



*Année 2009-2010*

**LICENCE III**

***DROIT DES LIBERTÉS FONDAMENTALES***

**Fiche n° 1 :**

**La notion de liberté fondamentale**

**DOCUMENTS :**

**Doc n°1 :** P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, L.G.D.J., 1968, pp. 10-14.

**Doc n°2 :** M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, coll. Questions, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 1983, pp. 7-14.

**Doc n°3 :** E. PICARD, « Droits fondamentaux », *in Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, pp. 544-549.

Doc n° 1 : P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, L.G.D.J., 1968, pp. 10-14.

La notion de liberté publique est évidemment en rapport avec celle de liberté. Mais il ne s'agit pas de la liberté au sens philosophique. Ainsi que le relève Lalande, dans son « Vocabulaire technique et critique de la philosophie » : « Quand il est question de telle liberté particulière, ou de « libertés » au pluriel, il n'y a là qu'une application sociale du sens précédent (le sens général). Les mots *Libre* et *Liberté* marquent simplement l'absence d'une contrainte sociale s'imposant à l'individu. Le sens général du mot, différent du sens philosophique, est défini comme l'état de l'être qui ne subit pas de contrainte, qui agit conformément à sa volonté, à sa nature ». Partant du sens politique et social, il est possible de mieux cerner le concept de liberté publique. Pour cela, il faut d'abord opérer un premier choix entre les deux visages de la liberté; en second lieu, mettre en évidence l'existence de deux angles de vision de la même réalité.

### 1. — *Les deux visages de la liberté.*

La liberté, au sens politique et social, est susceptible de revêtir deux acceptions. Elle peut être liberté-autonomie ou liberté-participation, selon les termes employés par M. Burdeau.

Ces deux formes de la liberté présupposent également la distinction entre les gouvernants et les gouvernés, c'est-à-dire un état minimum d'organisation sociale. Liberté-autonomie et liberté-participation apportent une réponse différente aux problèmes que soulèvent les rapports entre les uns et les autres. Cette distinction est apparue clairement en lumière, à la naissance de l'Etat libéral au XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque Benjamin Constant formule sa célèbre analyse de la liberté des Anciens et de la liberté des Modernes.

La liberté des Anciens, ou liberté-participation, c'est l'exercice du Pouvoir, ce qui signifie plus exactement le contrôle des gouvernants par les gouvernés, et l'aptitude permanente de certains gouvernés à devenir gouvernants si telle est la volonté de la majorité des citoyens. C'est une liberté parce que, en ce sens, le fait de pouvoir choisir son devenir politique élimine une certaine forme « de contrainte sociale » qui est précisément la marque de l'absence de liberté. Les gouvernants ne s'imposent qu'à une minorité de gouvernés, l'opposition, et seulement dans la mesure où celle-ci serait censée n'influencer en rien les décisions du pouvoir.

La liberté des Modernes, ou liberté-autonomie, est également une absence de contrainte sociale, mais celle-ci ne résulte pas directement de la participation aux prises de décision; elle est le fruit de l'interdiction faite aux gouvernants de franchir certaines limites, de s'immiscer dans une certaine sphère d'autonomie individuelle. Elle est la part de l'existence individuelle non assujettie à l'autorité du groupe, et dans laquelle se maintient, pour chacun, la possibilité « d'agir conformément à sa volonté, à sa nature ».

Ces deux aspects de la liberté paraissent bien irréductibles l'un à l'autre car ils ressortissent à deux courants très différents. La liberté-participation est liée à l'extension des principes démocratiques, mais elle peut exclure plus ou moins complètement la liberté-autonomie. C'est d'ailleurs le sens du schéma de l'organisation de la Cité antique et celui présenté par J.-J. Rousseau dans le Contrat social. Au contraire, la liberté-autonomie est liée à un autre courant de pensée, trop souvent confondu avec le premier : le libéralisme. Montesquieu était libéral, non démocrate. La rencontre du libéralisme et de l'esprit démocratique ne s'est effectuée, sans doute, qu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Encore aujourd'hui existe-t-il des libéraux non démocrates et des démocrates non libéraux.

Dans la mesure où le vocabulaire moderne distingue assez clairement les libertés publiques des libertés politiques (droit de suffrage), il révèle bien que seule la notion de liberté-autonomie correspond à

la première catégorie. Les libertés publiques se rattachent largement à la naissance du libéralisme dont elles accusent la persistance dans l'Etat moderne, même après le déclin de l'Etat libéral. Elles sont révélatrices de la consistance de ce domaine réservé à l'individu sur lequel la compétence de l'Etat ne doit pas normalement s'exercer.

2. — *Les deux approches de la liberté-autonomie.*

Il est possible de voir les libertés publiques en se plaçant purement et simplement du point de vue de l'individu : c'est, en doctrine, une conception très souvent défendue. Il est également possible de compléter cette appréhension du problème en lui substituant un double éclairage qui tiennent compte davantage du rôle de l'Etat, c'est-à-dire de ses obligations envers les particuliers.

● Les libertés publiques — droits de l'individu.

Le vocabulaire utilisé par la doctrine est caractéristique. Jusqu'à 1940 surtout, on parle de droits *individuels*, libertés *individuelles*, droits publics *individuels*, droits de *l'homme*. C'est l'individu qui est au centre de cette construction. Les libertés publiques sont conçues comme « des droits bénéficiant d'une protection juridique spéciale » , ou encore « des droits définis ». M. Colliard écrit : « La théorie des libertés publiques, c'est-à-dire la reconnaissance à l'individu de certains droits... » et il ajoute même de façon particulièrement explicite : « le droit positif ne reconnaît les libertés publiques et ne les organise que si domine une conception individualiste du monde ».

Ce point de vue présente en définitive un certain nombre d'inconvénients. Tout d'abord, et c'est un grief mineur : il donne l'impression d'exclure les groupes de la catégorie des bénéficiaires des libertés publiques. N'existe-t-il pas pourtant une liberté d'expression des associations ? et la liberté du commerce et de l'industrie ne concerne-t-elle pas, au premier chef, les sociétés ? En outre, la notion de droits individuels est des plus vagues. Il est reconnu par tous les auteurs que tous les droits des particuliers ne sont pas des libertés publiques. Quel est alors le critère de différenciation ? A lui seul, le concept de droits individuels est impuissant à répondre à cette interrogation. Enfin, il paraît totalement négliger l'existence de l'Etat alors que, par essence, les libertés publiques intéressent les rapports entre l'individu et l'Etat : elles ne se conçoivent que par rapport à lui. Aux droits des particuliers correspondent des obligations corrélatives de l'Etat. Et précisément, ce qui est le plus caractéristique, ce n'est pas tellement que les individus aient des prérogatives, ils en ont dans n'importe quel ordre juridique, mais c'est le fait que l'Etat soit juridiquement limité, nonobstant sa prétendue souveraineté.

● Les libertés-publiques — obligations de l'Etat au profit des particuliers.

Au lieu de dire seulement que les libertés publiques sont des prérogatives reconnues aux individus, on peut rendre compte, de façon plus complète, de la même réalité en affirmant que ce sont des obligations juridiques à la charge de l'Etat, dont les bénéficiaires sont les particuliers ressortissants de cet Etat.

Toute norme, en effet, peut être analysée comme une obligation dont le bénéficiaire est le sujet de droit, et les autres individus ou personnes morales les obligés. De même, les libertés publiques peuvent-elles être considérées comme des obligations à la charge de l'Etat, c'est-à-dire des limitations apportées à sa compétence qui laissent subsister une sphère d'autonomie individuelle.

Cette conception paraît plus apte que la précédente à appréhender la réalité, car elle fait ressortir ce qui est proprement nouveau et essentiel dans l'idée de liberté publique, à savoir la limitation par le droit de l'Etat omnipotent. Les libertés publiques sont une tentative pour enserrer l'action de l'Etat à l'intérieur de certaines frontières, fussent-elles fragiles et très compréhensives. Et c'est la contradiction entre la liberté-participation et la liberté-autonomie qui en fait jaillir la nécessité. Si les gouvernés participent au pouvoir, on voit mal au nom de quoi la majorité, exprimant la volonté générale, se verrait contrainte à respecter l'autonomie individuelle des membres de la minorité. Précisément, les libertés publiques sont le signe que le règne de la majorité ne signifie pas l'élimination de la liberté-autonomie; en d'autres termes, ce qui les caractérise c'est bien l'idée d'obligation juridique à la charge de cette majorité gouvernante, contractée au profit des particuliers.

Par ailleurs, cette approche permet de mieux poser deux problèmes complémentaires : le niveau des normes créatrices des libertés publiques, et la nature des droits que les particuliers sont fondés à faire valoir en cas d'inexécution par l'Etat de ses obligations. La doctrine classique estime que la Constitution ou la loi peuvent proclamer des libertés publiques. Pourquoi ces normes, et seulement celles-là ? Il n'est pas possible de donner une réponse vraiment satisfaisante, dans l'optique qu'elle a choisie. Au contraire, dans la seconde conception, l'idée d'obligations à la charge de l'Etat commande de façon étroite la réponse à donner. Pour l'Etat, c'est-à-dire les pouvoirs législatif et exécutif, il faut nécessairement que ces normes créatrices soient de nature supra-législative et supra-réglementaire. Quant à la nature des droits des particuliers, il s'agit d'une question également éclairée par

l'idée d'obligations. Ces droits s'analysent en des pouvoirs juridiques de relever l'inexécution par l'Etat de ses obligations. Or le droit positif montre à l'évidence que ceux-ci ne sont nullement homogènes. Selon qu'il s'agit de s'élever contre une violation des libertés publiques par le législateur ou par l'administration, l'individu dispose d'armes d'efficacité très différente. Le point de vue classique ne permet pas de rendre compte de cette hétérogénéité car il néglige d'analyser l'aspect : droits des individus à l'encontre du législateur.

L'optique adoptée n'est pas nouvelle du reste. Elle a été entrevue, avant Kelsen et les normativistes, par Duguit qui écrit notamment : « On qualifie de lois sur les libertés publiques toutes celles qui ont le double but de déterminer les obligations de l'Etat et de fixer des garanties à leur accomplissement ». Mais il n'a pas cherché à explorer davantage la perspective qu'il avait ainsi ouverte. Or, l'idée centrale d'obligations étatiques permet de mieux situer l'analyse sur le strict plan du droit pur en faisant abstraction des présupposés philosophiques et éthiques. Notamment, elle est entièrement dégagee des conceptions individualistes qui risquent de fausser l'observation des données du droit positif.

Le développement historique de la notion de libertés individuelles juridiquement consacrées, apporte une première vérification à l'hypothèse initiale selon laquelle le concept d'obligation étatique est tout à fait au cœur de la problématique des libertés publiques.

## NÉCESSITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Jamais le concept des droits de l'homme ne fut mieux coté, si ce n'est à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, peut-être aussi à la suite de l'affaire Dreyfus (fondation de la Ligue des Droits de l'Homme) et lors de la chute de Hitler. Mais aujourd'hui ils sont installés dans la place; impensable de les en déloger.

On en comprendra mieux les causes, si je me risque à de hâtives considérations d'histoire générale. Les droits de l'homme sont un produit de l'époque moderne. L'*idéalisme* qui fut le propre de la philosophie moderne, et dont il n'est pas assuré que nous soyons guéris, érige à la place de Dieu cette grande idole : le Progrès — qui doit assurer les jouissances et le bonheur de tous, mythe très cultivé au temps des Lumières; fin de la politique moderne (...)

Désormais tout l'ordre juridique procède de l'Etat et se trouve enfermé dans ses lois. C'est le *positivisme juridique*, philosophie des sources du droit qu'acceptent la plupart des juristes et qui les dispense, en les soumettant à la volonté arbitraire des pouvoirs publics, de la recherche de la justice. (...)

Parallèle à la production des Codes des grands Etats modernes, puis à la prolifération de textes de plus en plus techniques, a vu le jour une autre espèce de littérature juridique : les *Déclarations des Droits de l'Homme*. Cela commence aux Etats-Unis d'Amérique, vers l'année 1776. Puis vient le manifeste de la Constituante, et autres productions de la Première République française. De nouvelles versions enrichies lors des diverses révolutions du XIX<sup>e</sup> siècle. Après la dernière guerre mondiale, texte fondamental : la *Déclaration universelle des Nations Unies de 1948*, à laquelle fait suite la *Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950*, et une série de préambules constitutionnels ou de traités qui s'y réfèrent.

Elles furent, je le répète, une arme défensive; en 1789, contre l'absolutisme prétendu de la monarchie capétienne (il n'est pas sûr qu'elle méritait ce qualificatif); ou en 1948, contre le fantôme de Hitler; contre les dictatures de tous bords. Généralement un remède à l'inhumanité d'un droit qui a rompu ses amarres avec la justice.

Qui se voudrait étranger à ces justes causes et n'aurait honte de se dissocier d'*Amnesty international*? Puisque aujourd'hui l'information est universelle, difficile d'ignorer le sort des morts de famine de Calcutta, des tortures du Salvador, et des dissidents soviétiques. Il y a la Pologne. Partout, l'insuffisance des lois. Les droits de l'homme seraient le recours. Cette idée relativement neuve est peut-être notre seul espoir d'arracher le droit à la sclérose, et le seul instrument de son progrès. Pour la combattre, on ne trouverait que d'imbéciles réactionnaires?

## LE PASSIF DES DROITS DE L'HOMME

l'homme n'est pas né d'hier. [la querelle des droits de

Elle a éclaté aux lendemains de 1789. Tandis que Payne en Angleterre, Kant en Allemagne, Fichte et le jeune Hegel (ils en sont plus tard revenus) s'enthousiasmaient pour les droits de l'homme de la Révolution française, Burke dénonçait leur malfeasance. Burke est aussi bien le défenseur des Américains et des populations indiennes contre les compagnies commerciales qui les exploitaient — un des premiers adversaires du colonialisme. Son témoignage mérite respect. Il fit remarquer que le texte de la Constituante sur le caractère inviolable et sacré de la propriété et le droit de tout homme à des garanties judiciaires n'ont pas empêché les confiscations des propriétés des ennemis de la Révolution, ni sauvé leurs têtes de la guillotine.

A la même époque, Jeremy Bentham opinait que les « droits de l'homme » seraient des *nonsens*. Et quant à l'Eglise catholique, le pape Pie VI qualifiait les 17 articles de la *Déclaration française* de « contraires à la religion et à la société ». La papauté ne s'est départie que tout récemment (depuis Jean XXIII et Paul VI) de cette réprobation.

Il y eut la critique de Marx dans la *Question juive*. On dira que ses attaques portaient contre les « libertés formelles » de 1789 : le droit naturel absolu des propriétaires, et la liberté contractuelle, qui serviraient surtout à priver les masses ouvrières de leurs propriétés réelles et des moyens de discuter des clauses de leurs contrats de travail. Mais je crains que l'argument ne porte contre les droits de l'homme « substantiels », présentement en faveur dans le monde socialiste.

Convité en 1948 à la célébration du texte des Nations Unies, le philosophe italien Croce, fameux libéral, ne trouva rien à dire sinon qu'il était « inepte ».

a / Les « droits de l'homme » sont *irréels*. Leur impuissance est manifeste. Que la Constitution française ou ses préambules proclament le droit au travail, il y a en France un million et demi de chômeurs qui n'en sont pas plus avancés. Et qu'on ait inscrit dans la Charte prétendument universelle des Nations Unies des droits à participer aux affaires publiques, aux élections libres, aux loisirs, à la culture ainsi qu'à l'aisance, disons qu'au Cambodge ou dans le Sabel, et dans les trois quarts des pays du globe, ces formules sont *indécentes*!

Leur tort est de *promettre* trop : la vie — la culture — la santé égale pour tous : une greffe du cœur pour tout cardiaque ? Il y aurait, rien qu'avec le droit de tout Français « à la Santé » de quoi vider le budget total de l'Etat français, et cent mille fois plus ! Le dissident soviétique Bousowski s'est émerveillé de voir en Amérique proclamé le « droit au bonheur ». *Quid*, demandait-il, si le bonheur de M. X... est de tuer sa femme ?

Les promesses des Déclarations ont d'autant moins de chance d'être tenues que leurs formules sont incertaines, *indéterminées*. Elles nous accordent la « liberté » : terme dont on s'étendue à chercher une définition. Il est vrai que les textes précèdent, ils vous gratifient de la liberté « d'expression ». Encore une promesse impossible ! Et vous auriez tort d'en déduire que seront tolérables les provocations aux violences racistes, ou les faux témoignages. (...)

b / On répondra que les honnêtes gens ont des vues plus nobles et ne sont pas juristes. Les droits de l'homme ne sont pas « droits » au sens du positivisme juridique, mais un idéal : modèles de réalisation de la liberté individuelle (pour Kant la valeur juridique suprême), et de l'égalité. (...)

De toute manière, le programme des *Déclarations* est *contra-dictoire*. Elles collectionnent une profusion de droits d'inspiration hétérogène — aux « droits formels » ou libertés de la première génération, s'étant ajoutés des droits « substantiels », ou « sociaux et économiques ». Pour qu'ils soient droits de tous les hommes, sont codifiés les droits des femmes, des personnes âgées, des enfants (dans lesquels les ligues contre l'avortement incluront les droits du *fœtus*), des homosexuels, des piétons, des motocyclistes. Chacun d'entre eux fractionné en ses composantes ; ainsi, du droit de l'homme aux loisirs, les Américains

ont tiré un poétique « droit au soleil » (droit de chacun et de chacune à se faire bronzer sur quelque plage de Floride). Joignons-y le droit à la neige. Sur ce registre l'imagination de nos contemporains est inépuisable ; elle a produit les espèces les plus farfelues : « Droit des jeunes à être eux-mêmes », et de façon plus générale le droit de chacun « à sa différence ». ... Il faudrait choisir (...)

Comme les droits de l'homme « formels » ont quelque responsabilité dans la misère des prolétaires au XIX<sup>e</sup> siècle, et jusque dans la Traite des Noirs, les droits substantiels ont servi d'argument idéologique à l'établissement des régimes socialistes totalitaires. Une certaine littérature chrétienne progressiste cultive le rêve de réconcilier les droits de l'homme de 1789 et les droits « sociaux et économiques ». Mais c'est la quadrature du cercle.

Le « droit à la sécurité » ne sera jamais qu'un mot vide si par des mesures appropriées (telle la loi Peyrefitte) ne sont renforcés les moyens d'action de la police, et limitées les garanties des justiciables. Le « droit à la vie » s'accorde mal à la liberté de l'avortement ; le droit au mariage au droit au divorce. Le droit de la femme à travailler — ou du père — contrariera le droit de l'enfant à l'éducation. Le « droit au silence » est difficilement compatible au droit à manifester dans la rue, etc., et le « droit à l'intimité », à notre droit à l'information généralisée...

Chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme, et pratiqué séparément est générateur d'injustices.

**Doc n° 3 : E. PICARD, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, pp. 544-549.**

La notion de « droits fondamentaux » constitue assurément une notion juridique, mais bien difficile à définir. Le droit français ne l'a reçue qu'assez tardivement en son sens actuel, alors que certains droits étrangers, qui ont inspiré le nôtre sur ce point, l'ont consacrée depuis longtemps - le droit allemand singulièrement, qui garantit des « droits fondamentaux » depuis l'adoption de la loi fondamentale de 1949. Mais le succès actuel de la formule « droits fondamentaux » recèle quelques paradoxes. En effet, la loi qui leur a conféré cette qualité « fondamentale » et qui conduit aujourd'hui, même en droit français, à substituer, au moins partiellement, la notion de « droits fondamentaux » à celle de « droits constitutionnels » n'était dite « fondamentale », à l'origine, que pour mieux souligner les circonstances historiques qui avaient présidé à son adoption et avaient justement conduit à lui refuser le titre de constitution. Malgré cela, le qualificatif de « fondamental » qui assortit ces droits s'est imposé même dans les ordres juridiques qui ne connaissent qu'une « constitution ». Et cette imputation du caractère fondamental des droits à la nature constitutionnelle de la norme qui les pose joue, aujourd'hui - spécialement en France -, un rôle considérable, alors même que les textes constitutionnels français n'imposent nullement, par eux-mêmes, cette expression, dans la mesure où ils ne l'utilisent pas. Bien davantage, il n'est pas du tout certain que les deux notions de « droits fondamentaux », d'une part, et de « droits constitutionnels », d'autre part, soient substituables l'une à l'autre.

En effet, si la Constitution française applique bien l'adjectif « fondamental » à plusieurs substantifs (spécialement les « garanties fondamentales » ou les « principes fondamentaux » de l'art. 34), elle ne consacre pas formellement la notion de « droits fondamentaux », en dehors de l'allusion que l'article 53-1 fait aux « libertés fondamentales ». Cela ne signifie naturellement pas que la chose n'existe pas en droit français : le droit français garantit depuis plusieurs siècles, à sa façon - laquelle a bien changé au fil des temps - droits dont on peut se demander s'ils n'étaient pas déjà fondamentaux avant même de recevoir telle qualification. La chose peut en effet exister depuis bien plus longtemps que la formule aujourd'hui, s'y applique. Mais l'apparition de cette nouvelle expression pose la question essentielle de savoir si cette dernière constitue simplement le nouveau nom d'une réalité ancienne ou elle ne reflète pas la formation d'un nouvel objet juridique : pourquoi, en effet, devrait-il y avoir un nouveau nom si l'objet auquel il s'applique n'avait pas fait l'objet d'une novation? Mais aussi, comment un nouvel objet juridique aussi important pourrait-il se former sans modification appropriée des textes fondamentaux? Peut-être est-ce seulement la façon de percevoir la réalité qui a changé et qui fait ressortir ce que l'on ne saisissait pas jusqu'alors. Mais les mots et les concepts qu'ils désignent peuvent-ils receler, en eux-mêmes, une portée novatrice capable de changer les choses du droit et sont-ils susceptibles de jouer, à cet égard d'une sorte de portée normative ? Les mots sont-ils déjà du droit et le droit n'est-il pas d'abord des mots ?

Même si la Constitution française ne consacre pas réellement la notion de « droits fondamentaux », il s'agit bien d'une notion juridique positive en cela que la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'y réfère expressément, tout comme celle de la plupart des autres juridictions françaises. Le législateur ordinaire utilise lui aussi la notion et institue lui-même des « droits fondamentaux », sans égard à la constitution - mais sans la violer pour autant : même si la constitution les ignore, le droit au logement et le droit à la sécurité, par exemple, sont ainsi qualifiés, par de simples lois ordinaires, de « droits fondamentaux » : ces droits seraient ainsi des « droits fondamentaux législatifs ». Sans consacrer tel droit fondamental particulier, la loi peut aussi se référer à la notion générique de « liberté fondamentale ». C'est ce que fait la loi sur les procédures juridictionnelles administratives d'urgence, mais sans définir cette notion : la loi procède donc comme si la notion existait déjà en dehors de ses propres dispositions, tout en laissant au juge la délicate responsabilité de préciser son contenu, ou de lui en conférer un. Dans ce cas, la notion serait une catégorie légale au contenu ouvert - ou indéterminé - comme si la chose existait en soi, indépendamment des textes censés la constituer... De même, les conventions

internationales applicables dans l'ordre juridique français consacrent également la notion, mais en lui conférant, quant à elles, un contenu. Parmi les plus importantes d'entre elles, on doit surtout citer la Convention de Rome du 4 novembre 1950, dont l'intitulé même, « Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » comporte cette formule effectivement très proche de celle des « droits fondamentaux ».

Même si cette convention distingue ainsi les notions de « droits » et de « libertés » - comme le fait l'article 53-1 de la Constitution française qui prend à son compte cette ambiguïté —, on peut r effet supposer que ces « libertés fondamentales » étant garanties comme de véritables droits, constituent de véritables « droits fondamentaux ». Mais la formule qui distingue les « droits » et les « libertés » ne révèle pas par elle-même son sens et portée. Une raison de cette dualité des « droits » et des « libertés » peut provenir de ce que les droits fondamentaux ne constituent pas tous des libertés, mais si les libertés en question sont « fondamentale », elles doivent bien constituer des droits. Par suite, il devrait suffire d'évoquer les seuls « droits fondamentaux », la notion couvrant à la fois certaines libertés et d'autres droits non réductibles à des libertés, comme l'égalité par exemple. Quelle que soit sa fonction par rapport au droit positif et sa faible contribution à l'éclairer sur ce point, la doctrine, quant à elle, use aujourd'hui constamment et abondamment de l'expression « droits fondamentaux ». Mais si toutes ces données attestent bien l'existence de la notion, elles ne tendent pas du tout à la clarifier, bien au contraire. On peut identifier au moins trois façons générales de concevoir la notion de « droits fondamentaux ». Mais chacune comporte, selon le cas, au mieux des zones d'ombre, au pire de sérieuses lacunes, voire de graves incohérences. La première peut être dite « ordinaire », la deuxième « positiviste » et la dernière « objectiviste » - sachant qu'il ne s'agit ici que de simples étiquettes destinées à faciliter l'identification de ces conceptions.

### *Conception ordinaire des droits fondamentaux*

Cette première façon de concevoir la notion, la plus courante, offre des « droits fondamentaux » l'image d'une sorte d'agrégat hétéroclite de droits et de libertés, dont le seul point commun réside en cela que le locuteur qui utilise la formule les tient simplement pour « importants », « essentiels » ou « déterminants »... Ces divers épithètes sont donc prises, dans ce langage ordinaire, comme des équivalents du mot « fondamentaux ». Mais ce dernier adjectif ne paraît pas ajouter quoi que ce soit de plus précis ou de plus spécifique que les précédents. Néanmoins, l'adjectif « fondamental » tend à suggérer, sans nullement l'établir, que ces droits fraient au fondement même du droit... En tout état de cause, les langages politique, médiatique, quotidien, utilisent fréquemment l'expression, en arguant une certaine propension à abuser du mot « fondamental », comme tous les locuteurs qui veulent convaincre du caractère primordial, prioritaire, prééminent, suréminent... de l'objet auquel ils appliquent épithètes. Mais les juristes eux-mêmes, y compris ceux qui réfléchissent à ces droits fondamentaux - en s'intéressant d'ailleurs Plus à leur régime qu'à leur notion - ne tentent généralement pas de leur donner d'autres définitions ni ne cherchent à élaborer un concept plus rigoureux. Dans ces conditions, les « droits fondamentaux » recouvrent le plus souvent divers droits et libertés de toute nature, pourvu qu'ils soient perçus comme « importants » - comme la liberté d'aller et venir, la sûreté, la liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté d'association, auxquelles on peut ajouter, notamment, les droits civiques, le droit à l'égalité, le droit au juge, le droit au recours, les droits de la défense, le droit à la présomption d'innocence, le droit au logement, le droit à la sécurité, le droit de grève, etc. Car rien n'indique ici quelle peut ou doit être la limite du cercle des droits fondamentaux : la fundamentalité n'est jamais circonscrite, comme si sa vertu même consistait à ne pas l'être. En réalité, cette liste n'est pas seulement incomplète, approximative ou désordonnée ; elle est viciée, dans la mesure où elle n'indique pas quel est le *principe* de sa constitution, de sorte que, dans cette doctrine, les droits fondamentaux ne forment pas une véritable catégorie juridique ni même un concept : c'est à peine une notion floue ou vague. Mais c'est peut-être là sa nature et sa force. Car rien ne permet de savoir, si ce n'est cette sorte d'intuition spontanée qui gît à l'origine de cette représentation des droits fondamentaux, ce qui justifie qu'un droit - ou une liberté ou tel autre attribut de la personne - soit inclus ou plus rarement exclu de la liste des droits fondamentaux. Et si les auteurs qui traitent des droits fondamentaux tentent quelquefois d'établir une ou des

listes - pluralité qui atteste en soi l'incertitude que suscite la définition de cet objet —, il advient qu'ils y renoncent de façon plus ou moins délibérée, car ils ne voient pas exactement ce qui devrait déterminer l'établissement même d'une liste. Et l'incertitude porte autant sur ce qui confère un caractère « fondamental » à ces droits que sur ce qui fait que ces attributs sont ou seraient des droits. Car il est bien certain que toutes les aspirations humaines ne peuvent pas constituer des droits, et que tous les droits ne peuvent pas être fondamentaux. En effet, si des droits peuvent être dits « fondamentaux », c'est que d'autres ne le sont pas, sinon l'expression serait pléonastique et il faudrait supprimer l'adjectif.

Cette notion ordinaire et commune n'est probablement pas fautive intrinsèquement : elle est simplement inachevée. Car, si l'on voit bien, *grosso modo*, de quoi il s'agit, la notion n'est ni élaborée, ni même vraiment pensée. Mais elle implique un risque : la formule tend à devenir presque aussi vague et inconsistante que celle à laquelle elle est en train de se substituer, et qui a pratiquement fini par perdre toute signification juridique, celle de « droits de l'homme ». La notion n'est alors plus seulement incertaine, mais arbitraire : elle s'abandonne au subjectivisme ambiant, ce qui la menace d'être à son tour évacuée de l'univers proprement juridique (alors que la subjectivité même ne peut être éliminée de la notion des droits fondamentaux, dans la mesure où ceux-ci recouvrent aussi des droits subjectifs, au premier rang desquels la liberté - mais, à partir de la liberté de penser la liberté et donc à partir de la liberté de concevoir des droits, on est insensiblement passé à la liberté de les poser normativement...). En réalité, la cause essentielle de l'incertitude est assez aisée à identifier - mais non à surmonter : dès lors que les droits fondamentaux intéressent par essence la question du fondement du droit - ce sont les mots eux-mêmes qui le postulent -, la notion ne peut être spécifiée tant qu'elle ne s'inscrit pas consciemment au sein d'une certaine conception des droits et du droit en général. À cet égard, une deuxième façon de comprendre la notion s'est alors imposée. On peut, pour faire bref, la qualifier de « conception positiviste ».

### *Conception positiviste des droits fondamentaux*

Cette deuxième représentation de la notion découle en effet, assez directement, d'une conception du droit assez fortement inspirée du positivisme le plus légaliste ou, désormais, le plus constitutionnaliste, mâtiné le cas échéant de normativisme kelsenien. Il s'agit, certainement, de la conception la plus élaborée, et donc la plus séduisante, comme la plus facile à saisir. Mais elle apparaît aussi comme la plus intrinsèquement fautive lorsqu'elle entend demeurer fidèle à elle-même, ou la plus gravement démentie lorsqu'elle tend à reconnaître et à intégrer une part de la réalité, qui la condamne. Cette conception comporte, en fait, deux tendances mêlées, l'une très pure, et l'autre plus réaliste, mais paradoxalement plus incohérente encore.

La tendance pure ou assez pure consiste, pour l'essentiel, s'il est permis de la résumer en quelques mots simplificateurs, à soutenir que les droits fondamentaux sont exclusivement les droits consacrés par la constitution : il n'y a de droits fondamentaux que constitutionnels. C'est la constitution et elle seule qui leur confère leur caractère fondamental. En effet, la constitution étant au fondement de l'ordre juridique, les droits qu'elle pose ne peuvent être que des droits fondamentaux. Et comme il n'y a pas, positivement, d'autre source fondamentale du droit, les seuls droits autorisés à revendiquer le statut de droits fondamentaux sont ceux constitutionnellement posés et garantis. Cette tendance pure, ou assez pure, exclut ou ne se prononce pas toujours sur la possibilité pour le droit international de poser lui aussi des droits fondamentaux. Cela tient à ce que le normativisme lui-même n'est pas tout d'un bloc à l'égard du caractère fondamental - ou prééminent - du droit international par rapport au droit interne. En effet, il peut venir au soutien autant du monisme à supériorité du droit international (la norme *Pacta sunt servanda* est la norme fondamentale du droit international qui s'impose aux États et à leur souveraineté; que du monisme à supériorité du droit interne (car c'est sur la base de leur(s) souveraineté(s) que les États posent ou admettent les normes internationales, qui ne les obligent que s'ils y consentent). En dehors de cette incertitude majeure, cette thèse, lorsqu'elle est confrontée au droit positif, révèle sa fausseté. Celle-ci tient à deux causes principales : la vision strictement

hiérarchique de la relation entre les normes juridiques appauvrit la représentation de la façon dont s'établit réellement, en droit positif, la hiérarchie des droits et en donne un reflet inexact ; la vision strictement normativiste du droit empêche cette représentation de se faire une idée juste et claire de ce que sont les droits, précisément en tant qu'ils sont fondamentaux.

Sur le premier point, il apparaît, en droit positif, que la hiérarchie des droits est en réalité plus substantielle que formelle : ce n'est pas la hiérarchie des normes portant les droits qui détermine *essentiellement* la hiérarchie de ces droits (ainsi par exemple, il faut bien, très souvent, trancher entre deux droits qui, par leur seul rang normatif, sont égaux car pareillement constitutionnels, alors que quelquefois, leur articulation l'un à l'autre ne peut I passer par une simple conciliation, mais bien par» un sacrifice, au moins partiel, de l'un d'entre eux, lorsqu'ils apparaissent essentiellement antinomiques - par exemple le droit à la vie et la liberté personnelle d'avorter...) ; c'est la hiérarchie substantielle des droits, telle que se la représentent le constituant, le législateur et surtout le juge, qui détermine assez largement la solution de leurs conflits ; c'est même elle, contrairement aux apparences et à tous les principes positivistes, qui détermine souvent la hiérarchie des normes qui les garantissent : les droits que consacre la constitution ne sont pas fondamentaux au motif que c'est la constitution qui les pose ; mais c'est parce que le constituant les a jugés fondamentaux qu'il les a garantis constitutionnellement, comme cela est on ne peut plus naturel, juste et légitime. Et c'est aussi la raison pour laquelle, dans le cas où le constituant n'aurait pas songé à les consacrer expressément, le juge lui-même, interprète de la constitution, les protégera d'une façon ou d'une autre, par une multitude de méthodes, comme le font tous les juges : en érigeant le texte où ils les trouvent en source normative constitutionnelle ou en source prévalente du droit, alors que telle n'était pas la vocation du texte (comme cela s'est produit, à des degrés divers, pour la Déclaration des droits de l'homme, le Préambule de la Constitution de 1946 la Déclaration universelle des droits de l'homme; bientôt la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne...) ou en conférant, toujours sans habilitation particulière, un rang prééminent aux principes non écrits dans lesquels ils trouvent les droits qu'ils appliquent ou les raisons de les faire prévaloir (principes généraux du droit interne, exigences d'ordre public, principes constitutionnel non écrits, principes généraux du droit communautaire, principe de la prééminence du droit, voire *jus cogens*...), en recourant aux ressources de la « liste ouverte » là où ils étaient en face d'un catalogue constitutionnel à visée exhaustive, spécialement en forgeant des concepts « matriciels » (l'État de droit, le droit au développement de la personnalité, le principe de la prééminence du droit...). Le juge, quel qu'il soit, peut aussi assigner à des droits relevant d'une même catégorie formelle fondée sur leur seule portée normative, des rangs ou valeurs différenciés selon les droits considérés (droits de « premier » ou de « second rangs », droits objectifs, droits indérogeables...). Il advient même que le juge puisse renverser la hiérarchie formelle des normes ou lui imposer des dérogations importantes en fonction de la portée plus ou moins fondamentale qu'il reconnaît aux droits trouvés dans ces normes : un principe général du droit peut en réalité prévaloir sur une loi, sous couvert d'interprétation de cette dernière ; une convention internationale peut s'imposer à une norme constitutionnelle particulière, sous l'effet d'un principe constitutionnel plus général selon lequel « la France, fidèle à ses traditions, respecte les règles du droit public international » ou en vertu du principe *pacta sunt servanda* (lequel permet aussi de s'opposer à la remise en cause d'une convention internationale qui pourrait contrarier une règle constitutionnelle...). La panoplie des moyens dont disposent les juridictions pour établir une hiérarchie des droits en se conformant à la hiérarchie des normes ou, au contraire, selon le cas, en s'affranchissant de leurs exigences formelles est considérable. Mais ce qui peut faire illusion est que, s'il a assez souvent le courage de faire plier la hiérarchie formelle pour sauvegarder les droits, il arrive quelquefois, dans d'autres cas de figure, qu'il se réfugie derrière les normes et leur hiérarchie formelle pour se justifier de ne pas faire prévaloir certains droits, même ceux que, dans d'autres hypothèses, il reconnaît comme « fondamentaux » : la norme internationale, qui s'impose normalement à la loi, peut en réalité se voir écartée sur le fondement et au profit d'une norme constitutionnelle opportunément découverte afin de consacrer un droit méconnu par la convention internationale ; à l'inverse, la norme constitutionnelle qui témoigne d'une volonté politique très ferme peut être invoquée pour ne pas sanctionner un droit reconnu par une convention internationale et pourtant dit « fondamental » dans d'autres cas de figure : formellement cohérentes l'une par rapport à l'autre en ce qu'elles font toutes deux prévaloir la norme constitutionnelle, les deux solutions sont totalement

contradictoires sur le plan du traitement réservé à des droits qui sont cependant pareillement « fondamentaux » et qui donc, d'après cette conception, devraient toujours se situer au même rang normatif et prévaloir de la même façon. Mais toutes ces solutions trouvent néanmoins leur explication commune dans la *valeur* ou la portée attribuées aux droits et aux pouvoirs en conflit, laquelle ne dépend donc pas *essentiellement* du rang de la norme qui les consacre formellement...

Cette doctrine suscite aussi la critique, sur le second point, en cela qu'elle éradique complètement - et avec application - la portée spécifique du mot « fondamental », qui est soigneusement ramené au sens de « constitutionnel », alors même que le droit positif témoigne très largement de ce que ces droits, s'ils sont souvent consacrés et garantis par le constituant, ne trouvent pas toujours leur origine ou leur sanction dans une norme de rang constitutionnel et ne prévalent pas toujours comme le devraient des droits constitutionnels. Le mot « fondamental » et la vérité qu'il exprime ne se seraient sans doute pas imposés si ces droits n'étaient que simplement « constitutionnels » : ce mot là aurait suffi ; et comme, de fait, ces droits ne sont pas que constitutionnels (puisqu'on les trouve dans la loi, dans des conventions internationales ou dans des principes généraux du droit), on ne saurait réduire le fondamental au constitutionnel. Ce réductionnisme semble devoir s'expliquer par le fait que si le mot « fondamental » devait avoir un autre sens que « constitutionnel », c'est-à-dire si sa portée prééminente devait s'imputer à une autre raison que sa consécration constitutionnelle, ce serait l'ensemble de l'édifice porté par cette conception du droit qui devrait, sinon s'écrouler, du moins subir de sérieux ébranlements puis de profonds remaniements. C'est d'ailleurs pourquoi, semble-t-il, les tenants de cette conception s'opposent si fermement à tout autre conception des droits fondamentaux - qu'ils ne condamnent au demeurant que par préterition.

Le réalisme conduit d'ailleurs une partie de cette doctrine - c'est la seconde tendance que l'on peut observer au sein de cette deuxième conception générale des droits fondamentaux - à admettre que ces droits peuvent trouver leur source non pas seulement dans la constitution, mais aussi dans les conventions internationales, ce qui relève, en soi, d'une bonne doctrine. Mais, d'une part, il y a une contradiction essentielle dans le fait d'admettre que les droits fondamentaux forment une catégorie juridique déterminée, en définissant celle-ci par rapport à la structure normative classique pour en faire en définitive un équivalent aux droits constitutionnellement garantis, tout en reconnaissant qu'ils peuvent aussi trouver leur source dans des conventions internationales, lesquelles ne se situent précisément pas au même rang au sein de la hiérarchie normative formelle : *ou bien les droits fondamentaux se définissent essentiellement par leur rang normatif et alors ils ne peuvent se trouver à deux niveaux normatifs différents ; ou bien ils peuvent se trouver à des niveaux normatifs différents, mais alors ils ne peuvent se caractériser, quant à leur nature, par le rang auquel ils se situent dans la hiérarchie formelle. Et s'ils peuvent se trouver consacrés à divers niveaux de la hiérarchie normative, c'est que le principe de leur définition ne se trouve pas dans le rang auquel ils se situent, mais dans une autre donnée, non plus formelle mais substantielle, qui explique leur capacité à prévaloir le cas échéant.* Dit en d'autres termes, si les droits fondamentaux peuvent être d'origine constitutionnelle autant que d'origine internationale (et souvent jurisprudentielle), c'est bien parce que la catégorie qu'ils constituent transcende *substantiellement* cette dualité formelle ; et il faudrait que la conception du droit qui réduit le droit à cette structure normative formelle concède à cette catégorie substantielle une place propre et spécifique, qui obligerait à corriger sérieusement cette vision du droit. Car si ces droits peuvent, tous ensemble, être dits « fondamentaux », quelles que soient leurs différences possibles de portée normative, c'est bien parce que cette *fundamentalité* commune parvient à s'imposer comme principe d'unité et d'identification de ces droits, en dépit de leur hétérogénéité formelle ; et si des droits parviennent à acquérir une nature juridique commune, indépendante de leurs rangs normatifs divers, c'est que le droit ne se réduit pas à une structure hiérarchique formelle de normes, mais doit aussi s'intéresser à leur contenu - leur substance -, à leur portée propre, à leur fondement, à leur sens... Cette deuxième conception est donc ou bien contrainte de cantonner les droits fondamentaux au sein du seul rang constitutionnel - ce que la réalité positive interdit - ou bien obligée de reconnaître sa diffusion à des rangs normatifs différents - ce qui s'oppose fondamentalement la vision du droit sur laquelle cette conception se fonde à l'origine... D'autre part, ce réalisme s'arrête en chemin, car, sans doute retenu par son attachement à cette conception du droit et par le vertige que susciterait une

reconnaissance totale du phénomène, il ne dit pas que la fundamentalité des droits en cause peut trouver en réalité toutes les sortes de relais normatifs propres à assurer leur prévalence (c'est d'ailleurs pourquoi se sont successivement imposés le principe de légalité, puis le principe de constitutionnalité, puis le principe de la primauté des conventions internationales, notamment...). Car c'est bien cette capacité à prévaloir qui les caractérise. Et c'est encore la fundamentalité des droits qui peut imposer toutes les sortes de techniques juridictionnelles parallèles, quelquefois inattendues mais admises en droit positif, y compris certaines qui sont tout à fait hétérodoxes au regard de ces principes, qui assurent en pratique le même résultat : la nécessaire prévalence de ces droits fondamentaux. Plus gravement encore, la conception du droit qui tente de réduire les droits fondamentaux à une catégorie ordinaire de la structure normative qu'elle a élaborée est conduite à dénaturer ces droits, pour les rendre compatibles avec les présupposés de cette théorie. Ainsi, pour le motif théorique (qui n'est que doctrinal) selon lequel une norme ne saurait qu'interdire, autoriser ou obliger (alors qu'elle peut aussi, notamment instituer, reconnaître, garantir, sanctionner), cette théorie est amenée à soutenir que la norme qui garantit la liberté s'analyse en une « permission » comme si la liberté n'existait pas avant que la règle ne la garantisse, et comme si l'interdiction était juridiquement première et donc de principe ! C'est donc vers une troisième conception qu'il convient de s'orienter, conception que l'on pourrait dire objectiviste.

### *Conception objectiviste des droits fondamentaux*

La doctrine dominante n'a, en l'état, ni admis le bien-fondé de cette conception ni formellement dénié sa validité. Par facilité de langage certains ont pu qualifier cette troisième conception de « jusnaturaliste » (voire, pour que la connotation soit encore plus critique, de « néo-jusnaturaliste ») elle se veut simplement réaliste (malgré tout l'ambiguïté actuelle du terme...), dans la mesure où c'est la réalité du droit positif qui impose de rejeter la deuxième conception et qui, surtout, conduit à élaborer une représentation de ces droits qui prétend lui être plus fidèle, même si celle-ci n'obéit pas aux canons du positivisme classique. Il n'est certes pas exclu qu'une certaine conception du droit naturel conduise à reconnaître l'existence de droits fondamentaux. Mais la reconnaissance de droits *différents* procède *déjà* de l'observation du droit tel qu'il se déploie positivement, même si, ce faisant, celui-ci ne se conforme pas exactement à ces canons : ce sont les organes jurisléateurs - constituants, législateurs, juges - qui, chacun à leur manière et par la façon dont ils posent ou disent le droit, agissent comme si ces droits existaient réellement sans être nécessairement posés et comme s'ils étaient susceptibles de s'imposer à l'encontre de tout autre considération, droit ou pouvoir, quand bien même le droit formellement légiféré ne le permettrait pas, voire s'y opposerait. Et, de fait, en droit positif, ces droits s'imposent soit *secundum legem*, c'est-à-dire par application des normes qui les consacrent (ce qui constitue le cas le plus normal, et qui masque au demeurant leur nature et leur portée fondamentale), soit *praeter legem*, c'est-à-dire dans le silence des dispositions formelles (ce qui est très significatif de la portée de ces droits, qui est au moins supplétive), soit même encore *contra legem*, autrement dit à l'encontre même de celles-ci (fait encore plus remarquable, quoique plus rare, mais qui établit bien la portée impérative de ces droits - laquelle peut cependant ne pas se voir toujours reconnue et doit aussi composer avec certaines exigences tout aussi impératives, comme l'ordre public, par exemple) : il existe bien, à bien des égards, des droits que l'on peut qualifier de fondamentaux, au sens d'essentiel - essentiels autan l'ordre juridique qui les porte qu'à l'humain même de leurs titulaires. Or l'on doit bien reconnaître comme tels, non pas seulement par l'effet - qui reste possible - d'une certaine conception de l'homme et de la société, mais parce que le droit positif lui-même leur reconnaît cette valeur prééminente, sans la déduire nécessairement du rang de la norme formelle qui peut les consacrer (ou non), mais bien de leur substance et de leur portée propres, toujours déterminées au regard du contexte dans lequel ils entendent s'exercer. Ces droits obéissent à une hiérarchie qui ne dépend donc pas *essentiellement* de celle des normes formelles qui portent, car ce sont bien plutôt les normes formelles qui établissent leur hiérarchie propre en fonction de la valeur des droits qu'elles consacrent. Il advient même que ces normes formelles reçoivent leur valeur normative et leur rang en fonction de l'importance de leur

contenu. C'est toute l'histoire, par exemple, de la Déclaration des droits de 1789 et de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; et ce sera celle, sans doute, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cela simplement parce que ce contenu est jugé prééminent - fondamental - par les jurisléateurs compétents. Néanmoins, la validité propre et la portée de ces droits peuvent aussi se discuter et s'établir en valeur comme en raison : à cet égard, elles ne sont pas déterminées par les seules subjectivités des parties à la discussion. Mais celles-ci s'expriment, se décantent, se frottent les unes aux autres et peuvent s'objectiver et se formaliser dans l'arène démocratique, dans le débat juridictionnel contradictoire ou dans la critique doctrinale au sens large. C'est également en quoi ces droits fondamentaux peuvent ainsi répondre à une certaine objectivité, relativement indépendante des normes formelles de droit positif qui peuvent les consacrer.

Quant à la normativité de ces droits – quels que soient les méandres, quelquefois bien tortueux, par lesquels elle s'impose -, elle se manifeste avec éclat en droit positif, lequel est aussi soumis à cette *disputatio*. Mais, plus fondamentalement, leur normativité n'est pas seulement celle qu'imposent les jurisléateurs institués : il y a des objectivités que la raison reconnaît et auxquelles cette dernière ne peut que reconnaître une force contraignante, qui est bien normative à cet égard. Car le jurisléateur, même tout souverain qu'il peut être, ne peut faire que ce qui est ne soit pas et que ce qui n'est pas soit : il ne peut, soit immédiatement soit à terme, lue se soumettre à ces objectivités qui échappent à s'°n pouvoir ; et il ne peut déployer celui-ci que dans les limites de la liberté qu'elles lui laissent : quoi que l'on veuille ou fasse, et quoi que les lois, même constitutionnelles, en disposent, les êtres humains sont libres, égaux et solidaires - et ils en ont conscients. On peut voir ici le fondement de leur éminente dignité. En tout cas, c'est là la trinité fondatrice des droits fondamentaux, car tous les autres en découlent. C'est elle qui, lorsque la raison politique a pris conscience de sa nécessité, a institué les organes et les instruments propres à garantir, en droit positif, toutes leurs exigences, qui sont toutes celles auxquelles tentent de répondre la démocratie et l'Etat de droit.

Etienne PICARD