

Droit des libertés fondamentales

Leçon 1 : Le temps de la conquête des droits

Xavier BIOY

Table des matières

Section 1 : Les droits de l'Homme n'ont pas d'histoire ?.....	p. 2
§1. La philosophie des droits.....	p. 2
§2. Les textes des pères.....	p. 4
A - La tradition anglaise.....	p. 4
B - La tradition allemande.....	p. 5
C - La tradition américaine.....	p. 5
D - La tradition française.....	p. 6
Section 2 : La théorie des droits.....	p. 8
§1. L'Etat de droit(s).....	p. 8
§2 : Les notions académiques liées aux droits.....	p. 9

Section 1 : Les droits de l'Homme n'ont pas d'histoire ?

« **Les droits de l'Homme n'ont pas d'histoire** » affirme Jacques Mourgeon. Il faut comprendre par là que la revendication de ces droits connaît une très lente, ancienne et irrégulière genèse. Les droits de l'Homme tentent d'affirmer l'antériorité logique et éthique de la personne individuelle contre le pouvoir qui organise la société.

§1. La philosophie des droits

Une épure des droits de l'Homme peut partir de cinq « ismes », c'est-à-dire des idéologies que l'on peut appréhender autour d'un élément central. Chacune de ses étapes accumule les éléments nécessaires pour penser les droits de l'Homme dans leur version « classique » héritée de la Révolution française. Ainsi, il n'y aurait pas de philosophie des droits de l'Homme sans humanisme, subjectivisme, jurnaturalisme, individualisme et libéralisme.

L'Humanisme est la conscience qu'il existe une commune appartenance, un partage d'une même qualité au-delà des différences de populations ou de systèmes politiques. C'est aussi la valeur accordée à cette commune humanité comme sources d'obligations.

Remarque

Si l'Antiquité ne pense pas encore à l'Homme, son apport majeur demeure d'avoir créé un espace de droit, la Cité, dans laquelle les citoyens ont des droits, se reconnaissent à égalité pour les citoyens et où la liberté se veut politique. **L'humanisme implique un universalisme qui tardera longtemps à venir.** Certes, les philosophes grecs et les stoïciens commencent à penser, sur le plan de la philosophie de la raison, à la différence entre l'Homme et le citoyen. Certaines qualités communes à tout Homme émergent mais sans que cela entraîne quelque conséquence que ce soit au plan politique (on se souvient qu'Aristote justifie l'esclavage au nom de l'incapacité de certains à assumer leur liberté). Le changement apparaît à la naissance du monothéisme car, avec l'Alliance, d'abord, Dieu parle aux Hommes, faits à son image, ce qui leur donne une place particulière ; ensuite, cette dignité vient de l'appartenance à l'humanité valorisée par l'incarnation du Christ. L'humanisme renaît après les conflits : les guerres de religion ou les guerres mondiales.

Le subjectivisme se comprend comme l'existence d'un « sujet », pensant et conscient. La philosophie des droits de l'Homme s'appuie en effet sur l'idée que chaque Homme porte en lui une humaine condition caractérisée par l'autonomie du sujet, lequel peut en outre se concevoir comme sujet moral, capable de distinguer le bien et le mal et d'agir en conséquence, de manière responsable.

L'idée de sujet prend alors toute sa place comme ce qui est « sub-jectum », « jeté devant » la chose à connaître. On peut remonter à des sources théologiques fort anciennes, liées à la question de la connaissance. Avec le moine écossais Saint Jean Duns Scot (XIII^e siècle), qui se sert des sources platoniciennes (idée d'âme) pour développer une conclusion révolutionnaire, **l'objet de la pensée constitue une représentation mentale.** On assiste à une sorte de **révolution copernicienne dans les idées politiques où le monde social, politique, moral, passera désormais par le prisme de la subjectivité de chacun et non plus par le canal d'une évidence révélée.**

L'individualisme, c'est-à-dire l'idée que l'individu, seule réalité connaissable, devient aussi très progressivement la mesure et l'objectif de la société. Si le groupe a son existence, il se compose d'abord d'individus et a pour but de leur permettre de choisir leur destin.

Chaque individu se voit accorder la valeur du tout qu'était la Cité dont chacun est le gardien. L'individualisme s'accroît avec le Nouveau Testament car **l'Homme y devient « personne », définie comme « substance**

individuelle rationnelle », c'est-à-dire qui a la maîtrise de ses actes et trouve par là, en elle, le principe et la fin de son action. La défense de l'individu s'opère directement et pratiquement par ses droits. L'idée d'un individu comme sujet et le droit comme pouvoir de ce sujet trouve son origine dans le nominalisme d'Abélard et de Guillaume d'Occam. Sur le plan politique cela se traduit par le refus de toute existence collective « réelle » et le refus de la fiction d'une personne collective.

Le jusnaturalisme est le fait de faire précéder le droit voulu de l'Etat par des normes issues de la nature et révélées. Les droits de l'Homme en font partie à partir du droit naturel « moderne » (à partir de la fin du XVI^e siècle).

On oppose souvent le droit naturel classique au droit naturel moderne. Le premier s'appuie sur un état stable et objectif des choses ; il s'impose à tous, notamment par la religion. Les valeurs porteuses de la protection des humains faisaient partie du droit naturel classique mais sous forme de morale des institutions. **La conception du droit que se donne le droit naturel classique exclut l'idée de droit propre à la qualité de sujet (la critique du subjectivisme a été parfois radicale).** En effet, le droit étant un système de justice, d'équité, de distribution des biens, il ne peut être qu'objectif. Dans le droit moderne se sont des droits subjectifs dont l'individu peut déterminer le contenu en suivant sa raison. Entre les deux, au XIV^e siècle, une transition a été assurée par l'école de Salamanque dite de la « seconde scolastique », à la fois héritière du thomisme et précurseur d'un droit naturel lié à l'humanité (Francisco de Vitoria proclame que la Loi divine donne des droits aux Indiens. Francisco Suarez rattache les droits de l'Homme à la Bible). Mais c'est surtout **Grotius qui, avec Samuel Pufendorf, aura été un des artisans majeurs en laïcisant l'ensemble et en développant l'idée d'un droit naturel** de l'humanité complété par un droit commun, droit des « gens », source de droit international. La société peut donc s'imaginer comme fondée sur un contrat. La liberté de l'individu se déploie ainsi dans deux dimensions : **être capable de participer à la décision politique (droits civils et politiques), imposer au groupe de respecter toute la part de liberté que le contrat social n'a pas absorbée.**

Le droit naturel a maintes fois en France épaulé les constitutions et déclarations des droits. L'histoire constitutionnelle de la France atteste d'une récurrence des mentions « des droits naturels » avec un net déclin au fur et à mesure des textes. Dès le préambule de la [DDHC](#), **les représentants du peuple français « ont résolu d'exposer, dans une déclaration, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme »**. De même l'article 2 dispose que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

Le libéralisme renvoie autant à un ensemble de courants philosophiques et politiques attachés à la protection des libertés individuelles contre le pouvoir, qu'à une ingénierie institutionnelle, juridique, tendant à limiter le pouvoir pour garantir ces libertés. Le libéralisme donne la priorité aux libertés de chacun sur l'intérêt de tous et réside dans un équilibre perpétuellement renouvelé entre les nécessités de l'ordre public (condition des libertés) et la lecture que chacun fait de ses propres droits contre l'État.

On peut dire que **le libéralisme place la sphère de l'intimité hors du contrat social**. L'individu dispose d'un château fort (sa maison, sa vie privée) et l'État doit avoir de très bonnes raisons pour s'y introduire. Voilà pourquoi le libéralisme s'oppose à l'autoritarisme et plus encore au totalitarisme. Le libéralisme se fonde sur un paradoxe : **le rôle de l'État doit être fort pour protéger les droits mais suffisamment faible pour toujours se limiter au strict nécessaire.** L'œuvre de **Montesquieu**, inspirée du régime britannique, marque le passage du libéralisme philosophique aux théories juridiques et institutionnelles le nourrissant. Il déplace les droits de l'Homme de l'individu vers le régime politique : d'une certaine façon, il s'agit d'une rupture avec le droit naturel.

Exemple

Benjamin Constant redéfinit bientôt la liberté des modernes, la liberté autonomie : « *Le but des modernes est la sécurité dans les jouissances privées et ils nomment libertés les garanties accordées par les institutions à ces jouissances. Aucune autorité ne peut porter atteinte à ces droits sans déchirer son propre titre* » (*Principes du politique*).

Le libéralisme français intègre les limites tenant à l'attachement des Français à la démocratie. Au XIX^e siècle, les discours sur l'État de droit, inspirés par la doctrine allemande, insistent sur la nécessité de limiter la puissance démocratique par les règles constitutionnelles.

Ces cinq éléments se sont progressivement agrégés dans les idées et dans les textes juridiques. Et cela dépit d'oppositions farouches comme celles de la plupart des religions qui ont vu dans l'abandon de l'objectivisme une contestation de Dieu. Ce fût aussi le cas des objectivismes politique comme le marxisme ou des courants anti-individualistes comme les contre-révolutionnaires. Les racines de la contestation des droits de l'Homme repoussent toujours. Aujourd'hui elles poussent à la faveur du courant « illibéral » : **La démocratie libérale est vue comme « une oligarchie aux mains de technocrates animés par une idéologie mondialiste et multiculturaliste, tandis que la "démocratie illibérale" serait soutenue par le peuple réel, celui des laissés-pour-compte de la mondialisation attachés à leurs traditions et à leurs cultures »** (D. Mineur, « Qu'est-ce que la démocratie illibérale ? », *Cités*, vol. 79, n° 3, 2019, pp. 105-117).

§2. Les textes des pères

Ces textes fondateurs marquent les esprits et, comme toute première fois, demeurent des modèles à imiter ou repousser. Ils présentent des traditions et des contextes différents qui alimentent plusieurs significations de la juridicisation des droits de l'Homme.

A - La tradition anglaise

Les textes anglais se succèdent et se ressemblent : issus de périodes de crises où la bourgeoisie et la noblesse se liguent contre un absolutisme royal toujours renaissant, courts et pragmatiques, tournés vers la protection des intérêts des destinataires anglais. **La culture britannique ne retient pas l'idée d'un droit naturel universel** mais plutôt des droits de source humaine, liés à des rapports de force préexistants et cristallisés par la coutume. Les droits reconnus par ses textes entendent protéger des prérogatives concrètes, pensées dans un cadre interpersonnel avant d'être généralisées à tous les cercles « d'Hommes libres ». Le droit le plus souvent repris reste le respect de l'intégrité physique, toujours lié à la sûreté, au refus de l'emprisonnement arbitraire. Mais suit de très près le consentement à l'impôt du Conseil du Royaume. **L'idée centrale semble bien se structurer autour de la propriété.**

Exemple

La Grande Charte accordée par le Roi Jean en 1215 (dite **Magna Carta**), se comprend dans le contexte d'un affaiblissement de l'autorité du roi, assis sur le trône de Richard Cœur de Lion parti en croisade. Elle se compose de 66 articles et s'ouvre sur les droits et libertés de l'Église d'Angleterre, en particulier la liberté des élections.

La **Pétition du droit** accordée par Charles I^{er} en 1628 rappelle des droits figurants dans les textes précédents et pose des principes constitutionnels comme le consentement à l'impôt ou l'interdit de prêter au roi contre la volonté du débiteur.

L'**Acte d'Habeas Corpus** adopté par Charles II en 1679 règle la procédure d'emprisonnement, le paiement des cautions, la compétence des juridictions et les délais de procédure.

Le **Bill of Rights** (acte déclarant les droits et libertés des sujets et réglant la succession de la Couronne), de 1689, est tourné vers les questions constitutionnelles : la suspension de la loi sans le Parlement est impossible, l'autorité de la loi y étant déclarée supérieure à celle du roi. Les droits y sont pragmatiques, concrétisés par des procédures écrites.

B - La tradition allemande

On doit à l'Allemagne des Lumières d'avoir imaginé et initié l'idée que les droits de l'Homme puissent être opposés au pouvoir par un double mécanisme de reconnaissance écrite de ces droits (par le prince) et leur **garantie par un tiers**, plus précisément une cour de nature constitutionnelle. C'est une ébauche de ce que seront, au XX^e siècle les « droits fondamentaux » (*Grundrechte*). A la suite de plusieurs principautés, en 1849, après la Révolution qui cherche l'unité de l'Allemagne, fût adoptée la **constitution du Reich (dite aussi « de Francfort » ou « de l'Église de Saint-Paul »)** qui garantissait plus de droits. De manière très innovante, cette constitution prévoyait un « Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) » habilité à annuler les lois contraires aux droits fondamentaux.

C - La tradition américaine

La **Déclaration d'indépendance de 1776**, rédigée par Thomas Jefferson, résulte d'une adoption par le Congrès ; soucieuse de justifier la rupture avec les Britanniques, elle met l'accent sur le danger que représente tout pouvoir, y compris le Parlement, alors même que ce dernier restait central au Royaume-Uni.

Sept des onze colonies, devenues États, se dotent ainsi d'une Déclaration des droits en tête de leur constitution écrite. **Les droits deviennent des principes constitutionnels.**

Puis, le **Bill of Rights** américain s'inscrit dans la Constitution sous la forme des dix premiers amendements à la constitution fédérale adoptés depuis 1791. Pourtant il fut admis que même le pouvoir démocratique devait être effectivement et *de jure* limité. Le neuvième amendement renoue avec l'orthodoxie jusnaturaliste en précisant que la liste des droits écrits ne doit pas occulter d'autres droits non-écrits conservés par le peuple. Les droits marquent bien l'identité américaine. Le **premier amendement garantit la liberté de conscience et d'expression** en refusant une religion d'État ou l'interdiction d'une religion. Il assure la liberté de communication, de réunion et de pétition. Le deuxième offre le **droit de porter une arme**. Viennent ensuite l'encadrement des réquisitions militaires de logement, des perquisitions civiles du domicile ou des personnes, l'expropriation d'intérêt public contre indemnité et **les règles de procédure pénale** comme le droit à un jury populaire pour les crimes, le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour un même délit, la garantie de l'impartialité des juges, de la rapidité du jugement, de la procédure contradictoire, les droits de la défense, l'interdiction de cautions ou amendes disproportionnées, l'interdiction des châtiments cruels ou inhabituels.

On doit surtout signaler le **XIV^e amendement** ratifié le 9 juillet 1868 et qui dispose que « toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside.

Egalement liées à la mode anglaise : des droits au champ restreint et à l'application concrète procéduralisée où le *Common law* garde sa fonction en renvoyant au juge le soin de prolonger la volonté implicite du peuple.

Les **libertés** américaines demeurent largement liées à la mode anglaise : des droits au champ restreint et à l'application concrète procéduralisée où le *Common law* garde sa fonction en renvoyant au juge le soin de prolonger la volonté implicite du peuple.

D - La tradition française

Le goût français pour l'**abstraction** et les principes a configuré les droits de l'Homme comme des prérogatives qui peuvent se concevoir dans l'absolu, pour tout Homme et tout pays. Ici les formulations juridiques ne se sont pas encore émancipées de leur gaine philosophique, ni dans l'esprit, ni dans la formulation. La démarche ressemble ici à une déduction : l'Homme y semble un « donné » par la **philosophie rationaliste**, il suffit ensuite d'en déduire les droits nécessaires et d'y ajouter les principes politiques et institutionnels utiles pour leur conservation : le constitutionnalisme, la démocratie, l'égalité, le légicentrisme. Alors que les rédacteurs américains ont bien compris qu'il fallait un contrôle efficace de la loi contre la volonté liberticide du législateur, le texte français s'en remet à lui. Il s'agit là sans doute de pallier aussi le caractère extrêmement général et abstrait des droits et principes posés.

Remarque

La liberté domine l'ensemble du texte. L'affirmation peut surprendre en raison même de l'article 1^{er} qui dresse la statue de l'égalité à l'entrée de l'avenue : « *Les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Précisons néanmoins qu'il s'agit moins d'égalité que du principe de non-discrimination applicable à tous les droits, notamment la liberté. Mais, ceci étant dit, l'égalité, absente des droits naturels de l'article 2, s'efface et laisse le rôle central à la liberté.

Exemple

La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen a été adoptée le 26 août 1789 par l'Assemblée nationale constituante selon le projet du député Target. La rédaction résulte de longs débats à propos de divers projets issus de personnalités, de **comités et groupes de travail donnant lieu à des rapports** (Mounier, Champion de Cicé, Mirabeau).

En 1793, la déclaration montagnarde qui ouvre la Constitution de l'an I. On relèvera la flamboyante définition de la liberté comportant une limite morale qui relève des devoirs de l'Homme : « *La liberté est le pouvoir qui appartient à l'Homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui : elle a pour principe la nature ; pour règle la justice ; pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait* » (art. 6). L'article 7 garantit les libertés d'expression, de réunion et du culte. On remarque dans ce texte la proscription de la domesticité, la personne y est inaliénable, seule la force de travail peut se vendre. Il demeure question de droit de pétition et de résistance : « **La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'Homme. Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé** » (art. 33 et 34).

En 1795, les **Thermidoriens** reviennent à une conception plus girondine des droits. Ils faillirent d'ailleurs ne pas proclamer les droits de peur de susciter une nouvelle agitation. Reprenant les grandes lignes de 1789 ils en apurent les excès. Le naturalisme s'estompe puisque les anciens droits naturels deviennent « les droits de l'Homme en société », d'ailleurs, craignant que l'idée d'égalité de naissance n'amène à l'exigence de droits sociaux, on n'indique plus que les Hommes naissent libres et égaux. Oubliés l'instruction, le travail et bien sûr les garanties comme l'insurrection. D'autres tempéraments sont institués : on y rappelle **qu'au-delà des droits, il y a des devoirs** et des garanties à donner à l'individu dans sa dimension collective, sociale.

Une fois l'orage révolutionnaire passé et l'Empire révolu, l'image des droits de l'Homme se trouve singulièrement effacée. Les exactions commises par les porteurs du message des droits et le retour aux affaires de leurs pourfendeurs obscurcissent les perspectives de rebond. **L'histoire du XIX^e** sera celle d'une résurgence progressive et pragmatique portée par les progrès du libéralisme au gré de régimes de moins en

moins hostiles. La « rechute » du Second Empire atteste elle-même tout à la fois des difficultés du libéralisme à trouver son équilibre et de l'assouplissement de l'autoritarisme. Seule la III^e République, sans l'emphase de ses devancières, trouvera l'équilibre et le temps d'engendrer les libertés.

Exemple

La III^e République se voit souvent décrite comme le moment de concrétisation des droits de l'Homme sous la forme des **libertés publiques**, c'est-à-dire par la loi. La loi du 12 juillet 1875 ravive la **liberté de l'enseignement supérieur** : « *Tout Français âgé de vingt-cinq ans, n'ayant encouru aucune des incapacités prévues par l'article 8 de la présente loi, les associations formées légalement dans un dessein d'enseignement supérieur, pourront ouvrir librement des cours et des établissements d'enseignement supérieur* » (mais celle du 18 mars 1880 rétablit le monopole étatique de la collation des grades universitaires). La **loi du 30 juin 1881** consacre la **liberté de réunion** (la **loi 28 mars 1907** la dispensera de déclaration) et **celle du 29 juillet 1881** la **liberté de la presse**. Le **1^{er} juillet 1901**, la **liberté d'association** ressurgit pour connaître une postérité remarquable permise par sa souplesse (« *Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5.* »). L'aspect social ressurgit aussi grâce à la **loi du 21 mars 1884** relative à la **liberté syndicale** (« *Les syndicats ou associations professionnelles, même de plus de vingt personnes exerçant la même profession, des métiers similaires, ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, pourront se constituer librement sans l'autorisation du gouvernement.* »). La **loi du 16 juin 1881** dispose qu'« *Il ne sera plus perçu de rétribution scolaire dans les écoles primaires publiques, ni dans les salles d'asile publiques. Le prix de pension dans les écoles normales est supprimé* » ouvrant la gratuité de l'**enseignement primaire**. Au-delà, la **loi du 9 décembre 1905**, pose les fondations d'une véritable « **constitution religieuse de l'État** » en imposant la séparation de l'Église et de l'État. Elle assure en quelque sorte la liberté du culte sous un régime de déclaration puis sans cette formalité : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* » (art. premier).

Le préambule de la **Constitution du 27 octobre 1946**, ouvre la catégorie des **Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** en vue d'y intégrer implicitement la liberté de l'enseignement ainsi que d'autres droits dont la gauche ne voulait pas.

L'autre apport de la Constitution de 1946 est l'apparition des « **Principes particulièrement nécessaires à notre temps** ». Ce sont des droits catégoriels, protecteurs des personnes placées dans une situation sociale donnée.

- Il s'agit d'abord des droits ou des statuts des travailleurs, qui vont comporter la liberté syndicale, le droit de grève, la liberté d'opinion sur le lieu de travail, une forme de droit à l'emploi et la liberté de déterminer les conditions de travail.
- Le deuxième bloc de ces principes rassemble les créances sur la société, avec la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. L'accès à l'instruction et à la formation professionnelle n'est pas oublié. Dans un esprit « II^e République », l'enfant, la mère et le vieux travailleur ont droit, en raison de leur situation, à des moyens convenables d'existence.
- Enfin, le troisième aspect se retrouve sous la forme d'un certain nombre de principes économiques et sociaux, en particulier la question des nationalisations et du droit de propriété.

Section 2 : La théorie des droits

Les droits de l'Homme doivent être étudiés et compris en lien avec différents autres concepts, entre science politique et droit. Ils sont un éléments clef de la théorie de l'Etat de droit. C'est ce qui éclaire l'usage de plusieurs termes et de plusieurs notions juridiques pour en parler.

§1. L'Etat de droit(s)

A la suite de juristes allemands, dans *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), Raymond Carré de Malberg distingue trois types d'États qui forment aussi une progression dans l'historien (vision « hégélienne » de la raison) :

- L'État de police, dans lequel le gouvernement « agit discrétionnairement, et applique aux citoyens les mesures qu'il juge utiles ».

Le droit n'est que l'instrument de souverain pour formaliser sa volonté, laquelle n'est pas limitée, autrement que par cette mise en forme. Les règles permettent de soumettre l'administration au gouvernement. C'est l'arbitraire de la « lettre de cachet ».

- L'État légal se caractérise fondamentalement comme soumis au principe de légalité et à la primauté de la loi.

Ainsi, le pouvoir rend sa souveraineté prévisible et les juges ordinaires font respecter la loi par tous. Il s'agit d'une forme d'autolimitation du pouvoir et de soumission de l'administration à la loi. Mais cette dernière n'est pas vraiment elle-même bornée, sauf si les juges l'interprètent de manière à faire prévaloir les intérêts des individus. En France, elle est associée à Rousseau qui réduit le rôle de la Loi naturelle pour basculer dans le monde politique de la volonté pure où la volonté législative tient lieu de volonté individuelle. **Les droits de l'Homme du Discours sur l'inégalité passent au second plan au profit de la sphère publique qui doit les maintenir.** La liberté et l'égalité restent certes au cœur du système de législation : « la liberté et l'égalité parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'État, l'égalité parce que la liberté ne peut subsister sans elle » (J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Livre II, Chapitre XI). On mesure cependant que les droits naturels sont devenus des droits civils et politiques. La figure du citoyen passe devant celle de l'Homme ; ce sera la marque de la Déclaration de 1789. L'aboutissement de cette façon de voir justifiera l'absolu pouvoir du régime démocratique et la minoration des droits individuels.

- L'État de droit subordonne la puissance publique (et donc la loi) à l'« ordre juridique » fondé par la Constitution, ou un ensemble de principes qui en tiennent lieu, dont les droits de l'Homme.

Le constituant fixe les valeurs et limites de la loi entendue formellement (le fruit du Parlement ou du Référendum). Contrairement à l'Etat légal qui se contente de la loi comme norme suprême et permet ainsi au législateur d'opprimer la minorité, l'Etat de droit implique un contrôle de constitutionnalité de la loi, au minimum, et des autres sources de droit ensuite. C'est alors le juge constitutionnel qui se trouve au centre du système comme « gardien des promesses ». S'il n'est pas co-auteur de la loi, il est au moins celui qui indique qu'une norme non-conforme aux droits de l'Homme ne pourra être adoptée qu'après révision de la constitution.

Remarque

Hauriou, qualifiant la DDHC de 1789 de « Constitution sociale » de la France (M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1929, p. 618), affirme que la conciliation de la liberté individuelle et de l'ordre trouve sa perfection dans l'État moderne qui donne sa forme aux droits. Le Précis de droit constitutionnel décrit comment les droits de l'homme existent comme droits subjectifs, exigés et entretenus par les individus et comment l'écriture de la Déclaration en fait des institutions juridiques objectives protégées par des recours judiciaires spécifiques et ne se manifestant plus juridiquement que comme cela. L'État donne une forme sociale à des droits qui lui sont antérieurs et relèvent de la coutume.

Cette lecture a surtout été celle d'**Hans Kelsen** qui reprend le terme de *Rechtsstaat*, utilisée bien avant lui, comme un « État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée ». Dès lors, la conception moderne est plus large : la légalité est l'ensemble des sources du droit. Selon les cas, tel acte de l'administration obéira à l'ensemble de règles de la hiérarchie des normes, selon sa place dans cette hiérarchie. L'État de droit peut ainsi entrer en conflit avec l'idée de démocratie. Car la démocratie est le pouvoir du peuple, supposé sans limite car forcément protecteur du peuple. L'idée d'État de droit et plus liée politiquement au libéralisme en imposant la limite des libertés au pouvoir (Siéyès l'a emporté sur Rousseau).

L'État de droit est celui où toutes les normes appliquées par la puissance publique et par les individus en privé sont conformes, ou au moins compatibles, avec la Constitution et plus particulièrement les droits de l'homme.

Remarque

On considère généralement que la France a tardé à adopter le modèle de l'État légal ; lequel ne s'est imposé qu'à partir de toute fin du XIX^e avec les lois de la III^e république. Mais elle a encore plus tardé à devenir un État de droit, alors que nos voisins ont adopté le « néoconstitutionnalisme » (primauté de la Constitution et inscriptions des droits de l'Homme dans celle-ci) parfois dès l'après-guerre. Certains auteurs estiment que la France est devenue un État de droit par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 mobilisant le Préambule de 1946 pour contrôler une loi. Mais d'autres estiment que la chose n'est (presque complète) qu'avec la Question prioritaire de constitutionnalité (l'accès au juge n'est plus réservé aux acteurs politiques mais à tous les justiciables). Néanmoins, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas les lois référendaires, ni, directement, les « normes jurisprudentielles », comme ce peut être le cas en Allemagne.

§2 : Les notions académiques liées aux droits

On ne peut tenter de donner une unité au thème des **droits de l'homme** qu'en recherchant quelques éléments fondamentaux et communs, livrés par des siècles de philosophie occidentale et rassemblés par le siècle des Lumières (siècle de la contestation du pouvoir) avant que le XIX^e ne joigne pouvoir et droits de l'homme faisant du régime politique le moyen de la réalisation des droits sur la promesse de l'article 16 de la DDHC : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Remarque

Nos textes évoquent aussi bien les « droits de l'Homme », « les libertés publiques », « les droits et libertés », « les libertés fondamentales », « les droits humains » que les « droits fondamentaux ».

Beaucoup plaident aujourd'hui pour la dénomination « **droits humains** », notamment en vue d'effacer la dimension sexiste du terme « Homme » (même avec le « H » majuscule). Pour autant, cette traduction directe du *human rights* anglais ou du *derechos humanos* ne paraît pas bien heureuse, dans la mesure où ce ne sont pas les droits qui sont humains mais leur titulaire. Son usage conduirait ainsi à accorder les droits des humains à des entités non-humaines (animaux, robots...) et à renoncer à un aspect central de l'humanisme juridique. Si ce débat peut avoir lieu, il ne peut être ainsi négligemment réglé par le fait accompli d'utiliser « droits humains ». Il faudrait au moins dire « droits de l'humain », « droits de l'être humain » ou, mieux encore, « droits de la personne humaine » (X. Bioy, « Faut-il parler de "droits humains" plutôt que de "droits de l'Homme" ? Retour

sur le sujet des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur D. Rousseau*, LGDJ-Lextenso, 2020, pp. 591-601).

- **La notion de droits de l'Homme sera ensuite utilisée comme contenu dans des notions et des catégories juridiques.** Les pouvoirs de l'individu deviennent des prérogatives juridiques. Dans la Doctrine du droit, Kant prend soin d'ajouter qu'« *il n'y a qu'un unique droit inné* »; cet unique droit originaire « revenant à l'homme de par son humanité » consiste en la liberté dans la mesure où elle peut subsister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle. Tout homme en tant que tel a « *le droit d'avoir des droits et de régler la vie en commun avec d'autres d'un commun accord* ».
- **La notion de libertés publiques** renvoie à une première forme de protection juridique des droits de l'homme, telle qu'elle existe depuis la III^e République. Il s'agit alors de faire de la loi l'instrument privilégié d'établissement des cadres d'exercice de l'autonomie de l'individu. Le juge administratif et le juge judiciaire se chargent de relayer la volonté du peuple pour contrôler l'action administrative et celle des particuliers, sans que ceux-ci ne puissent remettre en cause la loi elle-même. Ce légicentrisme a évolué fortement à compter de la fin du XX^e siècle pour s'aligner progressivement sur un standard européen reposant sur le contrôle de constitutionnalité des lois, des actes administratifs, puis des actes de droit privé.
- On parle alors d'une seconde forme de protection juridique des droits de l'homme : **les droits fondamentaux**. Autre nom des libertés publiques, cette seconde formulation entend en fait insister sur la dimension supralégislative (constitutionnelle, conventionnelle) des sources de droits et sur le travail des juges européens et constitutionnel.

Aujourd'hui, l'autorité de ces textes, leur position dans la hiérarchie des normes et l'efficacité attachée aux interprétations effectuées par les juges de la loi, ont étendu l'influence du droit des libertés dans l'ensemble des relations juridiques : entre les individus et la puissance publique, entre les particuliers, mais aussi parfois entre personnes morales de droit public.

Remarque

Les droits fondamentaux n'ont pas seulement accru le niveau de protection, ils ont aussi déterminé des modalités nouvelles de concrétisation comme l'effet horizontal des droits (les normes au-dessus de la loi peuvent être invoquées dans les relations entre particuliers), les obligations positives (l'Etat n'a pas seulement à s'abstenir d'agir d'un côté et à fournir des prestations sociales de l'autre mais il doit agir sur tous ces plans pour chaque droit), la question prioritaire de constitutionnalité (au cours d'un procès la conformité de la loi à la Constitution peut être contestée),...

Ainsi, pour rechercher ce que signifie « droit fondamental », **la doctrine se divise entre ceux qui cherchent à se mettre à la place des constituants ou des législateurs pour savoir pourquoi ils ont choisi ce terme, ceux qui se mettent à la place des juges qui, trouvant un texte utilisant le mot « droit fondamental », ont allongé (ou non) la liste de ces droits, ou encore ceux qui se font une idée toute faite de ce qu'est le concept de fondamentalité pour expliquer en quoi les praticiens s'en servent ou s'en éloignent, à tort ou à raison.**

On remarquera encore un **effacement net de la distinction entre droit public et droit privé** car le premier rôle se concentre dans les sources européennes et constitutionnelles qui s'imposent à tous, même si parfois il est tentant pour les juridictions d'y déroger ou de les adapter au nom de l'intérêt général ou de la puissance publique. L'évolution de notre système juridique depuis une quarantaine d'années se tourne très largement vers la mise en œuvre d'un effet horizontal des normes supra législatives, par la loi (effet indirect), ou sans elle ou contre elle (effet direct). Les droits fondamentaux sont donc invocables dans la plupart des contentieux qui opposent les individus entre eux ou avec la puissance publique.