

LES LIBERTES PUBLIQUES

CHAPITRE I. DROITS INDIVIDUELS ET LIBERTE POLITIQUE :

« La **liberté**, ce bien qui fait jouir des autres biens », notait Montesquieu dans ces cahiers. Si elle est telle, les avantages que procure l'organisation étatique seraient de peu de prix s'ils devaient conduire à sa suppression.*

Il n'est donc pas de problème plus fondamental que celui que suppose un aménagement des institutions qui concilie l'ordre indispensable pour que l'homme vive et la liberté sans laquelle il ne vaudrait pas la peine de vivre.

I- **Mise en œuvre de la liberté :**

L'homme naît libre dans un Etat libre. C'est donc l'aménagement des **institutions politiques** que procède directement la liberté.

L'étude des institutions est du ressort du droit constitutionnel. Mais les institutions ne sont pas de simples mécanismes interchangeables ; elles sont l'expression de doctrines sur la place de l'homme dans la société, sur l'objet et le but des gouvernements, sur les rapports entre l'autorité publique et les individus.

Si le mot n'était pas disproportionné, nous dirons qu'il s'agit ici d'une « **philosophie de la liberté politique** ». La théorie de la liberté individuelle se situe, en effet, au point d'intersection de la théorie du droit public, deux notions essentielles président à cette rencontre : la notion du droit individuel considéré comme la seule assise solide de la liberté publique, la notion de démocratie comprise comme le seul régime susceptible de garantir la liberté.

A- L'individu et le droit :

L'individu comme fin du droit – Que le droit soit un phénomène de la vie sociale, c'est une évidence qui n'est plus à démontrer. **Mais puisqu'il est phénomène social le droit a-t-il pour fin la société ?**

Au service de qui sont les règles qui le constituent ? Du corps social, cité, nation, peuple, Etat, en tant qu'il transcende les individus, **ou de l'individu lui-même, personne autonome digne de retenir pour elle toutes les sollicitudes de l'ordre juridique ?**

Réagissant contre la conception païenne qui assujettit l'intérêt de l'individu à celui de la collectivité, la doctrine chrétienne légitime le caractère individuel du salut. L'individu est une fin en soi : la société et le droit qui la régit ne sont que des moyens devant faciliter à l'homme l'accès à la perfection, condition de son bonheur éternel. C'est la thèse de **saint Thomas** qui, lorsqu'il parle de bien commun, le considère comme une condition du bien des individus. La réforme ne modifie en rien, sur ce point la tradition chrétienne. La philosophie du **XVIII** e siècle va reprendre et amplifier le thème de la pensée médiévale. Le **Contrat social** et la **Déclaration des droits de l'homme** rejoignent le message traditionnel de l'Eglise. Demandant : **« Quelle est la fin de l'association politique ? »** **Rousseau** répond (Contr. Soc., III., 9) : **« C'est la conservation et la prospérité de ses membres. »** La Déclaration de **1789** assigne de même à l'association politique la conservation des droits de l'homme (**art.2**). Plus brutalement, la Déclaration de **1793** pose que **« le but de la société est le bonheur commun »**. Dans la pensée révolutionnaire la fin de l'**Etat** c'est donc d'assurer par le Droit qu'il édicte, le développement de la personnalité de l'individu. (Voy. **G. Burdeau**, Tr. de sc. Pol., 2^e éd., t. VI, vol. 2, No 222 et suiv.).

B- La position marxiste :

Le droit est indépendant de l'individu car ce n'est pas la considération des exigences de la nature humaine qui sert à l'édifier. Mais il est indépendant également du groupe dans son ensemble puisque son contenu dépend de la classe dominante. C'est donc que le Droit est une création de l'Etat, lui-même agent de la domination de la classe dominante et représentant, comme tel, ses conceptions et ses intérêts.

Il s'en suit que, la liberté ne se situe pas essentiellement au niveau de l'Etat car il est dans sa nature d'être un instrument d'oppression. C'est de la structure sociale que dépend la liberté réelle qui n'est authentique que dans la mesure où l'individu est affranchi de toutes les contraintes que font peser sur lui la dépendance économique, les différenciations professionnelles et les hiérarchies sociales arbitraires.

C- Le Droit s'adresse à l'individu à travers le groupe :

Il est certain de voir dans la législation du travail ou dans celle de l'assurance, de l'utilisation des loisirs, de la protection de la vieillesse ou de la maternité, par exemple, une prise en charge par le Droit de ce qui a trait au bien-être de l'individu, à sa moralité, à sa santé, dans le seul but de protéger son intégralité physique et morale.

II- Première rencontre avec la liberté :

D'abord si l'homme n'est pas un tiers par rapport à la collectivité, l'idée de droit, tout en ne s'intéressant qu'au social, doit laisser à l'individu la possibilité de faire sa place, d'utiliser l'organisation juridique selon les exigences de sa nature et les possibilités de son génie. L'idée de droit se forme autour d'une certaine représentation des cadres de l'activité collective. Elle rencontre la liberté de l'individu et il lui faut tenir compte de cette liberté dans la manière dont elle imagine l'ordre social.

Ensuite, bien que n'ayant pas directement l'homme pour objet le Droit va donc cependant rencontrer en lui une limite à sa vocation d'organiser le social. Et cette limite tient à la dualité de nature de l'homme qui, en même temps qu'être social, est une personne autonome.

Il y a liberté sur laquelle ne mord aucune idée de droit parce qu'elle garantit la faculté pour l'homme d'être lui-même, en face de ses seules responsabilités personnelles. L'homme est libre par le seul fait qu'en dehors – au-dessus ou à côté, peu importe – de son appartenance à un groupe il est homme.

III- Liberté-autonomie et liberté-participation :

La solution de l'idéalisme rationaliste – Pour expliquer comment, quoique sujet aux commandements des volontés gouvernantes, l'homme conserve sa liberté, il est une doctrine qui, procédant de Rousseau et de Hegel, a connu et connaît encore une fortune considérable.

Son point de départ c'est la thèse fameuse du Contrat social, selon laquelle « le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent... n'a nul besoin de garant envers les sujets parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres ». Ce que veut l'Etat c'est ce que nous voudrions nous-mêmes, si nous étions détachés de l'aveuglement des préoccupations égoïstes et des comportements irrationnels, c'est-à-dire si nous étions libres de vouloir ce qui est foncièrement et

durablement, notre bien. Par conséquent plus nous soumettons à la volonté de l'Etat et mieux notre liberté s'épanouit. Mon droit individuel trouve son expression la plus parfaite dans celui que me reconnaît l'Etat.

IV- La thèse individualiste :

(Voy. L. Duguit, « **Souveraineté et liberté** », 1922 ; H.-J. Laski, « **La liberté** », 1935).

– Elle s'appuie, elle aussi sur la situation de l'individu par rapport au groupe auquel il appartient. Mais à l'inverse de la théorie précédente qui l'intègre dans la société, l'individualisme s'appuie sur l'irréductible autonomie de l'homme pour faire du droit individuel et de la liberté, une valeur essentiellement négative se définissant par l'absence de contrainte.

« La véritable personnalité, écrit H.-J. Laski, est celle qui s'enfonce dans sa solitude féconde pour y mener à bien sa part contributive de la grande œuvre commune que l'humanité cherche à mettre au jour. »

La personne que je suis est unique, bardée de ses droits comme d'une cuirasse ; en elle je m'exprime tout entier, et ma volonté comme mes actes sont dictés par mon propre jugement. Dès lors que le jugement émane d'un autre, je cesse d'être libre.

Elle peut être entendue d'abord comme l'absence de contrainte. Physiquement ou spirituellement, elle se traduit alors par le sentiment d'indépendance.

Mais la liberté peut aussi être comprise comme la faculté de participer à l'établissement de règles nécessaires au maintien de l'ordre social.

Mais en même temps elle change de sens, elle se transforme en liberté politique. La liberté politique est la situation de l'individu qui n'est socialement assujéti qu'à sa volonté, c'est-à-dire pratiquement, qui participe au gouvernement.

Elle trouve son climat favorable dans la démocratie qui est le régime où la part des volontés individuelles est la plus grande dans la formation des décisions étatiques.

Je dis « la plus grande » car il apparaît immédiatement que la liberté politique n'est qu'une approximation d'un idéal jamais atteint. Elle réduit au minimum la marge qui sépare la volonté individuelle du contenu de l'ordre donné, mais elle ne peut l'effacer complètement. Pour que la liberté politique soit parfaite, il faudrait que les décisions gouvernementales fussent prises à l'unanimité....

V- La socialisation de la liberté :

– En devenant politique, la liberté tend à perdre ce caractère individuel.

Il faut entendre par là, que du fait de l'organisation politique, le citoyen cesse d'être indépendant, mais trouve une liberté par son appartenance à une collectivité libre (associations, syndicats, partis) dont il est apparu que leur multiplication et la socialisation de leurs membres, était le seul moyen de conserver à la liberté une place dans un univers soumis à des lois de plus en plus inexorables, d'ordre économique et social, en face desquelles l'autonomie de la personne humaine devenait illusoire.

La liberté des groupes est forcément revendicatrice parce que les droits qu'elle invoque ne sont plus ceux de l'individu abstrait, mais ceux d'une classe ou d'une catégorie de citoyens, c'est-à-dire obligatoirement affectés d'un coefficient économique ou social. Or, pour réaliser de tels droits, l'abstention de l'Etat ne suffit pas ; c'est au contraire, son intervention qui est nécessaire.

VI- Les droits de l'homme :

Il n'est guère de période de l'histoire où les hommes – du moins les plus conscients d'entre eux – n'aient essayé d'affirmer leur liberté à l'encontre du pouvoir. Mais il s'en faut que cette prétention ait toujours été nécessaire pour que cette liberté fût consacrée comme un élément de l'ordre juridique positif sous la rubrique : les **Droits de l'Homme**. Les **Déclarations des droits de l'homme** de la fin du **XVIII e siècle** marquent cette conquête.

Deux phases doivent être distinguées dans le processus d'avènement des droits de l'homme :

-La **première** se clôt par la consécration des droits de la nature humaine.

- La **seconde**, dans laquelle nous sommes engagés, se caractérise par l'effort des individus pour obtenir des gouvernants l'exercice effectif des prérogatives abstraitement reconnues à la nature humaine.

C'est toujours de la lutte pour la liberté qu'il s'agit, mais les chances et les moyens sont radicalement différents. Durant la première étape, la liberté a pu être conquise dans le cadre de la société existante. L'objectif de la seconde implique qu'une société nouvelle est à créer.

A- Le droit naturel fondement des droits de l'homme :

– L'idée que la liberté est antérieure au pouvoir et qu'elle doit, par conséquent, le limiter procède en droite ligne de la croyance en un droit naturel.

Le fondement du **Pouvoir** n'est donc pas dans la force du Prince ni dans la délégation divine, mais dans le groupe lui-même. Or, ce droit collectif implique à sa base le droit individuel de chacun. Cherchant le souverain, on trouve l'homme, dans l'homme, la liberté, et dans la liberté, le socle inébranlable du droit individuel.

Si l'homme est la source du pouvoir, c'est parce que c'est pour lui que le pouvoir existe, c'est-à-dire pour sa liberté. C'est donc pour cette liberté que les lois sont faites : le droit positif n'a d'autre objet que d'assurer à l'individu les prérogatives qu'il doit à sa nature d'être libre et qui s'expriment dans ses droits individuels.

Locke part de l'état de nature qu'il décrit comme un état d'indépendance absolue de l'individu soumis seulement au droit naturel par sa responsabilité morale. Comme **Hobbes**, Locke admet l'hypothèse du contrat social, seulement il ne le considère pas comme générateur de l'omnipotence étatique. Il conclut à la liberté comme fondement de l'ordre social. Les droits individuels, résidu de l'entière liberté native, ne doivent rien à l'Etat ni dans leur origine, ni dans leur consistance ; antérieurs à lui, ils lui sont opposables. Son rôle est de les respecter d'abord, de les garantir ensuite.

B- Droits inhérents à la personne humaine ?

A la formule du préambule de la Déclaration de 1789 (« exposer les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme ») correspondent des dispositions identiques dans les législations américaines. C'est la Déclaration d'Indépendance du 4 juillet 1776 qui rappelle que « tous les hommes sont doués par leur créateur de certains droits inaliénables » ; et, à leur tour, les Déclarations des Etats, selon des formules à peine différentes, comme des droits naturels.

D'autres enfin, destinés à limiter l'Etat ; droits-barrières, droits-obstacles, droits-protection de l'indépendance et de l'autonomie individuelle. Cela ressort de toutes les dispositions des Déclarations. De leur raison d'être d'abord, des buts assignés au gouvernement ensuite, de la signification attribuée à chacun des droits énoncés enfin.

CHAPITRE II. LIBERTE ET REGLEMENTATION

Le problème. – Poser la liberté n'est rien s'il s'agit seulement d'une affirmation verbale. Ce qui importe, c'est de lui faire sa place dans un ordre social viable.

Pendant longtemps, les hommes ont considéré qu'un régime, la démocratie, assurerait leur conciliation. Nous aurons à considérer comment l'évolution de l'idée démocratique remet en cause cette assurance ; ensuite la manière de régler, de sauvegarder l'exercice des libertés.

I- Les Conditions d'Exercice des Libertés :

A- Démocratie formelle et démocratie réelle :

Les deux conceptions de la démocratie. – s'inscrivaient dans un certain mode d'exercice du pouvoir politique.

L'idéal démocratique paraissait atteint lorsque les citoyens étaient appelés à choisir les gouvernants et à contrôler leur activité. Cette conception qui faisait de la démocratie un problème d'organisation politique est aujourd'hui dépassée.

Il ne s'agit pas seulement, soutenir ses adversaires, de savoir par qui le pouvoir est exercé, mais ce qu'il doit faire.

Prétendre qu'il y a des démocraties du seul fait que les individus jouissent largement des droits politiques, c'est se satisfaire d'une démocratie formelle qui, certes, a joué un rôle historiquement, mais qui n'est qu'une étape vers la démocratie réelle. La démocratie réelle, c'est celle qui ne se borne pas à confier au peuple le pouvoir politique, mais lui accorde aussi le pouvoir économique sans lequel le premier n'est que duperie.

A l'origine de cet antagonisme entre démocratie formelle, c'est-à-dire purement politique, et la démocratie réelle - on dit aussi démocratie sociale - ce sont deux idées de droits qui s'affrontent ou, si l'on veut, c'est le contenu de l'idée de droit qui est en cause. Selon la manière dont on l'interprète, l'une et l'autre thèse pourront se prétendre légitimes.

Aussi bien l'évolution de la démocratie formelle à la démocratie sociale était déjà contenue en germe dans les deux principes d'où procède, au **XVIII e siècle**, l'idée démocratique : le principe du droit naturel et celui de la souveraineté populaire s'exprimant par la voix de la majorité.

Ces deux principes peuvent aussi bien se concilier que s'exclure : ils concilient lorsque le souverain accepte de trouver une limite dans les droits naturels de l'homme, ils s'excluent lorsque le peuple s'autorise de sa souveraineté pour supprimer toutes garanties des droits des minorités.

B- La démocratie politique :

Elle trouve sa justification dans l'idée de droit libéral. L'ordre social désirable est celui qui recourt le moins possible à la coercition et laisse la plus latitudes aux forces sociales spontanées.

L'idée de droit libérale n'assigne donc pas de buts précis aux activités individuelles ; les fins qu'elle sert ne sont pas déterminées à l'avance, elles dépendent de l'usage qui sera fait des libres initiatives particulières ; la fin de l'idée libérale c'est, si l'on peut dire, de n'en pas avoir et, par conséquent, elle exige des gouvernants qu'une action limitée à la protection de toutes les libertés.

- Le droit d'opposition

Quelque soit la générosité avec laquelle soit accordé le droit de **suffrage**, ce ne sera jamais le peuple tout entier qui aura participé à la constitution de l'Assemblée.

La démocratie classique repose sur cette confrontation d'une **majorité** et d'une **minorité**, c'est-à-dire cette fraction du peuple qui ne partage pas les idées de ceux qui sont au pouvoir. Or, une minorité n'existe que par le jeu des libertés dont elle dispose. La minorité c'est l'opinion dissidente, la liberté c'est le droit à la dissidence.

Mais puisque dans la démocratie sociale tout est lutte, action ; violences concertées contre l'apathie ou l'hostilité d'un univers sans horizon et sans justice, il faut que le gouvernement qui en est l'instrument soit armé pour ce combat de la libération de l'individu. Il faut que la volonté populaire qu'il représente puisse briser les résistances d'où qu'elles viennent, même celles des minorités qui, au nom de la liberté, défendent leurs privilèges.

En somme, tandis que la démocratie exclusivement politique tend à minimiser le pouvoir, « **que son but est d'annihiler en le distribuant** », selon la formule de **Proudhon**, la démocratie sociale en étend à l'extrême la puissance pour le placer à la hauteur des tâches qui l'attendent.

C- La Place de liberté :

Démocratie politique et démocratie sociale ne se heurtent si brutalement que parce qu'à travers elle, ce sont deux conceptions de la liberté qui s'opposent.

C'est sous le même mot qu'un démocrate range les observations suivantes : « La liberté existera dans un Etat lorsque l'individu saura que les décisions émanant de l'autorité suprême ne porteront pas atteinte à sa personnalité... Dès lors que l'on considère la liberté par rapport aux institutions

étatiques, il est bien difficile d'échapper à la conclusion que, sans démocratie, il ne peut y avoir de liberté. »

Existe-t-il deux conceptions de la démocratie ?

- Liberté et police

C'est précisément dans cette solidarité que la réglementation trouve sa légitimité. – l'aménagement d'un ordre social meilleur – le groupe tout entier est solidaire puisqu'il incarne, à ses yeux, l'ordre social désirable.

Il y a **régime répressif** lorsque l'Etat laisse le citoyen libre d'agir selon sa propre détermination quitte à l'obliger à subir les conséquences de ses actes s'ils sont contraires au droit.

En ce cas l'individu aura été libre d'agir, mais l'usage maladroit ou malfaisant qu'il aura fait de sa liberté l'exposera à des sanctions et à l'obligation de réparer les dommages qu'il aura pu causer. Par la primauté qu'il accorde au droit individuel, le système répressif est aussi qualifié de régime de droit.

Il y a **régime préventif** lorsque l'autorité publique impose préventivement des obligations aux individus de manière à empêcher, dans la mesure du possible, le fait ou l'acte contraire au droit. Par la place qu'il accorde à la réglementation, le régime préventif est également appelé régime de police.

II- Le Pouvoir de Réglementer :

Qui peut réglementer les libertés ?

Les libertés domaine du législateur. – S'agissant de définir les cadres à l'intérieur desquels l'homme utilise sa liberté, une seule autorité paraît qualifiée : le législateur. Emanation de la volonté nationale, édictée sous le contrôle de l'opinion, la loi peut, seule, sans être suspectée d'introduire l'oppression, assurer la coordination des libertés dans l'ordre. Tel fut le principe posé par la Déclaration des droits de 1789 : « L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ; ces bornes ne peuvent être définies que par la loi. »

Principe que la cour de cassation reprendra en affirmant que « le législateur peut, seul, en France, porter atteinte à la liberté de l'individu » (cass. 1^{er} février 1956, Dlle Flavien, D. 1956, p. 365).

Le **régime équivoque des libertés**. – Les visages de la liberté sont innombrables et le législateur n'a pu fixer les traits de chacun d'eux. Le droit positif établit un statut de la liberté de conscience, de la liberté du domicile, etc.

- **Compétence des autorités administratives**

Les autorités administratives sont donc compétentes, à la fois pour appliquer le régime législatif des libertés (recevoir les déclarations, accorder ou refuser les autorisations prévues par la loi, etc.) et pour réglementer dans leur ressort territorial, les modalités de mise en œuvre des libertés.

- **Police administrative et police judiciaire**

Les autorités qualifiées pour exercer ce pouvoir de réglementation portent le nom d'autorités de **police administrative**. Il importe de ne pas les confondre avec celles qui assurent la police judiciaire, car leur rôle et le régime juridique de leur activité sont différents.

L'objet de la **police judiciaire** est de réprimer les troubles à l'ordre public en tant qu'ils apparaissent comme constitutifs d'une **infraction pénale** donnée. C'est en ce sens que l'on dit que la police judiciaire est répressive et que la police administrative est, au contraire, est préventive, ce qui signifie que son but est d'empêcher que des troubles soient apportés à l'ordre public.

- **Police générale et polices spéciales**

Pour assurer le bon ordre dans la société par des moyens préventifs, le législateur a établi deux types de polices. L'un que l'on appelle police générale vise les pouvoirs de l'autorité qualifiée pour réglementer l'ensemble des activités des administrés. L'autre, les polices spéciales, concernent une forme d'activité ou un besoin nettement différencié. Entre ces deux catégories de police, il n'existe aucune différence quant aux procédés juridiques par lesquels elles sont exercées. – Il faut distinguer selon que le pouvoir de police est exercé au nom de l'Etat ou au nom de la commune.

III- Protection de la liberté :

La théorie politique de la démocratie traditionnelle est tout entière dominée par l'idée d'imposer certaines limites au pouvoir des gouvernants. Il s'agit, tout en leur attribuant les prérogatives nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, d'empêcher qu'ils puissent en user pour porter atteinte aux droits individuels et aux libertés.

Dans l'organisation constitutionnelle, ce souci se traduit par des **institutions** et des procédures dont l'objet est d'assurer la concordance entre le contenu des volontés gouvernantes et les exigences de l'état de droit.

A- Limitations morales :

Il y a eut toujours des publicistes pour affirmer que l'Etat n'est pas omnipotent ; mais ou les doctrines s'opposent, c'est à propos de l'origine et de la nature des limitations que comporte la puissance d'Etat.

- L'Ecole du droit de la nature

Vers la même époque commence à se développer l'Ecole du droit de la nature et des gens, qui tenta de donner aux limitations de l'Etat un fondement scientifique. Grace à l'hypothèse de l'état de nature, on prétend trouver dans l'individu l'origine d'une limite effective à la puissance d'Etat. Cette limite, c'est celle qui résulterait des droits originaires que l'homme possède dans l'état de nature et dont le passage à l'état social ne saurait le dépouiller, car si le contrat social implique aliénation de quelques droits, c'est pour consolider tous les autres. L'Etat est donc limité par les droits individuels.

B- La limitation de l'Etat dans le cadre du régime représentatif :

On s'aperçut assez vite que cet optimisme n'était pas absolument fondé et qu'un Etat à base de souveraineté nationale pouvait, lui aussi, être oppressif.

La philosophie du **XVIIIe siècle** et la Révolution s'orientent dans cette voie en accentuant l'individualisme de l'Ecole du droit de la nature. Non seulement l'individu a des droits opposables à l'Etat, mais encore l'Etat étant la personnification de la nation, son organisation lui impose de respecter les libertés individuelles dans l'épanouissement desquelles il trouve sa raison d'être.

Sous l'influence des juristes allemands, on chercha d'abord seulement une conciliation entre la souveraineté de l'Etat et la primauté du droit.

- Limitation de l'Etat par les droits individuels

Selon cette théorie, il ne saurait y avoir de limitation de l'Etat que celle qui résulte de droits opposables à lui. Or ces droits ne peuvent avoir d'autre sujet que l'individu. Et pour qu'ils soient capables de tenir en échec les prétentions étatiques, il faut que leur substance soit indépendante de toute intervention gouvernementale. Ce sont donc des droits de la personne humaine préexistants à toute consécration officielle qui constituent l'ultime garantie contre l'arbitraire des gouvernants.

L'idée de borner la puissance de l'Etat par les droits individuels est celle qui est à la base de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de **1789**. L'homme tient de l'état de nature ou il s'est originellement trouvé des droits qu'il conserve dans la société publique. En effet, le contrat social n'a pas eu pour effet de le dépouiller de ces droits mais, au contraire, d'en assurer une protection plus efficace par l'aménagement de la cité. Contre ces droits l'Etat ne peut rien entreprendre car ils sont à la fois l'objet et la limite de son activité.

CHAPITRE III. LES LIBERTES DE LA PERSONNE PHYSIQUE

Contenu. – La **liberté physique** est à ce point fondamentale que, souvent, c'est elle que l'on désigne sous le nom de liberté individuelle, au risque de donner à celle-ci une acception qui en limite trop étroitement le sens.

La liberté physique, c'est la faculté qui appartient à tout homme d'avoir un chez soi ou il est seul maître, de se déplacer librement sur le territoire de l'Etat ; elle s'oppose à ce que l'autorité fasse obstacle à ces déplacements ou viole l'**intimité** dans laquelle l'**individu**, renfermé en son particulier, comme dit **Montaigne**, s'isole de la société. C'est aussi le droit au **non-conformisme**, à l'originalité extérieure, à la nonchalance dont on mesure aujourd'hui toute la séduction maintenant que ce droit s'en est allé avec les années 1900 qui en virent l'apogée.

Juridiquement cette liberté s'analyse dans une triple prérogative dont le respect conditionne l'exercice de toutes les autres libertés :

- a) liberté d'aller et de venir, de s'installer, de quitter sa résidence, sous les seules réserves imposées par l'ordre public ;
- b) sûreté individuelle qui exige que nul ne puisse être arrêté ou détenu que dans les cas et selon les formes prévues par la loi ;
- c) liberté de l'intimité que concrétise l'inviolabilité du domicile et de la correspondance.

Le respect de l'intégralité morale de l'individu. – A ces conditions de liberté, les progrès de la science obligent d'ajouter le respect de la personnalité. Le problème est trop vaste. Il met en cause les techniques grâce auxquelles les preuves recherchées par la justice peuvent être obtenues par une violation de la personnalité individuelle.

Sur le plan pénal ce sont, d'une part, les traitements dégradants qui, sous le nom de lavage de cerveaux, dépouillent l'individu de son identité spirituelle ; d'autre part, les procédés qui permettent de surprendre la pensée de l'individu à son insu (hypnotisme, penthotal, etc.). Ces moyens d'instruction que la morale réprovoque sont également repoussés par les criminalistes : **Faucher**, « **Rev. Pénitentiaire** », 1960 ; **Bouzat**, « Les procédés modernes d'investigation et les droits de la défense », *Rev. Sc. Crim.*, 1958, No 2, suppl. p. 3).

La même condamnation doit-elle portée contre l'examen des groupes sanguins pour rechercher la filiation. La question est controversée. Certaines décisions judiciaires admettent que l'expertise médicale soit demandée pour l'examen du sang de l'enfant et du père prétendu. Mais il semble que le respect de la personne humaine exige que l'expertise ne puisse avoir lieu sans le consentement des intéressés. En tout cas le tribunal doit rejeter la demande si elle lui paraît inutile ou dilatoire.

I- La liberté d'aller et de venir : Principe

La liberté de se déplacer et de s'établir est le signe extérieur des régimes libéraux. Aucune autorisation, aucun passeport ne peuvent être exigés sans que soit immédiatement compromise l'indépendance individuelle. A elle seule l'obligation d'être porteur de ces pièces policières crée une atmosphère qui n'est plus celle de la vraie liberté.

D'autre part, le passeport ou l'autorisation supposent une justification du déplacement, exigent des formalités qui sont autant d'obstacles à la spontanéité des déterminations individuelles.

Le régime de libre circulation se fondait sur l'**article 7** de la **Déclaration** des droits de l'homme de **1789** qui affirme la liberté d'aller, de venir et de rester.

Aujourd'hui, sur le plan international, c'est la règle inverse qui prévaut : les oppositions idéologiques des divers régimes, les contrôles économiques, les barrières douanières, les mesures protectrices de la monnaie font de chaque voyageur un suspect.

A- La Police de Circulation :

La réglementation de la circulation sur les voies publiques vise soit les cortèges et manifestations, soit l'utilisation des véhicules.

- Circulation des véhicules : Objet de la police

« La police de la circulation, 1933 » est extrêmement complexe, d'une part, parce qu'elle touche, en réalité, à deux libertés : celle de la circulation et celle du commerce et de l'industrie, d'autre part, à cause de l'étendue de l'ordre public qu'elle doit sauvegarder : sécurité et tranquillité de la circulation des transports en commun.

Elle répond à un triple objet :

- 1- Assurer la conservation de la voirie ;
- 2- Garantir la sécurité de la circulation ;
- 3- Faciliter la surveillance de police quant à l'origine et l'utilisation des voitures.

II- La Sureté Individuelle : conditions

Contenu de la sureté individuelle. – La liberté d'être soi-même implique qu'on peut l'être sans risque ; la liberté d'aller et de venir, liberté de la personne physique, comporte un corollaire qu'au XVIIIe siècle, on appelait la sureté, c'est-à-dire la garantie contre les arrestations, détentions et pénalités arbitraires.

De toutes les conditions de la liberté, la sureté est une des plus évidentes puisque, si elle manque, c'est l'apparence même de la liberté qui disparaît. Aussi compte-t-elle parmi celles qui furent comprises les premières sous forme d'une organisation impartiale de la procédure pénale. Mais cette primauté de la liberté, si naturelle, semble t-il, n'a pas échappé aux offensives modernes de l'arbitraire : les camps de concentration sont la preuve trop évidente de la régression de l'idée de liberté atteinte dans son exercice physique et, en quelque sorte élémentaire. La sureté c'est le bienfait du règne du droit.

La sureté exige que les mesures prises à l'encontre des individus le soient conformément au droit, c'est-à-dire à une règle antérieure, régulièrement établie. Cette exigence constitue le principe de légalité. Mais, en outre, il faut que cette règle soit fixée sans acception de personne, ce qui implique l'impartialité de la loi, et que son application soit également objective, ce à quoi répond une bonne organisation de la justice et de la procédure pénale.

A- Le principe et le partage des compétences législatives :

La condition fondamentale de la sureté individuelle est qu'il ne puisse lui être porté atteinte qu'en vertu d'une loi. C'est le principe énoncé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 à laquelle se réfère le préambule de la Constitution de 1958 : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit. »

Avec le partage du pouvoir législatif réalisé par les **articles 34** et **37** de la Constitution, ce principe a été sérieusement ébranlé dans la mesure où l'on considère qu'il exige que toute peine soit établie par une loi formelle. En effet, l'**article 34** range dans les matières relevant du domaine législatif « les règles concernant...la détermination des crimes et délits et les peines qui leur sont applicables ».

B- Le principe de légalité :

Signification du principe. – Le principe de légalité doit être entendu en ce sens d’abord que l’administration doit agir conformément au droit, c’est-à-dire non seulement qu’elle doit respecter les règles qui lui sont hiérarchiquement supérieures : constitution, loi, principes généraux du droit, mais encore qu’elle est liée par les règles qu’elle a elle-même élaborées.

C- L’impartialité de la loi :

Comment est-elle assurée ? – La première garantie que postule la sûreté individuelle, c’est la protection des citoyens contre l’arbitraire du législateur. Elle dépend donc essentiellement de la manière dont sont organisés les pouvoirs publics et particulièrement, de la façon dont le régime assure la sujétion de l’autorité législative au contrôle de l’opinion publique. Mais, cette garantie dépend aussi de la conception que l’on adopte quant au sens et à la nature de la loi, non seulement pour ne pas porter atteinte à la sûreté, mais encore pour être un instrument efficace de sa protection.

Ces caractères sont : la **normativité**, l’**impersonnalité** et la **non-rétroactivité** de la loi.

La généralité et l’impersonnalité de la loi. – De la loi-règle générale, la Déclaration de 1791 donne une définition lapidaire et définitive, lorsqu’elle dit (art.6) : « La loi doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. »

La non-rétroactivité de la loi (voy. **P. Roubier**, « **Les conflits de lois dans le temps** », 1932). – La sécurité du citoyen que les situations établies et les droits acquis antérieurement à la promulgation d’une loi ne puissent tomber sous l’application de celle-ci. Tel est bien le principe fondamental posé par l’article 2 du Code cil : « La loi ne dispose que pour l’avenir ; elle n’a point d’effet rétroactif. »

CHAPITRE IV. L’INDEPENDANCE DE LA MAGISTRATURE

Après l’impartialité de la loi, la meilleure garantie de la sûreté individuelle c’est l’existence d’une bonne justice, c’est-à-dire d’une justice où le juge statue uniquement selon les termes de la loi et les enseignements de sa conscience.

Le fondement d’une bonne organisation de la justice, c’est l’indépendance des magistrats tant au regard des justiciables qu’à l’endroit du gouvernement.

A- Grandeur et déclin du pouvoir judiciaire :

Sous l'Ancien Régime, le pouvoir judiciaire était un pouvoir fort. Il devait sa puissance à l'hérédité et à la vénalité des charges qui assuraient l'indépendance des juges à l'égard du roi.

Mais cette indépendance avait dégénéré en un esprit de corps extrêmement susceptible, fier de ses prérogatives et parfois indocile à l'intérêt du royaume. D'où les luttes entre le roi et les parlements.

La Révolution voit les juges d'un mauvais œil. Elle se méfie de leur intervention et multiplie les règles de nature à leur interdire toute visée politique. Tel est, notamment, l'objet de la célèbre loi, toujours en vigueur, des **16-24 août 1790**.

D'autre part, pour briser l'esprit de corps de la magistrature, le législateur révolutionnaire introduit en France le jury ; il fait élire les juges par le peuple, subordonne le tribunal de cassation au corps législatif et supprime toute hiérarchie judiciaire.

B- L'autorité judiciaire :

Après la Libération, on eut pu croire à son renouveau. **La magistrature n'était-elle pas expressément nommée par la Constitution de 1946 qui la dotait d'un Conseil supérieur ? Celui-ci pouvait-il devenir l'instrument d'une renaissance d'un pouvoir judiciaire ?**

La loi constitutionnelle du **3 juin 1958** qui est à l'origine du régime de la Ve République déclare que « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles... ». L'**article 64** de la Constitution de 1958 fait du Président de la République « le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ».

Cette indépendance implique la distinction entre les magistrats du parquet que leur fonction conduit à agir sous l'autorité du Garde des Sceaux et les magistrats du siège qui, disant le droit, ne doivent écouter que lui. Encore qu'atténuée par l'**ordonnance** du **22 décembre 1958**, relative au statut de la magistrature, qui englobe dans le corps judiciaire les magistrats et ceux du parquet, la différence subsiste en ce que ceux-ci ne sont pas à l'abri des instructions du gouvernement.

C- L'inamovibilité :

(voy. **Rousselet**, « **Histoire de la magistrature** », 1956, t.II. P.175). – « Un juge qui craint pour sa place ne rend plus justice », disait le procureur général **Dupin**.

La Constitution du **22 frimaire an VIII** a fait de l'inamovibilité un principe constitutionnel qui s'est maintenu jusqu'à nos jours avec des suspensions qui permettraient, après chaque crise politique, de procéder à une épuration.

L'inamovibilité est parfaite en ce qu'elle supprime la crainte. Elle est insuffisante contre l'ambition ; elle ne s'oppose pas aux complaisances que motive l'appétit d'avancement. C'est pourquoi, puisqu'il était impossible de suivre l'exemple anglais ou, pratiquement, l'avancement n'existe pas (c'eût été aggraver l'irritante question des traitements), doit-on au moins approuver le nouveau statut de la magistrature qui, en réduisant le nombre des échelons de la hiérarchie, a éliminé autant d'occasions de faux-pas. **La loi du 17 juillet 1910** réformant le statut des magistrats devait aller dans ce sens dans la mesure où elle accroît les garanties des juges en matière d'avancement et de discipline.

D- Le Conseil supérieur de la magistrature :

Créé par la **Constitution** du **27 octobre 1946**, **article 83**, le Conseil supérieur a été repris par celle de **1958** mais avec une organisation des pouvoirs sensiblement différents. Il est présidé par le Président de la République ; le ministre de la Justice en est le vice-président de droit (**Const., art. 65**). Il comprend en outre neuf membres nommés par le Président de la République, dont six magistrats, un conseiller d'Etat et deux autres personnalités choisies à raison de leur compétence (**ord. 22 déc. 1958, art. 1er**). Toutes dispositions sont prises pour assurer l'indépendance de ses membres qui, notamment, ne peuvent faire l'objet ni d'une promotion, ni d'une mutation pendant leur mandat.

CHAPITRE V. LA PROCEDURE PENALE

La mesure des **garanties** qui protègent la **sureté individuelle** est enfin fonction de l'organisation générale de l'**instruction criminelle** et particulièrement, du rôle et de l'étendue des pouvoirs de l'autorité en matière d'**arrestation** et de **détention**.

A- La procédure pénale et la pensée du XVIII^e siècle :

(voy. **Sérieux**, *Nouv. Rev. hist. Du droit*, 1932, p. 413 ; M. Boyer, « **La liberté individuelle sous l'Ancien Régime** » Th. Paris, 1933). – Une vue exagérément sommaire de l'histoire porte à croire que, sous l'Ancien Régime, la liberté individuelle était systématiquement sacrifiée. On songe aux interventions de **Voltaire** et aux **lettres de cachet**. La lecture de la grande **ordonnance criminelle de 1670**, prouve, au contraire, que l'**inculpé** jouissait de garanties assez sérieuses.

Cependant, les juges abusaient de la détention préventive à raison des imperfections de la police qui rendait souvent impossible de retrouver le prévenu.

Il faut attendre la seconde moitié du **XVIII^e siècle** pour voir se répandre un grand nombre d'écrits philosophiques touchant les matières pénales. L'idée de réforme l'emporte sur le souci d'interpréter. L'**anglomanie** met à la mode l'« **habeas corpus** » et pose le problème de la détention préventive. Seulement on ne distingue pas avec une clarté suffisante la détention préventive, mesure justifiée par les exigences de l'instruction et de la sécurité publique, de la détention administrative, manifestation de l'arbitraire royal. Si bien que toutes les idées de réforme se cristallisent autour de la lutte contre les lettres de cachet : séquestration à but politique, internement des fils de famille, voilà la cible qui excite la verve des philosophes.

La détention ne doit être possible qu'en cas de peines corporelles, elle doit être ordonnée par les juges, elle doit être suivie, à bref délai, de l'interrogatoire, etc. On exclut du bénéfice de ces mesures les vagabonds et les gens sans aveu.

B- Les principes de la Déclaration des droits:

Avec la déclaration des droits le ton et l'esprit changent. Ce ne sont ni la pitié, ni la sentimentalité qui dictent les solutions, mais la conscience du droit naturel et l'imprescriptible de l'homme à la liberté. En outre, ce n'est plus la seule détention qui est en cause, ce sont les règles générales et fondamentales de la procédure pénale. Ces règles peuvent être ramenées aux quatre principes

suivants : **séparation des pouvoirs, soumission de la procédure pénale à la légalité, équité de la peine, présomption d'innocence de l'inculpé.**

1- Séparation des pouvoirs :

Dans la pensée de **Montesquieu**, la séparation des pouvoirs était moins destinée à servir de patron pour l'organisation constitutionnelle qu'à assurer la sûreté des citoyens. Consacrée par la Déclaration de **1789 (art. 16)**, la séparation garantit l'individu contre le risque d'arbitraire puisque, d'une part, le juge devra appliquer une règle qu'il n'a point faite et qu'il ne peut modifier pour les besoins de la cause, et que, d'autre part, l'autorité administrative, chargée d'assurer l'exécution du jugement, ne pourra que se conformer à la décision du juge.

Enfin, chaque autorité étant constitutionnellement tenue de se cantonner dans l'exercice de sa fonction, tous les actes de la fonction bénéficient des garanties qu'offre la procédure prévue pour leur accomplissement.

2- Légalité des mesures de procédure pénale :

« Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis... » (**Décl. de 1789, art.7**). Il y a dans ce texte : le principe de la limitation légale des cas où la détention préventive est possible ; il y a le principe que, seule, la loi détermine les conditions auxquelles, dans chaque cas, doit être subordonnée l'application de la détention ; il y a enfin, l'affirmation de la nécessité d'une procédure régulière préalable à la détention.

L'**art. 9**, par l'incidente qu'il renferme (« s'il est jugé indispensable de l'arrêter... ») renforce encore les garanties exigées par l'article 7. Il signifie, en effet, que la détention préventive est une mesure exceptionnelle que seule peut justifier la nécessité, vérifiée dans chaque cas par un véritable jugement.

3- Equité de la peine :

Les pratiques de l'Ancien Régime en matière de peine avaient suscité chez les philosophes de véhémentes réactions.

Volontairement sobre, la Déclaration se borne à poser que « la loi ne peut établir que les peines strictement et évidemment nécessaires ».

Il implique d'abord la suppression des **supplices** ; il condamne ensuite la **solidarité pénale** de la famille avec le coupable qui était admise sous la monarchie (**confiscation, flétrissure, incapacités diverses**). Si l'on s'en tenait à la nécessité de la peine, les membres de la famille n'ont pas être punis pour un acte qu'ils n'ont pas commis, d'autant que l'**article 5** dispose que tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Enfin, du principe posé par l'**article 6**, selon lequel la loi doit être la même pour tous, résulte l'égalité des peines. Cette règle fut d'ailleurs formellement exprimée par la **loi** du **21 janvier 1790**. Désormais, quelque soit la condition du coupable, un seul système de pénalité s'appliquera.

4- Présomption d'innocence :

« Tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable » (**art. 9**). Cela veut dire, d'une part, que le prévenu n'a pas à prouver son innocence et que c'est à l'accusation d'établir sa culpabilité, d'autre part, que le prévenu doit être traité comme un innocent aussi longtemps que la condamnation n'a pas été prononcée.

La règle énoncée par la Déclaration devrait être inscrite dans tout **prétoire**, surtout pendant les périodes de crise politique, alors que la passion ou un ressentiment, parfois légitime, risque de faire oublier aux juges la présomption d'innocence des individus appelés à comparaître devant eux.

C- Les phases d'instructions :

Etablir le sort que la législation et la pratique ont réservé aux généreuses maximes de **1789** supposerait une étude de l'instruction criminelle qui dépasse évidemment le cadre de ce travail. Il conviendrait de se reporter aux ouvrages spécialisés (voy. G. Stefani et G. Levasseur, « **Procédure pénale** », **1962**, avec la bibliogr. Indiquée, p. 73). Il s'agit seulement d'attirer l'attention sur les difficultés que rencontre le droit positif pour concilier le respect de la liberté individuelle et les nécessités de la répression.

Les chances de la liberté se mesurent d'abord au type de procédure pénale qui est adopté. On sait qu'il existe deux manières d'instruire un procès : la **procédure accusatoire** et la **procédure inquisitoire**.

1- La procédure accusatoire :

Elle se caractérise par le débat qui, à partir de l'accusation, se déroule entre l'inculpé et son adversaire. En faisant une place plus grande au sentiment populaire qu'à la technique de l'enquête criminelle, la procédure accusatoire est particulièrement favorable à la liberté individuelle. En outre, le fait qu'elle est publique, orale et contradictoire s'accorde avec l'exigence démocratique d'un contrôle du peuple sur la marche de l'affaire. Elle sauvegarde enfin l'impartialité du juge qui, entre les preuves apportées par le ministère public et les réfutations de l'inculpé, statue comme un arbitre.

2- La procédure inquisitoire :

Elle est celle qui, par souci d'efficacité, est dominée par le rôle du juge. La formalité initiale, l'enquête (**inquisitio**) qui domine le déroulement du procès prend une importance considérable. La phase de l'instruction, réduite au minimum dans la procédure accusatoire, est développée dans des proportions telles qu'à l'audience le juge n'a plus qu'à entériner les conséquences de ce que l'instruction a établi.

Conduite par des magistrats techniciens, la procédure est secrète, écrite et non contradictoire ; l'autorité qu'elle attache aux preuves légales conduit à conférer à l'aveu une signification décisive... ce qui, par une voie fatale, conduit à conférer à la recherche de l'aveu par tous les moyens (**inquisition**).