

Genèse du concept
France

David Capitant
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne
Secrétaire général de la Société de législation comparée

Avant toute chose, je tiens à redire combien la Société de législation comparée se félicite de la permanence des liens qu'elle entretient avec ses correspondants libanais et plus particulièrement avec l'Université Saint-Joseph et le CEDROMA. L'activité sans relâche du Doyen Hage-Chahine a permis que se tiennent ces Journées consacrées aux droits fondamentaux, qui constituent un pendant aux Journées consacrées à l'équité qui se sont tenues au mois d'octobre 2002 à Paris¹.

Les droits fondamentaux occupent une place de premier plan dans nos ordres juridiques, aussi bien sur le fondement de normes de droit interne que de normes de droit international. Aussi est-il extrêmement utile de se livrer à l'inventaire et à la comparaison qui sont l'objet de ces Journées d'étude, à l'heure où la globalisation de notre monde accroît la collaboration mais aussi parfois les confrontations entre nos sociétés et nos ordres juridiques. Dans le cadre de cet inventaire, l'étude de la genèse des droits fondamentaux dans les ordres juridiques que nous allons rapprocher permettra de tracer l'arrière-plan sur lequel les droits fondamentaux inventoriés plongent leurs racines, mais également de cerner certains des facteurs expliquant les différences qui apparaîtront.

Il faut également rappeler le caractère symbolique qu'il y a à évoquer cette question de la genèse des droits fondamentaux sur ces rives précisément de la Méditerranée. Si elle n'en a pas le monopole, les droits fondamentaux sont aujourd'hui un peu l'âme de l'Europe. Or il faut se souvenir que c'est non loin d'ici, sur la plage de l'antique Sidon, l'actuelle Saida, que fut élevée la jeune Europe avant que Zeus ne vienne l'enlever, sous la forme d'un taureau immaculé, pour la conduire en ses terres actuelles. Et c'est bien ici, sur ces rives, qu'Europe a été nourrie aux deux sources premières de la conception européenne des droits fondamentaux : la philosophie grecque et la pensée chrétienne qui trouve son origine à quelques kilomètres d'ici.

Je voudrais aborder ce thème de la genèse des droits fondamentaux à travers une question de terminologie juridique française. Les termes « droits fondamentaux » y sont apparus assez tardivement. C'est en Allemagne que l'on doit rechercher l'origine de l'expression ; d'ailleurs, un des premiers titres publiés en France et utilisant l'expression est sans doute un article du Professeur Michel Fromont consacré en 1975 à la protection des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne². L'expression a fait florès dans le cadre de la création d'une culture commune aux Etats européens sous l'influence des cours européennes de Luxembourg (Cour de justice des communautés européennes) et surtout de Strasbourg (Cour européenne des droits de l'homme). Récemment, l'Union européenne a produit une Charte des *droits fondamentaux* de l'Union européenne³.

¹ L'équité ou les équités Confrontation Occident – Monde arabe, CEDROMA – SLC, 2004.

² M. Fromont, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA, Mél. Eisenmann, 1975, p. 49 s.

³ Intégrée désormais dans la deuxième partie du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, JOCE C-310 du 16 décembre 2004.

L'expression est désormais couramment utilisée en France dans la doctrine⁴ et la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1990, qui évoque « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » consacre cette évolution terminologique⁵.

Plus traditionnels en France sont les termes « droits de l'homme » qui sont utilisés dès le XVIII^{ème} s. dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Malgré la concurrence des termes « droits fondamentaux », l'expression « droits de l'homme » conserve une actualité certaine. Au plan international, c'est celle qui a été retenue lors de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies puis de la Convention européenne de sauvegarde des *droits de l'homme* et des libertés fondamentale signée à Rome le 2 novembre 1950⁶. Au plan interne on peut songer à la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui est chargée d'assister par ses avis le gouvernement et l'administration dans tous les domaines mettant en cause les droits de l'homme⁷. Enfin, l'expression « libertés publiques » a également joué un rôle important au XIX^{ème} et au XX^{ème} s., exprimant plus précisément une conception libérale des droits fondamentaux désormais insuffisante pour englober l'ensemble des droits fondamentaux qui intègre nombre de droits économiques et sociaux.

Si l'on peut s'accorder à considérer que ces différents termes ont servi à désigner la même notion dans les différentes phases de son développement, chacun d'entre eux met l'accent sur un élément de sa définition. L'expression « droits de l'homme » met l'accent sur les prérogatives individuelles reconnues à chaque individu, de la même manière que celle de « libertés publique » qui insiste particulièrement sur leur caractère libéral, tandis que les termes « droits fondamentaux » insistent sur la prééminence accordée à ces droits dans l'ordre juridique. Il s'agit ainsi d'un élément matériel de définition dans le premier cas ; d'un élément formel, apparu plus tard, pour le second.

Si la France a joué en Europe un rôle moteur dans la genèse des droits de l'homme (I), ce n'est que tardivement en revanche qu'elle a véritablement reconnu un caractère fondamental à ceux-ci dans l'ordre juridique (II).

I – La reconnaissance des droits de l'homme

La première étape, sur laquelle on passera rapidement ici, est celle de la reconnaissance de la dignité insigne de l'homme. Elle plonge ses racines dans le terreau de la philosophie grecque, qui place, nécessairement, l'homme raisonnable au centre du cosmos ; elle tire également sa sève de la doctrine chrétienne qui ne se contente pas de placer l'homme au sommet de la Création, mais distingue l'individu, créé par Dieu et destiné au salut personnel. A l'apogée de la scholastique médiévale, la Somme théologique de Saint Thomas constitue opère une première synthèse

⁴ Voir par exemple le numéro spécial de l'AJDA de 1995 intitulé « Droits fondamentaux ».

⁵ On trouve déjà une formule similaire dans une décision de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat du 26 septembre 1984 Lujambio Galdeano, n° 62847, qui évoque « les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine » dont « les principes généraux du droit de l'extradition » exigent le respect.

⁶ Il est vrai que l'influence des juristes français sur ces deux textes est évidente puisque René Cassin a été un des principaux artisans de la Déclaration universelle et Pierre-Henri Teitgen de la Convention européenne (cf. P.-H. Teitgen, *Aux sources de la Cour et de la Convention européennes des droits de l'homme*, éd. Confluences, 2000 et C. Teitgen-Colly (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Bruylant, 2002).

⁷ Cf. l'art. 1^{er} du décret institutif n° 84-72 du 30 janvier 1984 modifié.

entre la théologie fondée par Saint Augustin et la philosophie grecque telle qu'elle apparaît à travers l'aristotélisme transmis par les philosophes arabes. Si l'individu y occupe une place centrale, la cité terrestre devant être organisée de telle sorte que son salut soit facilité, il reste cependant soumis à l'hétéronomie d'un destin transcendant.

C'est l'humanisme de la Renaissance qui donnera à l'autonomie individuelle la place fondatrice qui s'exprime aujourd'hui encore dans notre conception des droits fondamentaux. Le texte fondateur de Jean Pic de La Mirandole « De la dignité de l'Homme », rédigé en 1486, contient tous les fondements de notre conception moderne qui voit la dignité de l'homme dans la liberté dont il dispose de déterminer ses propres fins et fait des droits fondamentaux de l'homme des déclinaisons de cette liberté première.

« (Dieu, Père et Architecte suprême) prit donc l'homme, cette oeuvre indistinctement imagée, et l'ayant placé au milieu du monde, il lui adressa la parole en ces termes : "Si nous ne t'avons donné, Adam, ni une place déterminée, ni un aspect qui te soit propre, ni aucun don particulier, c'est afin que la place, l'aspect, les dons que toi-même aurais souhaités, tu les aies et les possèdes selon ton vœu, à ton idée. Pour les autres, leur nature définie est tenue en bride par des lois que nous avons prescrites : toi, aucune restriction ne te bride, c'est ton propre jugement, auquel je t'ai confié, qui te permettra de définir ta nature. Si je t'ai mis dans le monde en position intermédiaire, c'est pour que de là tu examines plus à ton aise tout ce qui se trouve dans le monde alentour. Si nous ne t'avons fait ni céleste ni terrestre, ni mortel ni immortel, c'est afin que, doté pour ainsi dire du pouvoir arbitral et honorifique de te modeler et de te façonner toi-même, tu te donnes la forme qui aurait eu ta préférence. Tu pourras dégénérer en formes inférieures, qui sont bestiales; tu pourras, par décision de ton esprit, te régénérer en formes supérieures, qui sont divines." »

La Réforme protestante au XVI^{ème} s. a également contribué de manière importante à l'affirmation de la place éminente de l'individu face aux structures institutionnelles, civiles ou ecclésiastiques, à travers l'affirmation de la liberté de conscience. Le recours à la liberté individuelle en matière de foi, sur lequel elle s'appuie, constitue un moyen de prendre ses distances par rapport à une Eglise affaiblie par le grand schisme d'Occident et alors incapable de répondre aux attentes spirituelles nées dès le XIV^{ème} s. dans une population d'Europe du Nord secouée par les phénomènes naturels tels que la grande peste de 1347, les troubles politiques et les guerres incessantes au sein de l'Empire romain germanique, qui avaient déjà favorisé l'émergence du mouvement hussite en Bohême un siècle auparavant.

Mais les conséquences politiques de cette autonomie individuelle affirmée aux plans philosophique et religieux ne seront formulées véritablement, et notamment la reconnaissance de l'existence de droits de l'homme, qu'avec les théories du contrat social que l'école du droit de la nature et des gens, notamment Grotius⁸, a su développer et qui prendra des formes plus élaborées dans les écrits de Hobbes⁹, Locke¹⁰ et Rousseau¹¹.

⁸ De jure belli ac pacis, 1624.

⁹ Leviathan, 1654.

¹⁰ Essai concernant l'origine, l'extension, et la fin véritable du gouvernement civil, 1690.

¹¹ Du contrat social, 1762.

A – La formulation des droits de l'homme dans le cadre des théories du contrats social

Les multiples théories du contrats social se rejoignent en ce qu'elles font dépendre l'existence même des structures politiques de la volonté individuelle, à travers la notion de contrat social ; volonté individuelle qui, bien entendu, suppose la liberté de l'homme, laquelle se décline dans les différents droits fondamentaux de la personne humaine.

Je voudrais simplement mettre ici l'accent sur quelques éléments qui concernent les conditions d'apparition de cette théorie du contrat social. Tout d'abord le lien étroit qu'elle entretient avec le droit international, qui est évident dans les écrits de Grotius dont « le droit de la nature et des gens » est d'abord un essai de formalisation du droit international public. Le développement du commerce international à l'époque de sa rédaction, notamment dans la Hollande de Grotius dont les deux Compagnies des Indes, orientales et occidentales, doivent s'imposer face aux Espagnols et aux Portugais, aux Anglais et aux Français, rend nécessaire le recours à un droit qui ne peut émaner d'aucune autorité souveraine. Seul un fondement contractuel peut donc être apporté aux règles constitutives de ce droit. Le raisonnement tenu pour fonder le droit applicable aux relations entre Etats souverains est ensuite transposé aux relations entre individus.

Dans le même temps, ces théories contractualistes répondent à une réflexion sur l'organisation politique qui reprend la tradition classique et accompagnent les évolutions politiques du temps. Elles permettent de donner au plan interne un fondement théorique à des modèles politiques concurrents ; les différentes théories contractualistes, à travers les différents modèles d'organisation politique auxquelles elles aboutissent, illustrent bien cette fonction. Ainsi, Grotius considère de manière classique que le contrat social originaire a fondé la monarchie – il écrit d'ailleurs son ouvrage lors d'une période d'exil en France, sous le règne de Louis XIII, alors que Richelieu développe l'absolutisme royal. Hobbes conclut que le contrat social, pour sortir les hommes d'un état de nature qu'il conçoit comme un état de guerre de tous contre tous, ne peut aboutir qu'à la mise en place d'une monarchie à l'absolutisme poussé à l'extrême. Faut-il y voir un texte de circonstance destiné à justifier la dictature de Olivier Cromwell ? Pour John Locke en revanche, toute sa vie attaché aux intérêts du Parlement que défend son mentor Shaftesbury contre l'absolutisme des Stuart, le contrat social doit mettre en place à une forme politique respectueuse de l'autonomie individuelle.

Si la théorie du contrat social ne tranche pas en tant que telle en faveur de telle ou telle forme politique, elle se distingue par le fait qu'elle place l'homme au fondement même de l'ordre politique et juridique. Celui-ci n'est plus seulement une créature digne de la plus grande attention en raison de la place insigne qui lui est reconnue dans le plan divin, mais il est, avec sa libre volonté, la condition même de l'ordre juste. Ces théories s'imposent finalement au XVIII^{ème} s. ; Rousseau les reformule à sa manière au milieu de ce siècle. Mais c'est la conception de Locke qui sera retenue, qui tend à maximiser les libertés naturelles subsistant entre les mains de l'individu et fondant ainsi la liberté des Modernes par opposition à celle des Anciens selon la terminologie de Benjamin Constant¹².

Reste alors à mettre en forme ces droits fondamentaux dont dispose l'Homme par nature et qu'il peut opposer à la puissance publique qu'il a fondée par le contrat social. Ce sera le rôle des déclarations de droits. La rédaction de celles-ci

¹² De la liberté des anciens comparée à celle des modernes, 1819, in Benjamin Constant, Ecrits politiques, Poche Folio, 1997.

à la faveur des mouvements révolutionnaires de la fin du XVIII^{ème} s. en Amérique du Nord puis en France, s'inscrit dans la lignée de la tradition anglaise des chartes, qui s'est développée depuis la Magna Charta de 1215, notamment à travers la Pétition de droit du 7 juin 1628 ou surtout le Bill of rights du 13 février 1689. Les premières déclarations dans la forme moderne sont celles qui sont proclamées lorsque les anciennes colonies britanniques d'Amérique deviennent des Etats en s'affranchissant de la tutelle anglaise. La Déclaration adoptée en Virginie le 12 juin 1776 et publiée en tête de la constitution de ce nouvel Etat sera particulièrement diffusée. Ces déclarations américaines sont publiées en France dès 1778 et exercent une influence certaine sur le travail de l'Assemblée nationale française. L'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, rapporteur du Comité chargé de rédiger un projet de Constitution, rappelle que « cette noble idée, conçue dans un autre hémisphère, devait se transplanter parmi nous. Nous avons concouru aux événements qui ont rendu à l'Amérique septentrionale la liberté ; elle nous montre sur quels principes nous devons appuyer la conservation de la nôtre ». Le premier constituant français donnera à ce genre le caractère général et universel qui le caractérise désormais en adoptant la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789 . Ce texte exercera une influence déterminante sur toutes les déclarations adoptées par la suite, à l'étranger comme au plan international.

Si les droits de l'homme sont dès cette époque proclamés au plan politique, leur nombre et leur contenu ne cesse d'évoluer en fonction des conditions techniques, sociales, politiques et économiques, bref historiques, dans lesquelles l'individu est conduit à exercer sa liberté.

B – La multiplication des droits de l'homme

Si l'Homme détient des droits qui découlent de sa nature même et de sa liberté originelle, l'expression de ces droits dépend très largement des conditions sociales et politiques de chaque époque. C'est lorsque les libertés sont violées que la nécessité des les garantir se fait sentir. Lorsque la Déclaration de 1789 est rédigée, les revendications sont essentiellement de nature politique. Il s'agit d'obtenir le dépassement des cadres anciens d'organisation de la société et pour cela d'obtenir la liberté de conscience, de parole et d'expression, la liberté de la presse, la liberté de réunion. A cela s'ajoutent des garanties en matière pénale qui sont une des principales limitations de la contrainte publique. Le principe général de liberté est par ailleurs l'objet de plusieurs dispositions : l'art. 1er (« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit »), l'art. 2 (la liberté compte parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'Homme), l'art. 4 (« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »), l'art. 5 (« La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »). S'agissant des conditions matérielles d'exercice des libertés, elles ne sont pas prises en compte dans la mesure où il apparaît alors que la libération politique et celle de l'initiative privée devraient naturellement conduire à la prospérité générale. A cela s'ajoute également pour une part la composition de l'Assemblée au sein de laquelle les couches sociales pour lesquelles la prise en compte de telles garanties présenterait la plus grande importance ne sont guère représentées.

Ce contenu libéral restera toujours au cœur des catalogues de droits fondamentaux. Le XIX^{ème} siècle est tout occupé des luttes destinées à en imposer le respect aux monarchies restaurées et les dates qui rythment révolutions et changements de régimes prennent un tour toujours plus européen : 1830, 1848, 1870 sont des années marquantes dans la plupart des Etats européens. En France,

la Déclaration de 1789 sort de vigueur avec la constitution de 1791 en tête de laquelle elle avait été republiée. La Déclaration de 1848 ne survivra pas à l'instauration du Second Empire et il faut attendre la III^{ème} République, accentuant le mouvement timidement inauguré dans la seconde moitié du règne de Napoléon III, pour que la protection des libertés connaisse un véritable essor. En l'absence de catalogue constitutionnel propre, puisque les circonstances de l'apparition de la III^{ème} République ne l'ont dotée que de simples lois organisant le fonctionnement des pouvoirs publics, le législateur et le juge produisent des normes protectrices de nature législatives ou jurisprudentielles en s'inspirant des principes contenus dans la Déclaration de 1789, ou en la complétant. Ainsi par exemple, la loi de 1901 garantit la liberté d'association que le Constituant de 1789, soucieux de supprimer les corps intermédiaires et sans doute inquiet de l'agitation suscitée par les clubs révolutionnaires, avait ignorée. La jurisprudence protège les droits de la défense sous la forme de principes généraux du droit¹³.

La garantie de ces libertés héritées de 1789 occupe entièrement les forces politiques et ne permet pas leur dépassement. Le contenu essentiellement libéral des droits fondamentaux ainsi protégés conduit à utiliser l'expression « libertés publiques » en place de celle de « droits de l'homme ». Cependant, l'industrialisation et la prolétarisation qui accompagne le développement général des richesses qu'elle entraîne ; l'urbanisation et l'exode rural qui font disparaître de nombreux réseaux d'entraide ; la complexification des techniques et des réseaux de production et de distribution ; tous ces éléments se conjuguent pour rendre toujours plus nécessaire l'intervention étatique afin d'assurer l'accès de tous aux biens matériels nécessaires à l'exercice des libertés personnelles et politiques. La nécessité de garantir les libertés matérielles, et non pas seulement les libertés formelles, devient toujours plus présente¹⁴ et trouve son expression politique dans les revendications des partis sociaux-démocrates.

Au plan constitutionnel, les libertés publiques sont alors complétées par des droits économiques et sociaux au gré des évolutions constitutionnelles propres à chaque Etat. Certes les droits économiques et sociaux qui complètent ainsi le corpus libéral formalisé en 1789 se trouvent en germe dans la Constitution montagnarde de 1793 ou dans celle de 1848, mais ils trouvent leur épanouissement d'abord en Allemagne, en 1919, dans le texte de la Constitution de la République de Weimar puis, après la seconde guerre mondiale, dans la plupart des constitutions européennes, notamment dans le préambule de la constitution française de 1946¹⁵. Au plan international, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1945 fait également une large place aux droits économiques et sociaux. La Charte européenne des droits fondamentaux proclamée en décembre 2000 lors du sommet européen de Nice, qui représente le dernier état de ce que l'Europe a pu produire en matière de droits fondamentaux, contient ainsi par exemple, outre le classique droit à l'éducation (art. 14), le droit des handicapés, que l'on appelle désormais les personnes handicapées, « à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté » (art. 26), le « droit d'accéder à un service gratuit de placement » (art. 29), le « droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales (art. 34) ».

¹³ CE 20 juin 1913, Téry, p. 736, concl. Corneille, Grands arrêts de la jurisprudence administrative.

¹⁴ R. Aron, Essai sur les libertés, Calmann-Lévy, 1965.

¹⁵ Cf. J. Rivero et G. Vedel, Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le Préambule, in fasc. XXXI de la Collection Droit social, 1947, p. 13.

En réalité, ce n'est pas tant le fait qu'ils présentent un caractère économique ou social qui fait leur particularité au plan juridique, mais plutôt le fait qu'ils tendent non plus à imposer une abstention à la puissance publique, mais au contraire à lui imposer une intervention minimum¹⁶. Ce mouvement est si puissant qu'il conduit également à tirer de telles « obligations positives » des garanties à priori les plus classiques. Au plan terminologique, une telle évolution conduit à abandonner la notion de libertés publiques, trop restrictive, pour faire référence aux droits de l'homme, ou encore aux droits fondamentaux, qui permettent d'englober ces nouvelles garanties.

Parallèlement, le mouvement consistant à préciser les droits protégés en fonction des problèmes particuliers du temps se manifeste sans cesse, sans que cela ne vienne remettre en cause les traits généraux de la notion. Ainsi par exemple, la Charte européenne des droits fondamentaux protège un certain nombre de principes en matière de bioéthique¹⁷ qui n'auraient pas eu d'intérêt ni même pu être formulés avant les avancées technologiques opérées ces dernières années dans ces domaines. Il en va de même du « droit à la protection des données à caractère personnel » (art. 8) qui prend tout son intérêt au regard du développement de l'informatique ou du « droit à une bonne administration » (art. 41) qui vient étendre les garanties classiques en matière juridictionnelle du droit à un traitement impartial, équitable et dans un délai raisonnable à une administration dont le domaine de compétence est toujours plus étendu.

Mais entre-temps, les droits de l'homme sont devenus des droits fondamentaux en ce que la hiérarchie des normes leur réserve un rang particulier et éminent en son sein, dont des mécanismes juridictionnels garantissent le respect.

II – Des droits de l'homme aux droits fondamentaux

Les droits de l'homme, tels qu'ils sont formulés au XVIII^{ème} siècle, sont, dans la pensée de leurs auteurs, des expressions du droit naturel et ne sont ainsi pas intégrés au droit positif. Le discours préliminaire de Portalis au premier projet de Code civil par exemple établit bien la stricte distinction entre les deux sphères, il y oppose le droit (naturel) aux lois (positives) :

« Le droit est la raison universelle. La suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers.

« Le droit est moralement obligatoire ; mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte ; il dirige, les lois commandent, il sert de boussole et les lois de compas.

¹⁶ D. Capitant, A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France, in Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 127 s.

¹⁷ Art. 3 : « 2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés :

- le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi,
- l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes,
- l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit,
- l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains.

« Les divers peuples entre eux ne vivent que sous l'empire du droit ; les membres de chaque cité sont régis, comme hommes, par le droit, et comme citoyens, par des lois.

« Le droit naturel et le droit des gens ne diffèrent point dans leur substance, mais seulement dans leur application. La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel, et elle est appelée droit des gens, dans les relations de peuple à peuple.

« Si l'on parle d'un droit des gens naturel et d'un droit des gens positif, c'est pour distinguer les principes éternels de justice que les peuples n'ont point faits, et auxquels les divers corps de nations sont soumis comme les moindres individus, d'avec les capitulations, les traités et les coutumes, qui sont l'ouvrage des peuples. »

De même, le préambule de 1789 présente les droits de l'homme comme « le but de toute institution politique », à quoi « les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif », c'est-à-dire le droit positif, doivent pouvoir être comparés à chaque instant.

Le mécanisme de la transformation des droits de l'homme en droits fondamentaux est donc celui de leur inscription dans le droit positif, celui de leur passage de l'ordre moral et politique dans l'ordre juridique. Les droits de l'homme sont ainsi l'expression des fondements politiques de l'ordre juridique alors que les droits fondamentaux sont l'expression juridique de ces présupposés politiques. Si, dans le cadre européen, la France a joué un rôle moteur dans l'expression des droits de l'homme, elle a en revanche manifesté un certain retard dans le développement de droits fondamentaux.

A - Les mécanismes juridiques

Les droits de l'homme sont devenus des droits fondamentaux lorsqu'ils ont pris place dans l'ordre juridique positif et y ont occupé la première place, en sont ainsi devenu le fondement.

Cette migration de la simple proclamation à valeur politique vers la norme juridique s'est opérée en plusieurs étapes. La première étape a consisté à formaliser et à systématiser la protection législative des principales libertés. En France, c'est la Troisième République qui a entrepris cette tâche, lorsque les libéraux sont arrivés au pouvoir. Certes, de nombreuses libertés faisaient depuis toujours l'objet de législations particulières. Mais à partir de 1871, les libertés proclamées par la Déclaration de 1789 font l'objet d'une transcription législative plus systématique tandis que le principe de légalité est imposé plus strictement à l'administration par une juridiction administrative à l'indépendance confortée par la loi de 1872 qui vient conforter l'exercice par le législateur de sa souveraineté proclamée. La loi de 1881 sur la liberté de la presse ou celle de 1905 sur la liberté d'association sont les meilleures illustrations de ce phénomène. Dans le cadre de ce modèle, la protection des droits de l'homme résulte mécaniquement de la simple organisation des pouvoirs publics : le rôle éminent confié au parlement élu dans l'exercice du pouvoir législatif conduit à l'adoption de lois protectrices des libertés dont la soumission de l'exécutif à la loi sous le contrôle du juge garantit le respect dans le cadre de la séparation des pouvoirs. La mise en place d'un tel système de démocratie parlementaire est l'aboutissement de la succession de régimes qu'a connus la France durant le XIX^{ème} siècle.

Mais sous cette forme, les droits de l'homme ne sont encore que des « libertés publiques », et non pas encore des « droits fondamentaux ». Ces libertés ne s'imposent en effet qu'à l'administration puisque, protégées par le législateur,

elles restent à la merci des limitations que celui-ci voudrait y apporter. Ainsi par exemple, la loi de 1901, si protectrice des associations laïques, est-elle extrêmement restrictive de la liberté de religion, son application conduisant à l'interdiction de fait des congrégations religieuses.

Pour que les droits fondamentaux apparaissent véritablement, les droits de l'homme doivent encore atteindre un degré supplémentaire au sein de l'ordre juridique, en s'imposant non seulement à l'administration, mais également au législateur, par le biais de mécanismes de contrôle juridictionnels de la conformité de la loi à ces droits. Les mécanismes ont été assez variables en fonction des caractéristiques de chaque ordre juridique. Dans les Etats fédéraux, un contrôle de constitutionnalité s'est développé assez rapidement dans la mesure où la répartition des compétences entre la fédération et les Etats fédérés favorisait l'existence d'un tel contrôle. L'exemple des Etats-Unis est assez frappant à cet égard puisque la Cour suprême s'est reconnue la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois dès 1803 (*Marbury v. Madison*). Le contrôle de la conformité des lois aux droits fondamentaux devait suivre assez rapidement, d'abord contre les lois fédérales (*Barron v. Baltimore*, 1833), puis contre les lois des Etats sur le fondement du XIV^{ème} amendement (*Lochner v. New York*, 1905). En Europe, l'exemple de la Suisse peut également être mentionné, qui a créé dès 1874 un recours individuel ouvert aux citoyens contre les actes des cantons qui porteraient atteinte à leurs droits fondamentaux. L'exemple américain se manifeste d'abord timidement après la Première guerre mondiale principalement en Autriche (1920), en Tchécoslovaquie (1920) et Roumanie (1923), dont les cours constitutionnelles disposent du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, ainsi qu'en Espagne (1931) et en Irlande (1937). Dans de nombreux Etats européens, le contrôle de constitutionnalité a été imposé comme un facteur de démocratisation après la Seconde guerre mondiale, toujours sous l'influence américaine. C'est le cas en Allemagne¹⁸ (1949), ou encore en Italie (1946). Le mobile sera le même en Espagne (1978), au Portugal (1976/1982) ou encore en Grèce (1975). La chute des régimes communistes de l'Est de l'Europe marque la généralisation du contrôle de constitutionnalité des lois¹⁹. Cet apport dû aux événements pouvait s'appuyer sur une réflexion déjà construite, dont les travaux de Kelsen, de Merckl ou de Carré de Malberg sont les plus connus, qui mettent en évidence la nécessité de garantir la hiérarchie des normes, et notamment la prééminence de la norme constitutionnelle.

En France et en Grande-Bretagne, cependant, cette évolution s'est faite avec retard. L'attachement au mécanisme intermédiaire que nous avons décrit qui reposait sur la souveraineté du législateur, fruit d'une évolution séculaire au Royaume-Uni et d'un siècle mouvementé en France a empêché longtemps la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité. Cela a conduit à l'apparition de mécanismes relativement originaux de contrôle de la conformité des lois aux droits fondamentaux. En France, le Conseil constitutionnel, tardivement créé en 1958, ne dispose que de compétences restreintes. Il ne peut contrôler la constitutionnalité des lois qu'a priori, alors que c'est souvent dans le cadre de leur mise en pratique qu'apparaissent les atteintes aux droits fondamentaux que produisent les lois. En outre, il ne peut être saisi que par des organes ayant participé à l'élaboration de la loi ; c'est notamment le cas de la minorité parlementaire depuis la révision constitutionnelle de 1974. Aussi les lois adoptées par consensus ne sont-elles pas déferées à son contrôle ; c'est le cas par exemple de la loi du 15 mars 2004 prohibant le port de signes religieux ostensibles dans les écoles. Encore le Conseil

¹⁸ Un contrôle de constitutionnalité s'était déjà profilé dans la jurisprudence des cours ordinaires dès la fin de la République de Weimar : cf. D. Capitant, *les effets des droits fondamentaux*, LGDJ, 2001, p. p. 80 s.

¹⁹ Cf. M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996, p. 17 s.

a-t-il attendu 1971²⁰ pour utiliser ces minces compétences afin de contrôler la conformité des lois aux droits fondamentaux. Pour pallier un tel déficit, c'est finalement le juge ordinaire qui s'est reconnu le pouvoir de contrôler la conformité des lois aux droits fondamentaux par référence aux normes internationales, au premier rang desquelles la Convention européenne des droits de l'homme. Ce pouvoir de contrôle a posteriori, par le biais d'une exception d'inconventionnalité, a été mis en œuvre par le juge judiciaire à partir de 1975²¹ et par le juge administratif à partir de 1989²².

En Grande-Bretagne, le Human rights Act 1998, sans remettre formellement en cause la souveraineté de la loi, qu'aucun juge ne peut laisser inappliquée, permet cependant à celui-ci, à travers des mécanismes poussés d'interprétation, de réécrire quasiment celle-là pour la mettre en conformité avec les droits fondamentaux tirés de la Convention européenne des droits de l'Homme.

B – Les causes politiques

Cette évolution progressive qui a conduit à la genèse des droits fondamentaux a été provoquée par plusieurs facteurs, toujours à l'œuvre, que l'on peut tenter de mettre en évidence et dont on peut se demander quelles évolutions futures ils commanderont.

Si l'aspiration humaine à la liberté individuelle reste le premier facteur explicatif, elle se trouve exaltée à l'heure actuelle, notamment en Europe, par le sentiment d'une plus grande indépendance individuelle au plan économique et social. Sentiment trompeur en réalité car si l'individu se trouve toujours plus dégagé des réseaux interindividuels, famille, corporation, structures locales ou religieuses, c'est qu'il dépend en contrepartie des mécanismes très complexes et évolués de l'économie moderne de marché et des mécanismes sociaux aussi complexes qui prennent en charge l'assurance sociale et la redistribution des richesses. Ainsi par exemple, l'effondrement du taux de natalité qu'a entraîné cette extension de la liberté individuelle ne risque-t-il pas d'en saper les fondements mêmes en ne permettant plus de financer ces mécanismes d'assurance ?

Parallèlement, le gouvernement d'une société si complexe rend plus nécessaire que jamais l'intervention de la puissance publique. Ainsi par exemple, la liberté toujours plus grande que le développement des techniques de transport et l'anonymat de la vie moderne ont octroyé aux déplacements a entraîné un accroissement de la criminalité à tous les degrés, dont les actions terroristes constituent l'effroyable accomplissement. Cela entraîne déjà et devrait entraîner de manière encore accrue une réaction sociale conduisant à un accroissement des contrôles sur les activités individuelles. La nécessité de protéger en retour les libertés individuelles contre une intervention qui pourrait être disproportionnée de la part de la puissance publique se fait alors sentir de manière renouvelée.

Enfin, l'incarnation juridique des droits de l'homme sous la forme de droits fondamentaux constitue une étape de la regressio ad infinitum déclinée sur le mode du quis custodiet custodiam qui conduit à tenter de leur assurer toujours une place plus éminente au sein de l'ordre juridique. C'est d'abord au législateur que l'on a confié la mission d'en assurer la garantie en adoptant des lois protectrices s'imposant à l'administration par le biais d'un contrôle juridictionnel. Il s'est ensuite agi de contrôler le respect de ces droits par le législateur et c'est par référence à la constitution que le contrôle a été confié à un juge constitutionnel. Désormais, ce rempart ne paraît pas encore suffisant et c'est au plan international que l'on tente de

²⁰ CC 71-44 DC du 16 juillet 1971

²¹ Cass. 24 mai 1975, Cafés Jacques Vabre, n° 73-13556.

²² CE Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, n° 108243.

trouver une institution susceptible de contrôler les institutions nationales ; de sorte que le pouvoir constituant national se trouve alors bridé par les droits fondamentaux qui échappent à sa souveraineté. Au plan international lui-même, la question de la soumission des traités à un jus cogens qui leur est supérieur illustre la continuation de ce mouvement perpétuel.

Faut-il voir dans ce phénomène une illustration d'un dépassement des principes de la démocratie représentative qui se manifeste dans de nombreux domaines et tend à confier à des autorités indépendantes la prise en charge de nombreux domaines de la vie sociale ? Le développement des autorités administratives indépendantes qui prennent en charge la protection de la concurrence, l'accès aux réseaux ou la protection des données personnelles semble aller dans le même sens. C'est alors l'avènement d'une nouvelle aristocratie, au sens propre du terme, celle des juges et des experts indépendants, qui appliquent des règles dont la source légitime n'est plus dans l'expression claire de la volonté générale d'un peuple mais dans le trésor d'une culture dont ils sont les oracles éclairés. Il est certain que cette tendance est exploitée par les institutions internationales qui s'appuient très largement sur les droits de l'homme pour développer leur emprise sur les Etats.

* *
*

Comme Zeus s'est changé en taureau pour enlever Europe et puis en cygne pour séduire Lédè, les droits de l'homme, expression politique d'un désir de liberté individuelle, se transforment au gré des circonstances économiques et sociales dans lesquelles évoluent les peuples qui les forgent. Les droits fondamentaux en sont le dernier avatar, caractéristique d'une société complexe qui implique la mise en œuvre de mécanismes subtils destinés à contrôler l'exercice d'une puissance publique extensive, indispensable pour réguler les paramètres économiques et sociaux d'une société moderne, mais redoutable pour sa tendance à encadrer trop strictement l'activité individuelle. Le pouvoir d'intervention toujours plus grand qui est confié à la puissance publique, susceptible d'agir directement sur la vie de tout citoyen dans la mesure où la plupart des réseaux dans lesquels ils évoluent dépendent d'une collectivité élargie et complexe que seule la puissance publique peut régir, rend toujours plus nécessaire le frein que constitue le recours aux droits fondamentaux et au contrôle juridictionnel qui en assure le respect.

Dans le cadre d'un monde globalisé, il faut ajouter que le recours accru aux droits fondamentaux au sein des ordres juridiques constitue un moyen de rapprochement souple de ceux-ci. D'une part en effet, le contenu de ces droits doit être ne permanence précisé en fonction des circonstances de leur application. D'autre part, ils ne peuvent être mis en œuvre en dehors d'un processus de conciliation qui constitue un élément supplémentaire de souplesse. Enfin, c'est au juge qu'il incombe principalement d'opérer ce double travail de définition et de conciliation, et il l'opère de manière concrète, au regard des éléments de fait qui caractérisent chaque litige, favorisant là encore le rapprochement progressif entre des conceptions du monde parfois très divergentes voire antagonistes.