

Jean-Marie Denquin

DES DROITS FONDAMENTAUX À L'OBSESSION SÉCURITAIRE...
CONCLUSION DU COLLOQUE

Comme l'a rappelé Olivier Beaud en introduction, le projet de ce colloque¹ était de considérer ensemble deux problématiques souvent abordées, mais séparément : l'absence, ou du moins la faiblesse chronique, d'une réflexion *théorique* sur la notion de Libertés publiques – qui implique en particulier la question des enjeux du passage, plus souvent célébré qu'analysé, des *Libertés publiques* aux *Droits fondamentaux* – d'une part ; la question des menaces sur les libertés, d'autre part. Cette seconde thématique possède une dimension intemporelle car elle procède, comme le rappelle Patrick Wachsman², d'une paranoïa méthodologique et nécessaire. Mais on ne doit pas se cacher que s'y mêle aussi une inquiétude conjoncturelle, fondée sur des faits concrets et que n'apaisent pas, bien au contraire, les appels aux grands principes, tant est profond le décalage entre ceux-ci et des pratiques qui se révèlent de plus en plus indifférentes, voire hostiles, au droit en général et aux libertés en particulier.

Or les communications ici présentées, diverses dans leurs sujets et leurs approches, paraissent converger pour montrer qu'il existe effectivement un rapport entre ces deux phénomènes qui constituent les deux faces, théorique et concrète, d'une tendance globale, le déclin dans la société actuelle – société de spectacle – du souci des libertés publique. Certes il n'existe pas une simple relation de causalité entre l'atonie de la doctrine³ et la dégradation des libertés.

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. « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle » dans ce même n° 5 de *Jus Politicum* [n. de l'éd.].

3. Qui comporte cependant des exceptions remarquables : en témoigne le numéro 130 de la revue *Pouvoirs, L'État des libertés* (septembre 2009).

Si les savantes analyses qu'on vient de lire étaient développées et largement diffusées, elles ne serviraient pas de frein aux princes qui nous gouvernent, ni d'élément de réflexion aux journalistes satisfaits de leur propres lumières, ni même d'aiguillon aux membres du Conseil constitutionnel. Les uns comme les autres se contenteraient de les ignorer. Pourtant l'idée que la somnolence de la doctrine facilite la prolifération des monstres n'est pas seulement un ultime vestige de la pensée des lumières. Car au-delà de son influence directe et mesurable, la pensée critique crée un climat. Elle reste la seule méthode connue pour insécuriser la bêtise.

Mais on peut aussi montrer un rapport plus direct entre la langueur de la pensée et la résignation de la volonté. Pour cela il est commode de partir de la question en apparence la moins soupçonnable, celle de la promotion des Droits fondamentaux. La moins soupçonnable, car elle s'accompagne en général d'un discours triomphaliste sur l'État de droit, la hiérarchie des normes, le contrôle de constitutionnalité, etc. Véronique Champeil-Desplats⁴ montre pourtant l'ambivalence de cette nouvelle formulation. La comparaison entre les deux expressions pose la question fondamentale de l'équivalence ou non équivalence entre les concepts juridiques. M. de La Palisse et Jacques Lacan n'auraient pas manqué de faire observer que dans « Droits fondamentaux » il y a « droits » et « fondamentaux », tandis que dans « Libertés publiques » il y a « libertés » et « publiques ». Autrement dit la première constatation que l'on puisse faire en la matière est la différence des mots. Mais des mots différents peuvent être synonymes. Qu'est-ce qu'un synonyme ? Deux mots différents n'ont jamais exactement le même sens, ce qui rend extrêmement improbable dans un contexte juridique, où le choix des termes implique des enjeux, un consensus sur une identité sémantique. Certes les mots sont susceptibles d'avoir une extension identique, c'est-à-dire d'être vrais des mêmes objets et seulement des mêmes objets. Mais comment appliquer ce test en l'espèce ? On peut s'assurer que, pour la majorité des auteurs, le droit d'association, par exemple, figure à la fois dans la liste des Libertés publiques et des Droits fondamentaux. On ne peut en revanche généraliser cette constatation, car on ne saurait dresser une liste exhaustive et *ne varietur* de tous les objets subsumables sous ces concepts.

Il n'existe donc pas ici de critère de synonymie. Cette observation est également vraie dans la durée : il n'existe pas de test permettant de démontrer l'identité dans le temps d'un concept. On peut démontrer que deux occurrences d'un mot ne sont pas prises dans le même sens : « démocratie », par exemple, n'a pas le même sens chez Sieyès et dans le discours contemporain. Mais on ne

4. « Des "libertés" publiques aux "droits fondamentaux" : enjeu d'un changement de dénomination » dans ce même n° 5 de *Jus Politicum* [n. de l'éd.].

saurait démontrer positivement qu'au XVIII^{ème} siècle certains auteurs utilisent « démocratie » dans le même sens que nous. Par conséquent à supposer que Libertés publiques et Droits fondamentaux aient exactement le même sens – et à supposer que cette affirmation ait elle-même un sens – on ne pourra jamais le savoir.

Non moins suspects apparaissent d'ailleurs un certain nombre de discours contemporains qui expliquent que les deux concepts sont essentiellement différents et que la promotion des droits fondamentaux ouvre une ère nouvelle et sublime de l'histoire humaine. Cette littérature se réduit, à de rares exceptions près, à une logorrhée péremptoire mais acritique et qui en reste prudemment au niveau des généralités. Dans le meilleur des cas elle est un effet de mode, dans le pire elle participe de la stratégie d'effet d'annonce qu'a décrite Patrick Wachsmann.

Le changement des mots n'induit par lui-même aucun changement dans les pratiques, car les mots ne sont pas les choses. On peut donc, jusqu'à plus ample informé, le tenir pour neutre. La seule question est celle de l'*effectivité* des régimes juridiques, et celle-ci n'est nullement affectée par les termes utilisés pour les définir et les mettre en œuvre.

La question présente toutefois un autre aspect. S'il est irrationnel de considérer les mots comme des causes efficientes, et même comme des causes finales – puisque l'intention affichée de ceux qui les emploient ne correspond pas nécessairement à leurs intentions réelles – on peut en revanche les considérer comme des *symptômes*, c'est-à-dire comme des traces d'un non-dit à travers lequel tout à la fois se dissimule et s'exprime ce qui va sans dire – mais n'irait pas mieux en le disant – et ce qu'il convient de ne pas dire – qui, par conséquent, irait moins bien en le disant. Il paraît important de maintenir la dualité de ces hypothèses pour ne pas tomber dans une autre forme, celle-ci tout à fait condamnable, de paranoïa. Car prêter systématiquement de noirs desseins aux gouvernants est finalement aussi naïf que de croire sur parole les intentions admirables qu'ils s'attribuent à eux-mêmes : distinguer la volonté diabolique de l'effet pervers constitue une condition indispensable d'une analyse rationnelle.

Symptôme, d'abord, au niveau historique. En France les libertés politiques ont une histoire, dont les contributions de François Saint-Bonnet⁵ et de Tristan Pouthier⁶ ont évoqué deux périodes remarquables, le Second empire et la Monarchie de juillet. Or ces communications ont montré que la véritable

5. « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire » dans ce même n° 5 de *Jus Politicum* [n. de l'éd.].

6. « Le droit naturel des "Eclectiques" et la doctrine des libertés sous la Monarchie de Juillet » dans ce même n° 5 de *Jus Politicum* [n. de l'éd.].

histoire, à l'inverse des généralités pieuses, met en lumière un parcours complexe, sinueux, fruit de conjonctures politiques singulières et où les effets du hasard paraissent plus faciles à discerner que les progrès de la Raison dans l'histoire. L'évolution donne certes a posteriori un sentiment de nécessité : tous les hommes considèrent l'histoire comme une machine destinée à produire l'idéal, c'est-à-dire eux-mêmes. Mais cette évolution pourrait aussi être lue à l'envers, du point de vue de la contingence : des hasards ont produit ce que nous jugeons nécessaire, d'autres hasards ne pourraient-ils produire une évolution inverse ? La croyance en une histoire providentielle et finie incite au quiétisme. La conscience d'une histoire contingente et inachevée devrait inciter à la vigilance.

Or le recours massif à une autre terminologie, d'origine étrangère et par conséquent artificiellement plaquée, fait perdre l'idée que le respect d'un certain nombre de valeurs est le produit d'une *histoire*, c'est à dire de luttes politiques concrètes, avec des enjeux et des acteurs, des progrès et des reculs, et tout simplement des hommes. Comment ne pas juger significatif l'abandon du mot « liberté » avec sa dimension historique, collective, mobilisatrice voire utopique ? Par contraste, les « droits » (au pluriel) paraissent l'effet d'un don gratuit, octroyé aux *individus* – citoyens *passifs* – par une autorité transcendante, intemporelle, paternelle et tutélaire (droit naturel, despote éclairé, juge constitutionnel...) : tout est acquis, un retour en arrière est à jamais exclu.

La perte de sens que traduit le recours à l'expression « droits fondamentaux » ne se réduit pas toutefois à une discontinuité historique. Elle se manifeste également au niveau de la grammaire logique. (Cette expression paraît préférable à celle de « jeu de langage » qui, à tort ou à raison, semble véhiculer l'idée d'un relativisme radical et par conséquent indépassable.) Celle-ci, en tant qu'usage normé, bien qu'implicite, montre en effet des choses qu'elle ne dit pas – et qu'elle n'a pas besoin de dire puisqu'elle est par elle-même contraignante. Elle implique de poser certaines questions nouvelles, mais aussi d'occulter des questions traditionnelles. Les mots « liberté(s) » et « droits » ne se construisent pas en effet de la même façon : il existe des « droits de » et des « droits à ». L'adjectif « fondamental » introduit une gradation et par conséquent un système à trois termes (droits fondamentaux / droits non fondamentaux / absence de droits). Cette tripartition a évidemment valeur hiérarchique, si bien que la catégorie intermédiaire devient problématique : les droits non fondamentaux, qui doivent, en cas de conflit, céder le pas aux premiers, sont-ils encore des droits ? Cessant d'être inconditionnés, sont-ils encore imprescriptibles ? Ne sont-ils pas seulement des *tolérances*, avec la valeur dépréciative, voire péjorative, que le pluriel confère à ce mot ?

Ce schéma ternaire paraît en tout cas ouvrir la porte à une innovation récente et remarquable, quoique peu commentée : l'apparition des « droits

opposables ». Apparition pourtant des plus troublantes, car qu'est-ce qu'un droit qui n'est pas opposable ? Le propre d'un droit n'est-il pas précisément d'être opposable à quelqu'un, à l'État, ou à une autre personne ? On ne saurait cependant considérer la formule comme une simple balourdise politico-journalistique. Car elle n'est, hélas, pas redondante : elle prend acte, sans l'avouer, qu'il existe des droits *proclamés* mais sans effets. La liberté des professeurs d'université en est un bon exemple, puisqu'elle figure officiellement dans l'ordonnancement juridique, mais ne peut être, semble-t-il, opposée à rien ni à personne. L'expression « droit opposable » concède donc implicitement l'idée qu'une partie de l'ordre juridique relève exclusivement de l'effet d'annonce.

On voit bien qu'à l'inverse parler en termes de liberté constitue jusqu'à un certain point un garde-fou contre ces dérives. Il n'existe pas de « liberté à ». La liberté comporte des limites, mais pas de degrés : on ne saurait trouver d'exemple de liberté non fondamentale. Et toute liberté publique est (était ?) opposable puisqu'elle est, précisément, *publique*.

Le contournement du mot participe ainsi à la création d'un climat qui, sans jamais remettre positivement en cause la valeur éminente des libertés, unanimement célébrées au contraire, s'avère peu favorable à leur approfondissement et même à leur défense. Les incantations rituelles sur l'« État de droit » et le « Conseil constitutionnel, défenseur des libertés » ont même plutôt un effet pervers. Dans le meilleur des cas elles relèvent de la « communication » : les choses étant ce qu'elles peuvent et l'intendance suivant ou pas, on comble avec des mots la distance entre l'idéal proclamé et la réalité. Car, sur ce dernier terrain, le bilan apparaît plutôt sombre. L'arsenal des nouvelles techniques utilisées pour restreindre les libertés est certes plus impressionnant que les efforts faits pour les protéger : la percutante synthèse de Patrick Wachsmann ne laisse aucun doute à ce sujet. Les approches analytiques d'Anne Debet⁷ sur les procédures de contrôle en matière informatique et de David Chilstein⁸ sur le droit pénal sont également édifiantes. Les mêmes remarques peuvent s'appliquer à la lutte contre le terrorisme, dont Bernard Manin⁹ montre qu'elle ne saurait être assimilée à un régime d'exception, plus radical dans son atteinte aux libertés mais circonscrit dans le temps et d'ailleurs rarement mis en œuvre.

7. Sa communication, non publiée, portait sur « Les libertés face à l'informatique et aux fichiers six ans après l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2004 » [n. de l'éd.]

8. Sa communication, non publiée, portait sur « Le recul des libertés publiques en matière pénale » [n. de l'éd.]

9. Sa communication, non publiée, portait sur « Les réponses du constitutionnalisme aux situations de péril public : diversité des mécanismes et communauté de structure » [n. de l'éd.]

En apparence la même logique inquiétante ne s'applique pas au domaine de la bioéthique. Car si Ruwen Ogien dénonce le caractère répressif des lois bioéthiques, Florence Bellivier¹⁰ montre en revanche de manière très convaincante qu'en l'espèce l'intervention de l'État diffère structurellement de celles qu'il mène dans les matières qui intéressent traditionnellement les libertés. D'une part le contrôle exercé par la puissance publique a fortement régressé. L'État libéral organise la liberté plus qu'il n'impose la contrainte bien que, dans ce mouvement même, il en vienne à poser des limites à la première. On peut évidemment discuter l'opportunité des règles posées, voire l'opportunité de poser des règles, mais il est évident que l'État ne peut, même s'il le désire, demeurer totalement neutre. D'une part l'extension des libertés nouvelles reconnues aux individus implique une multiplication des différends entre ceux-ci, donc la nécessité de règles et de procédures pour arbitrer les conflits. D'autre part l'État ne peut s'abstraire du champ de l'éthique, car une éthique libérale n'est pas plus neutre qu'une éthique interventionniste. Les progrès en la matière sont donc moins à chercher, comme le montre en conclusion Florence Bellivier, dans des normes plus permissives que dans une plus grande participation des citoyens à la définition et à la mise en œuvre des principes.

C'est donc bien le caractère *public* qui constitue le cœur de la problématique ici considérée. En lui s'unifie la lutte contre les tendances répressives de l'État et la nécessité d'organiser la vie en commun des individus. Les démissions de l'État n'engendrent pas automatiquement un progrès des libertés : certaines peuvent même les compromettre irrémédiablement. Car les libertés sont publiques, alors que les droits sont privés. Fondamentales parce que publiques, et non l'inverse, elles sont solidaires d'un système démocratique. Leur développement a été à la fois le moyen et la conséquence d'une société démocratique et leur respect constitue, ou du moins devrait constituer, la condition nécessaire de son maintien. Les libertés publiques n'ont pas été reconnues uniquement pour le bien-être privé des individus. Elles ne se réduisent pas à elles-mêmes mais sont étroitement liées à un objectif qui les dépasse, et qui n'est rien moins que la préservation d'une existence sociale compatible avec le maximum de liberté individuelle. On voit bien par exemple ce qu'a de mutilant la réduction de la liberté politique au droit de vote. Il est tout à fait louable de permettre de voter aux SDF, aux gens du voyage ou aux prisonniers qui n'ont pas été privés de leurs droits civiques. Mais il serait encore beaucoup plus méritoire de faire en sorte que le point de vue des citoyens, emprisonnés ou non, ait une

10. « Bioéthique, bioéquité, libertés et État : à propos de l'éthique minimaliste de R. Ogien » dans ce même n° 5 de *Jus Politicum* [n. de l'éd.].

certaine influence sur la marche des affaires publiques. Or on voit bien que tout converge aujourd'hui pour qu'il n'en soit rien. Au-delà des problèmes de technique juridique, dont on ne saurait évidemment minimiser l'importance, la question centrale aujourd'hui est celle de la démocratie. Car l'homme a sans doute des droits, mais seul le citoyen peut avoir des libertés.

Jean-Marie Denquin

Professeur de Droit public à l'université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Jean-Marie Denquin a publié dans *Jus politicum* « Situation présente du constitutionnalisme : quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit » (n° 1), « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle » (n° 2) et « Pour en finir avec la crise de la représentation » (n° 4).