

LA LIBERTÉ DE MANIFESTATION DANS L'ESPACE PUBLIC EN DROIT COMPARÉ

Le 11 janvier dernier, à l'occasion de son ultime discours, Barack Obama a évoqué la force de « l'Amérique en marche ». Il a exhorté les citoyens américains à s'impliquer davantage dans la vie politique, à faire vivre la démocratie en votant ou en se présentant aux élections et a évoqué, à deux reprises, la liberté de manifestation. Ces références, ponctuelles, lorsqu'il évoque les *manifestations pacifiques* des minorités noires Américaines revendiquant l'égalité de traitement promise par les pères fondateurs, ou plus implicites, lorsqu'il parle de l'esprit des États-Unis, fondé sur des principes tels que « l'État de droit, les droits de l'homme, la liberté de religion, de parole et de *réunion*, et une presse indépendante¹ », ne sont toutefois pas anodines. La liberté de manifestation constitue, en effet, de Washington à Moscou, l'une des artères faisant « battre le cœur de la démocratie² », y compris lorsqu'un gouvernement change de couleur politique.

D'un continent à l'autre, cette liberté est au cœur de l'actualité. En Europe et à ses portes : l'état d'urgence, déclaré en France, a conduit à l'adoption de la loi du 21 juillet 2016, après les attentats de Nice, permettant d'interdire plus facilement les manifestations ; le mouvement des Indignés, en Espagne, a été encadré par les autorités publiques sur le fondement de la législation en matière électorale³ ; en Pologne⁴, les manifestations défendant l'avortement se sont opposées au Gouvernement conservateur. L'Ukraine (place Maïdan) ou encore la Turquie (parc Taksim Gezi) et l'Égypte (place Tahrir) ont également été le théâtre de manifestations impressionnantes. Le mouvement « Occupy » s'est répandu sur tous les continents, aussi bien américain qu'asiatique, à Honk Kong. À un autre niveau, les mouvements des printemps « arabes », en Afrique du Nord, et « érable », avec la grève estudiantine au Canada montrent la résonance de cette liberté au niveau mondial, dans des États caractérisés par la diversité de leurs régimes politiques et de leurs traditions juridiques. L'actualité témoigne des fortes restrictions dont cette liberté fait l'objet, comme un signal d'alerte de l'état de

¹ B. OBAMA, « Farewell Address », Chicago, 10 janvier 2017, <https://obamawhitehouse.archives.gov/farewell>.

² G. CALVES, « La manifestation, cœur battant de la démocratie », *Jus Politicum*, 17, 2017-1, p. 583.

³ H. ALCARAZ & O. LECUCQ, « La liberté de manifestation dans l'espace public en Espagne », in A. DUFFY-MEUNIER & T. PERROUD (dir.), « La liberté de manifester et ses limites : perspective de droit comparé », *La Revue des Droits de l'Homme*, 11, 2017, <https://revdh.revues.org/2956?file=1>, p. 18-19.

⁴ M. STEINBEIS, « Freedom of Assembly in Poland: Next in Line? », *Verfassungsblog*, 10 décembre 2016.

santé des démocraties dans le monde. Mais cette liste ne doit cependant pas donner l'impression que l'enjeu des manifestations en question est le même partout. Les manifestations ont joué et jouent aujourd'hui un rôle central dans les processus de transition démocratique⁵, mais aussi dans les démocraties plus installées où leur rôle est de contribuer au débat d'idées.

Le contexte actuel témoigne donc de l'intérêt d'étudier la liberté de manifestation dont les contours sont *a priori* difficiles à dessiner. En effet, la liberté de manifestation est une notion juridique à la croisée des chemins. Elle occupe les terrains constitutionnel et administratif, mais elle est aussi à l'intersection du droit public et du droit privé, lorsqu'elle s'exerce, par exemple, sur des espaces privés. La problématique du *public forum*, développée aux États-Unis, s'est ainsi peu à peu diffusée en Europe, en raison des mouvements de privatisation de l'espace public, comme, notamment, en Allemagne. Cette dimension « croisée » se retrouve, d'ailleurs, dans la délimitation de cette liberté. Simple tolérance dans l'histoire française⁶. Liberté « négative », « résiduelle », selon l'approche britannique antérieure au *Human Rights Act 1998 (HRA)*, en vertu de laquelle il existe « un point de départ [en] droit interne [selon lequel] chaque citoyen a le droit de faire ce qu'il veut, à moins d'en être empêché par la *common law* et la loi⁷ », ou droit de se réunir ou de s'assembler paisiblement, en Allemagne, en Italie, ou aux États-Unis. Par ailleurs, dans l'ensemble des systèmes étudiés, elle n'est pas une liberté « orpheline », mais bien une liberté rattachée à d'autres libertés : droit de pétition, liberté d'expression, liberté d'association, liberté de circulation, droit de propriété, liberté de religion, liberté syndicale. Le célèbre arrêt britannique, *Bushel's Case* (1670), en témoigne. Cette affaire, qui révèle le lien entre la liberté d'expression et la liberté de religion⁸, concerne le procès du Quaker William Penn (futur fondateur de la Province de Pennsylvanie, qui deviendra l'État du même nom) accusé d'avoir participé à une manifestation illégale⁹, une loi ayant interdit les assemblées religieuses publiques de plus de cinq personnes en dehors des Églises anglicanes. Connue pour l'établissement de l'indépendance du jury en *common law*, cet arrêt est aussi célèbre pour avoir protégé la liberté de manifestation, puisqu'il a refusé de reconnaître la culpabilité de Penn. Cette affaire illustre l'ambiguïté du statut de la liberté de manifestation. Cette idée apparaît très bien dans la qualification qu'en donne Orsolva Salát lorsqu'il parle de liberté « *in bet-*

⁵ Le lien entre transition démocratique et liberté de manifestation a été exploré de façon très approfondie par M. HAMILTON, « We, the People's Freedom of Assembly, the Rights of Others, and Inclusive Constitutionalism », in A. SAJÓ (dir.), *Free to Protest: Constituent Power and Street Demonstration*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2009 et *id.*, « Freedom of Assembly, Consequential Harms and the Rule of Law: Liberty-limiting Principles in the Context of Transition », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 1, 2007.

⁶ Th. GUILLUY, « La liberté de manifestation, un droit introuvable ? », *RFDA*, 4, 2015.

⁷ *Attorney-General v. Guardian Newspapers* [1987] 1 WLR 1248 (CA), Lord DONALDSON.

⁸ 124 E.R. 1006.

⁹ L'histoire de l'utilisation politique de cette infraction a été documentée par A. RANDALL, *Riotous Assemblies: Popular Protest in Hanoverian England*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 20.

ween », une liberté intermédiaire, entre « l'individu et le peuple, entre l'expression spontanée et l'association stable, entre l'argumentation de la presse et la prise de décision dans l'isolement, finalement, entre la réforme et la révolution¹⁰ ».

C'est justement au regard de son lien avec les révolutions qui ont construit de nombreux régimes politiques, de l'Ouest américain à l'Est européen, en passant par les révolutions libérales d'Europe occidentale du XIX^e siècle, que l'étude de cette liberté se devait d'adopter perspective historique et comparative. Aboutissant éventuellement au renversement du pouvoir, la manifestation peut se transformer en insurrection, en révolution politique, puis juridique si une nouvelle organisation constitutionnelle des pouvoirs est instaurée. Elle est, pour Machiavel, à la source de la liberté¹¹. Habermas défend d'ailleurs la manifestation même lorsque celle-ci se mue en désobéissance civile à partir du moment où le système juridique l'interdit¹². Mais lorsqu'elle est apprivoisée par un système constitutionnel, elle devient, pour reprendre les propos d'Abraham Lincoln, un « substitut constitutionnel à la révolution¹³ ». L'approche historique de cette liberté révèle ce passage « Du droit de résistance à la liberté d'expression¹⁴ ». Cela confère d'ailleurs à la

¹⁰ O. SALÁT, *The Right to Freedom of Assembly. A comparative Study*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2015, p. 3, cité in A. PETERS & I. LEY, « Freedom of Assembly: The Politics of Presence », in *id.* (dir.), *The Freedom of Peaceful Assembly in Europe*, Baden-Baden/Oxford, Nomos/Hart Publishing, 2016, p. 10.

¹¹ « Je soutiens à ceux qui condamnent les querelles du Sénat et du peuple qu'ils condamnent ce qui fut le principe de la liberté, et qu'ils sont beaucoup plus frappés des cris et du bruit qu'elles occasionnaient sur la place publique que des bons effets qu'elle produisait. Dans toute république, il y a deux partis : celui des grands et celui du peuple ; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que de leur opposition [...] » (N. MACHIAVEL, « Discours sur la première décade de Tite-Live », Ch. IV, Livre 1^{er} : « Que les différends entre le Sénat et le peuple ont rendu la République romaine puissante et libre », Paris, Gallimard, 1950, p. 390-391.)

¹² Habermas a pris position sur la désobéissance civile au moment des manifestations des années 1980 faisant suite à l'installation de missiles américains sur le sol allemand : « *Because civil disobedience today operates on these same principles, it must be recognized as a constituent part of the political culture of a developed democratic community. If the representative constitution breaks down in the face of a provocation, like the uncontrolled arms race, the citizens must intercede directly in their role as sovereign and give notice that corrections or revisions are overdue. The fallibility essential to the historical realization of universal constitutional principles – a fallibility from which the elected and appointed representatives of the state are not exempt – finds its counterweight in the non-institutionalizable suspicious nature of the citizens of a mature political culture. To achieve this, citizens must escape from the (German) Hobbesian legal consciousness. They must have acquired the sensibility, judgement, and readiness to take risks necessary to recognize continuing legal infractions of legitimacy and to meet these – when other remedies are not possible – with the prompt introduction of civil disobedience.* » (J. HABERMAS, « Right and Violence: A German Trauma », *Cultural Critique*, 1, 1985, p. 125-139).

¹³ Lettre à Alexander H. Stephens, 19 janvier 1860, in *Uncollected Letters of Abraham Lincoln*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1917, p. 127, cité in D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », *Jus Politicum*, 17, 2017-1, p. 423 et I. FASSASSI « La liberté de manifestation aux États-Unis », *Jus Politicum*, 17, 2017-1, p. 515.

¹⁴ F. SAINT BONNET, « Apprivoiser la manifestation. Du droit de résistance à la liberté d'expression », *Jus Politicum*, 17, 2017-1, p. 467.

liberté de manifestation une dimension antithétique à la délibération, selon certains observateurs¹⁵.

Pourtant, le lien entre liberté de manifestation et démocratie est communément admis dans la doctrine et le droit positif. Noberto Bobbio la classe parmi les « quatre grandes libertés modernes ». Pour le philosophe italien, la liberté de manifestation est, aux côtés de la liberté personnelle, de la liberté d'opinion et de la liberté d'association, l'une des conditions de la démocratie¹⁶. C'est que, comme le montre J. Butler¹⁷ s'appuyant sur Arendt, la politique requiert une figuration, un espace d'apparition, qui est la *polis* même. Arendt considère, en effet, que « la *polis* proprement dite n'est pas la cité en sa localisation physique ; c'est l'organisation du peuple qui vient de ce que l'on agit et parle ensemble, et son espace véritable s'étend entre les hommes qui vivent ensemble dans ce but, en quelque lieu qu'ils se trouvent¹⁸ ». Les écrits d'Arendt et de Butler soulignent les enjeux dont est porteur l'espace, dont l'importance juridique se manifeste à travers la transformation contemporaine de l'espace public par sa privatisation, mais aussi par sa neutralisation qui, nous le verrons, remettent en question l'exercice de la liberté de manifestation. Cette figuration du peuple manifestant dans un espace donné est essentielle à la démocratie et trouve justement à se concrétiser dans la liberté de manifester.

Dans un autre registre, l'OSCE place cette liberté au cœur de tout système démocratique¹⁹. Certaines Cours suprêmes, constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) vont dans le même sens. En 1982, la Cour suprême américaine a affirmé que le Premier amendement, qui consacre notamment la liberté d'expression et de manifestation, est « le gardien de la démocratie²⁰ ». La Cour constitutionnelle allemande, dans la décision *Brokdorf*²¹, a identifié cinq fonctions démocratiques de la liberté de manifestation : son rôle de quasi-plébiscite, la réalisation de la publicité, la protection des minorités, sa nature de mécanisme d'alerte précoce ou encore

¹⁵ T. GYÖRGEI, « The Importance of Freedom of Assembly: Three Models of Justification », in A. SAJÓ (dir.), *Free to Protest: Constituent Power and Street Demonstration*, op. cit., 2009, p. 13.

¹⁶ N. BOBBIO, *Pourquoi la démocratie ?*, Paris, Éditions Michel Houdiard, 2008, p. 16, cité in I. BOUCOBZA, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », *Jus Politicum*, 17, 2017-1.

¹⁷ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, New Haven, Harvard University Press, 2015, p. 76.

¹⁸ H. ARENDT, *La condition de l'homme moderne*, Paris, Calman-Lévy, 1993, p. 258.

¹⁹ OSCE, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, 2010, p. 9.

²⁰ *Brown v. Hartlage*, 456 U.S. 45 (1982).

²¹ BVerfGE 69, 315 *Brokdorf*, p. 352.

sa fonction stabilisatrice²². La CEDH lie également la liberté d'expression à l'idée de démocratie²³.

Si la centralité de la liberté de manifestation est indéniable dans certains États, Anne Peters relève que les études sur le sujet sont assez rares, en France comme à l'étranger²⁴. Son analyse historique et comparée éclaire la façon dont cette liberté s'est construite, a été consacrée et est, aujourd'hui, garantie par des pays relevant de traditions juridiques différentes. L'étude de systèmes relevant du droit continental, comme l'Allemagne ou l'Italie, ainsi que de systèmes de *common law* – qu'ils soient ou non dotés d'une constitution écrite –, comme les États-Unis et le Royaume-Uni, ont pu être confrontés entre eux, mais aussi aux États de l'ancien bloc soviétique que sont la Russie, la Hongrie et la Pologne. À cette analyse nationale et comparée, s'est ajoutée l'étude de la dimension internationale de cette liberté. La question de l'impact du droit international ou régional sur les différents droits nationaux s'est posée. Elle contribue à déterminer si une protection harmonisée de la liberté de manifestation au niveau universel ou régional est possible.

L'idée d'un colloque sur la liberté de manifestation est apparue au regard du constat des limitations contemporaines dont cette liberté faisait l'objet de par le monde, ainsi que de l'absence d'étude sur le sujet en droit national et de leur rareté en droit comparé. Aux États-Unis, certains constitutionnalistes estiment même que cette liberté serait complètement tombée en désuétude²⁵. Dès lors, il était question de comprendre les raisons et les modalités des éclipses que peut connaître la garantie de cette liberté. Mais une telle interrogation, liée au régime de protection de cette liberté, devait nécessairement passer par son identification en droit comparé et international. La réponse à ces problématiques générales a montré que des questions, plus ciblées, se retrouvent dans de nombreux systèmes contemporains : l'ordre public, la privatisation de l'espace public, la séparation du droit public et du droit privé avec l'intervention des polices préventive ou répressive, l'état d'urgence, l'effet horizontal des droits fondamentaux, la doctrine des actions de l'État et des individus, les obligations positives... Tous ces éléments sont indispensables pour éclairer la garantie actuelle de cette liberté.

Introduire la question de la liberté de manifestation dans l'espace public nécessite de revenir sur des éléments d'identification de la liberté de manifestation et de son régime de protection. Si la liberté de manifestation est ca-

²² A. PETERS & I. LEY, « Freedom of Assembly: The Politics of Presence », art. cité, p. 12

²³ CEDH, 13 fév. 2003, *Refah Partisi c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, §86-89 ; CEDH, 14 fév. 2006, *Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova*, req. n° 28793/02, § 63.

²⁴ A. PETERS & I. LEY, « Freedom of Assembly: The Politics of Presence », art. cité, p. 9-10.

²⁵ J.D. INAZU, *Liberty's Refuge: The Forgotten Freedom of Assembly*, New Haven, Yale University Press, 2012.

ractérisée par une diversité conceptuelle (I), son régime de protection témoigne, quant à lui, d'une certaine unité (II).

I. LA DIVERSITÉ CONCEPTUELLE DE LA LIBERTÉ DE MANIFESTATION

Identifier la liberté de manifestation en droit comparé conduit à constater sa nature protéiforme, dans ses fondements (A) comme au niveau de son contenu (B).

A. Les fondements de la liberté de manifestation

Une première interrogation est apparue à l'aune de la perspective historique et comparative adoptée dans le cadre de ce colloque. Quelles sont les origines de cette liberté et de quelle façon la tradition juridique de chaque système pèse-t-elle sur ses fondements ? Comment les traditions juridiques de droit continental (Allemagne, Italie), de droit de *common law* (Royaume-Uni, États-Unis), de droit soviétique (Russie) – ou de systèmes influencés pendant un temps par le droit soviétique (Hongrie, Pologne) – influencent-elles la conception de cette liberté dans chaque système ? Par ailleurs, que révèle l'emprise du droit international sur les ordres juridiques internes ? Le droit international et, plus particulièrement le droit européen, ont-ils contribué, pour les États concernés, à une approche harmonisée de cette liberté, qui s'imposerait facilement aux États ? Ce retour aux sources éclaire le poids de chaque tradition juridique sur la façon dont la liberté de manifestation est appréhendée dans les différents systèmes (1). Ayant, pour des raisons historiques, un caractère propre au système dans lequel elle s'inscrit, cette liberté est, dans l'ensemble des États étudiés, une liberté « non autonome », dont les fondements juridiques sont intimement liés à d'autres libertés (2).

1. Le poids des traditions juridiques sur la conception de la liberté de manifestation : une liberté « enracinée »

Le contexte historique ainsi que la culture juridique de chaque système ont marqué la conception des droits et libertés et, par conséquent, de la liberté de manifestation. L'histoire constitutionnelle française et le moment de rupture qu'elle a connu avec la Révolution de 1789 caractérisent une approche de la liberté de manifestation bien différente de la façon dont elle est appréhendée au Royaume-Uni. Au Royaume-Uni, les manifestations sont appréhendées autrement qu'en France. Perçues au prisme de la chute de la monarchie française, elles sont considérées avec plus de méfiance. L'approche plus universaliste du droit révolutionnaire et, notamment, de la Déclaration de 1789 fait de la liberté de manifestation un vecteur implicite d'une expression de « la nation souveraine incarnant le bien public²⁶ ». Au

²⁶ C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *Jus Politicum*, 17, 2017-1, p. 457.

Royaume-Uni, l'expression de l'intérêt public trouve à se concrétiser au Parlement et non dans la rue, comme a pu le montrer l'aboutissement de la Glorieuse Révolution de 1688, et comme la Cour suprême vient de le rappeler dans l'arrêt *Miller*²⁷. Dans les États anciennement membres du bloc soviétique, les révolutions ont également marqué la conception de la liberté de manifestation. Sa reconnaissance, à partir des révolutions libérales du XIX^e siècle, a souvent été éclipsée en fonction des évolutions politiques des régimes hongrois, polonais et russe. Par la suite, le régime soviétique a constitutionnalisé cette liberté, qui sera paradoxalement étouffée en pratique. La liberté de manifestation a finalement trouvé un second souffle à la fin du XX^e siècle lors de la contestation du pouvoir dans les anciennes démocraties populaires.

Au-delà du poids de l'histoire et des révolutions, l'étude de systèmes relevant de diverses traditions juridiques permet de confronter différentes approches de cette liberté. Comme toute liberté, la liberté de manifestation dépend aussi de la conception de l'État et des rapports entre l'État et les individus ou la société, entretenus par chaque système juridique. Une approche libérale et individualiste de la *common law* britannique, voire du droit américain, contraste avec une dimension plus collective et sociale propre aux systèmes de droit continental contemporains, comme en France, mais aussi en Italie et en Allemagne. Une chose est sûre, au Royaume-Uni, la liberté de manifestation a été marquée par l'approche négative qui caractérise le régime de protection britannique avant l'entrée en vigueur du *HRA*. Il n'existe pas, avant cette loi, qui incorpore en droit interne l'article 11 de la CEDH, de « droit » de manifester ayant la nature d'un « privilège spécial », mais une « liberté » qui peut s'exercer dans les limites de ce qui est autorisé par le droit législatif ou de *common law* qui relève du *King's peace*²⁸. Dicey le rappelle bien lorsqu'il souligne que « [l]e droit de se rassembler n'est rien de plus qu'un résultat de la conception que les cours ont de la liberté individuelle de la personne et de la liberté individuelle d'expression²⁹ ». Cette idée est reprise dans la décision *Duncan v. Jones*³⁰ par Lord Hewart, selon lequel « [l]e droit anglais ne reconnaît pas un droit spécifique de se réunir en public pour des raisons politiques ou d'autres motifs. Le droit de se rassembler [...] n'est rien d'autre qu'une conception que les cours ont de la liberté individuelle du sujet ». La protection des manifestations dépend donc, au

²⁷ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

²⁸ Voir C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité.

²⁹ A.V. DICEY, *An Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915, p. 170, cité C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité, p. 455.

³⁰ [1936] 1 K.B. 218. Décision citée in C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité et A. ANTOINE, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, 17, 2017-1. Voir aussi M. HAMILTON & H. FENWICK, « Freedom of Assembly in the United Kingdom », in H. FENWICK, *Civil Liberties and Human Rights*, Oxon/New York, Routledge-Cavendish, 2007, chap. 9.

Royaume-Uni, d'une approche casuistique et prétorienne malgré des tentatives pour défendre la reconnaissance d'un vrai droit de se rassembler sur la voie publique, en 1976, par Lord Denning dans l'affaire *Hubbard v. Pitt*³¹. Les propos du *Queen's Counsel* E. Fitzgerald en 1999 dans la décision *DPP v. Jones* éclairent parfaitement la conception que les Britanniques ont de ce droit jusqu'au *HRA* : « un droit de faire quelque chose n'existe que si rien ne l'arrête : le fait qu'il ne soit pas arrêté ne crée pas pour autant ce droit à faire quelque chose³² ».

Le droit public allemand antérieur à 1848 témoigne d'ailleurs, lui aussi, de cette dimension libérale et du caractère « défensif » de la liberté de manifestation, utilisée comme un instrument pour contester le pouvoir en place, avant sa reconnaissance par la Constitution de 1849. Elle recouvrira une connotation plus « corporatiste » et finalement plus « collective » dans la Constitution de Weimar³³. Une telle dimension est également présente en Italie grâce à l'éclairage de l'article 2 de la Constitution relatif aux formations sociales. Cette disposition éclaire l'interprétation de l'article 17 de la Constitution relatif au droit de réunion pacifique, en lui conférant justement une dimension sociale³⁴. En France, le régime de la manifestation ne s'appréhende pas de la même façon. Absente de la Déclaration de 1789, mais mentionnée dans certains textes constitutionnels comme la Constitution de 1791³⁵, le droit français n'a pas accordé de garantie juridique effective à la liberté de manifestation, au point que Thibault Guilluy parle de tolérance à propos de cette liberté³⁶. Malgré l'absence de constitutionnalisation explicite, elle semble être aujourd'hui appréhendée à la fois en tant que droit subjectif de manifester et en tant que liberté³⁷. Sa reconnaissance im-

³¹ [1976] 1 Q.B. 142 (C.A.), cité in C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité.

³² *DPP v. Jones*, House of Lords, [1999] 2 A.C. 240, 244, cité in C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité.

³³ Voir A. GAILLET, « La liberté de manifestation en Allemagne. Perspectives historiques », *Jus Politicum*, 17, 2017-1.

³⁴ Voir I. BOUCOBZA, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », art. cité.

³⁵ Constitution de 1791, Titre Premier : « La Constitution garantit pareillement, comme droits naturels et civils : – La liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police » ; Constitution du 24 juin 1793, Art. 7. « Le droit de manifester sa pensée et ses opinions, soit par la voie de la presse, soit de toute autre manière, le droit de s'assembler paisiblement, le libre exercice des cultes, ne peuvent être interdits. – La nécessité d'énoncer ces droits suppose ou la présence ou le souvenir récent du despotisme. » ; Constitution du 4 novembre 1848, Art. 8. : « Les citoyens ont le droit de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes, de pétitionner, de manifester leurs pensées par la voie de la presse ou autrement. – L'exercice de ces droits n'a pour limites que les droits ou la liberté d'autrui et la sécurité publique. – La presse ne peut, en aucun cas, être soumise à la censure. ».

³⁶ Th. GUILLUY, « La liberté de manifestation, un droit introuvable ? », art. cité.

³⁷ *Ibid.* Guilluy indique que « Christophe Vazquez retient une conception “unitaire” englobant le droit subjectif de manifester et la liberté, définie de manière plus substantielle ».

plicite remonte, en effet, à la décision du 18 janvier 1995 dans laquelle le Conseil constitutionnel reconnaît un droit « d'expression collective des idées et des opinions³⁸ ». Ses fondements juridiques n'ont pas été précisés par le juge constitutionnel, mais semblent être, selon certains auteurs³⁹, l'article 10 de la Déclaration de 1789. Au niveau européen, l'article 11 de la CEDH, comme d'autres textes internationaux⁴⁰, ne reconnaissent pas la liberté de manifestation en tant que telle, mais le « droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ». Cette disposition a influencé implicitement le Conseil constitutionnel et explicitement le droit britannique, comme en témoigne l'adoption du *HRA*. La reconnaissance de cette liberté, en France comme au Royaume-Uni, doit donc beaucoup au droit européen conventionnel.

Les droits italien et allemand sont, à ce sujet, plus clairs que les droits français et britannique. La liberté de manifestation, prévue par l'article 32 du « Statut Albertin » de 1861, a ensuite été gravée dans le marbre de la Constitution italienne de 1946. Son article 17 dispose que « Les citoyens ont le droit de se réunir pacifiquement et sans armes⁴¹ », ce qui intègre cependant la liberté de réunion « en mouvement ou en cortège⁴² », alors que l'article 8 de la Loi Fondamentale allemande répond à une logique comparable en protégeant le droit de tous les Allemands de « se réunir paisiblement et sans armes⁴³ ». De façon peut-être étonnante, l'identification de la

Voir C. VAZQUEZ, *Le droit à la liberté de manifestation : étude comparative*, Thèse, Univ. Toulon, 2012, p. 8-9.

³⁸ CC déc. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

³⁹ Voir É. PICARD, « Droit administratif », *JCP G*, 14, 5 avril 1995, I 3837.

⁴⁰ Voir à ce propos, J. FERRERRO, « La liberté de manifestation en droit international : illustration des limites de l'emprise du droit international sur les pratiques nationales », *Jus Politicum*, 17, 2017-1. Voir l'article 21 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « [l]e droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui » et l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Liberté de réunion et d'association 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts. 2. Les partis politiques au niveau de l'Union contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union ».

⁴¹ « Les citoyens ont le droit de se réunir pacifiquement et sans armes. Pour les réunions, même dans un lieu ouvert au public, il n'est pas exigé de préavis. Pour les réunions dans un lieu public, il doit être donné un préavis aux autorités qui ne peuvent les interdire que pour des motifs certains de sûreté ou de sécurité publiques ».

⁴² I. BOUCOZZA, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », art. cité, p. 379.

⁴³ « (1) Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalables. (2) En ce qui concerne les réunions en plein air, ce droit peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi ».

liberté de manifestation en droit américain se rapproche bien plus de celle des États de droit continentaux que de celle du droit coutumier britannique. Cela s'explique par la réaction américaine contre les persécutions que les Pères fondateurs ont dû subir : le procès de Penn est à cet égard exemplaire et la protection de la liberté d'expression s'explique par ce fondement originel qui a fait des États-Unis un État où chacun doit pouvoir venir s'installer pour exprimer ses idées et exercer son culte. Juridiquement, cette différence entre les droits anglais et américain s'explique aussi par la rigidité de la Constitution américaine et par le caractère principalement écrit du droit fédéral laissant à la *common law* une place résiduelle⁴⁴. Ainsi, la liberté de manifestation est explicitement protégée par le Premier amendement à la Constitution qui prévoit que « le Congrès ne fera aucune loi qui restreindra le droit du peuple de s'assembler paisiblement⁴⁵ ». Sa reconnaissance autonome remonte à la décision de la Cour suprême *Cox v. State of New Hampshire*⁴⁶ de 1941. Cette liberté bénéficie d'une « position préférentielle⁴⁷ » à l'instar de la liberté de religion, d'expression et de la liberté d'adresser des pétitions. Une question se pose alors : cette place confère-t-elle à la liberté de manifestation une protection plus absolue aux États-Unis qu'en France ou dans les autres systèmes européens⁴⁸ ? Nous verrons que la nature négative ou positive, implicite ou explicite, de la consécration ne conditionne pas nécessairement le niveau de protection de cette liberté⁴⁹. Elle bénéficie, dans la grande majorité des systèmes, d'un régime assez comparable.

Ces traditions libérales de *common law* ou de droit continental s'opposent fondamentalement à la tradition socialiste des États relevant de l'ancien bloc soviétique, attachés à une théorie marxiste-léniniste en matière de droits et libertés⁵⁰. Cette approche socialiste comptant non pas sur une abstention mais, au contraire, sur l'intervention étatique pour assurer la garantie des droits et libertés contraste avec l'approche bourgeoise, occidentale, envisageant l'État comme une menace. C'est que dans ces systèmes, la manifestation est un instrument de soutien du régime au pouvoir alors que dans les systèmes occidentaux, elle est surtout le fait de ceux qui s'opposent à celui-ci. Ainsi, la théorie socialiste a été à l'origine de la consécration

⁴⁴ E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, 2014, 97 p., document disponible en ligne sur le site du CDPC, http://www2.u-paris2.fr/1396864022103/0/fiche___article/&RH=CDPC-ETUDES, consulté le 13 janvier 2017.

⁴⁵ « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances* ».

⁴⁶ *Cox v. State of New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941).

⁴⁷ *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 530 (1945).

⁴⁸ Voir D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁴⁹ Voir *infra*, II.

⁵⁰ Voir M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », *Jus Politicum*, 17, 2017-1.

constitutionnelle d'un véritable droit de manifester, qui reste « finalisé au service de la défense du socialisme⁵¹ ». On retrouve d'ailleurs cette conception en République démocratique allemande dans la Constitution du 6 avril 1968 où la liberté de manifestation est « absorbée » par les partisans de la République « démocratique »⁵². Après 1990, une dimension collective recouvrant un sens bien différent sera mise en exergue par la Cour constitutionnelle hongroise notamment. Dans une décision de 1992, elle rappelle, par exemple, que la « liberté de manifestation exige la défense d'un intérêt collectif⁵³ », conception proche de la dimension collective de cette liberté remarquée en Italie et en Allemagne.

Cette distinction entre la notion de liberté de manifestation dans une « aire occidentale, libérale » et dans une « aire orientale, socialiste » s'est quelque peu atténuée. La chute des régimes appartenant à l'ancien bloc soviétique, leur adhésion aux principes des démocraties libérales, la consécration de catalogues de droits et libertés reconnaissant la liberté de manifestation dans les Constitutions des années 1990 ont rendu cette liberté « formelle » plus « réelle »⁵⁴. L'influence du droit européen, au sens large, sur le droit des anciens États du bloc soviétique devenus membres de l'Union européenne que sont la Pologne et la Hongrie a également contribué à une telle convergence. Les réglementations actuelles, en Russie, en Pologne et en Hongrie, témoignent, toutefois, d'un durcissement de l'exercice de cette liberté, qui fait écho, certes à un degré différent, aux restrictions que l'on constate aujourd'hui dans les démocraties occidentales.

Si les origines juridiques de la liberté de manifestation sont révélatrices de conceptions différentes de cette liberté en fonction des systèmes, certaines frontières ont, peu à peu, été gommées. La nature écrite et rigide des Constitutions tend à rapprocher l'identification de la liberté de manifestation

⁵¹ *Ibid.*, p. 501. L'article 125 de la Constitution soviétique de 1936 dispose que : « 1. [...] la loi garantit aux citoyens de l'URSS a) la liberté de parole, b) la liberté de la presse, c) la liberté de réunion et rassemblement, d) la liberté des cortèges et des manifestations de rue. 2. Ces droits des citoyens sont assurés, par la mise à la disposition des travailleurs et de leurs organisations, des imprimeries, des stocks de papier, des édifices publics, des rues, des postes, télégraphes et téléphones et autres conditions matérielles nécessaires à la réalisation de ces droits ». L'article 125 de la Constitution de l'URSS de 1936, prévoient que la liberté des cortèges et des manifestations de rue est garantie « conformément aux intérêts des travailleurs et afin d'affermir le régime socialiste ». La Constitution hongroise de 1949 reconnaît dans son article 55.1 la liberté de manifestation « au service de la protection des intérêts des travailleurs » et à partir de 1972, l'article 64 de la Constitution amendée reconnaît dans son article 64 que la liberté de manifestation est exercée « dans l'intérêt du socialisme et du peuple ». La Constitution polonaise du 22 juillet 1952, reprend l'article 125 de la Constitution de l'URSS de 1938 dans son article 83.

⁵² Voir A. GAILLET, « La liberté de manifestation en Allemagne. Perspectives historiques », *Jus Politicum*, 17, 2017-1.

⁵³ M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité, p. 506. Décision de la Cour constitutionnelle de Hongrie, 75/2008 (V. 29), ABK 2008, p. 715, 721.

⁵⁴ Voir M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité.

aux États-Unis de celle d'autres États européens, comme l'Italie ou l'Allemagne. Les conceptions libérales ou socialistes des rapports entre l'État et l'individu participent à une ligne de démarcation entre les anciennes démocraties populaires et les démocraties occidentales. Par ailleurs, l'influence du droit européen, constitutif d'un fonds commun en matière de droits et libertés a participé à une harmonisation de cette liberté en Europe, notamment en raison de l'adoption du contrôle de proportionnalité des limites à cette liberté. Si une conception unitaire de la liberté de manifestation peut aujourd'hui être dégagée au niveau européen grâce à un seuil en deçà duquel les États ne peuvent aller, son degré de protection varie cependant au fil des évolutions historiques et contemporaines des différents régimes. En dépit du droit européen, une frontière entre la liberté de manifestation en Europe de l'Ouest et de l'Est persiste. Cela démontre l'impact limité du droit européen et du droit international général en ce domaine⁵⁵ et combien cette liberté est attachée aux spécificités juridiques nationales ou régionales. Malgré les particularités de cette liberté propres à chaque système ou à chaque région, l'étude des normes consacrant la liberté de manifestation témoigne d'un trait commun. Dans tous les systèmes, elle présente une nature multiforme en raison des liens étroits qu'elle entretient avec d'autres libertés.

2. Le lien entre la liberté de manifestation et les autres droits et libertés : une « liberté-carrefour »

Comme ses origines juridiques, les fondements normatifs de la liberté de manifestation en éclairent les contours. Dans la majorité des systèmes étudiés, cette liberté n'a pas de véritable autonomie conceptuelle, mais entretient des rapports étroits avec d'autres libertés. C'est, pour reprendre les termes de la doctrine italienne, une liberté « instrumentale »⁵⁶, et ce dans tous les systèmes. Elle se trouve au carrefour d'autres droits. Toutefois, les liens qu'elle entretient avec telle ou telle liberté sont plus ou moins forts selon les systèmes étudiés, ce qui conforte les particularités que l'étude des sources historiques et des traditions juridiques laissait pressentir.

Plusieurs systèmes reconnaissent, en premier lieu, un lien entre la liberté de manifestation et le droit de pétition, qui en est, en quelque sorte, le précurseur. Ce droit, d'origine britannique et reconnu aux sujets par la *Magna*

⁵⁵ Voir J. FERRERRO, « La liberté de manifestation en droit international : illustration des limites de l'emprise du droit international sur les pratiques nationales », *Jus Politicum*, 17, 2017-1.

⁵⁶ A. PACE, « Articolo 17 », in G. BRANCA (dir.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 147 sq. Dans un arrêt n° 90 de 1970, la Cour constitutionnelle italienne indique que la liberté de manifestation est « un des instruments nécessaires pour satisfaire l'intérêt fondamental de l'homme vivant en société et d'échanger avec les autres ses connaissances, opinions et convictions ». Cité par K. ROUDIER, « La liberté de manifestation aujourd'hui en Italie. Quels problèmes, quelles perspectives ? », in A. DUFFY-MEUNIER & TH. PERROUD (dir.), *La liberté de manifester et ses limites. Perspective de droit comparé*, *La revue des droits de l'homme*, 11, 2017.

Carta 1215 et le *Bill of Rights 1689*, s'est diffusé aux États-Unis aussi bien au niveau des États qu'au niveau fédéral. Le Premier amendement reconnaît ainsi que « Le Congrès ne fera aucune loi restreignant le droit du peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour une réparation de ses torts ». Liberté de manifester et droit de pétition sont liés⁵⁷ à tel point que la Cour suprême a, pendant un temps, conditionné la première par le second qui est, aujourd'hui, absorbé par la liberté d'expression. La Cour fait clairement le lien entre ces deux libertés en affirmant que « les libertés de manifester paisiblement et d'adresser des pétitions comptent parmi les libertés les plus précieuses garanties par le *Bill of Rights*⁵⁸ », et en soutenant que la liberté de se rassembler (*freedom of assembly*) est inhérente à la forme républicaine du gouvernement. Dans son opinion *Dejonge v. Oregon* de 1937, la Cour suprême rappelle que « l'idée authentique du gouvernement républicain implique le droit de ses citoyens de se rassembler pacifiquement (*meet peaceably*) afin de se consulter à propos des affaires publiques et afin d'adresser des pétitions [au gouvernement] pour qu'il répare ses torts⁵⁹ ». À cette évolution anglo-saxonne fait écho une dimension politique comparable présente dans la Constitution de Weimar, qui consacre la liberté de manifestation comme un droit collectif de même que le droit de vote et de pétition⁶⁰. Cette prise en compte de la dimension politique de cette liberté à travers le droit de pétition se traduira ensuite dans l'interprétation réalisée par la Cour de Karlsruhe de l'article 8 de la Loi Fondamentale Allemande. Elle considère la liberté de manifestation comme « une condition nécessaire d'un système politique d'alerte précoce⁶¹ ». Ainsi, au-delà des traditions juridiques, son rattachement au droit de pétition témoigne de la dimension politique de cette liberté partagée plusieurs systèmes.

Si la liberté d'association est, en second lieu, souvent associée à la liberté de manifestation, le lien entre ces deux libertés semble se distendre quelque peu. On retrouve cette tendance aux États-Unis, où le contentieux relatif à la liberté d'association n'est pas véritablement lié aux manifestations. L'existence d'une association, en amont ou en aval, encadre en quelque sorte la liberté de manifestation⁶² plus qu'elle n'y participe. Il en est de même en Allemagne où la doctrine libérale du début du XIX^e siècle, ayant une approche large de la liberté de manifestation en lien avec la liberté d'association, a revendiqué un droit général « d'association » plus englo-

⁵⁷ À ce propos, voir I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁵⁸ *United Mine Workers v. Illinois Bar Association*, 389 U.S. 217, 222 (1967), cité in *ibid.*

⁵⁹ *Dejonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 364 (1937), cité in D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁶⁰ Voir A. GAILLET, « La liberté de manifestation en Allemagne. Perspectives historiques », art. cité.

⁶¹ BVerfGE 69, 315 *Brokdorf*, (347) et la décision du 12 juillet 2001 (1 BvQ 28/01 ; 1 BvQ 30/01 – décision dite *Love Parade*), cité in *ibid.*

⁶² Voir I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

bant⁶³. L'histoire allemande a montré que ce droit, consacré dans la Constitution de 1849, était un droit « corporatiste ». Il dépasse ici la sphère individuelle pour atteindre la sphère sociale et étatique, alors qu'il présente une dimension plus individuelle, moins stato-centrée, aux États-Unis ou au Royaume-Uni. Cette dimension se retrouve d'ailleurs dans la Constitution de Weimar, qui, bien que distinguant désormais la liberté de manifestation de la liberté d'association, inscrit cette liberté, à l'instar du droit de vote et du droit de pétition, dans la liste des droits « régissant la vie en commun », alors qu'elle range la liberté d'expression dans la section relative à l'individu⁶⁴. Que la liberté de manifestation soit un tel point de croisement se manifeste encore dans la Constitution italienne, où l'article 17, consacré à la liberté de réunion, est encadré par la liberté de circulation et la liberté d'association⁶⁵. Une telle imbrication se retrouve également au début du XX^e siècle en Hongrie, en Pologne et en Russie, où les textes reconnaissent la liberté de réunion ou de rassemblement pour ne faire référence à la notion de « manifestation » qu'à la fin du XX^e siècle. Dans le contexte historique de ces systèmes, la liberté de manifestation est ainsi essentiellement appréhendée à la lumière des libertés de se réunir ou de se rassembler, tout en étant envisagée plus ponctuellement au regard de la liberté d'association, notamment pour les mouvements politiques⁶⁶. L'intensité des rapports entre la liberté de manifestation et le droit de pétition ou la liberté d'association connaît un certain recul. Son lien avec la liberté d'expression semble, en revanche, se resserrer, et ce dans l'ensemble des systèmes étudiés.

Tous les systèmes renvoient d'une façon ou d'une autre à la liberté d'expression, mais le lien entre celle-ci et la liberté de manifestation revêt une dimension particulière aux États-Unis. Il est implicite en France, puisque le Conseil constitutionnel est resté muet sur la norme de référence à partir de laquelle il a consacré le droit « d'expression collective des idées et des opinions » dans sa décision du 18 janvier 1995⁶⁷. La doctrine, on l'a dit, a néanmoins, en grande majorité⁶⁸, souligné le rattachement probable à l'article 10 de la DDHC. Ce rattachement résulte dans certains systèmes, comme en Allemagne, du régime et non de la consécration de la liberté de manifestation. Si l'article 8 de la loi fondamentale reconnaît le droit de se réunir paisiblement et sans armes, les réunions entrent également dans le champ de l'article 5 relatif à la liberté d'expression et ne peuvent être limi-

⁶³ Voir A. GAILLET, « La liberté de manifestation en Allemagne. Perspectives historiques », art. cité.

⁶⁴ Voir *ibid.*

⁶⁵ Voir I. BOUCOBZA, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », art. cité.

⁶⁶ Voir M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité.

⁶⁷ CC, déc. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 16.

⁶⁸ É. PICARD, « Droit administratif », *op. cit.*

tées qu'en respectant les conditions posées par cette disposition⁶⁹. Se pose une question assez comparable aux États-Unis, où la Cour suprême a considéré la liberté de manifestation comme une « forme particulière d'expression mêlée de comportement » dans l'arrêt *Cox v. Louisiana* de 1965⁷⁰. La liberté de manifestation, qui est consacrée aux côtés de la liberté d'expression, est-elle une liberté tout aussi « sacrée » que cette dernière⁷¹ ? La Cour suprême, dans l'arrêt *De Jonge v. Oregon* de 1937, semble aller en ce sens en soulignant que la liberté de manifester est une « liberté parente de la liberté d'expression et la liberté de la presse et est tout aussi fondamentale⁷² ». Aux États-Unis, comme en Allemagne, le cadre juridique qui s'applique à la liberté de manifestation découle de la liberté d'expression, qui en est, en quelque sorte, la matrice. Elle bénéficie par ricochet d'un régime de protection et d'un standard de contrôle inspiré par celui qui s'applique à cette dernière. C'est par exemple le cas du principe d'absence de réglementation d'une manifestation en raison du contenu de celle-ci ou encore de la possible application du standard de contrôle le plus rigoureux : le *strict scrutiny*⁷³. Mais, elle revêt certaines spécificités justifiées, notamment, par la préservation de la liberté de circulation, et qui résident essentiellement dans un régime d'autorisation préalable⁷⁴. La liberté d'expression est également rattachée par les cours et la doctrine britanniques au droit de se rassembler, mais les fondements juridiques de la liberté de manifestation au Royaume-Uni éclairent ce qui en fait la spécificité par rapport à la liberté d'expression : la dimension physique, le mouvement. Au Royaume-Uni, la liberté de manifestation trouve à la fois son fondement et ses limites (à travers le *tort* de *nuisance*) dans la liberté individuelle de circulation sur la voie publique (*King's Highway*). La reconnaissance de celle-ci remonte à l'affaire *R v. Carlile* jugée en 1834⁷⁵ et a été mise en évidence dans le rapport de Lord Scarman de 1975⁷⁶. Ce rattachement à la liberté

⁶⁹ Voir T. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », art. cité.

⁷⁰ *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), cité in D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁷¹ E. ZOLLER, « Propos introductifs. La liberté d'expression : “bien précieux” en Europe, “bien sacré” aux États-Unis ? », in *id.* (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, 2008, p. 1-7, cité in *ibid.*, p. 3.

⁷² *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937), p. 364, cité in I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁷³ Voir *ibid.* et D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité. Idris Fassassi explique ainsi ce standard : « Pour être validée, la mesure doit en effet répondre à un besoin impérieux de l'État, et la puissance publique doit avoir choisi la mesure la moins attentatoire à la liberté d'expression pour poursuivre le but en cause. En d'autres termes, il ne doit pas exister d'alternatives plus protectrices de la liberté ».

⁷⁴ Voir *Infra*, II.

⁷⁵ *Rex v. Carlile* (1834) 6 Carrington and Payne 636 172 E.R. 1397.

⁷⁶ *Report of inquiry by the Rt. Hon. Lord Justice Scarman into the Red Lion square disorders of 15 june 1974*, 1975, cmnd. 5919, cité in C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité.

d'expression existe même en Hongrie, en Pologne ou en Russie, mais il s'est avéré artificiel au regard de la conception de la liberté de manifestation sous l'ère soviétique, où l'article 125 de la Constitution soviétique⁷⁷, énumérant les libertés de réunion, de rassemblement, de cortèges et de manifestations de rues aux côtés de la liberté de parole et de presse, est repris par la Constitution polonaise du 22 juillet 1952, alors que la Constitution hongroise se limite, en son article 55.1, à la liberté de manifestation. Sa liaison étroite avec la liberté d'expression devra ici attendre, pour recouvrir une certaine réalité, les années 1990. Ainsi, en 1992, la Cour constitutionnelle hongroise reconnaît que la liberté de manifestation relève « des droits fondamentaux de communication et [...] découle de la liberté d'expression⁷⁸ ».

Au-delà de ces liens avec d'autres droits, au rang desquels on peut encore retrouver la liberté religieuse, comme en Italie⁷⁹, ou la liberté syndicale, comme le montre la jurisprudence découlant de l'article 11 de la CEDH, le caractère protéiforme de la liberté de manifestation dérive aussi du contenu que peut recouvrir cette liberté.

B. Le contenu de la liberté de manifestation

Le droit comparé témoigne de la diversité des formes que peut prendre la liberté de manifestation (1) et de la variété des expressions dont elle peut être le vecteur (2). L'une et l'autre sont révélatrices des multiples situations qu'elle peut recouvrir et protéger. C'est ainsi de l'identification des formes et du contenu de la liberté de manifestation que dépendra son régime de protection.

1. La diversité des formes de manifestation

Si la plupart des systèmes opèrent une distinction entre les manifestations statiques ou mobiles afin de réglementer leur exercice, tous témoignent d'une variété des modes de manifestation, qui conduit à les faire entrer dans différentes catégories tout aussi fines les unes que les autres. Mais un trait commun constitue le fil directeur de ce que doit être la liberté de manifester pour rester dans le cadre du droit : son caractère pacifique⁸⁰. Cette exigence

⁷⁷ « 1. [...] la loi garantit aux citoyens de l'URSS a) la liberté de parole, b) la liberté de la presse, c) la liberté de réunion et rassemblement, d) la liberté des cortèges et des manifestations de rue. 2. Ces droits des citoyens sont assurés, par la mise à la disposition des travailleurs et de leurs organisations, des imprimeries, des stocks de papier, des édifices publics, des rues, des postes, télégraphes et téléphones et autres conditions matérielles nécessaires à la réalisation de ces droits » (M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité, p. 503).

⁷⁸ Décision de la Cour constitutionnelle de Hongrie, 30/1992 (V.26), ABH 1992, p. 167, 171, cité in *ibid.*

⁷⁹ Voir I. BOUCOBZA, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », art. cité.

⁸⁰ La question du droit de porter une arme pendant une manifestation est traitée par O. SALÁT, *The Right to Freedom of Assembly, A comparative Study*, op. cit., chap. 3.

commune sur laquelle nous reviendrons⁸¹ contraste avec la mosaïque des formes de manifestation identifiées dans chaque système juridique. Elle conduit d'emblée à souligner l'importance du vocabulaire utilisé. Il peut recouvrir selon les systèmes des situations différentes, dont dépendra le régime juridique de cette liberté. Ainsi, aux États-Unis, la manifestation peut être traduite par de nombreux termes comme *march*, *assembly*, *demonstration*, *protest*, *parade*. Le terme *assembly* sera privilégié par les juristes, alors que la notion de *demonstration* ou de *march* sera utilisée dans le vocabulaire courant⁸². Outre-Atlantique, les manifestations prennent le plus souvent la forme du *picketing*, du piquet de grève, mais peuvent recouvrir bien d'autres formes (cortège, distribution de tracts, *sit-in*, porte-à-porte), alors qu'en France, il s'agit le plus souvent d'un défilé⁸³. S'il existe une casuistique importante aux États-Unis, elle est poussée à l'extrême au Royaume-Uni où, comme aux États-Unis, les manifestations ont pris de nouvelles formes à la fin des années 1960 à travers les *sitting* et les *picketing*⁸⁴. Mais le droit britannique est caractérisé par une typologie particulièrement élaborée. On peut ainsi distinguer, sans être exhaustif⁸⁵, un droit de réunion publique statique en lieu ouvert (*right to public meeting*), un droit d'assemblée non spontané en lieu fermé ou semi-ouvert (*right to assembly*), un droit de défiler (*right to protest, public procession*) ou encore le piquet de grève (*picketing*).

Ces différentes formes de manifestation correspondent, à vrai dire, à une typologie que l'on retrouve dans la grande majorité des systèmes. La première repose sur le critère du mouvement et renvoie au caractère statique ou mobile de la manifestation. En l'absence de mouvement, on privilégiera, en France, le terme de « réunion » par rapport à celui de « manifestation » ou, dans les systèmes anglo-saxons, celui d'« *assembly* » à « *demonstration*. Une telle distinction existe d'ailleurs aussi en Italie. Transparaît ici l'importance du rapport entretenu par la liberté de manifestation avec la liberté de circuler sur la voie publique, que le droit britannique illustre particulièrement bien. En effet, avant l'incorporation du *HRA*, la *common law* et les dispositions législatives réglaient la question du caractère mobile d'une manifestation à travers le tort de *trespassory assembly* prévu par le *Criminal and Public Order Act 1994*, ou par la mise en cause d'un « *right of access* »⁸⁶.

L'analyse met en évidence une réelle spécificité aux États-Unis où les armes ne sont pas automatiquement interdites.

⁸¹ Voir *infra*, II. A.

⁸² Voir D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Voir C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité.

⁸⁵ Voir A. ANTOINE, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », art. cité.

⁸⁶ Voir C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité.

Le lieu d'exercice de la manifestation constitue un autre critère de distinction au sein de cette typologie des manifestations, critère que l'on rencontre aussi bien dans des systèmes de droit continental que de *common law*. En Italie, cette question est réglée par la Constitution, qui indique que « Pour les réunions, même dans un lieu ouvert au public, il n'est pas exigé de préavis ». Une distinction est ainsi opérée selon le degré d'ouverture au public du lieu : des lieux privés (où l'on doit être invité), des lieux ouverts au public (cinéma, stade où l'accès est conditionné) et des lieux publics (place, rue)⁸⁷. Cette distinction semble bien ancrée en droit italien. Mais se pose encore la question, en Italie, de la protection accordée aux manifestations spontanées, que la Cour constitutionnelle hongroise a, de son côté, protégées, comme le montre la garantie accordée, dans une décision de 2008, aux *flash mobs*⁸⁸. La distinction, établie par la Constitution italienne, fondée sur l'ouverture du lieu au public fait écho à la dimension spatiale de la liberté de manifestation qui s'est développée en Allemagne, à la suite des États-Unis, où la notion de *public forum* introduite par la Cour suprême en 1972 joue un rôle important⁸⁹. Ainsi, comme en Italie, la protection accordée par le droit américain à la liberté de manifester dépendra du caractère public, hybride, ou privé de l'espace. La distinction entre la nature du lieu, public ou privé, d'exercice de la liberté de manifestation est d'ailleurs d'un enjeu croissant au regard du mouvement de privatisation de l'espace public, qui peut faire obstacle à l'application de la liberté de manifestation dans de nombreux pays. Tel est le cas, aux États-Unis où cette privatisation peut empêcher l'application de la doctrine du *state action* qui nécessite une action d'État pour avoir recours au Premier amendement. Une question assez comparable existe en Allemagne, mais elle revêt les habits de la doctrine de « l'effet horizontal » des droits fondamentaux, qui a été développée par la Cour constitutionnelle en matière de liberté de manifestation dans l'arrêt *Fraport* de 2011⁹⁰. Ces différentes réflexions montrent l'impact des formes que peut recouvrir une manifestation sur son régime de protection.

⁸⁷ Voir I. BOUCOBZA, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », art. cité.

⁸⁸ Décision de la Cour constitutionnelle de Hongrie, 75/2008 (V. 29), ABK 2008, p. 715, 721, citée in M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité.

⁸⁹ *Graynes v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972). Voir Th. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », art. cité ; D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité ; I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁹⁰ BVerfGE 128, 226 *Fraport* (22 février 2011) ; BVerfG (3^e section de la première chambre), 18 juillet 2015, 1 BvQ 25/15, accessible sur www.bundesverfassungsgericht.de, cité in Th. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », art. cité.

2. La dualité du contenu des manifestations

L'objet d'une manifestation a des conséquences déterminantes sur le niveau de garantie accordée à cette liberté. La manifestation peut définir son contenu de façon positive, par des revendications sur des questions sociétales, politiques, sociales, commerciales, etc. C'est ici le croisement entre liberté de manifestation, liberté d'expression et d'autres libertés (religieuse, commerciale) qui joue un rôle fondamental. L'étendue de la liberté de manifestation sera conditionnée par le degré de protection accordé au discours prononcé ou à l'activité mise en œuvre. L'objet de la manifestation peut également être délimité de façon négative en ce qu'elle peut être une réaction ou une opposition à une manifestation déjà prévue. Il s'agit alors d'une contre-manifestation dont le champ de protection dépend surtout des considérations d'ordre public.

Le contenu positif de la liberté de manifestation est, en premier lieu, lié à la nature des discours qui sont prononcés. La protection des manifestations sera conditionnée par la protection accordée à la liberté d'expression dans les différents systèmes juridiques. À cet égard, les expériences américaine et allemande méritent une attention particulière. Aux États-Unis comme en Allemagne, nous l'avons vu, le régime de la liberté de manifestation découle, notamment, de celui accordé à la liberté d'expression. Un certain nombre de caractéristiques de la protection particulièrement forte accordée à la liberté d'expression se répercute sur la liberté de manifestation. Il en est ainsi du principe de neutralité, selon lequel les autorités publiques ne peuvent justifier la réglementation de l'expression par son contenu⁹¹. Le positionnement des démocraties dites « populaires » a montré, bien au contraire, une dépendance intrinsèque entre la protection accordée à la liberté de manifester et son soutien au régime. Tel semble être encore le cas aujourd'hui de la situation polonaise, où des manifestations peuvent être réglementées par les autorités locales au regard de leurs croyances, comme le montrent les Gay Prides⁹² ou les manifestations anti-avortement. La problématique de la réglementation du contenu des propos tenus au cours de manifestations se pose avec acuité aussi bien en droit américain qu'en droit allemand. Aux États-Unis, les décisions de réglementer les manifestations en fonction du discours font l'objet d'un contrôle particulièrement poussé : le *strict scrutiny*. Les idées « choquantes ou désagréables » sont donc protégées par le Premier amendement, qui signifie « plus que tout [...] que l'État ne peut restreindre l'expression en raison du message, des idées, du sujet ou de son contenu⁹³ ». Le sort accordé aux discours racistes d'un groupe nazi dans la

⁹¹ Voir I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité et D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁹² Voir M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité.

⁹³ *Police Dpt of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 96 (1972).

décision *Skokie* l'illustre bien⁹⁴. Mais, aux États-Unis comme ailleurs, lorsque le discours tombe dans l'incitation à la violence – les « *fighting words* »⁹⁵ – et peut avoir pour conséquence de troubler l'ordre public, il perd son caractère pacifique et, par là même, sa protection constitutionnelle. C'est donc lorsque le propos a des conséquences sur l'ordre public qu'il peut être interdit. La mise en perspective de cette solution avec l'approche de la Cour constitutionnelle allemande est particulièrement éclairante, puisque cette dernière avait tendance à interdire une manifestation non pas en raison du message, mais de la manière dont la manifestation se déroulait⁹⁶. Cette jurisprudence a été à l'origine d'incertitude quant au régime des manifestations pro-nazies, puisque la Cour constitutionnelle allemande s'était, dans un premier temps, inspirée du principe de neutralité envers les opinions développées par la Cour suprême américaine⁹⁷. Il a fallu attendre une décision de 2009⁹⁸ pour que la Cour reconnaisse que les discours pro-nazis font exception au principe de neutralité. Le contexte historique allemand explique bien évidemment la différence de positionnement avec les États-Unis et illustre, là encore, le poids de l'histoire sur cette liberté.

La finalité même de l'événement conditionne, en second lieu, sa qualification de manifestation et par là même sa protection juridique. Le droit constitutionnel allemand n'accorde en effet pas de protection constitutionnelle aux événements de rue qui sont considérés comme de purs divertissements. Encore cette qualification prête-t-elle à discussion. Un jugement d'une Cour du Land de Rhénanie-du-Nord–Westphalie dénie ainsi la qualification de manifestation à une réunion de *skaters* qui souhaitaient se voir appliquer le statut de « véhicule » (grâce à leurs planches de *skate board*) au sens de la législation sur la circulation⁹⁹. D'après O. Salát, la Cour constitutionnelle fédérale refuse ainsi la protection constitutionnelle aux événements de rue de « pure distraction », comme la « Love Parade » (un festival de musique électronique)¹⁰⁰. De même, en Italie, la licéité de la réunion dépend de sa finalité. C'est ainsi en fonction de la finalité qu'elle poursuit qu'une manifestation de nature religieuse, commerciale ou de divertissement sera

⁹⁴ *Collin v. Smith*, 447 F. Sup. 676 (1978), cité in I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité et D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁹⁵ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971). Cela est également le cas de la pédopornographie *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982) ou des discours obscènes *Roth v. US*, 354 U.S. 476 (1957), cités in I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

⁹⁶ Voir Th. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », art. cité.

⁹⁷ Voir *ibid.*

⁹⁸ BVerfGE 124, 300 *Wunsiedel*, p. 327 sq.

⁹⁹ OVG Nordrhein-Westphalen, NVwZ 2001, 1316, cité par O. SALÁT, *The Right to Freedom of Assembly, A comparative Study*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁰ O. SALÁT, *The Right to Freedom of Assembly, A comparative Study*, op. cit., p. 34. Le jugement en question n'est pas un jugement au fond mais le refus d'une injonction BVerfG, 1 BvQ 28/01, 12 juillet 2001.

soumise ou non à l'article 17 de la Constitution. Dès lors, de la nature des réunions dépendra la qualification de manifestation au sens de l'article 17 et donc son régime de protection. Ainsi la Cour constitutionnelle a jugé que des divertissements ayant lieu dans des lieux ouverts au public à des fins commerciales pourront nécessiter une licence, alors que « des purs faits de réunions consacrées à l'objectif d'un divertissement commun [...] seraient entièrement soumis à l'article 17¹⁰¹ » de la Constitution. La notion de manifestation est donc intéressante en elle-même, car elle permet d'isoler une forme particulière d'expression de l'opinion publique et de lui conférer une protection au regard de sa nature.

Aborder la question du contenu de la liberté de manifestation délimité de façon négative revient à s'intéresser à la protection accordée aux « contre-manifestations », qu'il faut protéger au même titre que la manifestation car elles participent à cette confrontation des idées que doit défendre la démocratie. L'une des décisions fondatrices de la liberté de manifestation au Royaume-Uni est d'ailleurs née de la confrontation entre un rassemblement de l'Armée du Salut et des *Skeleton armies*¹⁰². Pour reconnaître que Beatty, l'un des membres de l'armée du salut n'avait pas agi illégalement, la *King's Bench Division* a jugé que les opposants, et non l'Armée du Salut, étaient à l'origine des troubles. Le défilé de l'Armée du Salut était donc légal et leur liberté de manifestation protégée. Le raisonnement de la *King's Bench Division*, qui consiste à protéger la première manifestation, rappelle un raisonnement comparable des juridictions en France et aux États-Unis. Dans ces deux systèmes, souligne Thomas Hochmann, lorsque les troubles sont dus à des contre-manifestants, l'administration doit protéger la réunion initiale¹⁰³. La liberté de manifester s'étend donc à cette forme négative de manifestation, qui n'a toutefois pas fait l'objet d'un contentieux très fourni devant la Cour suprême américaine¹⁰⁴, à partir du moment où elle ne cause pas de trouble à l'ordre public. La jurisprudence de la Cour suprême a également montré que cette problématique des contre-manifestations peut donner lieu à la conciliation entre les deux premiers amendements lorsque des contre-manifestants cherchent à intimider des manifestants en portant des armes, comme à Ferguson¹⁰⁵. La protection accordée aux contre-manifestations connaît donc, comme les manifestations, une limite dans son objet, qui doit être, lui aussi, pacifique. Ces exigences sont bien résumées

¹⁰¹ Cour constitutionnelle italienne, décision n° 56 du 15 avril 1970, cité in I. BOUCOBZA, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », art. cité.

¹⁰² *Beatty v. Gillbanks* 1882 9 Q.B.D 314 (Field), cité in C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité.

¹⁰³ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, GAJA n° 44 ; H. KALVEN, *The Negro and the First Amendment*, Chicago, Chicago University Press, 1965, p. 140 sq.

¹⁰⁴ Une décision est signalée par D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité, p. 427 : *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455, 469 (1980), comme l'indique O. SALÁT, *The Right to Freedom of Assembly, A comparative Study*, op. cit., p. 143, cité in *ibid.*

¹⁰⁵ Voir I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

par la CEDH dans la décision *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, lorsqu'elle indique qu'il

... arrive à une manifestation donnée de heurter ou mécontenter des éléments hostiles aux idées ou revendications qu'elle veut promouvoir. Les participants doivent pourtant pouvoir la tenir sans avoir à redouter des brutalités que leur infligeraient leurs adversaires : pareille crainte risquerait de dissuader les associations ou autres groupes défendant des opinions ou intérêts communs de s'exprimer ouvertement sur des thèmes brûlants de la vie de la collectivité¹⁰⁶.

Ainsi, manifestation et contre-manifestation seront protégées à condition de ne pas porter atteinte à la « paix publique », à l'ordre public. La confrontation doit rester celle des idées uniquement et ne pas dégénérer en affrontement.

Ces éléments d'identification de la liberté de manifestation, tant à travers ses fondements que dans son contenu, présentent, en définitive, des implications particulières sur son régime de protection. À la diversité conceptuelle correspond une relative uniformité du régime.

II. L'UNIFORMITÉ DU RÉGIME DE LA LIBERTÉ DE MANIFESTATION

Dans le paysage des libertés publiques, la liberté de manifestation présente cette spécificité d'être la seule dont on accepte qu'elle soit soumise à une limitation préalable dont il n'est d'ailleurs pas aisé d'estimer la portée en droit comparé. Pourquoi supporte-t-on la soumission d'une liberté à la volonté de l'administration, sachant que, dans l'ensemble des États étudiés, les manifestations sont soumises aussi au contrôle *ex post* du juge pénal en cas d'infraction ?

Éclairer la question du régime de la liberté de manifestation et les relatives unité et cohérence qui le sous-tendent nécessite de souligner, en premier lieu, que la notion juridique de manifestation se distingue nettement de la réalité des manifestations et de ses enjeux. Ce que le droit définit comme manifestation traduit la volonté de promouvoir et d'encadrer un mode d'expression physique légitime des idées en démocratie. La notion de manifestation est un intermédiaire entre deux pôles : « en amont », les manifestations dispensées de déclaration préalable, et, « en aval », les excès auxquels les manifestations peuvent donner lieu à travers les attroupements, qui sont sanctionnés pénalement. Ainsi, Orsolya Salát¹⁰⁷ a souligné qu'en France, en Allemagne, au Royaume-Uni ainsi qu'aux États-Unis, les manifestations traditionnelles sont exemptées de notification préalable. En France, par exemple, certaines manifestations sont dispensées de déclaration : l'article L. 121-1 du Code de la sécurité intérieure dispose ainsi que les sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux sont dispensées de déclaration

¹⁰⁶ CEDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, Req. n° 10126/82, § 31.

¹⁰⁷ O. SALÁT, *The Right to Freedom of Assembly. A comparative Study*, op. cit., p. 98 sq.

préalable¹⁰⁸. Les arrêts montrent d'ailleurs qu'une interruption de l'usage de 70 ans n'empêche pas ces processions de bénéficier de cette exception¹⁰⁹. En d'autres termes, les manifestations qui procèdent d'un usage local sont libres.

Le régime de la liberté de manifestation s'explique, en second lieu, par les excès et dérives auxquels elle peut donner lieu. On peut trouver « en aval » de cette liberté l'agitation d'une foule à l'origine d'attroupements incontrôlables. La liberté de manifester met ainsi les pouvoirs politique et juridictionnel face à la question de la violence du peuple et des idées minoritaires. La place qu'une société laisse à la liberté de manifester dépend alors de la place qu'elle souhaite donner aux arguments minoritaires dans le débat démocratique. Mais la spécificité irréductible de cette liberté est aussi son expression physique, que relève la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans la grande décision *Brokdorf*¹¹⁰.

Cette dimension physique de la liberté de manifestation qui s'exerce, le plus souvent, sur le domaine public est susceptible de porter atteinte aux droits des autres membres du public et, plus largement à l'ordre public, à la sécurité publique. C'est l'une des raisons pour laquelle son régime témoigne d'une certaine unité. Il se justifie, dans tous les systèmes étudiés, par des considérations liées à la sécurité publique et à la protection des droits d'autrui (A), et semble aussi pouvoir être éclairé par des considérations relatives à la gestion de l'espace, public ou privé (B). Dans un cas comme dans l'autre, il ne faut pas oublier qu'au-delà de l'encadrement qu'il réalise, le régime juridique constitue également un élément de garantie de la liberté de manifestation.

A. Un régime justifié par des exigences de sécurité publique

Le régime juridique de la liberté de manifestation fait écho à ce que dit Montesquieu de la liberté politique de façon générale : « La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté ; et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre d'un autre citoyen¹¹¹ ». Ainsi, pour être protégée juridiquement, la liberté de manifesta-

¹⁰⁸ Article L. 121-1 du Code de la sécurité intérieure : « Sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique. Toutefois, sont dispensées de cette déclaration les sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux »

¹⁰⁹ CE, 11 février 1927, *Abbé Veyras*, *Recueil*, p. 176, cité par O. SALÁT, *The Right to Freedom of Assembly. A comparative Study*, *op. cit.*, p. 99.

¹¹⁰ 69 BVerfGE, 342-47 : « *demonstrations are the joint bodily concretization of opinions: on the one hand, the participant experiences a community with others and the reinforcement of his opinions. On the other hand, by his mere presence . . . the participant takes a position (in the true sense of the word) and bears witness to his point of view* ».

¹¹¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, ch. VI : « De la Constitution d'Angleterre », Paris, GF-Flammarion, 1979, p. 294.

tion doit, dans tous les systèmes, être exercée de façon pacifique. De cette nature pacifique, qui empêche qu'un citoyen ait à craindre d'un autre lorsqu'il manifeste, découle une protection assurée, le plus souvent, par un régime de limitation préalable. Nous utiliserons ici la locution « limitation préalable » pour couvrir l'ensemble des procédures, différentes selon les États, visant à encadrer la manifestation. Ce régime juridique, particulièrement contraignant, a pu être justifié par les textes ou la jurisprudence tant par des considérations liées à la protection de l'ordre public, que par des exigences de protection des droits qui dépendent de cette sécurité. Ainsi, en ne protégeant que les manifestations pacifiques (1), les différents systèmes juridiques préservent une certaine tranquillité publique indispensable à l'exercice des droits et libertés (2).

1. Le caractère pacifique des manifestations protégées

La diversité des formes prises par la manifestation ne doit pas faire oublier ce qui constitue l'un des critères conditionnant sa protection : sa nature pacifique. Cela s'explique logiquement par le fait qu'à partir du moment où elle perd son caractère pacifique pour tomber dans la rébellion armée contre le régime au pouvoir, la manifestation sort du cadre du droit.

La décision *Brokdorf* de la Cour constitutionnelle allemande le rappelle bien lorsqu'elle indique que le maintien de la paix sociale constitue « la condition préalable pour la garantie de la liberté de manifestation comme moyen de participation active au processus politique et – comme les expériences de combats de rue au cours de la période de Weimar l'ont montré – pour une démocratie pacifiée¹¹² ». C'est en tenant compte de cette dimension qu'Abraham Lincoln parle de « substitut constitutionnel à la révolution¹¹³ ». Cette exigence du caractère pacifique est omniprésente, aussi bien en droit international¹¹⁴ qu'en droit interne. Elle s'étend des démocraties occidentales aux démocraties anciennement placées sous le joug soviétique, mais elle est consacrée différemment en fonction des systèmes.

Au Royaume-Uni, elle a connu une construction progressive et une traduction éclatante dans la notion britannique de *King's peace*, équivalent fonctionnel de l'ordre public. Cette notion a contribué à dessiner les premiers contours de la liberté de manifestation au Royaume-Uni à travers, no-

¹¹² BVerfGE 69, *Brokdorf* 315, (359-360), cité in A. GAILLET, « La liberté de manifestation en Allemagne. Perspectives historiques », art. cité.

¹¹³ Lettre à Alexander H. Stephens, 19 janvier 1860, in *Uncollected Letters of Abraham Lincoln*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1917, p. 127, cité in D. MONGOIN, « La liberté de manifestation aux États-Unis », *Jus Politicum*, 17, 2017-1, p. 421 et I. FASSASSI « La liberté de manifestation aux États-Unis », *Jus Politicum*, 17, 2017-1, p. 513.

¹¹⁴ Article 20 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme; article 21 du Pacte international relative aux droits civils et politiques, article 15 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme; article 11-1 de la CEDH (« Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts »); article 12.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

tamment, du droit du *breach of the peace*¹¹⁵, mais ce n'est qu'en 1976, lorsque la décision *Hubbard v. Pitt*¹¹⁶ reconnaît un « droit de manifester », que la jurisprudence précise qu'il s'agit d'une manifestation pacifique. Le Conseil constitutionnel français n'a, quant à lui, jamais mentionné ce caractère pacifique lorsqu'il a consacré en 1995 le « droit d'expression collective des idées et des opinions¹¹⁷ ». Cette caractéristique de la liberté de manifester est plus clairement reconnue dans les textes constitutionnels d'autres systèmes, dotés de catalogue de droits fondamentaux plus explicites que le bloc de constitutionnalité en France. Cela révèle l'importance de cette dimension qui conditionne la protection juridique d'une manifestation. Ainsi, le Premier amendement de la Constitution américaine évoque « le droit du peuple de s'assembler paisiblement », l'article 8 de la loi fondamentale allemande reprend cette terminologie en reconnaissant à tous les Allemands « le droit de se réunir paisiblement et sans armes », formulation quasi identique à l'article 17 de la Constitution de la République italienne de 1947¹¹⁸. L'article 57 de la Constitution polonaise affirme quant à lui que « La liberté d'organiser des réunions pacifiques et d'y participer est garantie à chacun. Elle peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi », alors que la nouvelle Constitution hongroise du 25 avril 2011 consacre le droit de chacun de se réunir pacifiquement¹¹⁹. La nature pacifique de la liberté de manifestation est à la fois un élément d'identification et l'une des conditions de sa garantie juridique. Elle est, en effet, susceptible d'en restreindre la protection puisque cette liberté sera le plus souvent réglementée nom de la « paix et du bon ordre¹²⁰ ». En outre, ce critère peut être instrumentalisé par les États, comme en témoignent certaines anciennes démocraties populaires et la Russie¹²¹. Les violences susceptibles d'avoir lieu au cours de manifestations sont parfois le fruit d'actes des autorités étatiques. Ces dernières peuvent donc se servir du caractère non pacifique de la manifestation, qu'elles ont elles-mêmes causé, pour éroder la protection de cette liberté. C'est la raison

¹¹⁵ Voir C. ROYNIER, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », art. cité.

¹¹⁶ [1976] 1 Q.B. 142 (C.A.).

¹¹⁷ CC, déc. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 16.

¹¹⁸ Il reconnaît le droit « de se réunir pacifiquement et sans armes ».

¹¹⁹ Article VIII : « 1. Chacun a le droit de réunion pacifique. 2. Chacun a le droit de créer des associations ou d'y adhérer. 3. La liberté d'association inclut la formation et le fonctionnement de partis politiques. Les partis politiques contribuent à la formation et à l'expression de la volonté du peuple. Aucun parti politique ne peut exercer directement le pouvoir politique. 4. Les dispositions complémentaires pour le fonctionnement et le financement des partis politiques sont définies par la loi organique. 5. La liberté d'association inclut la liberté de formation et de fonctionnement de syndicats et d'autres organes représentatifs ».

¹²⁰ *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496, 516 (1939).

¹²¹ Voir M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité.

pour laquelle la Commission de Venise recommande une définition plus large, s'étendant à toute manifestation même non pacifique¹²².

2. La conciliation avec des exigences d'ordre public et de protection des droits d'autrui

Les textes et la jurisprudence mentionnent assez largement ces deux exigences, avec lesquelles la liberté de manifestation doit être conciliée, et qui justifient la procédure de limitation préalable, au sens large.

En Italie, l'article 17 de la Constitution de 1947 révèle, en premier lieu, un régime plutôt libéral à travers un dégradé de protections selon que les réunions se déroulent dans un lieu ouvert au public (il ne sera pas exigé de préavis) ou dans un lieu public (un préavis est exigé au moins trois jours avant la manifestation). Cette disposition conditionne l'interdiction de la manifestation non pas par des exigences d'ordre public, mais par des motifs de sûreté ou de sécurité publique. Les constituants italiens ont préféré cette terminologie plus précise que la notion d'ordre public¹²³, et la Constitution ne fait pas référence à la protection des droits d'autrui. Mais la spécificité du régime italien réside dans l'existence d'un préavis, qui n'est pas une autorisation ni une condition de légalité de la manifestation¹²⁴. En cela, le système italien semble être plus libéral que le système français.

En revanche, dans d'autres systèmes, comme la France, les États-Unis ou l'Allemagne, la formalité semble être, en second lieu, plus restrictive. Les juges estiment toutefois qu'il n'y a pas de contradiction entre limitation et liberté. L'idée qui les guide est qu'il n'y a pas de contradiction entre la liberté et la limitation préalable. De façon générale d'ailleurs, l'étude de la jurisprudence manifeste une synchronie et une communauté de pensée des juges dans les pays libéraux : l'ordre public et la liberté ne se contredisent pas, l'ordre public est au contraire la condition d'exercice de la liberté. C'est d'ailleurs la définition qu'Étienne Picard donne de la police administrative : la liberté est pour lui devenue « la fin même de l'institution »¹²⁵. La notion de police, avance en effet cet auteur, « est devenue une notion juridique éminemment libérale », sa fonction est la « protection de l'ordre institutionnel libéral¹²⁶ ». On verra ci-dessous que la conclusion d'Étienne Picard n'est pas valable uniquement pour la France. Les juges d'autres pays fondent la

¹²² *Joint Opinion on the draft Law on Peaceful Assemblies of the Kyrgyz Republic by the Venice Commission and OSCE/ODIHR*, 17-18 December 2010, CDL-AD (2010) 050, § 19, cité M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité.

¹²³ Voir I. BOUCOBZA, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », art. cité.

¹²⁴ Voir *ibid.*

¹²⁵ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, Paris, LGDJ, 1984, p. 499.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 879.

police sur la protection de la liberté et au même moment, dans l'entre-deux-guerres, que ce lien se noue en France et aux États-Unis.

Dans l'affaire *Cox v. New Hampshire*¹²⁷, la Cour suprême américaine a dû contrôler la constitutionnalité de la condamnation d'un groupe de témoins de Jéhovah qui s'était rassemblé paisiblement sur la voie publique. La Cour affirme que

[L]es libertés publiques, garanties par la Constitution, requièrent l'existence d'une société organisée permettant le maintien de l'ordre public, sans lequel la liberté elle-même serait engloutie par les excès des abus non contenus. L'autorité d'une municipalité pour réglementer la liberté dans le but d'assurer la sécurité et le confort des personnes qui utilisent la voie publique n'a jamais été considérée comme étant contradictoire avec les libertés publiques, mais, plutôt, comme un des moyens de sauvegarder le bon ordre duquel, finalement, elles dépendent.

Le raisonnement de la Cour suprême américaine est semblable à celui du juge administratif français qui, avec l'arrêt Benjamin notamment, fonde la police sur la liberté¹²⁸.

On trouve une logique très comparable dans la grande décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Brokdorf* :

[L]e devoir de notification s'impose uniquement aux réunions en plein air en raison de leurs effets externes. Les détails contenus dans la notification doivent permettre de communiquer aux autorités les informations nécessaires afin de leur permettre, d'une part, de prendre les mesures nécessaires pour réguler le trafic et assurer que la manifestation subisse le moins de perturbation possible et, d'autre part, de ménager les intérêts des tiers, de la commune et d'harmoniser l'un avec l'autre¹²⁹.

Ce faisant, ces deux juridictions lient intimement les exigences de sécurité publique avec la protection des libertés publiques, comme des éléments justifiant le régime d'autorisation préalable. La liberté de manifestation peut entrer en collision avec d'autres droits, ce qui justifie l'existence d'un régime d'autorisation préalable. Outre la liberté de circulation que l'on retrouve notamment en droit britannique ou encore devant la Cour constitutionnelle hongroise¹³⁰, nous avons pu voir que le droit de porter des armes aux États-Unis a été concilié avec la liberté de manifestation à *Ferguson*¹³¹.

L'encadrement est en réalité aussi une garantie, puisque le fait d'être considéré comme une manifestation entraîne une protection, même si cela implique le respect d'une formalité d'une déclaration préalable, d'une notification ou d'un préavis.

¹²⁷ 312 U.S. 569 (1941).

¹²⁸ CE, 19 mai 1933, Benjamin, *Rec. Lebon*, p. 541.

¹²⁹ BVerfGE 69, 315 (traduction libre à partir de la traduction anglaise).

¹³⁰ *Décision de la Cour constitutionnelle de Hongrie*, 55/2001 (XI.29), ABH 2001, p. 458-459.

¹³¹ *Ibid.*, I. B. ; I. FASSASSI, « La liberté de manifestation aux États-Unis », art. cité.

Tel n'est pas le cas en Russie où le régime de la liberté de manifestation, bien que présentant des points de convergence avec les autres systèmes, fait, en troisième lieu, l'objet de restrictions particulièrement fortes. Dans un arrêt du 18 mai 2012¹³², la Cour constitutionnelle de Russie a adopté une logique très proche de celle des Cours américaine et allemande. Elle affirme que des restrictions peuvent exister si elles sont « imposées conformément à la loi et sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui ». Cette logique rappelle aussi celle adoptée par la CEDH où la liberté de réunion pacifique doit être conciliée avec l'ordre public et les intérêts des tiers. Mais cette exigence de protection de l'ordre public, poussée à l'extrême, a été à l'origine d'une criminalisation du droit de se rassembler pacifiquement par une loi du 8 juin 2012. Des atteintes à l'ordre public ou aux normes sanitaires produites par manifestation sont sanctionnées par des amendes particulièrement lourdes. L'exigence d'ordre public est utilisée ici pour inhiber les éventuelles manifestations de l'opposition politique¹³³.

Justifié par des considérations légitimes de sécurité publique et de protection des droits d'autrui, le régime de la liberté de manifestation n'est pas tant une limite qu'une garantie de cette liberté. Ce régime peut cependant, comme en Russie, être poussé à l'extrême et manipulé, sous couvert de telles justifications et porter atteinte à l'essence même de la liberté de manifestation. Une conclusion assez comparable semble se dégager des considérations « propriétairetes » entourant le régime de la liberté de manifestation.

B. Un régime éclairé par les conflits de gestion des espaces public et privé

Le régime de la liberté de manifestation dans l'ensemble des systèmes montre qu'il est conditionné par la nature physique de cette liberté. La réglementation de la liberté de manifester peut procéder de deux sources, l'une publique (1), l'autre privée (2), en fonction de la nature de l'espace en question. Ces deux sources posent des problèmes spécifiques.

1. Le pouvoir de gestion du domaine public et la liberté de manifester

Quel est le fondement du pouvoir de l'État pour réglementer la manifestation ? La réponse à cette question ne va pas de soi et elle a, en réalité, une histoire. Thibault Guilluy a montré que, en France, les manifestations relevaient d'abord d'une zone de non-droit¹³⁴. L'histoire américaine met aussi en évidence que, pendant toute une période, les manifestations étaient libres.

¹³² *Décision de la Cour constitutionnelle de Russie*, 18 mai 2012, n° 12-P.

¹³³ Voir M.-E. BAUDOIN, « La liberté de manifestation en Hongrie, en Pologne et en Russie, à l'aune de l'histoire », art. cité.

¹³⁴ Th. GUILLUY, « La liberté de manifestation, un droit introuvable ? », art. cité, p. 499-511.

Sans revenir sur l'histoire de la déclaration préalable dans l'ensemble des pays étudiés, car ils n'utilisent pas tous cette technique, les expériences américaine et française semblent révéler que l'exigence de déclaration préalable, lorsqu'elle existe, s'explique par la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur le domaine public. C'est donc certainement la propriété qui a permis de fonder le pouvoir de l'État sur la réglementation des libertés dans l'espace public. La déclaration devient, en effet, un instrument légitime de gestion de cette liberté au moment où l'administration se voit reconnaître un droit de propriété sur ces espaces, ce qui n'allait pas de soi. Et, au moment où ce lien se noue, le discours des juristes légitime la police administrative par référence à la liberté ; la police administrative devient, pour les juges, le soutien de la liberté. Si le lien entre les deux n'est évident qu'aux États-Unis, on ne peut établir qu'une corrélation temporelle en France.

Tabatha Abu El-Haj a tenté de réaliser une histoire de l'autorisation préalable à la manifestation aux États-Unis¹³⁵. Elle distingue deux périodes. Jusque tard au XIX^e siècle, les manifestations bénéficient d'une liberté totale, aucune procédure de déclaration n'est exigée. Les manifestations n'étaient ainsi encadrées que par le droit pénal et le juge de *common law* pouvait sanctionner les manifestations en cas de *unlawful assembly*, émeute, *breach of the peace*. Le droit de se rassembler et de manifester paisiblement n'était ainsi pas discuté. Il faisait partie des droits de l'homme anglais libre, comme le disent certains auteurs et certains jugements¹³⁶. C'est la raison pour laquelle lors du premier congrès des États-Unis, une discussion sur un amendement au *Bill of Rights* de 1689 concernant la liberté de manifester fut déclarée indigne d'être même discutée, tant cette liberté semblait être consubstantielle à la société américaine¹³⁷. Le XIX^e siècle américain est donc caractérisé par une liberté totale de manifester. Les Américains ont encore à l'esprit le procès infligé à William Penn, accusé d'avoir fomenté une manifestation tumultueuse, alors qu'il avait organisé une assemblée de prière, mais d'une religion minoritaire, la religion quaker¹³⁸. C'est une affaire qui marquera beaucoup la conscience politique américaine.

Vers la fin du XIX^e siècle, on constate un contrôle croissant des manifestations aux États-Unis. Les villes adoptent alors des réglementations pour encadrer les manifestations et imposent le recours à une déclaration préalable. La rupture a donc lieu à cette époque. Or, ces tentatives d'encadrement ont parfois donné lieu à contentieux, contentieux qui amena les juges à préciser l'étendue du pouvoir des municipalités pour contrôler les manifestations. D'après Tabatha Abu El-Haj, l'examen des premiers juge-

¹³⁵ T.A. EL-HAJ, « The Neglected Right of Assembly », *UCLA Law Review*, 56, 3, 2009, p. 561 sq.

¹³⁶ *Slaughter-House Cases* 83 U.S. 36, 114 (1872), cité par T.A. EL-HAJ, « The Neglected Right of Assembly », art. cité, p. 564.

¹³⁷ L. WHIPPLE, *Our Ancient Liberties: The Story of The Origin and Meaning of Civil and Religious Liberty in The United States*, New York, H.W. Wilson Co., 1927, p. 101.

¹³⁸ *Bushel's Case* 1670 124 E.R. 1006.

ments montre que, « vers la fin du XIX^e siècle, les tribunaux rechignent à reconnaître la légalité de ces règlements dont nous prenons aujourd'hui la constitutionnalité pour acquise¹³⁹ ». Comment peut-on expliquer ce changement ? La légalité de l'autorisation préalable a d'abord été examinée par la Cour suprême du Massachusetts. Dans l'arrêt *Commonwealth v. Davis (Davis I)*¹⁴⁰, le pasteur William F. Davis avait été condamné pour avoir fait un sermon au Boston Common sans y avoir été autorisé au préalable. En appel, il tenta de faire valoir l'illégalité de la réglementation à la base de sa condamnation, contraire à la liberté d'expression et au droit de célébrer le culte en public. Son appel fut rejeté au motif que le gouvernement pouvait légalement limiter cette liberté pour des motifs d'ordre public, pour protéger un lieu (en l'occurrence un parc) des dommages que de grandes réunions pourraient lui causer.

Dans une deuxième affaire, la Cour suprême du Massachusetts dut faire face à un problème similaire. Un syndicaliste, Henry Abrahams, avait demandé à tenir une réunion publique dans un (autre) parc de Boston, et l'autorisation lui fut refusée. Il tint malgré tout sa réunion et fut condamné. La Cour suprême de l'État affirma que :

[L]e parc de la ville de Boston est affecté à l'usage du public en général, les autorités du parc sont seules compétentes pour décider si l'utilisation du parc ou d'une partie du parc peut être temporairement mise de côté pour le bien d'une partie du public¹⁴¹.

Ces deux arrêts semblent affirmer l'existence d'un pouvoir de police, compétent pour interdire une manifestation.

Mais le tournant intellectuel semble être bien exprimé dans une troisième décision, dont l'importance peut être mesurée par la présence d'un juge, le juge Holmes. Il s'agit de l'arrêt *Commonwealth v. Davis (Davis II)*¹⁴² concernant le même pasteur. Il s'agissait toujours de la question du fondement du pouvoir de la ville. C'est dans cet arrêt que le juge Holmes prononce cette opinion restée célèbre :

[S]i le Parlement interdit absolument ou sous conditions les réunions publiques dans la rue ou un parc public, ce n'est pas plus une violation des droits du public que si le propriétaire d'une maison privée interdisait cette activité dans sa maison. Lorsqu'il n'interfère avec aucun droit de propriété, le Parlement peut mettre fin au droit du public d'entrer dans l'espace public, en mettant fin à l'affectation de ces espaces au public.

L'intérêt de ce jugement est décisif en ce qu'il fonde le pouvoir de réglementer l'espace public sur le droit de propriété. La Cour suprême des États-Unis tranchera la question en reprenant à son compte le raisonnement de la Cour suprême du Massachusetts¹⁴³.

¹³⁹ T.A. EL-HAJ, « The Neglected Right of Assembly », art cité, p. 575.

¹⁴⁰ 4 N.E. 577 (Mass. 1886).

¹⁴¹ *Commonwealth v. Abrahams*, 30 N.E. 79, 79 (Mass. 1892) (nous soulignons).

¹⁴² 39 N.E. 113 (Mass. 1895).

¹⁴³ *Davis v. Massachusetts (Davis III)*, 167 U.S. 43 (1897).

Ce n'est que dans les années 1930, en 1939 exactement, dans la décision est *Hague v. CIO*¹⁴⁴, que la Cour suprême affirmera l'inconstitutionnalité de l'interdiction des réunions et des manifestations sur la voie publique, en utilisant une autre théorie de la propriété en *common law*, la théorie du *trust* : l'administration gère le domaine public en *trust* pour les citoyens, son pouvoir est donc limité. Mais l'utilisation de la déclaration préalable ne pose pas de problème, du moment que l'autorité administrative ne dispose pas d'un pouvoir entièrement discrétionnaire pour refuser l'autorisation. Le procédé de la déclaration préalable est entré dans le droit. Autrement dit, la conception propriétaire du domaine public, la reconnaissance d'un pouvoir de gestion du domaine fondé sur le droit de propriété, a achevé de légitimer la déclaration préalable. La reconnaissance de ce droit de propriété a donc permis une remise en ordre de la gestion du domaine, et le corrélat de cela est que l'expression de la liberté est désormais sous le contrôle de l'administration.

De même, en France, on constate une corrélation entre la mise en place d'un régime de déclaration préalable et la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur le domaine. Thibault Guilluy montre bien¹⁴⁵ que le pouvoir de l'administration pour autoriser une manifestation a pendant longtemps été un non-dit. La France a mis du temps pour consacrer – et donc protéger – cette liberté dans un texte. Philippe Yolka formule la même hypothèse. À la question : « Le principe d'une propriété du domaine public pèse-t-il sur l'exercice des libertés ? », il répond de cette manière :

Historiquement, il est notable que l'encadrement de la liberté de manifestation a suivi l'affirmation du droit de propriété des personnes publiques sur le domaine public (l'exemple français ne paraissant pas isolé¹⁴⁶) ; ainsi, du décret-loi du 23 octobre 1935 imposant un régime de déclaration préalable, à l'époque où triomphaient les idées d'Hauriou sur la propriété administrative du domaine public. Une remarque analogue peut être risquée à l'égard de l'exercice des libertés économiques, encadré par le juge au même moment et toujours conditionné depuis lors à la délivrance d'autorisations¹⁴⁷.

On a donc bien un mouvement semblable dans les deux pays. Cette analyse met en évidence le rôle légitimant de la propriété dans l'affirmation du pouvoir public sur le domaine dans ces années. Au même moment, on remarque aussi que les juges se refusent à opposer ordre public et liberté, en France comme aux États-Unis. Ces deux glissements (l'ordre public libéral et le droit de propriété de la personne publique) permettent de comprendre comment le droit a progressivement légitimé l'encadrement de la manifestation.

¹⁴⁴ 307 U.S. 496 (1939).

¹⁴⁵ Th. GUILLUY, « La liberté de manifestation, un droit introuvable ? », art. cité, p. 499.

¹⁴⁶ Ph. Yolka cite ici notre étude sur les États-Unis que nous avons pu lui communiquer.

¹⁴⁷ Ph. YOLKA, « Libertés, domanialité et propriété Publiques », *Le droit des libertés en question(s), Colloque des 5 ans de la RDLF, RDLF, 2017*, chron. n° 02.

Il existe donc bien un lien entre l'apparition de la déclaration préalable et la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur le domaine. On peut certainement trouver un autre indice de ce lien dans la volonté de tarifier l'utilisation du domaine pour les manifestations, volonté dont on trouve des exemples aux États-Unis et en Italie.

Aux États-Unis, la Cour suprême n'a pas jugé cette exigence inconstitutionnelle, dans la mesure où le montant reste corrélé avec les coûts générés par la préservation de l'ordre public¹⁴⁸. Pour David Goldberger, l'approche de la Cour suprême peut s'expliquer ainsi :

[L]'approbation que la Cour suprême donne de la tarification dans l'arrêt *Cox* s'explique par sa conception erronée du rapport entre le manifestant et le gouvernement qui pourrait, pour la Cour, être considéré comme une relation commerciale entre deux personnes privées. En autorisant la récupération des coûts, la Cour traite le manifestant comme s'il occupait la propriété ou consommait un service comme il le ferait sur un marché¹⁴⁹.

L'utilisation du tarif assimile le domaine à une propriété dont on peut faire payer l'usage.

En Italie aussi, le gouvernement a récemment tenté de réguler les manifestations en faisant payer l'utilisation des voies publiques¹⁵⁰. Le fait d'autoriser la tarification des voies publiques est aussi un indice d'une conception propriétaire du domaine, en même temps que c'est un moyen de limiter les manifestations.

La reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur le domaine permet d'expliquer le recours à la limitation préalable aux côtés des exigences liées à l'ordre public et de la protection des membres du public. Cela amène d'ailleurs à évoquer les périls qui menacent cette liberté, car les droits du public ont aussi été utilisés par les juges pour justifier l'interdiction des manifestations.

2. Les prérogatives du propriétaire privé face à la liberté de manifester

Les périls contemporains qui menacent la liberté de manifestation sont de plusieurs ordres. Les contributions ici publiées mettent en évidence plusieurs tendances.

D'abord, et de façon conjoncturelle, on constate un virage sécuritaire dans de nombreux États, qui accordent un plus grand pouvoir pour contrôler les manifestations, comme l'expérience russe l'illustre. Ensuite, on note l'émergence de nouvelles techniques policières dont l'objet est d'intimider les manifestants et de rendre l'espace public menaçant. Ces techniques –

¹⁴⁸ *Cox v. New Hampshire*, 312 US 569, 577 (1941).

¹⁴⁹ D. GOLDBERGER, « A Reconsideration of *Cox v. New Hampshire*: Can Demonstrators be Required to Pay the Cost of Using America's Public Forums? », *Texas Law Review*, 62, 1983, p. 412.

¹⁵⁰ K. ROUDIER, « La liberté de manifestation aujourd'hui en Italie. Quels problèmes, quelles perspectives ? », art. cité.

l'encerclement et l'encagement – ont été dénoncées par le Défenseur des droits en France¹⁵¹, mais elles ont été en revanche admises par les juridictions britannique et européenne dans l'affaire *Austin v. Commissioner of Police of the Metropolis*¹⁵². Enfin, l'espace public est menacé par des mouvements de fond, de plus grande ampleur : la privatisation de l'espace public et la hiérarchisation des usages de l'espace public par les juges, qui voient triompher une conception récréative de l'espace public sur sa vocation politique.

La question de la privatisation de l'espace public se retrouve un peu partout, mais les États sont, semble-t-il, inégalement préparés pour répondre juridiquement à ce défi. La solution trouvée en Allemagne, par l'application horizontale des droits fondamentaux, ne s'applique pas partout. Par exemple, au Royaume-Uni, certains arrêts montrent que la privatisation de l'espace public, ou plutôt sa « commercialisation » puisqu'il s'agit bien souvent de centres commerciaux, confère aux propriétaires le droit d'exclure. Ainsi, dans la décision *CIN Properties Ltd v. Rawlings*¹⁵³ le juge a accepté que le propriétaire d'un centre commercial puisse en interdire l'accès à une bande de jeunes. Mais, ce centre commercial réunissait en réalité l'ensemble des magasins et des services publics de la ville, si bien que l'exclusion confinait à une sorte de bannissement. La Commission EDH a accepté cette conséquence du droit de propriété¹⁵⁴. Dans la décision *Appleby*¹⁵⁵, la CEDH n'a pas souhaité juger que la liberté d'expression conférait un droit d'accès à un centre commercial. Ces décisions sont de toute première importance pour la liberté de manifester, car les centres commerciaux sont devenus, de fait, des centres de vie collective et, en outre, des espaces entiers des villes modernes sont désormais construits et possédés par des entreprises privées, qui peuvent donc exclure les manifestations. Le mouvement « Occupy » à Londres a mis cette réalité en évidence. Les manifestants sont ainsi allés occuper le parvis de la cathédrale Saint-Paul car on les avait empêchés d'occuper Paternoster Square où se trouvait pourtant la bourse, parce que cet espace était possédé par la *Mitsubishi Estate Company*. L'injonction du juge empêchant les manifestants d'occuper l'emplacement de la bourse indique que : « les manifestants n'ont aucun droit de mener une manifestation dans ce Square, qui est entièrement une propriété privée¹⁵⁶ ». On voit ici que le droit anglais est encore loin de la solution allemande... Idris Fassassi montre que, aux États-Unis, , après des hésitations, la Cour

¹⁵¹ Défenseur des droits, 16 avril 2015, avis n° 15-06. Cette pratique a été validée par la CEDH, mais dans un contexte particulier où elle se justifiait : CEDH, *Austin et autres c/ Royaume-Uni*, 15 mars 2012.

¹⁵² [2009] UKHL 5; [2009] 1 A.C. 564 ; Cour EDH, 15 mars 2012, *Austin et autres c/ Royaume-Uni*, Req. n°s 39692/09 sq.

¹⁵³ [1995] 2 EGLR 130.

¹⁵⁴ *Mark Anderson and Others v. United Kingdom* [1998] E.H.R.L.R. 218.

¹⁵⁵ CEDH 5 mai 2003, *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 44306/98.

¹⁵⁶ J. VASAGAR, « Public Spaces in Britain's Cities Fall into Private Hands », *The Guardian*, 11 June 2012.

suprême semble avoir définitivement fermé la porte à l'opposabilité de la liberté de manifester à un propriétaire privé¹⁵⁷.

Tous les systèmes juridiques n'ont donc pas développé les mêmes outils conceptuels pour concilier la privatisation de l'espace public et la liberté de manifester. À cet égard, on ne peut que constater que la France est bien mal outillée pour résoudre ce type de difficulté, alors même que la privatisation de l'espace public se développe très nettement. En même temps, la Cour de cassation commence depuis un arrêt du 4 décembre 2013¹⁵⁸ à faire du contrôle de proportionnalité dans le cadre d'un contrat de mariage, ce qui pourrait augurer de solutions innovantes dans le cas où un propriétaire souhaiterait interdire l'accès à sa propriété.

Le droit de manifester se heurte encore aujourd'hui à une autre difficulté : la hiérarchisation des usages de l'espace public et la préférence pour un usage récréatif de celui-ci. L'étude de la jurisprudence concernant les mouvements d'occupation des places aux États-Unis et au Canada ou encore au Royaume-Uni le montre. Ces jurisprudences privilégient nettement l'utilisation récréative du domaine sur son utilisation politique.

Mais pour comprendre l'éviction des mouvements d'occupation des places aux États-Unis et au Canada, il faut bien comprendre l'emprise de la privatisation des villes. L'institution majeure qui est au cœur du développement urbain des villes nord-américaines depuis longtemps est le *Business Improvement District* (BID)¹⁵⁹. L'occupation des places met donc face à face deux logiques de privatisation de l'espace urbain, l'un commercial, l'autre politique (car les juges interprètent, de façon très contestable d'ailleurs, l'occupation comme une forme de privatisation, mais dans un but et pour un objet qui concerne l'ensemble de la communauté). Or, ce que nous voulons montrer ici, c'est bien que la justice, au Canada et aux États-Unis, privilégie l'un sur l'autre.

Une décision majeure de la Cour suprême des États-Unis, la décision *Clark v Community for Creative Non-Violence*¹⁶⁰ inaugure certainement cette nouvelle conception de l'espace. Il s'agissait d'un groupe souhaitant établir un campement sur le *Mall* de Washington, lieu pour le moins symbolique puisqu'il s'agit de la grande perspective partant du Capitole et qui a vu se dérouler tous les grands combats pour les droits civiques des années 1950 et 1960. Le campement avait pour objet d'attirer l'attention du public sur le sort des sans-abris, qui dorment dans le froid. L'autorité responsable de la police de ce parc interdisait, purement et simplement, tout campement dans

¹⁵⁷ Voir la contribution d'Idris Fassassi dans ce dossier, qui cite l'arrêt *Hudgens v. National Labor Relations Board*, 424 U.S. 507 (1976).

¹⁵⁸ Civ., 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, Bull. civ. I, n° 234.

¹⁵⁹ Le BID est une personne publique ou une association qui regroupe les commerçants d'une zone qui acceptent chacun de payer un impôt pour financer des services publics qu'ils n'estiment pas être fournis avec assez d'efficacité par la ville. La création de ces entités est autorisée par la ville. Le problème est qu'ils finissent par gérer effectivement la zone au détriment des autres usages : au détriment des démunis, des vendeurs ambulants.

¹⁶⁰ 468 U.S. 288 (1982).

cet espace. La question était donc de savoir si le règlement était légal au regard de l'objectif politique du groupe, objectif protégé par le Premier amendement. La réponse de la Cour suprême est édifiante à cet égard. D'abord elle n'établit pas clairement que ce type d'action (l'occupation d'une place) est protégé par la Constitution. Alors même qu'elle protège sous cette bannière de très nombreux types de discours et de comportements, elle se refuse à affirmer clairement sa position sur ce sujet. Le contrôle de la Cour porte ensuite sur les caractères de l'atteinte : le droit constitutionnel impose en effet que toute restriction à la liberté d'expression soit neutre, le règlement doit donc être impartial et ne pas procéder d'une volonté de censurer certaines idées, ce qui était bien le cas puisque le règlement en question avait pour seule préoccupation de préserver le parc. Voici comment cet intérêt public est présenté par la Cour : « il nous apparaît que le règlement est limité à la protection de l'intérêt légitime poursuivi par le gouvernement et qui consiste en la préservation des parcs au cœur de notre Capitale, afin de protéger leur attractivité et leur intégrité pour la jouissance de millions de gens ». Autoriser le camping sur ces espaces – l'utiliser comme un logement de vie – serait donc complètement contradictoire avec cet objectif. Les dommages infligés au parc, comme l'inaccessibilité de cet espace pour les autres membres du public, justifient donc l'interdiction : la conservation de la propriété du parc constitue un intérêt public substantiel justifiant l'interdiction. Autrement dit, l'affectation initiale du parc reposant sur sa conservation et sur l'accès de l'ensemble du public peut justifier l'interdiction de cette manifestation politique. La limitation préalable de la liberté de manifester était, comme nous avons pu le voir précédemment, justifiée par les juges par la nécessité de concilier les libertés des différents membres du public, mais aussi par la gestion de cet espace public. On voit bien ici comment le juge peut jouer et hiérarchiser les libertés, l'une pouvant permettre d'annuler celle des autres. La Cour suprême se refuse à contrôler ici la proportionnalité de l'atteinte.

On voit donc bien ici comment la concurrence des usages de l'espace public peut permettre de justifier la neutralisation politique de l'espace public. La conservation du domaine, son affectation à l'usage de tous justifient l'interdiction de la manifestation. Alors même que toute la jurisprudence de la Cour suprême sur la liberté d'expression a consisté à en faire une valeur absolue, celle-ci est totalement mise en échec lorsqu'un règlement pose une interdiction, car une interdiction est par définition neutre. L'opinion majoritaire dit bien ceci : « Je doute que le Premier amendement impose aux services du parc d'autoriser une manifestation sur Lafayette Park et le Mall qui impose la mobilisation de vigiles toute la journée et l'érection de tente pour loger 150 personnes ». L'arrêt permet donc d'interdire une manifestation dans le lieu de Washington le plus chargé de sens politique, au nom de la conservation du parc. Mais plus fondamentalement, il souligne bien la profonde limite de la jurisprudence constitutionnelle américaine concernant les limitations à la liberté d'expression, limite bien mise en évidence par l'opinion dissidente du juge Thurgood Marshall. À partir du moment où la limitation est neutre du point de vue du contenu, la protection constitutionnelle est diminuée, mais la conséquence, en l'occurrence, est tout simplement la transformation du forum public en espace uniquement dédié à la récréation. La neutralité qui permet de justifier l'interdiction change en réalité

le sens de l'espace public et remet profondément en question ce « profond engagement national pour un débat public libre, robuste et ouvert¹⁶¹ ». À quelques années d'écart, la Cour suprême refuse définitivement d'opposer la liberté de manifester au propriétaire d'un centre commercial dans l'arrêt *Hudgens v. National Labor Relations Board de 1976*¹⁶² et permet d'interdire l'occupation d'un parc dans l'arrêt Clark de 1982.

Une conséquence comparable peut être observée au Canada. Dans la décision *Batty v. City of Toronto*¹⁶³, l'argumentation tourne autour de l'idée que l'occupation est bien une privatisation. Pour le juge Brown, « Occupy Toronto » constitue une négation de la démocratie, faute de s'être interrogé sur ce que penseraient les habitants des alentours en voyant leur parc métamorphosé en « ville tente » (*tent city*). Il estime qu'il faut prendre en considération et concilier « d'une façon équilibrée les différents usages que nous souhaitons faire de nos parcs publics afin que, finalement, nous puissions tous en jouir ». Il ajoute que l'interdiction aura « pour effet de mettre fin au monopole que les manifestants ont établi sur le parc public dans ce centre de Toronto en leur imposant de le partager avec les autres membres du public ». Autrement dit, l'usage récréatif de l'espace public entre en concurrence avec son usage politique, et peut aboutir à l'extinction du second. L'usage récréatif peut permettre l'interdiction de l'occupation d'une place alors même qu'il est de la vocation de l'espace public d'être un espace où les opinions peuvent s'affronter.

On retrouve la même logique pour évincer le mouvement « Occupy Wall Street » à New York. Dans la décision new-yorkaise, *Waller v. New York*¹⁶⁴, plusieurs arguments sont mobilisés par le juge pour autoriser l'éviction des occupants de Zuccotti Park. Le juge Michael Stallman reconnaît tout d'abord que les règles prohibant le camping dans le parc ont été adoptées après le début de l'occupation et avait donc pour objet précis l'éviction d'Occupy Wall Street. Ici aussi, le juge met en œuvre une hiérarchisation des formes d'utilisation du parc qui permet, en jouant un public contre un autre, de légitimer la neutralisation politique de l'espace public : le droit à la liberté d'expression des manifestants ne doit pas, dit le juge Stallman, empêcher « l'accès de ceux qui vivent et travaillent dans cette partie de la ville ». Alors même que le droit constitutionnel des États-Unis est le plus protecteur de la liberté d'expression, les juges refusent d'étendre une telle protection, absolue en application de la théorie du *public forum*, aux campements politiques. L'espace public est la chose de ceux qui « vivent et travaillent », et non l'espace de la discussion libre. Elle n'est pas le lieu du marché des idées pour reprendre l'expression tant utilisée par la Cour suprême¹⁶⁵. L'espace public est désormais bien plus dédié au commerce et à la

¹⁶¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 270.

¹⁶² 424 U.S. 507 (1976).

¹⁶³ 2011 ONSC 6862.

¹⁶⁴ 2011 NY Slip Op 21412 (15 novembre 2011).

¹⁶⁵ M. KOHN, « Privatization and Protest: Occupy Wall Street, Occupy Toronto, and the Occupation of Public Space in a Democracy », *Perspectives on Politics*, 11, 2013, p. 104.

récréation qu'à la diffusion et à la discussion de messages politiques, comme le remarquent Bruce Ackerman et Yochai Benkler¹⁶⁶. C'est certainement la raison pour laquelle la liberté de manifestation est aujourd'hui, dans ce pays, tombée en désuétude¹⁶⁷.

Les périls que la liberté de manifester rencontre aujourd'hui sont donc nombreux (régimes d'autorisations, état d'urgence, pratiques policières, privatisation), mais parmi tous ces périls aucun ne semble plus dangereux que celui qui consiste à perdre de vue la vocation politique de l'espace public. Cette dépolitisation de l'espace public ne concerne d'ailleurs pas que la liberté de manifestation, elle concerne aussi et d'abord la liberté d'aller et venir dans l'espace public. Cette dernière liberté est aujourd'hui sérieusement mise à mal par des phénomènes d'exclusion qui touchent les démocraties libérales et qui s'expliquent par le phénomène de privatisation et la société de la sécurité¹⁶⁸.

Or, c'est ce que révèle le durcissement dont fait l'objet cette liberté en Russie, où le régime de la liberté de manifester a été pénalisé. Un mouvement d'une telle ampleur ne se retrouve pas dans des démocraties enracinées comme les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni, l'Italie ou l'Allemagne. Toutefois, un autre phénomène apparaît : en privatisant l'espace public, ces démocraties restreignent peu à peu la dimension politique de la liberté de manifester. Étant intimement liés à d'autres libertés et le vecteur même de ces libertés, ce sont aussi la liberté d'association, la liberté syndicale et, plus largement, la liberté d'expression qui se trouvent touchées. Ainsi, les atteintes dont la protection de la liberté de manifestation fait l'objet constituent un signal révélateur, plus largement, le degré d'enracinement démocratique d'un système ainsi que les fragilités que connaissent les grandes démocraties contemporaines.

Aurélie Duffy-Meunier

Maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). HDR, membre du Centre de droit public comparé, membre associé de l'Institut Louis Favoreu – Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle (CNRS UMR 6201).

Thomas Perroud

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), membre du CERSA.

¹⁶⁶ Occupying the First Amendment, Huffington Post, 21/10/2011, http://www.huffingtonpost.com/bruce-ackerman/occupy-wall-street-first-amendment-_b_1023709.html.

¹⁶⁷ C'est la thèse centrale de l'ouvrage de J.D. INAZU, *Liberty's Refuge: The Forgotten Freedom of Assembly*, *op. cit.*

¹⁶⁸ Ce phénomène d'exclusion a été très bien étudié par D. MOECKLI, *Exclusion from Public Space. A Comparative Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.