

Chapitre 1

Les fondements des libertés et droits fondamentaux

J. Fialaire et E. Mondielli

Ces fondements doivent être appréciés selon des dimensions, tantôt politico-idéologiques, tantôt de théorie juridique.

Section 1

Droits fondamentaux et systèmes politiques

J. Fialaire

L'expérience acquise des régimes politiques a révélé que ceux d'entre eux qui ont aménagé des formes de partage des pouvoirs (mais non forcément démocratiques) se sont révélés les plus favorables à un essor des droits fondamentaux.

Inversement des systèmes de concentration des pouvoirs produisent l'effet inverse. Ainsi en va-t-il des États religieux de type islamiques (Iran, Soudan...), dont la législation s'inspire d'une interprétation intégriste du Coran et des Actes du prophète Mahomet (figée dans des pratiques remontant à l'apparition de l'islam au VII^e siècle). D'où des atteintes à la liberté religieuse (à travers l'interdiction faite aux musulmans de renier leur religion), à l'égalité sexuelle, et même au droit à l'intégrité physique (par le recours à l'amputation des mains, peine appliquée aux voleurs).

§ 1. Féodalité et octroi de « libertés aristocratique »

Au Moyen Âge, sous le système féodal, **des « libertés » ont été reconnues à des groupements organisés par les pouvoirs politiques en place**, mais elles restaient précaires et révocables, étant soumises à l'assentiment du pouvoir civil ou religieux (octroi de « chartes »).

L'Angleterre a réalisé le mode le plus accompli de « libertés aristocratiques », à partir de la Grande Charte arrachée au roi Jean sans Terre par ses barons. Elle reconnaît en faveur des barons et hommes libres le principe du consentement à l'impôt (les revenus du domaine ne suffisant plus au financement des dépenses royales), le droit de n'être jugés que par leurs pairs selon un principe de légalité, ainsi que le droit d'aller et venir.

Extrait de la « Magna Carta » de 1215

- Sur le principe de légalité et le jugement par les pairs :
« Aucun homme libre ne sera arrêté ou emprisonné, ou dépossédé de ses biens, ou déclaré "outlaw", ou exilé, ou lésé [...], sans un jugement loyal de ses pairs, conformément à la loi du pays ».
- Sur la liberté d'aller et de venir :
« Il sera permis à l'avenir à toutes les personnes de sortir de notre royaume et d'y revenir, librement et en toute sûreté, [...] excepté en temps de guerre... »

Ces « libertés aristocratiques » vont ensuite s'élargir progressivement :

- La « Pétition des droits » est adoptée le 7 juin 1628. Elle a constitué un dénouement provisoire (avant la guerre civile menée par Cromwell) à un conflit opposant des représentants de la dynastie des Stuarts (Jacques I^{er} et son fils Charles I^{er}) au Parlement constitué depuis le XIV^e siècle par la réunion de la Chambre des lords et de la Chambre des communes (où siègent les représentants élus des communautés locales). C'est une proclamation de libertés individuelles.
- L'Acte d'*Habeas Corpus* est adopté par le Parlement en 1679. Cette garantie se définit comme « l'ordonnance délivrée par un juge d'une cour supérieure à la requête d'un individu qui s'estime arbitrairement détenu, enjoignant au gardien de la prison de présenter ce détenu au juge dans un certain délai, afin que puisse être vérifiée la légalité de l'emprisonnement » (J. Robert). Cette procédure se déroule en quatre temps :
 - le dépôt d'une requête par une personne arrêtée irrégulièrement ou par son représentant ;
 - une ordonnance d'un juge enjoignant à l'autorité qui retient le plaignant prisonnier de la faire comparaître et de produire le titre juridique fondant la détention ;
 - une ordonnance de mise en liberté immédiate si le juge estime la détention illégale ;
 - le cas échéant, l'application de fortes peines si la décision du juge reste inexécutée.

L'intervention du « *Bill of Rights* », adopté le 13 février 1689, va clôturer un nouveau conflit politique entre le roi Jacques II et le Parlement dans un contexte de guerre religieuse (le roi est catholique alors que le protestantisme est la confession dominante). C'est l'épisode de la « *bloodless Revolution* » (Révolution tranquille). Le prince hollandais d'Orange va être intronisé sous serment de respecter le « *Bill of Rights* », lequel est fortement inspiré par l'œuvre de John Locke (dont les deux *Traité sur le gouvernement* paraissent en 1689). Réaffirmant les droits du Parlement (vote de l'impôt et pouvoir législatif), cette loi établit la garantie de libertés politiques supplémentaires (droit de pétition, liberté d'expression des parlementaires).

On est donc passé d'un système bâti sur la Grande Charte, véritable « contrat passé entre le roi d'Angleterre et les grands féodaux » (C. Leclercq) à « l'expression instituée des droits de la société contre la Couronne¹ ». C'est la naissance de la monarchie parlementaire britannique (cf. 2^e partie, chap. 3, section 1, sous-section 2).

§ 2. Droits fondamentaux et démocraties libérales

L'harmonie entre démocratie et liberté ne va pas de soi, un antagonisme potentiel étant détecté par Jean Rivero :

1. Central Office of Information, *Aspects of Britain, Parliament*, 3^e éd., 1996, HMSO, p. 14.

mécanisme de dévolution du pouvoir, la démocratie n'est pas, par elle-même, garante de la liberté. Bien plus, en fondant l'autorité des gouvernants sur la volonté de la majorité, identifiée avec celle du peuple, elle peut conduire à condamner toutes les résistances qui, au nom de la liberté, entraveraient cette volonté.

A. Les caractères généraux : reconnaissance des libertés individuelles et politiques/primauté de la loi/séparation des pouvoirs

Une **démocratie libérale**, à laquelle nous assimilerons la **notion d'État de droit**, présente des caractéristiques propres qui découlent de sa double nature, résultat d'un **compromis**. Elle conjugue en effet :

- une **essence démocratique** : en découlent la reconnaissance indispensable des libertés politiques, ainsi que le primat de la loi, expression de la volonté générale ;
- une **essence libérale** : en découlent l'attachement aux libertés individuelles, le respect de la loi garante des libertés par l'administration (principe de légalité) et la règle de séparation des pouvoirs.

1. La reconnaissance des libertés individuelles et politiques

Dans la philosophie libérale les libertés individuelles sont reines. Les libertés politiques ne doivent exister que pour garantir les premières. Pour Benjamin Constant¹, les libertés politiques, qui sont la « liberté des Anciens » (reconnues dans les cités de la Grèce), se distinguent des libertés individuelles, considérées comme la « liberté des Modernes », respectueuses de l'intériorité irréductible de l'homme. Plus proche de nous, on retrouve l'idée que la démocratie doit être la « servante de la liberté », défendue par Jean Rivero.

Cette hiérarchie entre les libertés privilégiant les libertés individuelles est **une conception à nuancer de nos jours**. Les libertés politiques ont tenu une place de premier rang dans la transition démocratique de régimes d'État d'Europe de l'Est, puis d'Afrique, intégrant depuis 1990 les institutions des démocraties libérales. La santé de ces nouvelles institutions s'est d'abord appréciée à la tenue d'élections libres et honnêtes, organisées régulièrement, ouvertes au concours de plusieurs partis politiques. À l'inverse de l'ordre précédent, ici la transparence et le pluralisme des élections politiques ont appelé la reconnaissance de libertés (individuelles et d'expression).

Une part notable de la doctrine **élargit le socle de libertés à la base des démocraties libérales** pour y **intégrer la liberté de la presse** (Claude Leclercq), voire **plus largement la liberté d'expression**. Certains en font même un critère déterminant permettant de dater l'avènement des États de droit. On dira alors que les États-Unis constituent le plus ancien dès 1791, année d'entrée en vigueur du 1^{er} amendement à la Constitution, assurant la liberté de la presse, la France venant bien plus tard, à partir de la levée de la censure sur la presse par la loi du 29 juillet 1881. Il semble bien que la liberté d'expression doive aujourd'hui être considérée comme une composante essentielle des démocraties libérales. L'actualité vérifie l'assertion de Jean-François Revel², pour qui la démocratie :

1. « Discours à l'Athénée royal de Paris prononcé en 1819 », in : B. Constant, *Écrits politiques*, Éd. M. Gauchet-Gallimard, 1997.

2. J.-F. Revel, *Le Regain démocratique*, Fayard, coll. « Pluriel », 1992, p. 83.

comporte, par nature, la liberté de l'information, dont l'exercice conduit sa presse, ses medias, ses ONG à enquêter sur la situation des droits de l'homme [...]. Cette surveillance contraint les dictatures, sinon à s'amender, du moins à s'expliquer ou à refuser de le faire, ce qui les précipite encore plus bas au baromètre international de la bonne conduite.

2. La primauté de la loi

Elle repose sur une architecture à **trois niveaux**.

- À la base : le respect attaché à une certaine conception de la loi. Qu'elle soit votée par le Parlement ou d'origine référendaire, « cette origine démocratique de la loi fonde la confiance que la tradition libérale met en elle » (Rivero).
 - Au stade suivant, cette confiance dans la loi se matérialise dans la compétence traditionnellement reconnue au législateur en France pour adopter les textes garantissant les libertés publiques, depuis la DDHC 1789.
 - Au niveau de la mise en œuvre : le principe de légalité veut que l'administration soit soumise aux normes juridiques supérieures, constituées pour une large part de lois.
- Il reste que cette primauté est aujourd'hui fortement remise en cause par la suprématie reconnue aux normes constitutionnelles et internationales.

3. La séparation des pouvoirs

Elle suppose que **les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire soient nettement et effectivement dissociés**. Ceci est lié à sa finalité qui est « de protéger la liberté contre les risques auxquels l'expose la concentration de toutes les prérogatives de puissance publique au profit d'un seul organe ».

Ce principe est énoncé dès la **DDHC 1789** (art. 16) :

Toute société dans laquelle [...] la séparation des pouvoirs [n'est pas] déterminée, n'a point de Constitution.

B. Les variantes

1. Souveraineté de la loi ou soumission à la Constitution ?

Une **évolution** est intervenue, passant d'une « **confiance absolue en la loi** » à une « **confiance relative en la loi** » (Gilles Lebreton). En France la Constitution de 1958 a mis fin à la « souveraineté législative », en soumettant la loi votée à un contrôle de constitutionnalité.

Au Royaume-Uni par contre, le dogme de la souveraineté législative a subsisté. Le risque d'arbitraire du Parlement y est contenu par le fait que :

les parlementaires britanniques intériorisent la Common Law développée depuis des siècles et que leurs actes sont en principe en concordance avec celle-ci¹.

Mais des variations existent aussi parmi les pays admettant des **mécanismes de recours en appréciation de la constitutionnalité des lois**. Ils se rangent en **deux systèmes**.

1. *Central Office of Information, Aspects of Britain, Parliament*, 3^e éd., 1996, HMSO, p. 3.

- Soit il s’agit d’un **contrôle par voie d’action**. Limité quant au mode de saisine, c’est un contrôle préventif intervenant avant la promulgation de la loi (cas français traditionnel).
- Soit il s’agit d’un **contrôle par voie d’exception**. Plus étendu, il ouvre le droit aux juridictions de soulever, à l’occasion de procès mettant en cause des droits des personnes, l’exception d’inconstitutionnalité d’une loi déjà en vigueur (États-Unis, RFA¹).

2. Pouvoir judiciaire ou autorité judiciaire ?

Le concept de pouvoir judiciaire renvoie à un système institutionnel opérant une séparation complète entre le Judiciaire et l’Exécutif. On parle d’autorité judiciaire lorsque celle-ci est incomplète.

En France, l’idée de séparation rigoureuse avec instauration d’un pouvoir judiciaire, théorisée par Montesquieu, fut adoptée de manière éphémère dans la Constitution du 3 septembre 1791 (les juges étaient alors élus). Depuis, le concept d’autorité judiciaire a prévalu, un lien hiérarchique étant maintenu entre les magistrats du Parquet et le ministre de la Justice. Néanmoins le Conseil constitutionnel a énoncé que « l’indépendance des juridictions », tant administratives que judiciaires, est un principe à valeur constitutionnelle².

C. Philosophie libérale des droits de l’homme et sous-développement

L’actualité commande une telle question.

La **notion de sous-développement** appliquée à l’échelle d’un pays s’entend comme une réalité économique, sociale, culturelle et politique :

- une réalité économique et sociale, qui se matérialise par une insuffisance de ressources ne permettant pas la réalisation effective des droits économiques et sociaux, tel le droit à la santé ;
- une réalité culturelle, qui se traduit par un analphabétisme et une insuffisante scolarisation ;
- une réalité politique, qui se manifeste sous la forme du népotisme, conséquence de l’insuffisante intégration nationale et de l’attachement aux groupements intermédiaires (famille, ethnie). D’où des discriminations dans l’accès aux emplois publics, l’octroi des subventions et une corruption répandue, voire généralisée.

Deux thèses s’affrontent sur l’existence ou non d’un lien entre le niveau de développement et l’affirmation des libertés.

1. La thèse en faveur d’un lien entre sous-développement et moindre reconnaissance des libertés

Des auteurs (tel Claude Leclercq) soutiennent que les libertés de type occidental ne peuvent être véritablement garanties dans un pays sous-développé.

Outre les caractéristiques précitées liées à la notion de sous-développement, d’autres constats d’observation viennent étayer cette thèse. Certains ont relevé que :

1. Pour des développements sur la différenciation de ces modes de contrôle : cf. chap. 5.
2. CC, n° 119 DC du 22 juill. 1980 Validation d’actes administratifs, *GDCC*, n° 29.

sur le planisphère, la carte des dictatures et celle du sous-développement paraissent coïncider. Le régime des libertés publiques semble en relation étroite avec le niveau d'industrialisation, le revenu par tête, le taux d'analphabétisme, etc. Il est vrai par exemple, que les libertés publiques juridiquement proclamées dans les États d'Afrique noire n'ont pas d'existence concrète¹.

2. La thèse niant l'existence d'un lien évident entre sous-développement et amoindrissement des libertés

Pour J.-F. Revel², les principaux droits énumérés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) sont :

autant de droits que l'on peut appliquer si on le veut, immédiatement, partout, séance tenante. Ils ne sont liés à aucun niveau de développement économique.

Des juristes africains se rallient à cette thèse (notamment Benoît N'Gom, juriste sénégalais).

Cette thèse s'appuie sur différents contre-exemples fournis à l'idée d'un lien automatique entre développement et épanouissement des libertés publiques, qui vont de la prise en compte des horreurs du national-socialisme né dans les années trente dans un pays d'économie avancée à la persistance de discriminations raciales aujourd'hui encore aux États-Unis, particulièrement flagrantes dans l'accès à la justice et le système pénitentiaire.

L'argument essentiel nous semble être que la notion de libertés fondamentales ne saurait souffrir aucun relativisme établi suivant des critères socio-économique ou culturel, sous peine de perdre sa cohérence, mais aussi et surtout ses exigences. Elle est en effet en partie portée par une dynamique d'internationalisation des droits de l'homme qui semble irrésistible à long terme. Ainsi a-t-on pu affirmer que :

Quant aux arguments d'ordre anthropologique sur les sociétés non occidentales qui servent si bien d'alibi ou à se donner bonne conscience pour ne plus pousser la cause universelle de la liberté humaine, il convient de les ramener à leur juste proportion. Existe-t-il vraiment des peuples qui haïraient le progrès technique, les garanties sociales, la liberté d'expression et la faculté de voter pour choisir ses dirigeants et pouvoir les critiquer sans peur, autrement que dans l'imaginaire de ceux qui croient à une supériorité d'ordre génétique de l'Occident et à l'incapacité d'autres civilisations de penser les avantages de la liberté individuelle et du libre arbitre³ ?

Même si elle doit être nuancée (le poids du sous-développement sur l'effectivité de certaines libertés ne peut être ignoré), cette seconde thèse nous paraît devoir être accréditée.

1. R. Chavin, J.-J. Sueur, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 2000, p. 5-6.

2. *Le Regain démocratique*, op. cit., p. 39.

3. G. Corm, « Le difficile voyage de la liberté hors d'Occident », in : *La Liberté, Pouvoirs*, n° 84-1998, Seuil, p. 128.

§ 3. Les courants critiquant la philosophie libérale

A. La critique marxiste

Karl Marx (1818-1883) développe un matérialisme historique, considérant que les causes profondes à l'œuvre dans l'histoire humaine ne sont pas des facteurs idéologiques (comme le pensait avant lui Hegel), mais des forces matérielles. Le mode de production des moyens d'existence est essentiel dans une société.

Dans cette logique, lui et ses disciples **dénoncent le processus qui a conduit à l'affirmation des droits individuels**. Tout ceci ne forme qu'une Constitution sociale et politique appropriée à la suprématie économique et politique de la bourgeoisie. Pour Marx, « ces droits n'ont de contenu réel que pour les bourgeois, qui seuls disposent des moyens économiques de les mettre en œuvre », puisque propriétaires des instruments de production et détenteurs du pouvoir politique. À l'inverse, ces libertés purement formelles n'ont aucun contenu réel pour les prolétaires qui ne disposent pas des moyens indispensables à leur exercice.

Marx ne croit pas davantage à l'idéal de justice porteur de la Révolution de 1848, plaçant la consécration de droits sociaux dans le prolongement de celle des droits individuels de 1789. Pour lui une transformation de la société bourgeoise telle que la conçoivent les socialistes utopistes à l'image de Proudhon (1809-1869) est inconcevable sans la lutte des classes. Pour Marx, la liberté n'est pas liée à la personne, elle résulte d'une conquête progressive (passage par la révolution, suivie d'une phase de dictature du prolétariat où la classe exploitée est guidée par son avant-garde qu'est le parti communiste, jusqu'à ce que des droits puissent être reconnus aux citoyens dans le but de favoriser l'édification du communisme).

Le caractère déterministe de cette philosophie, fondé sur le primat de l'économie, sera atténué par Engels qui dans des écrits postérieurs à la mort de Marx (*Études philosophiques*, 1890), admettra que d'autres facteurs (politiques, sociologiques) influencent l'histoire des sociétés et donc les droits de l'homme.

Une **tentative de synthèse** deviendra possible **entre libéralisme et marxisme**, qui se réalisera après la Seconde Guerre mondiale, débouchant sur la reconnaissance, à côté de la première génération des droits de l'homme, d'une **seconde génération constituée par des droits économiques et sociaux**.

B. La critique communautaire

Différents courants se sont succédé dont le point commun réside dans une **critique vive de la conception individualiste des droits de 1789**. Ils s'accordent à considérer que l'homme n'est qu'une composante d'un groupe qui le dépasse. Leur application conduit à une atténuation des libertés publiques (catholicisme social), voire à leur disparition (courants du XX^e siècle).

On signalera les doctrines suivantes.

- Le **catholicisme social traditionaliste** s'exprime fortement au début du XIX^e siècle (Joseph de Maistre, Vicomte de Bonald). Pour ce dernier, « l'homme n'existe que pour la société, la société le forme pour elle-même » (De Bonald, *Théorie du pouvoir*).
- Au début du XX^e siècle, la **doctrine de l'Action française**, forgée par Charles Maurras, enseigne aussi que l'individu est façonné pour la société. Elle y ajoute que cette société est

animée d'une vie propre, constituant un organe vivant quasi supérieur à tout. Le glissement s'amorce vers la légitimation de systèmes politiques totalitaires qui vont suivre.

- Le **fascisme** se résume au principe selon lequel « l'individu ne peut être considéré comme la fin de la société, il en est seulement le moyen. Toute la vie de la société consiste à faire de l'individu l'instrument de ses fins sociales ». Il y a donc un « droit de l'État » auquel correspond le « devoir de l'individu¹ ».
- Le **national-socialisme** postule une subordination de l'individu à un groupe ethnique auquel il appartient (« Tu n'es rien, ton peuple est tout »). La communauté populaire est guidée par un chef (« *Führerprinzip* »). Pour l'idéologue du nazisme, Carl Schmitt (1888-1985), sont justifiés à la fois la notion d'« espace vital », le droit de conquête et celui de la civilisation européenne à imposer sa loi (*nomos*) au reste du monde². La défense de l'ordre public est galvanisée, au point de rendre nécessaire l'instauration d'une « dictature souveraine », dont les pouvoirs spéciaux en situation d'urgence sont interprétés très largement³. En outre, une discrimination est à opérer entre l'« ami » et l'« ennemi » (l'étranger à l'ethnie). D'où une lutte violente pour vaincre cet ennemi. C'est une « philosophie de l'exclusion » (Gilles Lebreton). Elle sert de support théorique aux thèses xénophobes développées par des partis d'extrême droite.

C. La voie personaliste

Fondé en 1894 par Marc Sangnier, le mouvement du « Sillon » tente, en marge de la doctrine officielle de l'Église, une **synthèse entre le spiritualisme chrétien et un idéal de justice sociale**. Il sera à l'origine de la constitution des partis politiques démocrates-chrétiens.

Emanuel Mounier (1905-1950) fonde le personalisme et la revue *Esprit*, qu'incarnera aussi le philosophe Jacques Maritain (1882-1973). Ce mouvement se démarque tant de l'individualisme des sociétés capitalistes, que du totalitarisme dérivé de la philosophie marxiste. Le personalisme reconnaît des droits aux êtres humains, mais aussi aux communautés naturelles (familles, communautés économiques et de travail, nations dans les États multinationaux), dont « les pouvoirs spontanés limitent le pouvoir de l'État ».

Remplissant d'importantes missions diplomatiques après la Deuxième Guerre mondiale, Jacques Maritain « prône une société qui ne requerrait pas de ses membres un credo religieux commun et ne mettrait pas dans une situation d'infériorité [...] ceux qui sont étrangers à la foi, mais une société où tous les hommes, « chrétiens et non chrétiens » [...] reconnaîtraient [...] la dignité et les droits de la personne ». Il contribue au renouveau de la doctrine du droit naturel en promouvant le projet de Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), qui selon lui doit être approuvé par tous malgré les désaccords idéologiques. Dans un Discours prononcé en 1947 devant la Conférence générale de l'Unesco, il soutient ainsi que :

l'accord peut se faire non pas sur une commune pensée spéculative, mais sur une commune pensée pratique, non pas sur l'affirmation d'une même conception du monde, de l'homme et de la connaissance, mais sur l'affirmation d'un même ensemble de convictions dirigeant l'action.

1. Rocco, *La Crise de l'État : la solution fasciste*, 1927.

2. C. Schmitt, *Le Nomos de la terre*, 1950, trad. fr., PUF, 2000.

3. C. Schmitt, *La Dictature*, 1924, trad. fr., Seuil, 2000.