

L'opinion publique et la Constitution

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « L'opinion publique et la Constitution », IEJ, 2000.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman —
<https://benoitfrydman.com/fr/article-magazine/2000-l-opinion-publique-et-la-constitution>

Benoit Frydman

L'an dernier, le Séminaire du Centre de Philosophie du Droit de l'U.L.B. était consacré à la société CIVIL^e et à ses droits. Au cours d'une des dernières séances, je fus interpellé par un spécialiste du droit public qui m'apostropha en substance en ces termes : « Vous parlez des droits de la société CIVIL^e, vous invoquez le pouvoir de l'opinion publique. Mais on ne trouve pas plus trace de l'une que de l'autre dans notre Constitution ». On comprend bien la portée d'un tel discours. Que les journalistes et les intellectuels philosophent tant qu'ils voudront sur la nouvelle citoyenneté, les réclamations de l'opinion publique et le réveil de la société CIVIL^e ! D'un point de vue juridique, les pouvoirs, tels que les organise la Constitution, sont au nombre de trois : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. C'est à eux, et à eux seuls, qu'appartiennent les responsabilités et le pouvoir de décider. Quant au peuple, aux citoyens, ils s'expriment par la voie des élections, et par cette voie seulement. Ce discours est bien connu, trop bien connu. Les hommes politiques n'ont cessé de nous le répéter et de se retrancher derrière lui : l'Électeur a voté ; maintenant, à nous de gouverner. Or, cette théorie, et c'est ce que je répondis à mon interlocuteur, est inexacte. Non pas seulement sur un plan politique, non pas d'un point de vue purement philosophique. Non, cette théorie est fautive sur le plan juridique. Du point de vue du droit positif, elle est contraire à notre Constitution.

La société CIVIL^e et l'opinion publique, même si ces termes n'apparaissent pas en tant que tels dans notre loi fondamentale, se trouvent au cœur même de notre édifice constitutionnel. Elles constituent le lien intime et profond qui relie dans ce texte fondateur l'organisation des pouvoirs d'une part et la déclaration des droits fondamentaux de l'autre. Contrairement à ce qui est encore souvent enseigné dans nos cours de droit public, la démocratie moderne ne repose pas uniquement sur l'élection, à intervalles réguliers et éloignés, des représentants du peuple. Comme si le citoyen, une fois glissé son bulletin ou sa carte magnétique dans l'urne, était renvoyé pour quatre ans à ses occupations familiales et professionnelles. Le régime démocratique moderne repose aussi, et même surtout, sur le principe d'un contrôle *permanent* des pouvoirs et de ceux qui les exercent par l'opinion publique. Ce contrôle n'est nullement, quoiqu'on en ait prétendu, de nature théorique. Notre Constitution en organise les modalités par le moyen de règles de droit contraignantes, qui touchent à l'ordre public et prennent place au plus haut rang de la hiérarchie des normes.

Le contrôle des pouvoirs par l'opinion publique, tel que l'organise la Constitution, repose sur trois piliers essentiels. Le principe de *publicité*, qui subordonne la validité des actes des autorités à leur publication, forme le premier pilier. C'est en application de ce principe que la Constitution conditionne le caractère obligatoire des lois et ré-

L'opinion publique et la Constitution

gements généraux à leur publication au Moniteur, mais aussi qu'elle impose la publicité des audiences et en tout cas des jugements. Il ne s'agit pas là, comme on en est venu à le croire trop souvent, en perdant le sens de ces dispositions, de simples formalités, mais bien (comme Kant l'écrivait il y a deux siècles) de l'axiome fondamental de la légalité moderne, c'est-à-dire du principe général essentiel sans lequel il n'est pas d'Etat de droit. Le principe de publicité et les dispositions constitutionnelles qui en modalisent l'application constituent en effet la condition nécessaire, à défaut de laquelle il est impossible pour l'opinion publique de contrôler les actes du pouvoir, comme c'était effectivement le cas, sous l'ancien régime, réglé à tous les niveaux sur le principe du secret.

Le deuxième pilier est constitué par les dispositions constitutionnelles qui organisent ce que Habermas appelle « la sanctuarisation de l'espace public ». Il s'agit du catalogue des droits fondamentaux qui garantissent les libertés d'opinion et d'expression, de pensée et de culte, mais aussi les libertés de réunion, d'association, de manifestation, de pétition, d'enseignement, bref de cet ensemble indissociable de droits qui ont pour but de permettre aux citoyens de se réunir en toute liberté et sans crainte, dans les cafés ou dans les clubs, dans les églises ou les écoles, dans des salles de meeting et parfois dans la rue, ou plus simplement en famille ou entre amis, pour échanger des idées et des convictions et notamment débattre entre eux des affaires publiques, dont ils ont connaissance, afin d'exprimer, s'ils le jugent nécessaire et sur le ton qui leur convient, les critiques qu'ils ont à adresser aux pouvoirs publics sur telle ou telle décision ou sur la conduite des affaires en général. La sanctuarisation de la sphère publique a pour objet d'interdire, autant qu'il est possible, aux différents pouvoirs, d'intervenir pour exercer des pressions sur les personnes, les groupes ou les lieux en vue de contrôler, de contenir, ou même simplement d'influencer le libre cours du débat public, et ce, on l'aura compris, même lorsque ce débat prend la forme d'une critique virulente des actes d'un des pouvoirs constitués. En d'autres termes, les droits constitutionnels qui organisent la sanctuarisation de l'espace public ont pour objet de permettre la libre formation de l'opinion publique, notamment dans sa mission de contrôle et de critique de l'exercice du pouvoir. Ces dispositions prennent la forme de limitations impérieuses à l'action des pouvoirs constitués qui ne peuvent user de leur puissance pour interférer dans le débat public.

La liberté de presse constitue le troisième et dernier pilier de ce régime constitutionnel démocratique. Dans les démocraties modernes, qui sont des démocraties de masse et des régimes représentatifs, la publicité des actes des autorités, d'une part, et, d'autre part, les garanties de la liberté du débat public, ne suffisent pas à garantir le contrôle des pouvoirs par l'opinion publique. Il est absolument nécessaire de recourir à des intermédiaires, qu'on appelle les *médias*, pour assurer

Benoit Frydman

l'information du public sur les affaires et élargir l'horizon du débat, au delà du cercle restreint d'une réunion particulière à l'ensemble du public qui lit, écoute ou regarde. Les médias permettent en outre, dans l'autre sens, aux détenteurs du pouvoir de prendre connaissance de l'état de l'opinion et des critiques qui leur sont adressées. Autrement dit, les médias, de l'imprimerie à l'Internet en passant par la radio et la télévision, représentent des ressources techniques indispensables à la libre circulation des informations, des opinions et des critiques par laquelle s'effectue le contrôle des pouvoirs par l'opinion publique. Mais ces ressources sont fragiles en ce qu'elles sont limitées et onéreuses et donc particulièrement exposées aux manœuvres des forces politiques et économiques qui aimeraient se les accaparer ou les museler. C'est pourquoi notre Constitution contient une disposition spécifique et essentielle, aujourd'hui l'article 25, qui garantit la liberté de presse et déclare que « la censure ne pourra jamais être établie ». Cette prescription, rédigée en termes simples, clairs et catégoriques, trace aux différents pouvoirs une ligne rouge qu'ils ne peuvent jamais franchir en leur *interdisant d'interdire*, c'est-à-dire en les empêchant de faire obstacle, pour quelque raison que ce soit, à la publication d'informations par voie de presse.

Comme on le voit, ces trois piliers forment un ensemble cohérent. Quel spécialiste de droit public ou constitutionnel oserait encore venir dire après cela que l'opinion publique n'est pas prise en compte par notre Constitution ? Toutefois, comme certains ne manqueront pas de le signaler avec raison, du texte, fût-il constitutionnel, à la réalité, il y a un pas qui n'est pas toujours aisé à franchir. Il est exact que ces principes fondamentaux de la démocratie moderne ne sont pas toujours, aujourd'hui et dans ce pays, ni respectés ni même admis ou compris. Jusqu'il y a peu, certains hommes politiques, et non des moindres, n'hésitaient pas à qualifier de « poujadiste » l'appel ou l'invocation de l'opinion publique pour critiquer ou au contraire justifier telle ou telle décision. Plus grave, l'actualité récente fournit, non seulement dans les comportements, mais dans les lois et parfois dans la jurisprudence, des exemples inquiétants de la méconnaissance de ces principes fondamentaux. Comme si la crise politique sans précédent ouverte dans ce pays par l'affaire Dutroux n'avait rien changé et en tout cas n'avait pas servi de leçon de démocratie aux pouvoirs constitués.

Le principe de publicité est sans doute celui qui a le plus souffert depuis 1830. Tandis que la Constitution astreignait le législatif et le judiciaire à la publicité, l'administration, dont les prérogatives se sont tellement développées, pouvait davantage œuvrer dans le secret, avec le risque d'arbitraire que cela comporte, même s'il est vrai que la jurisprudence administrative en pallie aujourd'hui les excès à travers le contrôle de la motivation des actes administratifs.

Cependant, l'exercice réel du pouvoir politique, surtout dans les moments importants ou critiques, s'est progressivement déplacé des

L'opinion publique et la Constitution

enceintes officielles, comme le Parlement ou le Gouvernement, vers des alcôves plus propices aux négociations secrètes des partis et de leurs chefs. Tel fut le cas non seulement pour les grands pactes (scolaire, culturel, linguistiques et autres) mais aussi systématiquement pour l'élaboration des majorités parlementaires et des programmes de gouvernement. Quel n'a pas été mon étonnement d'entendre, après les dernières élections législatives de 1999, lors de la formation de la coalition arc-en-ciel les grands partis classiques, dits « de gouvernement » reprocher aux écologistes un manque de maturité politique parce qu'ils exposaient l'état des discussions en cours dans le cadre de réunions ouvertes, violant ainsi la loi du secret, au nom du principe constitutionnel désuet de la publicité.

Lors des dernières élections communales, il y a quelques mois à peine, on fut tout étonné de voir une poignée de citoyens, en particulier des informaticiens, assigner en référé le Ministre de l'Intérieur en vue de le contraindre, sans succès d'ailleurs, à publier les codes sources des programmes informatiques opérant désormais la comptabilisation officielle des suffrages. Trop dangereux estimait le Ministère, en raison des risques de fraude... La ligue des droits de l'homme a fermement condamné le système mis en place dans lequel les opérations de dépouillement sont désormais centralisées au niveau du Ministère de l'Intérieur et leur contrôle confié à une commission de quelques fonctionnaires, sans procès-verbaux par bureau ni possibilité technique de recomptage. Il n'est pas besoin de citer le récent exemple de l'élection présidentielle américaine ou les multiples cas avérés de fraude ou de tentative de fraude électorale recensés à travers le monde pour souligner l'importance de la publicité en ce domaine. On demeure stupéfait de constater avec quelle désinvolture et quelle naïveté, l'administration a écarté d'un revers de main, au nom du progrès technique, toutes les garanties d'un contrôle citoyen des élections. Comme l'a dit un président de bureau de vote à un électeur indigné : « il faut faire confiance aux autorités ».

Il semble que la conscience de la valeur de la publicité soit également en recul auprès du pouvoir judiciaire. Le Tribunal de Première Instance d'Anvers a ainsi refusé que le greffe fournisse une copie d'un jugement à un journaliste qui lui en faisait la demande « au nom du droit des gens à être laissés en paix », en violation de la lettre de l'article 1380 du Code judiciaire et de l'esprit des articles 149 et 150 de la Constitution. Cette décision erronée a heureusement été réformée en appel¹.

Plus grave, et j'en terminerai par là, la décision de censure encore inédite rendue par le Président du Tribunal de Première Instance de Bruxelles, statuant en référé, le 6 octobre 2000, en pleine campagne

1. Anvers, réf., 22 mai 2000, *Auteurs et Médias*, 2000, p. 324 et s..

Benoit Frydman

électorale pour les dernières communales, à la requête d'un homme politique bruxellois bien connu, par ailleurs échevin de la commune d'Ixelles. Un citoyen lambda avait pris sur lui de rédiger un document dans lequel il critiquait sévèrement un certain nombre d'actes et de décisions imputables à l'homme politique en question dans l'exercice de ses responsabilités locales. Le document avait été reproduit et distribué dans un certain nombre de boîtes aux lettres. Saisi par requête unilatérale, sous le bénéfice de l'extrême urgence, le Président du Tribunal de Bruxelles constate que le document en question, même si les faits qu'il relate ne sont pas manifestement erronés, est de nature à faire perdre un nombre important de voix au candidat critiqué pour sa gestion. Il fait dès lors interdiction au citoyen, sous peine d'astreinte, de poursuivre cette diffusion jusqu'à la date des élections au motif que le moyen de communication qu'il utilise (par ailleurs le seul à sa disposition) ne respecterait pas « les règles du jeu c'est-à-dire fondamentalement la contradiction ». On croit ainsi comprendre que l'homme politique critiqué, par ailleurs présent sur les ondes des radios et de la télévision locales, et disposant de tous les tracts et affiches nécessaires à se rappeler au bon souvenir de ses concitoyens, n'aurait pu répondre utilement aux critiques circonstanciées qui lui étaient ainsi adressées. Quelle tristesse de voir ainsi les principes les plus élémentaires de la démocratie bafoués, l'espace public muselé au point que l'on ne tolère même plus cette forme marginale et résiduelle du débat qu'est le dépôt d'une photocopie dans une boîte aux lettres surchargée. Le citoyen a fait opposition. Il a invoqué sa liberté d'expression. On lui a répondu que la balance des intérêts justifiait de limiter cette liberté pour ne pas causer un préjudice électoral à l'homme politique. Il aurait pu invoquer l'article 25, la liberté de la presse, l'interdiction absolue de la censure. Il ne l'a pas fait. Il ne l'a peut-être pas osé. En tout état de cause, le juge a rejeté son recours. Quelle honte pour la justice ! Quelle défaite pour la démocratie ! La décision est frappée d'appel, mais bien entendu il est trop tard. Le mal est fait.

Benoît FRYDMAN

Directeur du Centre de Philosophie du Droit

de l'U.L.B.