussi intégrés les PFRLR et les principes particulièrement nécessaires à notre temps.

1) La constitutionnalisation de la DDHC

La première décision qu'a pris le Conseil constitutionnel qui censure le législateur pour manquement à la DDHC est la décision du 27 décembre 1973, Taxation d'office. Elle consacre l'égalité devant l'impôt. A été soumise au Conseil constitutionnel une loi de finance pour l'année 1974 (anticipation de l'année d'après) relative à la taxation d'office des gros contribuables.

C'était un article destiné à lutter contre la fraude fiscale, et qui autorisait les agents du fisc à taxer les gros contribuables en cas de dépenses personnelles ostensibles et manifestes lorsqu'elles dépassaient les ressources déclarées. (ex : Bernard Tapie et son yacht Phocéa)

L'article faisait une différence entre petits et gros contribuables : il autorisait les petits contribuables à apporter la preuve contraire en cas de taxation d'office. En revanche, la preuve était irrecevable lorsque c'était un gros contribuable.

Le Conseil constitutionnel a déclaré que cette distinction de preuve était inconstitutionnelle car cette loi était contraire à l'égalité devant la loi consacrée dans la DDHC.

La DDHC est le texte le plus utilisé par le Conseil constitutionnel.

2) La constitutionnalisation du Préambule de 1946 et ses indications

Le préambule est ainsi libellé : « *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.* »

Elle reconnaît aussi les Principes particulièrement nécessaires à notre temps. Les PPNT ont la particularité d'être énumérés par le Préambule de la Constitution de 1946, à la différence des PFRLR.

Le préambule de 1946 est révélateur de ce que sont les PPNT : « *Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :* »

La première décision du Conseil constitutionnel à avoir fait expressément référence à un PPNT est la décision de 1975 sur l'IVG. Il garantit aux enfants la santé. Par la suite, le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle des PPNT.

La doctrine distingue les principes politiques des principes économiques et sociaux. Les principes politiques concernent les principes extérieurs de la France : « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.* » ou encore l'alinéa 14 qui pose le respect par la France des règles de droit international public et du non-emploi de la force contre la liberté d'un peuple. L'alinéa 15 indique que la France consent, sous réserve de réciprocité, aux limitations de souveraineté nécessaire à l'organisation et à la défense de la paix.

A côté de ces principes politiques existent les principes politiques et sociaux, qui donnent à l'homme un certain statut social : ex : droit de la famille (alinéa 10) « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.* ». Aussi, droit de solidarité dans l'alinéa 11 : « *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.* »

Il y a aussi les droits qui visent l'homme en tant que travailleur. Est indiqué un droit à l'emploi et à la non-discrimination au travail, droit de se syndiquer et de grève.

Ce sont plus des idéaux que des obligations. Il revient toujours au législateur de mettre en œuvre ces principes en raison de leur caractère abstrait et parfois idéaliste. Comment mettre en œuvre le droit de chacun à avoir un emploi ?

En conséquence, le Conseil constitutionnel admet que les décisions qui sanctionnent les PPNT sont moins nombreuses que celles sur les PFRLR.

3) Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

Les PFRLR sont une catégorie de principes au même titre que les PPNT. Il est revenu au Conseil constitutionnel de reconnaître les PFRLR, il en a dressé la liste. Alors comment fait le Conseil constitutionnel pour décider que tel ou tel principe est un PFRLR ?

Le Conseil constitutionnel va d'abord se défendre de faire œuvre de création en la matière : il ne fait que constater les principes déjà existants. Pourtant, c'est bien le Conseil constitutionnel qui les découvre, et en les consacrant en temps que tel, leur confère une valeur constitutionnelle. Il fait valeur de création. Cela rappelle fortement les Principes Généraux du Droit.

Le Conseil constitutionnel va tout faire pour éviter ce reproche : on constate alors une tendance du Conseil constitutionnel à s'appuyer de plus sur des textes précis lorsqu'il crée un PFRLR. Aujourd'hui, il préfère d'ailleurs en éviter la création en se reposant sur des textes déjà existants.

Par conséquent, les PFRLR occupent une place réduite dans le bloc de constitutionnalité : il n'en existe que 11.

Il faut trois conditions pour reconnaître un PFRLR :

- Il doit s'agir d'un texte législatif antérieur à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946. Il doit s'agir d'une législation républicaine (pas empire, pas monarchie, pas Vichy)
- Le principe doit être consacré comme un principe juridique général, constant et absolu. Il faut que le principe érigé en PFRLR se soit appliqué de manière continue, n'ait jamais été dérogé par une loi républicaine avant la constitution de 1946. Sinon, le principe ne saurait être regardé en tant que PFRLR.
- Il doit intéresser des domaines essentiels pour la vie de la nation : les libertés fondamentales, la souveraineté nationale, l'organisation des pouvoirs

Certains principes, après avoir été consacrés comme PFRLR, sont aujourd'hui directement rattachés par le Conseil constitutionnel à des textes à valeur constitutionnelle, même s'ils sont vagues et imprécis. Il y a une volonté du Conseil constitutionnel de ne pas subir cette critique du gouvernement des juges : il préfère donc fonder ce principe sur un texte juridique précis. Par exemple, la liberté individuelle, reconnue en 1977 par le Conseil constitutionnel en tant que PFRLR, est aujourd'hui rattaché à l'article 66 de la Constitution.

La liberté individuelle est souvent confondue avec la sûreté.

Autre exemple : la liberté de conscience est aujourd'hui rattachée à l'article 10 de la constitution. Le respect du droit de la défense est rattaché à l'article 16.

Il reste encore 8 PFRLR, qui ne sont pas rattachés à un texte précis. Il y a :

- La liberté d'association reconnue par la décision du Conseil constitutionnel de 1971
- La liberté d'enseignement et notamment de l'enseignement supérieur
- L'indépendance de la juridiction administrative
- L'indépendance des professeurs d'université, puis élargie à tous les enseignants-chercheurs
- La compétence exclusive de la juridiction administrative pour l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice de la puissance publique
- L'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière
- L'existence d'une juridiction pénale pour les mineurs
- Le principe de pérennité du droit local d'Alsace-Moselle qui permet le maintien en vigueur la législation de l'Alsace-Moselle tant qu'elle n'a pas été remplacée par le droit commun.

C'est le Conseil d'Etat qui crée les PFRLR. Création d'un nouveau PFRLR avec l'arrêt Koné : le principe de refuser pour un Etat une extradition d'un étranger lorsque celle-ci est demandée dans un but politique.

Le Conseil d'Etat aurait dû considérer ce principe non pas comme un PFRLR mais un PGD : ce dernier a valeur infra-législative pour certains, valeur législative pour d'autres, mais inférieure aux traités internationaux en tout cas.

En considérant ce principe comme un PFRLR, le Conseil d'Etat a pu appliquer ce principe à la convention concernée : le Conseil d'Etat a pu ainsi écarter de l'application de la convention au motif que celle-ci va à l'encontre du PFRLR. C'est une solution choquante : que se passerait-il si le Conseil d'Etat refusait de le considérer comme PFRLR ? Est-ce raisonnable que le Conseil d'Etat puisse créer des PFRLR ? Il ne peut pas créer des normes à valeur constitutionnelle

De plus, cela allait à l'encontre d'une convention

- ⇒ Il ne revient pas au Conseil d'Etat de remettre en cause des accords internationaux signés par la France s'ils ne vont pas à l'encontre de la Constitution

C) Constitutionnalisation de la Charte de l'environnement de 2004

Elaborée en 2004 sous Chirac. La révision constitutionnelle de mars 2005 avait seulement pour objectif de mettre cette charte dans la Constitution. La charte est désormais constitutionnalisée.

Le premier alinéa de la constitution se réfère aujourd'hui également à la charte. « *ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.* »

Droits et devoirs qui relèvent de la troisième génération des droits de l'Homme. En réalité, ces obligations étaient soit déjà dans la loi soit dans la législation européenne.

C'est un texte qui contient des droits mais aussi des devoirs. C'est plutôt rare.

Dans son article 1^{er}, elle consacre un droit individuel : le droit de chacun à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de sa santé. En contrepartie, elle va créer un devoir pour toute personne privée ou publique de prendre part à la préservation de l'environnement. La charte va ensuite consacrer 3 grands principes :

- D'abord de la responsabilité écologique qui implique que toute personne doit prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou à défaut, d'en limiter les conséquences. (article 3)
- Le principe de pollueur-payeur (article 4)
- Le principe de précaution (article 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.* ». Contrairement au principe de prévention du risque écologique qui vise à prévenir un risque certain de dommage, le principe de précaution n'intervient qu'en cas d'incertitude de la réalisation du dommage. Le problème est qu'une découverte scientifique ou médicale implique toujours des mesures préventives pour estimer les dommages qu'ils peuvent créer : ex : les OGM, soumis à une étude préalable, ou les vaccins (ex :

AstraZeneca). Trop de précautions tuent l'innovation scientifique : voilà pourquoi les chercheurs le critiquent.

- « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.* » Cet article 6 est intéressant car il montre que la protection de l'environnement est un choix sociétal.

La Charte de l'environnement est utilisée peu fréquemment par le Conseil Constitutionnel. En 2008, il a constitué que l'ensemble des droits et devoirs dans cette Charte ont une valeur constitutionnelle, et s'impose donc aux pouvoirs publics et aux autorités administratives.

Cette charte montre l'ambition de la France en faveur de l'écologie et du développement durable.

III) Les principes et les objectifs de valeur constitutionnelle

A) Les principes de valeur constitutionnelle

Ces principes ne sont ni dans la Constitution de 1958 ni dans le Préambule de 1946. Ils sont dégagés par le Conseil constitutionnel ex nihilo.

Aujourd'hui, ils sont toujours rattachés à un autre texte pour éviter le gouvernement des juges.

Par exemple, les deux libertés suivantes étaient des principes à valeur constitutionnelle, mais aujourd'hui ils sont considérés comme découlant de la DDHC de 1789 :

- La liberté d'entreprendre, déclaré comme principe constitutionnel par la décision de 1992 sur les nationalisations. Pourquoi avait-il refusé d'en faire une PFRLR ?
Parce que ce texte avait été voté sous la monarchie constitutionnelle.

La seule qualification de principe à valeur constitutionnelle suffisait à intégrer cette liberté dans le bloc de constitutionnalité. En 2015, dans la décision du Conseil constitutionnel Société holding des îles, a décidé de rattacher la liberté d'entreprendre à l'article 4 de la DDHC. (« La liberté constitue à faire ce qui ne nuit pas à autrui. »)

- Le respect de la vie privée : le Conseil constitutionnel a consacré en 1995 ce droit comme un principe à valeur constitutionnelle, a réaffirmé la valeur en 2009, et l'a finalement rattaché à l'article 2 de la DDHC

Ces principes non-rattachés sont la continuité de l'Etat et du service public, le principe de dignité humaine (dégagé par la décision du Conseil constitutionnel de 1994 sur la bioéthique, il y précise que les manipulations génétiques ne doivent pas porter atteinte à la dignité humaine). Dans une décision du 1^{er} août 2013 relative à la bioéthique, le Conseil constitutionnel précise ce qu'il entend par « dignité humaine ». Cela autorise sous certaines conditions la recherche sur les embryons et les cellules souches. Le principe de dignité humaine se base sur le Préambule de 1946. Dans cette deuxième décision, il proclame la valeur comme principe constitutionnel.

Principe de sincérité du scrutin, principe de fraternité : résulte d'une décision QPC du Conseil constitutionnel de juillet 2008. Cela portait sur le délit d'aide à l'entrée à la circulation et au séjour irrégulier. A l'époque l'article L.222-A du CESEDA punissait l'aide directe ou indirecte apportée à un étranger qui permettait à cet étranger de séjourner. Les immunités pénales humanitaires se limitaient au séjour et ne jouaient pas à l'entrée ni au déplacement sur le territoire français. La QPC est renvoyée à la cour de cassation dans l'affaire Cédric Herrou, qui aidait les étrangers en situation irrégulière à se rendre à Marseille pour qu'ils puissent faire une demande de titre de séjour. Ce délit qui consiste aider les étrangers en situation irrégulière à entrer ou se déplacer sur le territoire français portait une grave atteinte notamment au principe de fraternité. Par cette QPC de 2018, le Conseil constitutionnel a consacré le principe de valeur constitutionnelle de fraternité en s'appuyant sur 3 fondements textuels :

- Article 2 de la Constitution de 1958 qui édicte que la devise de la République française est « Liberté, égalité, fraternité »
- Le préambule de la Constitution de 1946
- Article 72-3 de la Constitution de 1958

Le Conseil constitutionnel a conclu qu'il ressort de ces textes constitutionnels que la fraternité a une valeur constitutionnelle. Conséquence, cela implique la liberté d'aider dans un but humanitaire sans distinction de régularité.

Le Conseil constitutionnel assure qu'il appartient au législateur de concilier le principe de fraternité et les exigences de maintien de l'ordre public avec l'immigration clandestine. L'aide à la circulation des étrangers doit bénéficier des immunités pénales dès lors qu'elle est justifiée par des motifs humanitaires, de fraternité. Aussi, pour le Conseil constitutionnel, toute personne qui a facilité ce déplacement des étrangers en situation irrégulière doit bénéficier d'une exemption. Par contre, le Conseil constitutionnel va refuser de considérer que l'aide à l'entrée sur le territoire doit en bénéficier.

Aujourd'hui, une aide au séjour d'un étranger n'est plus susceptible de poursuites pénales. Cependant, l'entrée, même désintéressée, peut faire l'objet de poursuites pénales.

Les deux derniers principes à avoir été consacrés en temps que principe constitutionnel sont le principe de publicité des audiences devant les juridictions civiles et administratives et le principe de publicité des débats et de prononcé du jugement (décision du 21 mars 2019)

B) Les objectifs à valeur constitutionnelle

Dans cette catégorie, chaque objectif trouve son fondement dans un texte à valeur constitutionnelle. Ces objectifs doivent être respectés par le législateur et les autorités publiques, qui doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour les réaliser. Le Conseil constitutionnel va considérer qu'il est interdit au législateur de les méconnaître, il ne doit pas adopter de mesure législative allant à leur encontre. De même, le Conseil constitutionnel

estime que le législateur a l'obligation de les prendre en compte. Enfin, le Conseil constitutionnel va pouvoir restreindre des droits ou libertés au nom de ces objectifs à valeur constitutionnelle.

Par exemple : pour le premier objectif, pluralisme des courants d'expression socio-culturelle, le Conseil constitutionnel a considéré que la liberté de communication doit être conciliée avec cet objectif de pluralisme de courant d'expression.

Cette liste n'est pas très longue, il y a 14 objectifs. la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, le pluralisme, la transparence financière des entreprises de presse, la protection de la santé publique, la recherche des auteurs d'infractions, la lutte contre la fraude fiscale, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi que l'égalité entre les collectivités territoriales.

Ce ne sont que des objectifs : ils sont souvent difficilement atteignables.

Est-ce qu'il existe une hiérarchie entre tous ces objectifs, principes, etc. ? Le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu de hiérarchie entre ces différentes normes à valeur constitutionnelle. En conséquence, le Préambule de 1946 n'est pas supérieur à la charte de l'environnement, etc.

Section 2 : L'eupéanisation des libertés publiques

1) La Convention européenne des Droits de l'Homme

Il s'agit d'une convention internationale instituée par le Conseil de l'Europe, et selon l'article 55 de la Constitution, les traités régulièrement ratifiés ont une valeur supérieure aux lois.

La France a ratifié la CEDH le 3 mai 1974, donc extrêmement tard. Et encore, elle ne reconnaissait pas la possibilité pour les individus de saisir directement la Cour européenne des Droits de l'Homme (seulement en 1981). Cela s'explique par la pratique de la torture par la France durant la Guerre d'Algérie.

Les deux traités qui font l'UE sont le TUE et le TFUE. La charte des droits fondamentaux a valeur de droit primaire.

La CEDH s'applique aux juges, qui doivent rendre leurs décisions en accord avec cette dernière. Elle a donc une forte importance dans le droit interne français.

La Cour peut être saisie par un individu, ou par un Etat contre un autre Etat (mais cela ne fonctionne pas vraiment, par peur des représailles. Ex : France contre la Turquie, Arménie et Azerbaïdjan)

A) Le mécanisme de protection des droits de l'Homme

La Convention Européenne des Droits de l'Homme a été adoptée en 1950, après la fondation du Conseil de l'Europe en 1949. Elle est entrée en vigueur en 1953, après 10 ratifications. Il s'agit du modèle le plus sophistiqué de protection des droits de l'Homme à l'international. Ce n'est pas le seul modèle de protection des droits de l'homme régional (Cour africaine des Droits de l'Homme, Cour américaine...) mais le plus sophistiqué est l'europpéen. C'était probablement plus simple à mettre en place juste après la 2nde Guerre mondiale, quand tout le monde voulait à tout prix éviter un retour à la guerre.

C'est un modèle sophistiqué car il se distingue par la place accordée aux individus dans la CEDH. L'individu y joue un rôle-clé, il peut saisir lui-même une cour internationale, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, lorsque qu'un Etat ayant ratifié la CEDH viole un des droits prévus par cette dernière. L'individu est érigé en véritable sujet de droit, contrairement à la plupart des cas en droit international public, sauf exception.

L'article 34 de la CEDH est important, il permet à un individu de soumettre directement à la cour européenne des droits de l'Homme les violations dont il se plaint, ce processus est qualifié de « pierre angulaire du mécanisme de protection européen des droits de l'Homme ».

On parle alors de requête individuelle, libellée de la manière suivante : *« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. »*

Un bémol pour ce rôle primordial joué par les individus : une personne ne peut s'adresser à la cour européenne des droits de l'Homme sans avoir épuisé les voies de recours internes. C'est la condition de recevabilité. La requête est considérée comme irrecevable par la Cour si le requérant n'a pas introduit tous les recours mis à sa disposition par son pays.

Cette condition constitue une des traductions du caractère subsidiaire du mécanisme de sauvegarde mis en place par la CEDH. Le principe de subsidiarité va ménager aux autorités nationales et avant tout aux tribunaux la possibilité de redresser la violation avant que la Cour n'intervienne. On peut dire que le juge national reste en principe le juge de droit commun, le « juge normal », et que la Cour n'intervient qu'en cas de défaillance des systèmes de production nationaux des droits de l'Homme.

Exception : Dans certains cas, la cour estime que le requérant n'est pas dans l'obligation d'épuiser les recours internes : en l'absence de recours effectif, face à la passivité des autorités judiciaires...

Si l'originalité de la CEDH tient au perfectionnement de sa mise en place juridictionnelle, son caractère sophistiqué, le contenu de la CEDH n'est pas très original : il reprend des droits garantis par la Convention universelle des Droits de l'Homme, créée par l'Assemblée Générale de l'ONU en 1948.

Les types de droits consacrés par la CEDH sont des droits civils et politiques. On peut citer le droit à la vie, la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage, de la servitude, du travail forcé ou obligatoire, droit à la sûreté, droit à un procès équitable, droit à la vie privée, à la liberté de conscience et de religion, droit au mariage entre deux personnes de sexe différent, liberté d'expression ou encore d'association, etc.

Des droits en principe civils et politiques, avec des exceptions (droit de la propriété, de l'éducation...)

Ces droits imposent une abstention de l'Etat, ils ne doivent pas s'immiscer dans l'exercice d'un droit exercé dans le cadre de la CEDH. Par exemple, un Etat ne doit pas censurer la presse, ne doit pas interdire une manifestation...

Avec le temps, la Cour a considéré qu'une attitude purement passive de l'Etat pouvait rendre illusoire un droit garanti par la CEDH, et a estimé que l'Etat avait parfois des « obligations positives » pour garantir l'exercice des droits garantis par la CEDH.

Avec la jurisprudence de la Cour, un Etat doit prendre toutes les mesures raisonnables et adéquates pour garantir l'effectivité du droit protégé.

Exemple : arrêt *Siliadin c/ France*, la cour a mis en cause l'insuffisance du droit pénal en France pour assurer la protection concrète de la requérante, victime d'esclavagisme domestique. La France aurait dû avoir un arsenal juridique nécessaire pour condamner ce genre de pratique.

Exemple : lorsqu'une personne disparaît (enlevée par la police, des militaires par ex.), la Cour européenne des droits de l'Homme oblige les Etats à mener une enquête pour découvrir la cause et les responsables de la disparition. Exemple : arrêt *Osman c/ Royaume-Uni*, Grande Chambre, rendu le 28 octobre 1998. Les faits sont les suivants : un enseignant témoignant d'un empressement suspect envers l'un de ces élèves, nommé Osman. L'enseignant va harceler la famille Osman, effectuer des actes de vandalisme contre leur maison, et tuer le père de l'élève. L'attention de la police avait été attirée à plusieurs reprises par le comportement suspect de l'enseignant, elle savait donc. Elle n'a cependant pas pris de mesure pour protéger la famille. La requérante, Mme. Osman, déplorait devant la Cour que la police n'avait pas pris les mesures nécessaires pour protéger la vie de son mari et l'intégrité physique de son fils. Elle accuse la police d'avoir failli à respecter le droit à la vie, consigné dans l'article 2 de la CEDH.

Ce qu'on reproche au Royaume-Uni, c'est de ne pas avoir pris les mesures nécessaires alors que les autorités nationales savaient. L'arrêt *Osman* pose donc une obligation pour les Etats

de prendre toutes les mesures pratiques afin de protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui. La Cour estime qu'en principe, les autorités britanniques auraient dû prendre les mesures préventives nécessaires pour protéger la famille Osman. Elle ira plus loin en ajoutant que la charge de la preuve appartient au requérant, qu'ils doivent démontrer que les autorités nationales savaient. Dans cet arrêt, elle a établi que la police savait et qu'elle n'a pas pris assez de mesures, sachant que l'école l'avait prévenue. Cependant, rien ne laissait penser que le comportement de l'enseignant pouvait porter un risque pour l'intégrité physique de l'adolescent et la vie du père.

En l'absence de menaces suffisamment établies, la Cour a estimé que le Royaume-Uni n'avait pas violé le droit à la vie du père Osman.

Ici, non seulement l'Etat ne doit pas s'immiscer dans le droit à la vie, et a une obligation positive, de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la vie des requérants.

B) La ratification tardive par la France de la CEDH

La France a ratifié tardivement la CEDH, le 3 mai 1974. En 1981, la France a reconnu la possibilité de porter plainte contre elle devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.

La CEDH a été ratifiée par le président intérimaire après la mort de Pompidou, Alain Poher. On attend 1974 pour laisser passer du temps après la fin de la guerre d'Algérie, sans pour autant reconnaître le droit de recours individuel (2 octobre 1981, sous Mitterrand). Cette reconnaissance n'a pas été sans contrepartie : de très nombreuses requêtes ont été introduites contre la France, dont certaines ayant abouti.

La France a admis quelques réserves, notamment sur les mesures permettant la mise en œuvre de l'article 15 et de l'état d'urgence et de siège, permettant de déroger à certains droits et libertés garantis par la CEDH. Certains droits ne sont pas dérogeables : droit à la vie, prohibition de la torture, interdiction de l'esclavage et au principe selon lequel il n'y a pas de paix sans loi.

C'est la raison pour laquelle la France a écrit en 2015, suite aux attentats du Bataclan, une lettre au Secrétaire général du Conseil de l'Europe pour l'informer qu'elle allait déroger à certains droits en mettant en place l'état d'urgence.

C) L'influence de la Convention sur la France

1) Le statut de la Convention dans les juridictions françaises

Pendant longtemps, il existait une divergence importante entre les juridictions civiles et administratives : le Conseil d'Etat n'avait pas la même position que la Cour de cassation, qui

est très ouverte au droit international et européen, alors que le Conseil d'Etat y était plutôt réticent (sa position a évolué).

C'est avec l'affaire Jacques Vabre de 1975 que la Cour de Cassation a admis la supériorité du droit européen et donc de la CEDH sur le droit interne. La Cour de Cassation a posé le principe de supériorité, et notamment sur la loi (qu'elle soit postérieure ou antérieure)

C'est en 1989 qu'avec l'arrêt Nicolò, le Conseil d'Etat va reconnaître la supériorité des traités internationaux, et donc de la CEDH sur le droit interne

2) L'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit interne

Il faut se référer à l'article 46 de la CEDH : au paragraphe 1, est consacré l'effet obligatoire et relatif des arrêts.

- Effet obligatoire : les Etats s'engagent à se conformer aux arrêts de la Cour des droits de l'Homme.
- Effet relatif : l'arrêt de la Cour ne s'applique qu'au cas spécifique de l'espèce qui lui a été soumise.

Au vu d'un arrêt rendu contre un pays, un autre pays appliquerait immédiatement l'arrêt de la Cour pour ne pas tomber sous l'accusation de la Cour.

Au Conseil de l'Europe, les Etats restent souverains, contrairement à l'UE. Le Conseil des ministres gouverne, l'Assemblée parlementaire n'a qu'une portée consultative.

Le paragraphe 2 de l'article 46 porte sur la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour, et il va revenir à l'organe politique, le Comité des Ministres, qui rassemble les ministres des Affaires Etrangères des 47 Etats membres. C'est un processus politique mis en place, et repose sur des négociations diplomatiques entre Etats membres du Conseil de l'Europe.

L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres, qui va inviter l'Etat défendeur à communiquer toutes les mesures prises pour respecter ledit arrêt qui le condamne. Concrètement, l'Etat doit payer une « satisfaction équitable » (autre terme pour indemnité), et doit s'engager à prendre les mesures individuelles et nécessaires pour effacer cette violation de la CEDH. L'Etat doit également prendre les mesures générales liées à l'obligation pour éviter que de nouvelles violations similaires puissent avoir lieu. Il doit donc les prévenir avec des mesures générales (par loi, ou par décret par ex.)

Les pays les plus condamnés sont la Turquie, la Russie, la Pologne, l'Italie... La France est plus loin derrière.

Exemple : l'esclavage domestique, interdit par l'article 4. Arrêt Siliadin contre France : il s'agissait d'une jeune requérante d'origine togolaise amenée en France avec la complicité de sa propre famille. Elle fut hébergée d'un couple en contrepartie de 15 heures de travail par

jour, aucune rémunération, aucune scolarisation, aucun jour de repos, elle dormait par terre, confiscation de son passeport. Les juridictions françaises ont été saisies par la requérante, qui n'ont pas détecté de vulnérabilité chez la victime. Puisque les voies de recours internes ont été épuisées, la requérante va introduire une requête devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui va condamner la France. La Cour constate que la requérante n'avait pas été réduite en esclavage : bien que les employeurs aient exercé un contrôle sur la requérante, ils n'avaient pas de véritable propriété sur elle. Cependant, la Cour a analysé que la situation s'assimilait à de la servitude (obligation de prêter ses services sous la contrainte) et du travail forcé obligatoire. La France a donc été condamnée, car elle n'a pas pris les mesures nécessaires.

Il n'y avait pas en France de législation pénale permettant de réprimer les auteurs d'un tel traitement, pas de cadre législatif et administratif permettant de lutter efficacement contre la servitude et le travail forcé. Elle a été condamnée car elle ne disposait pas de l'arsenal requis. Elle a d'ailleurs été condamnée 2 fois, et donc obligée de modifier son Code Pénal, en instaurant en 2013 les crimes de réduction en esclavage (défini en droit français par le fait d'exercer sur une personnes les attributs d'un droit de propriété, et de travail forcé (fait, par la violence ou la menace, de contraindre une personne d'effectuer un travail sans rétribution ou avec une rétribution sans rapport avec l'importance du travail accompli.) Avant l'insertion de ces deux nouveaux crimes, le seul chef d'accusation possible était la maltraitance.

Exemple 2 : la France a été condamnée pour torture dans l'arrêt Selmouni contre France. Selmouni était un trafiquant de drogue condamné à 7 ans de prison. A l'occasion de sa garde à vue avant son incarcération, il a été très gravement maltraité (coups de batte de baseball, cris, menace de seringues, sévices sexuels). La France fut donc condamnée pour torture, même contre un trafiquant de drogue.

Exemple 3 : Cas des écoutes téléphoniques

Exemple 4 : La France a été condamnée pour absence d'indépendance des magistrats du parquet. Les mesures législatives pour s'en assurer n'ont pas encore été prises. La Cour européenne des Droits de l'Homme a condamné à l'unanimité la France en 2010 pour l'absence d'indépendance du parquet à l'égard du pouvoir exécutif (subordination) dans l'arrêt Moulin

La chambre de la cour a estimé que la France a violé l'article 5 paragraphe 3 de la CEDH : « toute personne arrêtée ou détenue doit aussitôt être traduite devant un juge ou devant tout autre magistrat habilité par la loi d'exercer une autorité judiciaire ». Mme. Moulin a été présentée devant le procureur adjoint du TGI de Toulouse. Moulin est poursuivie pour trafic de drogue, arrêtée puis placée en GAV en 2005. Pendant la GAV, la requérante n'a pas été entendue personnellement par des juges d'instruction en vue d'un examen par ces juges des circonstances qui justifient sa détention. Elle a simplement été présentée au procureur

adjoint du TGI de Toulouse. En espèce, la cour de Strasbourg a considéré qu'elle n'avait pas été traduite devant un juge comme l'entendait l'article 5 paragraphe 3 de la CEDH.

Pour la Cour, le procureur adjoint ne remplit pas les qualités requises de juge. Les juges dépendent d'un supérieur hiérarchique (Garde des Sceaux), pas inamovibles, sont placés sous la direction de contrôle de leur supérieur hiérarchique au sein du parquet. Du fait de leur statut, la cour a jugé que les juges ne sont pas indépendants du pouvoir exécutif. La France a été condamnée une deuxième fois en Grande Chambre de la Cour, arrêt Medvediev et autres c/ France, 29 mars 2010 rendu par la Cour européenne des DH.

En effet, dans l'organisation actuelle, les magistrats du parquet sont nommés par le gouvernement. Le conseil supérieur de la magistrature ne donne qu'un avis, qui ne lie pas le gouvernement.

La cour insiste sur le fait que le Garde des sceaux peut bouger les magistrats à sa guise, et qu'il est aussi maître du pouvoir disciplinaire à leur égard. Cela s'explique par le fait qu'il revient au gouvernement de définir la politique pénale française, et aux membres du parquet de l'appliquer, notamment pour assurer l'égalité de tous devant la loi pénale. On soupçonnait l'exécutif de se protéger des poursuites par cela.

Nouvelle condamnation, arrêt de la Cour européenne avec une force obligatoire.

Loi sur l'indépendance du parquet, 16 juillet 2016 : loi assez limitée, il appartient au magistrat d'adresser des instructions dans des affaires individuelles, et pas au Garde des Sceaux. Ce dernier, étant encore chef de la politique pénale en France, peut encore adresser des instructions générales.

Loi quand même importante, mais jugée encore insuffisante. Il faudrait impérativement réviser la Constitution de 1958 pour garantir l'indépendance des magistrats du parquet. Une telle révision a été envisagée par le Président Hollande pour faire en sorte que les magistrats soient nommés sur avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature, mais n'a pas abouti. Le Président Macron a souhaité reprendre cette révision, a déposé un projet de révision constitutionnelle en août 2019. Il prévoyait d'inscrire dans la constitution la règle selon laquelle les magistrats sont nommés uniquement sur avis conforme du Conseil supérieur de la Magistrature. Cette révision constitutionnelle n'a pas été débattue, et on doute qu'elle aboutisse sous ce mandat présidentiel.

C'est une réforme jugée encore insuffisante, la Cour européenne souhaitait que le constituant fasse disparaître tout rattachement entre le parquet et le ministère de la Justice.

Si le parquet était véritablement indépendant, on n'aurait pas de complaisance envers les hommes politiques (Opinion Benoît-Rohmer)

Dans d'autres cas, la Cour n'a pas sanctionné la législation française, au contraire l'a cautionné, a délivré une sorte de « label droits de l'Homme » à la France, ce qui est contestable.

Arrêt de grande chambre SAS c/ France, 1^{er} juillet 2014. La Cour a été saisie d'une requête en raison d'une loi de 2010 qui interdit la dissimulation du visage dans l'espace public. Si a priori cette loi est neutre, elle est essentiellement dirigée contre le port du voile intégrale dans l'espace public français.

La raison de la requérante, musulmane pratiquante, voulait porter la burka et le niqab en dehors de chez elle, pour être en accord avec sa foi personnelle (on ne voit donc pas son visage). Elle précisait que ni sa famille ni son mari ne la contraignait à le porter. Elle a donc avancé que cette loi « *viole sa liberté de manifester en public sa religion* ».

La CEDH, dans cette affaire, a rendu un arrêt dont la solution était loin d'être prévisible : la France pensait être condamnée dans cette affaire, à cause de l'article 9 (liberté religieuse) mais aussi de l'article 8 de la CEDH, qui consacre le droit à la vie privée. Il y avait aussi de fortes chances qu'elle soit condamnée par l'article 14, discrimination sur le fondement de la religion. Au grand soulagement de la France, elle ne fut pas condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme parce qu'elle a estimé qu'il y avait bien ingérence, mais qu'elle était justifiée mais aussi nécessaire et proportionnée par le but poursuivi par la loi à savoir la préservation du vivre ensemble. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que l'acceptation ou non du voile dans l'espace public relevait d'un choix de société, et que dans ce cas-là c'était à la France de se décider. Cela confère donc à la France une ample marge de manœuvre, surtout qu'il n'existe pas un consensus sur ce sujet entre les différents pays européens.

Le choix d'une société laïque est donc, pour la Cour, le choix français.

La France n'est pas le seul Etat condamné : Russie, Roumanie, Ukraine, Grèce et Italie le sont le plus. La France a su faire évoluer un certain nombre de libertés contre les atteintes aux Droits de l'Homme. La Cour est victime de son succès, et reçoit un grand nombre de requêtes (90% irrecevables)

II. Les droits fondamentaux de l'Union européenne

La Charte des droits fondamentaux est l'équivalente de la CEDH pour l'UE.

Elle s'applique en France lorsqu'elle met en œuvre le droit de l'UE. Elle est relativement récente (proclamée les 9 et 10 décembre 2000, au Conseil européen de Nice) et a été adoptée par le Parlement, la Commission et le Conseil. Il s'agissait en 2000 d'une simple déclaration inter-institutionnelle proclamée par ces trois instances. Elle n'avait alors aucune force juridique, mais les trois institutions européennes s'engageaient à la respecter.

Le traité de Lisbonne de 2007 lui confère une force juridique, la même valeur juridique que le TUE ou le TFUE, les traités fondateurs de l'UE. Article 6-1 : « *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.* »

Cette charte constitue une étape extrêmement importante pour la construction juridique, politique et sociale de l'Europe. Elle va recenser les droits fondamentaux, dont le respect s'impose à l'Union, et va ainsi dresser un catalogue de droits fondamentaux propres à l'UE.

L'UE le fait par souci de proximité avec les citoyens européens : ces derniers se sentent plus proches de l'Europe s'ils se sentent protégés juridiquement.

A) La Charte des Droits fondamentaux

1) Le contenu de la Charte

Elle ne fait que reprendre dans un texte unique les droits fondamentaux dont le respect s'impose dans l'Union européenne. Au départ, elle ne fait que reprendre des droits qui existaient précédemment éparpillés dans d'autres traités, dans la jurisprudence, dans les accords internationaux... La charte ne fait donc pas œuvre novatrice, elle ne crée pas de droits fondamentaux nouveaux. Elle fait œuvre de recension car l'UE ne détient pas le droit de légiférer en matière de droits fondamentaux. Les traités ne contiennent pas de base juridique le permettant.

Elle comprend des droits civils et politiques, notamment tous les droits inscrits dans la CEDH, ce qui implique d'ailleurs un risque de divergence de jurisprudence entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'Homme. Un même droit peut être interprété différemment. Une solution a alors été trouvée : l'Union adhère à la CEDH. En matière de droits de l'Homme, lorsque l'UE aura adhéré, elle pourra être traduite en justice. Article 6-2 « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* ». Les négociations ont repris, cela aboutira peut-être d'ici 1 an ou 2.

La charte va également rajouter les droits économiques et sociaux : le droit au travail, le droit de liberté professionnelle. Charte sociale européenne.

Le plus marquant est que pour la première fois, un texte international donne corps au principe d'indivisibilité des droits de l'Homme. Cela signifie qu'on ne peut pas faire de distinction entre droits civils et politiques d'un côté, et droits économiques et sociaux de l'autre : exemple : à quoi cela sert de donner le droit de vote à un individu s'il n'a pas pu s'instruire ?

Les auteurs de la Charte ont estimé que cette distinction n'avait plus d'intérêt, et qu'elle faisait référence à une vision dépassée des droits de l'Homme.

Le plan de la Charte est intéressant : il est fondé sur les valeurs qui fondent l'Union européenne. Titres montrent les valeurs fondamentales de l'UE : dignité, liberté, égalité, solidarité, citoyenneté et justice.

Droits maintenant à l'article 2 du traité sur l'UE.

2) Le champ d'application de la Charte

La Charte n'a pas vocation à s'appliquer dans le champ juridique interne des Etats membres, dès lors qu'on est dans un champ de compétence propre des Etats. Les mesures nationales qui ne relèvent pas du champ du droit de l'UE ne peuvent pas être examinées selon la Charte.

La Charte est applicable dans le droit de l'UE. Les organes de l'UE sont tenus de respecter les droits fondamentaux qui y sont renseignés. Elle s'applique également aux Etats membres, mais « *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE* », voire même lorsqu'ils dérogent au droit de l'UE.

Exemple : les Etats membres doivent appliquer la charte lorsqu'ils agissent en tant qu'agent de l'Union, lorsqu'ils transposent une directive, lorsqu'ils appliquent ou créent un règlement.

Plus largement aujourd'hui, c'est la jurisprudence de la Cour de justice qui a voulu élargir le champ d'application de la Charte : arrêt Akerberg Fransson, 26 février 2013. La Cour affirme que dès que s'affirme le droit de l'UE, la Charte doit s'appliquer. La conséquence est que les tribunaux nationaux sont tenus d'appliquer les droits fondamentaux de la Charte et de vérifier dès que l'affaire devant eux a un rapport direct avec.

La CJUE a rendu des arrêts fameux par rapport à cela.

Exemple : Arrêt Google Spain, 13 mai 2014. La Cour de justice a consacré le « droit à l'oubli », le droit à ce qu'une information soit déréférencée. Condamnation fiscale d'un citoyen espagnol qui apparaît toujours sur Google 15 ans après, ce qui l'empêche d'obtenir un travail. La question est la suivante : Est-ce qu'un particulier peut obtenir la suppression d'une information d'ordre fiscal légalement publiée sur un moteur de recherche ? Pour l'espagnol, il s'agit du respect de sa vie privée. Pour Google, la liberté d'entreprendre doit prévaloir au respect de la vie privée.

Le raisonnement de la cour est que l'existence d'un lien sur google donne à une information privée une portée universelle : ingérence considérable sur le droit au respect de la vie privée des personnes.

La cour considère qu'une recherche sur internet permet à tout internaute d'obtenir via une liste structurée un aperçu des informations relatives à la vie d'une personne.

La cour considère aussi que l'effet d'ingérence se retrouve multiplié par Internet, lui donne un caractère ubiquitaire (être présent partout en même temps).

Dans ces conditions, la cour estime que la liberté d'entreprendre de Google ne peut pas prévaloir sur la vie privée des personnes.

La CJUE fait prévaloir le respect de la vie privée sur un autre droit fondamental. La conséquence est que tout intéressé doit pouvoir obtenir le déréférencement de toute information relative à notre vie privée, sous trois conditions :

- Elles doivent paraître au regard du traitement effectué comme inadéquates,
- Ne doivent pas être pertinentes,
- Doivent être excessives au regard de ses finalités et du temps qui s'est écoulé.

Google a immédiatement donné suite à cet arrêt avec un formulaire en ligne pour que les utilisateurs puissent demander le déréférencement.

Cette mesure a été incluse dans le RGPD, Règlement Général sur la Protection des Données.

Autre exemple : arrêt ABC, 2 décembre 2014. Concernait les demandeurs d'asile. La CJUE a considéré auparavant que les demandeurs d'asile homosexuels étaient un groupe vulnérable, auquel il fallait donner le droit d'asile en toute urgence. Cependant, juste après, une foule de demandeurs d'asile se sont déclarés comme homosexuels pour obtenir ce droit d'asile. La cour a considéré que s'il y a nécessité de vérifier les allégations, ces preuves doivent être recherchées dans le respect de la dignité humaine, consacré dans l'article premier de la Charte. Les moyens utilisés pour prouver allaient à l'encontre de la dignité humaine (ex : accomplir un acte homosexuel ou montrer une vidéo de tel acte)

Autre exemple : concerne la liberté d'entreprise. 2 arrêts, Achbita et G4 Secure, pour lesquels à l'inverse de Google, la CJUE fut accusée de privilégier la liberté économique par rapport à la liberté religieuse, ici sur le port du voile. La cour fut saisie par une employée qui refusait d'enlever son voile au travail. La cour a considéré que l'employeur a un intérêt légitime vis-à-vis de ses clients à interdire le port d'un signe religieux au travail pour les employés en contact avec le public. Ces deux arrêts ont été très critiqués car ils permettent une neutralité à l'égard des clients.

3) Les valeurs de l'UE

Renseignées à l'article 2 de la Charte. Ces valeurs sont aujourd'hui remises en causes par des polycrises : crise migratoire, sanitaire (Covid-19), financière

Plusieurs pays comme la Hongrie ou la Pologne tiennent des positions « d'illibéralisme », concept formulé par Viktor Orban. C'est un ensemble de valeurs à l'encontre de ceux de l'Europe. Tous ces régimes dictatoriaux fourniraient efficacité et stabilité : pour Orban, une démocratie ne doit pas être forcément libérale. La solution à l'incapacité de suivre le commerce économique mondial serait une autocratie élective, fondée sur la volonté de la nation (populisme). Il ne s'agit pas de supprimer les libertés fondamentales mais de les soumettre à la volonté de la nation, par l'individu élu qui ne respecte pas toujours ces libertés. L'intérêt économique peut par exemple primer sur les libertés fondamentales.

C'est un discours provocateur d'Orban, qui multiplie les atteintes notamment à la liberté de la presse, des ONG, de la justice...

Chapitre 3 : L'aménagement des libertés publiques

La mise en œuvre revient principalement au législateur et dans une moindre mesure à l'exécutif.

I. La compétence du législateur

Compétence traditionnelle car déjà la DDHC réservait à la loi le soin d'aménager et de représenter les droits reconnus aux citoyens. Contrairement au libéralisme moderne, seule la loi pouvait réglementer les libertés mais jamais l'exécutif, car on considérait que la loi était l'expression de la volonté générale : elle ne pouvait jamais être opprimée.

A la Révolution de 1789, l'accent est mis sur l'importance de la loi, expression de la volonté générale (article 4, 5, 6...)

Afin de préserver cette vocation privilégiée de la loi, la Constitution de 1958 a intégré des libertés publiques dans des domaines de la loi. L'article 34 entérine les traditions : la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées au citoyen pour l'exercice des libertés publiques.

La loi fixe les règles relatives aux libertés, au pluralisme et à l'indépendance des médias.

Le rôle du législateur est donc traditionnellement consacré par la Constitution.

Mais il n'a pas la compétence exclusive : elle peut se borner avec les garanties fondamentales. Il en résulte que tout ce qui excède les garanties fondamentales relève de la compétence du pouvoir exécutif. Le pouvoir réglementaire appartient au PM et au PR.

Le Conseil constitutionnel, qui est compétent pour juger de la conformité des lois au bloc de constitutionnalité, a été amené à interpréter l'article 34 de la Constitution pour déterminer ce que signifie ce terme de « garantie fondamentale » pour fixer les limites de la compétence du législateur et de l'exécutif.

A) La délimitation de la compétence du législateur au regard de celle du pouvoir réglementaire

Le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence importante en la matière, sur ce que le législateur a l'obligation de prévoir lorsqu'il intervient en matière de garanties fondamentales. Il précise surtout ce que le législateur ne peut laisser au pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel protège donc la compétence du législateur. C'est étonnant car le Conseil constitutionnel a été créé pour sanctionner quand le législateur sortait du domaine prévu par la loi. Là, c'est l'inverse. C'est le cas par exemple lorsque le Conseil constitutionnel examine l'existence d'une éventuelle incompétence négative. Il s'agit d'une technique de contrôle du Conseil constitutionnel qui vise à défendre la compétence du

législateur au regard de l'article 34 de la Constitution. Cela tient dans le fait qu'il arrive que le Parlement méconnaisse les limites de ses compétences, les croyant à tort moins étendues qu'en réalité.

Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé à maintes reprises que le législateur devait épuiser la compétence qui lui était attribuée. Le Conseil constitutionnel contraint le législateur d'utiliser l'entièreté de sa compétence, et ne pas se décharger sur le pouvoir réglementaire : c'est un devoir pour ce dernier.

Pour le Conseil constitutionnel, le législateur méconnaît ses compétences en libertés publiques lorsqu'il délègue à une autre autorité. Le Conseil constitutionnel régulièrement rappelle qu'il appartient au législateur de fixer les règles sur les garanties fondamentales accordées au citoyen, tandis que « *ressort de la compétence du pouvoir réglementaire la détermination des mesures d'application de ces règles.* » (Conseil constitutionnel) + mise en œuvre des libertés fondamentales par le législateur.

La raison invoquée par le Conseil constitutionnel est l'idée de ne pas laisser au pouvoir réglementaire la possibilité de porter atteinte aux libertés publiques. Pour le Conseil constitutionnel, la compétence non épuisée ou inconstitutionnellement déléguée se transforme dans les mains du pouvoir réglementaire en compétence susceptible d'être source d'arbitraire et d'abus. L'épuisement de la compétence du législateur est devenu une garantie contre l'arbitraire toujours possible du pouvoir réglementaire.

B) La détermination par le législateur des garanties nécessaire lorsqu'il délègue les libertés publiques

Le Conseil constitutionnel détermine que le législateur doit fixer ses garanties fondamentales de façon claire et précise. Le législateur doit déterminer lui-même les modalités, il peut déléguer mais doit le faire dans les règles.

Décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative au droit d'asile, 4 décembre 2003 : les parlementaires soutiennent à titre principal qu'en termes d'asile, la liste des « pays d'origine sûre » (liste des pays où les demandeurs d'asile peuvent être renvoyés à partir de la France sans voir leurs libertés fondamentales empiétées) ne pouvaient être déterminée que par le législateur. En confiant l'établissement de cette liste à une autre autorité (ici, l'OFPRA), le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence.

Le Conseil constitutionnel, dans cette affaire, rappelle que l'article 34 fixe les règles concernant les garanties fondamentales, mais aussi que la mise en œuvre des garanties fondamentales fixées par le législateur relève du pouvoir exécutif. Le législateur pouvait, sans connaître l'étendue de sa compétence, confier à l'OFPRA l'élaboration de cette liste de pays sûrs, à condition que le législateur ait fourni une définition claire et précise de « pays sûr ».

D'après la loi, un pays est d'origine sûre s'il veille au respect de la liberté, de l'Etat de droit et de la démocratie.

Le Conseil constitutionnel a déterminé que le législateur n'avait pas méconnu l'étendue de sa compétence car la définition est suffisamment précise. Le Conseil constitutionnel a reconnu un objectif constitutionnel dans l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, qui impose au législateur d'être suffisamment précis et clair dans ses dispositions.

C) L'exigence de conciliation des normes de valeur constitutionnelle

Dès 1980, le Conseil constitutionnel a précisé la façon dont il entend que le législateur concilie les droits, les libertés, les objectifs, les principes, qui ont progressivement intégré le bloc de constitutionnalité. Il s'agit pour le législateur de concilier entre eux ces droits, ou de les concilier avec d'autres normes avec valeur constitutionnelle. Cette idée est constamment rappelée par le Conseil constitutionnel dans presque toutes les décisions touchant aux libertés fondamentales, et ce depuis la décision Sécurité et liberté des 19 et 20 janvier 1981.

Le législateur doit notamment concilier les droits et liberté avec le maintien de l'ordre public et ses déclinaisons : la recherche des auteurs d'infraction en fait partie, la lutte contre la fraude, la contrefaçon, l'immigration clandestine...

L'arbitrage entre la nécessité de maintien de l'ordre public et les droits et libertés est souvent difficile.

L'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision, de même que le Parlement : le Conseil constitutionnel ne peut pas légiférer à la place du Parlement, ne peut que se prononcer sur la conformité au bloc de constitutionnalité des lois, selon ces saisines.

La sanction, dans l'article 61, est la non-promulgation de la disposition par le PR (n'entre pas en vigueur), et dans le cadre de la QPC (61-1), c'est l'abrogation de cette disposition à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel.

II. La compétence du pouvoir réglementaire en matière de libertés publiques

Le pouvoir réglementaire peut intervenir au titre de l'article 37 pour des mesures autres que concernant les libertés fondamentales.

Le pouvoir réglementaire peut aussi intervenir dans le cadre de l'article 21 pour assurer l'exécution des lois concernant le domaine des libertés publiques.

Enfin, les autorités exécutives et administratives peuvent intervenir au titre spécifique de leur pouvoir de police dans le cadre de leur mission du maintien de l'ordre qui leur est reconnu. Elles peuvent restreindre l'exercice d'une ou plusieurs libertés publiques voire en supprimer (très rare) pour garantir le maintien de l'ordre public. Dans ce cas, les autorités sont chargées de concilier le maintien de l'ordre public avec les libertés.

Jurisprudence Benjamin de 1933 : obligation de proportionnalité.

III. Les régimes légaux d'aménagement des libertés

A) Le régime répressif

1) Le principe

Tout ce qui n'est pas interdit est permis. C'est le mode le plus libéral d'aménagement des libertés publiques. Dans ce cas, l'individu est libre d'agir selon ses désirs, sauf qu'il s'expose éventuellement à des sanctions en cas d'abus de ses libertés. L'objectif de ce régime est de ne réprimer que les troubles réels et de laisser la liberté s'exprimer librement. Il se fonde sur les préceptes de la DDHC, articles 4 et 5. La liberté est la règle, la restriction est l'exception.

Exemple : Loi du 24 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Article 1 : « *L'imprimerie et la librairie sont libres.* » L'article 5 dispose que « *tout journal ou tout écrit périodique peut être publié sans déclaration ou autorisation préalable.* » La censure étatique est donc interdite, mais la loi va réprimer les abus de cette liberté : elle va réprimer le fait de diffamer quelqu'un, d'injurier, de tenir des propos racistes ou révisionnistes.

Autre exemple : la liberté de réunion, qui est limitée par le principe de délit d'entrave dans les halls d'immeubles.

2) Le rôle de la loi

La loi et seule la loi peut définir les comportements susceptibles de constituer une infraction. Ces dernières doivent être prévues par la loi, en accord avec le principe de légalité de peine (principe constitutionnel, mais aussi garanti par la CEDH). L'article 8 indique que la loi ne doit appliquer que des peines strictement nécessaires. Il revient à la loi de fixer a priori la ligne de partage entre ce qui est licite et ce qui est illicite. Par exemple, celui qui utilise la liberté de la presse pour diffamer devra en répondre devant le juge répressif, le juge pénal. Les limites de la liberté d'expression sont fixées par la loi, les infractions sont aussi punies.

Ce régime est avantageux pour le citoyen qui peut exercer sans formalité aucune sa liberté, qu'il bénéficie ainsi d'une certaine liberté juridique puisqu'il sait quelles sont les limites légales à sa liberté.

3) Un contrôle a posteriori par le juge pénal

Gage de sécurité juridique : le juge pénal punit ceux qui ont commis une infraction. C'est une garantie pour les citoyens. Il doit respecter le principe de légalité, nécessité des peines et respect des droits de la défense qui constituent des protections pour la personne suivie. Il existe aussi le principe de la présomption d'innocence.

Il peut exister une menace dans le fait que les infractions soient définies vaguement, ce qui donne un large pouvoir d'interprétation, en défaveur du citoyen.

Il s'agit en France du régime de droit commun, qui s'applique.

B) Le régime préventif

1) Le principe

Il vaut mieux prévenir que guérir. Il est bien moins libéral, car la liberté ne peut s'exercer qu'avec autorisation préalable de l'autorisation, pour prévenir le trouble avant que celui-ci puisse se réaliser. Ce régime vaut pour les libertés collectives comme la liberté d'association, de réunion, de manifestation, pour lesquelles une autorisation du maire est nécessaire (ex : permis de construire pour le droit de propriété)

Exemple : la communication audiovisuelle. Les radios et chaînes privées ne peuvent diffuser sans l'accord du CSA. L'exploitation d'un film est subordonnée à un visa d'exploitation délivré par le ministère de la Culture.

Ce régime correspond à la négation de la liberté de la personne concernée, car il subordonne l'exercice d'une liberté à une autorisation préalable, comme si elle était sous la tutelle de l'administration.

2) Le rôle de la loi

Dès lors que le régime préventif porte atteinte aux libertés, seul le législateur va pouvoir définir ce régime. En témoigne la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a invalidé la disposition qui donnait au CSA la compétence pour fixer les critères gouvernant le régime d'autorisation d'exploitation du service de radio-télévision par réseau câblé. Le Conseil constitutionnel a jugé que le pouvoir législatif ne saurait déléguer une telle prérogative à une autorité administrative.

3) Le contrôle de l'administration

Reste la question des motifs de l'administration pour accorder ou refuser les autorisations. Cette autorisation peut être discrétionnaire : l'administration bénéficie alors d'une large part de manœuvre, limité seulement a minima par le juge administratif.

L'autorisation peut être conditionnée : dans ce cas-là, l'autorité administrative se borne à constater que les conditions d'octroi sont respectées. Le contrôle du juge administratif est alors normal. L'autorisation peut être délivrée normalement, refusée ou conditionnelle (délivrée selon certaines conditions).

Cette autorisation est délivrée par une autorité administrative, ce qui est plus dangereux que délivrée par le juge administratif.

C) Le régime réparatoire

1) Le principe

Régime intermédiaire entre les régimes préventif et répressif. C'est un régime dans lequel l'exercice de la liberté est subordonné à une démarche auprès de l'administration, qui ne peut la refuser. Le but de ce régime est simplement d'informer les tiers et l'administration. Il est plus libéral que celui de l'autorisation préalable, mais moins que le répressif.

Les libertés soumises à ce type de régime sont les manifestations sur la voie publique, la création d'un journal, ouverture d'un débit de boisson... L'administration se borne à constater que les conditions requises sont remplies.

2) Le rôle de la loi

Le contenu de l'autorisation est fixé par la loi. L'administration n'a qu'un rôle passif. Cependant, elle est informée des autorisations, et peut donc prendre des mesures préventives concernant des conditions autour de cette autorisation (exemple : encadrement d'une manifestation)

Exemple : liberté de manifestation. Une déclaration doit être faite en mairie ou en préfecture de police à Paris, entre 3 et 15 jours avant la date de la manifestation. Elle doit être signée par au moins 1 des organisateurs de la manifestation (Nom + adresse), et doit comporter le but, la date, l'heure et l'itinéraire de la manifestation. La plupart du temps, ces démarches suffisent. Le maire en informe le préfet qui prend les mesures nécessaires, qui peuvent aller jusqu'à l'interdiction de la manifestation si elle risque de troubler l'ordre public.