

Olivier Beaud

REMARQUES INTRODUCTIVES SUR L'ABSENCE D'UNE THÉORIE
DES LIBERTÉS PUBLIQUES DANS LA DOCTRINE PUBLICISTE.
OUVERTURE D'UN COLLOQUE DE L'INSTITUT VILLEY

Avant d'en venir au sujet de ce colloque¹, il me paraît légitime de remercier très vivement les deux personnes qui ont été, en juin 2009, à son initiative : les professeurs Julien Boudon et Jean-Marie Denquin. Ce sont eux qui ont sollicité la plupart des intervenants ici présents. Je ne crois pas trahir leur intention en disant que la justification d'une telle journée était double :

- d'un côté, elle procédait d'un sentiment d'insatisfaction devant l'absence de réflexion théorique sur une discipline, les libertés publiques, dont on ne sait plus dessiner les contours et qui est en concurrence avec les droits fondamentaux et de plus en plus avec les libertés fondamentales et donc avec le droit privé
- d'un autre côté, elle résultait également d'une inquiétude du citoyen devant ce qu'on peut, et doit, appeler un risque certain de recul des libertés en raison de plusieurs menaces qui pèsent sur elles, soit en raison de lois qu'on peut qualifier de liberticides, soit en raison de menaces qui pèsent sur le pluralisme en France.

Par une coïncidence assez étonnante, le bien fondé de leur initiative était confirmé par deux publications dans les mois ayant suivi la décision de faire cette journée. La première est un très intéressant numéro de *Pouvoirs*² qui dresse un tableau assez inquiétant de la situation actuelle en France. La seconde publication est un bel article de Tzvetan Todorov, intitulé « *Menaces sur la démocratie* »³.

1. Colloque « Des droits fondamentaux à l'obsession sécuritaire : mutation ou crépuscule des libertés publiques ? », organisé par l'Institut Michel Villey pour la culture juridique et la philosophie du droit en collaboration avec l'Institut Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg (Paris, 14 mai 2010) [Note de l'éditeur].

2. *L'état des libertés* (n° 130, sept. 2009).

3. Publié dans *Le Monde* du 15 novembre 2009.

Il y dénonçait l'attitude du pouvoir actuel consistant à porter atteinte au pluralisme et à ce qu'on a appelé « l'art de la séparation », pointant les risques qui pèsent sur l'indépendance de la justice par rapport à l'exécutif, l'indépendance des médias par rapport au pouvoir politique et *last but not least*, l'indépendance du pouvoir politique par rapport au pouvoir économique. Il le concluait par une critique de l'ultralibéralisme qui est une perversion de la pensée libérale classique :

« Celle-ci respecte et défend la pluralité des forces et des principes à l'œuvre dans un pays, l'ultralibéralisme est un monisme, il prône la soumission de la société à une force unique, celle du marché illimité. Partant d'un postulat anthropologique fantaisiste, selon lequel l'individu se suffit à lui-même, et réduisant ledit individu à un animal aux besoins exclusivement économiques, l'ultralibéralisme ne laisse aucune place pour le pouvoir politique, qui est pourtant responsable du bien. »

Certains pourraient se demander quel est le rapport entre cette critique des institutions et d'une idéologie et la notion de libertés publiques qui sera ici au centre de la discussion de ce matin. C'est ce rapport qu'on va essayer maintenant de suggérer en examinant la question qui constitue le programme de cette matinée : « *les libertés publiques entre théorie et histoire* ».

Partons du constat selon lequel la doctrine juridique ne réfléchit pas, ou pas assez à la théorie des libertés publiques. Il me semble que le constat dressé par Georges Morange en 1940 selon lequel « la théorie générale des libertés publiques n'a jamais été faite »⁴ est toujours valable pour l'essentiel. La seule exception depuis cette thèse est celle de Philippe Braud : *La notion de libertés publiques en droit français* (Rennes 1968). Mais il est aisé de constater que les manuels de libertés publiques sont le plus souvent expéditifs en ce qui concerne la nature juridique des libertés publiques. On ne peut pas leur reprocher, d'ailleurs, et on pourrait faire le même constat pour les manuels de droit constitutionnel qui, que je sache, sont pour la plupart d'entre eux faiblement diserts sur la notion de constitution. Or, il me semble que l'on aurait tout intérêt à revenir à *la théorie des libertés publiques* comme j'essaierais de le démontrer tout à l'heure.

Mais auparavant, je souhaiterais rechercher la raison pour laquelle l'investigation théorique a déserté le champ des libertés publiques. La raison me paraît assez simple : on a réduit le droit des libertés publiques au droit de la *protection*

4. G. MORANGE, *Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, thèse pour le doctorat, Nancy, impr. de A. Tollard, 1940, p. 10.

des libertés publiques. Tout se passe comme si l'accent mis sur la technique de protection des libertés avait pris le pas sur la réflexion portant sur la nature de ces libertés. Très logiquement, un tel choix a conduit à faire « glisser les techniques opérationnelles de la constitution et du droit constitutionnel vers d'autres secteurs juridiques »⁵ c'est-à-dire le droit pénal et le droit administratif. Certes, le constat de Prosper Weil pourrait sembler daté car, comme on le sait, le droit constitutionnel contemporain a réinvesti le droit des libertés grâce à l'analyse du contentieux constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil. La récente révision de 2008 et la technique de contrôle incident de constitutionnalité des lois (la fameuse QPC) devraient, on l'imagine, renforcer ce mouvement de « constitutionnalisation » des libertés. Est-on certain, toutefois, que l'on va davantage examiner la théorie des libertés publiques ? C'est peu probable.

On devrait d'ailleurs parler de « même de « *re-constitutionnalisation* » des libertés publiques. En effet, on sait que la matière des libertés publiques a été autonomisée en 1954, lors de la réforme des études de droit avec la création du cours de licence, mais elle faisait parfois l'objet de longs développements dans le cours de droit constitutionnel. On sait par exemple que Léon Duguit y consacre un tome entier de son *Traité de droit constitutionnel* (dans sa 3^{ème} éd.), mais malheureusement, celui-ci fait partie des deux derniers tomes qui n'ont pas été réédités. On sait moins, peut-être, que le *Précis élémentaire de droit constitutionnel* de Félix Moreau contient une partie entière (Livre VI, pp. 452-578) sur les libertés publiques, et on sait peut-être encore moins que le cours de Pellegrino Rossi sur le droit constitutionnel (1834) – très beau livre au demeurant en 3 volumes – est très largement un cours sur les libertés publiques, sur les « droits publics » des Français comme on l'appelait sous la Charte.

Si je fais ce retour en arrière, c'est pour défendre l'idée qu'on aurait intérêt à méditer ce que les juristes ayant fondé le droit constitutionnel ont écrit sur les libertés publiques. Cela sera le détour par lequel je vais tenter de proposer un plaidoyer en faveur d'une théorie des libertés publiques.

1. Je partirai d'abord d'une lecture de Léon Duguit. Dans la première édition du *Manuel de droit constitutionnel* de 1907, il consacre une place importante aux libertés qu'il insère dans le rapport entre l'État et le droit. Il assimile la théorie de l'État à la « théorie générale de l'État de droit » dont la formule est la suivante : « l'État moderne en tant qu'il administre et qu'il juge, ne peut agir que conformément à la loi. (...) ». Il fait alors l'observation suivante :

5. P. WEIL, « Les techniques de protection des libertés publiques en droit français », *Mélanges Marcel Bridel*, 1965, tiré à part, bibl. Cujas, p. 3.

« Mais si l'État administrateur et juge est lié par la loi qu'il a faite, est-il libre de faire la loi qu'il veut ? L'État législateur est-il lié par le droit ? Y a-t-il certaines lois qu'il ne peut faire juridiquement ? Y en a-t-il certaines autres qu'il est obligé juridiquement de faire ? (...) Le moment est venu de montrer particulièrement quelle place occupe le droit moderne cette conception et de déterminer dans quelle mesure l'État législateur est lié négativement et positivement par le droit »⁶.

Ainsi, Duguit oriente la question des libertés publiques vers la grande question de savoir quelles sont les *obligations* de l'État, positives et négatives, vis-à-vis des individus. Il consacre donc près de deux cents pages de son Manuel à la question des libertés publiques, examinant d'une part, ce que l'État ne peut pas faire (pp. 474- 645) et ensuite ce qu'il doit faire (obligations positives, droits sociaux). Est-ce que l'on n'a pas un peu trop perdu de vue le fait que les libertés publiques ne sont pas compréhensibles sans une théorie de l'État sur laquelle elles s'adossent et sur ce rapport entre les droits de l'individu et les obligations de l'État ? Ce rapport à l'État n'explique-t-il pas, en outre, que l'on parle de libertés *publiques* à cause de « l'origine de la contrainte sociale » (comme le dit Patrick Wachsmann dans son manuel⁷) qui réalise cette réglementation des libertés ?

2. Il manque donc trop souvent une théorie de l'État à la présentation des libertés publiques. Mais il manque aussi, je crois, une *théorie des droits*. En d'autres termes, n'a-t-on pas tendance aujourd'hui à négliger l'interrogation de base sur la signification de ce qu'est, en droit, une « liberté publique » ? Ici, le consensus est probablement plus apparent que réel. Certes, Jean Rivero nous a enseigné que « la liberté [*i.e.* juridique, OB] est un pouvoir d'auto-détermination, c'est-à-dire un pouvoir *que l'homme exerce sur lui-même*. Par là, elle se distingue d'autres pouvoirs que le Droit consacre également « de sorte que les libertés publiques sont définies comme « *ces pouvoirs d'autodétermination consacrés par le droit positif* »⁸. On voit bien le tournant positiviste d'une telle définition qui a pour effet de reléguer les droits de l'homme au rang des droits naturels et donc dans le domaine de la philosophie. Il est clair que, dans la doctrine française, les libertés publiques sont conçues comme une récupération au profit du droit d'une notion à l'origine purement philosophique (la notion de droit de l'homme) ayant immanquablement attiré la méfiance des juristes les plus fins de cette génération.

6. *Manuel de Droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907, p. 473.

7. *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2009 p. 2, n° 2.

8. *Libertés publiques*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 1981, p. 16.

Mais doit-on admettre toutes les implications d'une telle définition donnée par Jean Rivero et en particulier celle selon laquelle les conséquences juridiques de la liberté « sont purement négatives : elles se réduisent à l'obligation de respecter, par l'abstention, le jeu de la liberté d'autrui »⁹ ? La liberté publique se distinguerait du droit de créance qui « est le pouvoir reconnu à un homme d'exiger d'un autre une certaine prestation, à la suite par exemple, d'un contrat ou en vertu des règles de la responsabilité » (*idem*). En effet, ne peut-on pas avoir une conception différente des libertés publiques en les concevant, comme ce le fut jadis, comme « des facultés dont l'exercice est assuré à tous les membres de la société, sauf les restrictions légales, pour aider à la conservation et au perfectionnement de leur personnalité »¹⁰ ? Une telle conception réintroduit un élément de nos jours perdu de vue qui est la finalité sociale de ces droits. Si les libertés publiques doivent composer le contenu de la constitution, comme le dit Pellegrino Rossi, est-ce au titre de « l'organisation sociale » ou de « l'organisation politique » qui sont, selon lui, « les deux éléments nécessaires de l'organisation de l'État »¹¹ ?

Pour le dire d'un mot, il manque encore une dogmatique des libertés publiques qui, ferait remonter aux grandes questions relatives à la nature juridique des droits (par exemple : droits subjectifs ou droits objectifs ?), un peu à la manière de la théorie allemande des droits fondamentaux (*Grundrechte*) élaborée depuis plus de cinquante ans¹² ? Faut-il rappeler que dans sa thèse de 1940, Georges Morange propose de caractériser les libertés publiques comme étant des « droits objectifs » parce que l'individu tient ces droits « directement de la loi sans qu'un acte juridique subséquent soit nécessaire pour lui permettre de s'en prévaloir »¹³. Mais il ne creuse absolument pas cette question, pourtant intéressante, par la suite de sa thèse. Seul, du moins à notre connaissance, Philippe Braud tentera d'amorcer une dogmatique des libertés publiques.

3. Enfin, la dernière question, la plus importante peut-être du point de vue politico-juridique, est celle de savoir comment tracer la ligne de démarcation séparant la liberté des individus (ou des groupes) de la « discipline sociale » ou de l'ordre public. Doit-on ou non admettre la formule provocatrice de

9. *Ibid.*, p. 15.

10. Félix MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1921, p. 455.

11. *Cours de droit constitutionnel*, 1834, in *Œuvres complètes*, Paris, 2^{ème} éd., Paris, Guillaumin, 1866, t. I, p. 8.

12. Olivier JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux » *AJDA*, 1998, p. 44.

13. G. MORANGE, *op. cit.*, note 1, p. 46.

Gaston Jèze : « les individus n'ont d'autres libertés que celles que leur laisse l'*appréciation discrétionnaire des gouvernants* »¹⁴ et se contenter avec lui de l'idée que, en la matière, le seul point de vue réaliste serait d'admettre que la seule chose qui compte, c'est la protection technique par une loi bien délibérée ? Mais si l'on examine la conception positiviste des libertés publiques défendue par Jèze n'aboutit-elle pas à une impasse parce qu'elle est incapable de distinguer un régime politique libéral d'un régime politique despotique ? Si les gouvernants peuvent discrétionnairement déterminer les libertés, que reste-t-il de la nature de ces libertés interprétées traditionnellement comme étant « de principe » et seulement à limiter dans le cadre d'une exception ? Une telle doctrine ne justifierait-elle pas, *a contrario*, qu'on essaie de penser ensemble théorie des libertés publiques et théorie des régimes politiques ?

Ainsi, rapportées à ces trois questions dans leur rapport à la théorie de l'État, à la théorie des droits et à la théorie des régimes, les libertés publiques auraient besoin, selon moi d'un sérieux réinvestissement de la part des juristes français. Espérons que la matinée d'aujourd'hui serve à cela. Quant au reste, c'est-à-dire la défense des libertés, c'est une affaire propre à chaque citoyen.

Olivier Beaud

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Olivier Beaud est l'auteur notamment aux PUF (coll. « Léviathan ») de *La puissance de l'État* (1994) et de *Théorie de la Fédération* (2007).

14. « Les libertés individuelles », in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Paris, PUF, 1929, p. 168.