

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, soutiennent 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 latitude 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.