

A la recherche de la notion de droit fondamental

par

Jean-Louis SOURIOUX*

1. Le Droit, c'est d'abord une question de langage. Ce furent les premières paroles que j'adressai, il y a une quinzaine de jours, dans cette Faculté, aux étudiants de 1^{ère} année.

Puisque ces étudiants sont présents, ce soir, non seulement je confirme ces premières paroles, mais encore je me permets de leur conseiller de prendre en compte le caractère *phraséologique du langage du droit*, caractère que ce colloque n'a pas manqué de mettre en pleine lumière.

2. Ce n'est pas, en effet, la moindre richesse de cet inventaire, maintenant achevé, des droits fondamentaux que de nous mettre en présence d'un véritable ballet terminologique. Autour de ce maître de ballet que sont les droits de l'homme, on voit les libertés publiques ainsi que les libertés fondamentales s'incliner devant les droits fondamentaux avec lesquels elles forment encore pour certains un couple uni. Encore faut-il ajouter aussitôt, sans trahir un secret d'alcôve, que les libertés se voient de plus en plus délaissées par les droits fondamentaux en quête d'indépendance notionnelle.

3. De ce point de vue, il faut bien reconnaître que le qualificatif « fondamental », s'il peut séduire, ne laisse pas d'être volage sinon volatil !!

Comme il a été pertinemment relevé, ce matin, « l'affirmation de *la fondamentalité d'un droit* ne revêt aucune signification quand elle est posée comme axiome autonome. Elle n'acquiert de portée que par opposition à une altérité systémique : l'Etat »¹.

C'est au cours du Moyen-âge qu'en Europe, et spécialement dans le Royaume de France, la pensée juridique posa les linéaments de l'*Etat de droit* en alléguant que « le Roi est dans l'heureuse impuissance de violer les lois fondamentales du Royaume, auxquelles il a été justement fait référence, hier et ce matin². Avec ces lois fondamentales prenait corps l'idée d'un droit supérieur...

4. A la même époque, allait se produire en Occident un événement capital d'ordre *ontologique*...Jusqu'alors, les civilisations orientales et occidentales du Livre s'accordaient sur l'idée de la *primauté*, dans l'ordre de la création, du statut identitaire *de la personne*, conçue « à l'image de DIEU », animée du « souffle divin »³. C'était compter sans le franciscain Guillaume d'Occam. S'opposant à Thomas d'Aquin, champion de l'aristotélisme, le franciscain pose comme postulat que la société n'existe pas naturellement ; seuls existent des individus : de fait, l'*individualisme* sera désormais un caractère essentiel de la philosophie dite « moderne ».

* Professeur émérite de l'Université Paris II, Doyen honoraire de la Faculté d'Orléans, Professeur honoraire à l'Université Saint-Joseph de Beyrouth.

¹ Marie-Denise Meouchy, « Les droits fondamentaux en droit pénal international ».

² Par Monsieur le Professeur Antoine Khair et Monsieur le Bâtonnier Burguburu.

³ Yadh Ben Achour, « Islam et droits de l'homme : le conflit des interprétations ».

On passe alors en Occident, d'un *droit naturel*, inhérent à l'ordre du monde à des *droits naturels* inhérents à chaque individu et considérés comme relevant de sa nature et de son essence, c'est-à-dire *inscrits dans son être même par Dieu*⁴.

Mais « *même s'il n y avait point de Dieu* », l'homme n'en serait pas moins *attributaire* de droits consubstantiels à sa nature. Ce « *même s'il n y avait point de Dieu* » a été écrit, au début du 17^{ème} siècle, par le Hollandais Hugo Grotius dans son « *Droit de la Guerre et de la Paix* ».

Grotius s'est-il rendu compte de la portée considérable de cette rupture ontologique, en ouvrant ainsi la porte pour l'homme occidental à la conception *laïque et exclusivement humaine* de la notion de *droits de l'homme* ? Conception scellée par la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*⁵.

5. C'est dans ce contexte qu'au lendemain de la Révolution française, va être, pour la première fois à notre connaissance, utilisée l'expression « *droit fondamental* ». Par qui ? Par Portalis, chef de file des rédacteurs du Code civil, lors de sa présentation au corps législatif du Projet de loi sur la propriété⁶.

« Vous ne serez point surpris que ce projet se réduise à quelques définitions, à quelques règles générales : car le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété ; *droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent* et qui, pour *chaque individu*, est aussi précieux que *la vie même*, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver ». Et d'ajouter : « Législateurs, *la loi reconnaît* que ce droit est *sacré* dans la *personne* du moindre particulier. Quel principe plus fécond en conséquences utiles ! Ce principe est comme *l'âme universelle* de *toutes les législations* : il rappelle aux *citoyens* ce qu'ils se doivent entre eux, et à l'Etat ce qu'il doit aux citoyens ».

Il est à remarquer que cette déclaration sur le droit fondamental se situe à l'articulation du naturel et du positif. De ce fait, elle renvoie à la question centrale de l'articulation du statut du citoyen et de la qualité d'homme dans le droit fondamental.

Relativement à ce droit, se trouvent exprimées, dans cette déclaration, les deux idées, déjà rencontrées, à savoir :

- pour le citoyen, *l'idée d'un droit supérieur*,
- pour l'homme, *l'idée de la primauté de ce qui l'identifie*.

C'est par la conjugaison de ces deux idées que nous paraît s'opérer la métamorphose du *concept* de droit fondamental en *notion* juridique.

I. Idée d'un droit supérieur

6. L'idée d'un droit supérieur se trouve pour les croyants dans celle des lois éternelles qui se réfère à la notion d'Alliance et dans la Loi révélée. Pour les non-croyants, les trompettes du *légitimisme* n'ont pas manqué de sonner le progrès *par* la loi. Dans la partition qu'elles ont jouée naguère en Europe, la loi parfaite, en réalisant la rationalisation du droit, se voulait assurer inévitablement la garantie des

⁴ V. J.M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris 2002, n° 155.

⁵ Sur l'opposition de cette conception avec l'herméneutique classique islamique, Voir Y. Ben Achour, préc.

⁶ P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 6, p. 132.

droits et, du même coup, réconcilier l'homme et le citoyen, c'est-à-dire l'homme et l'Etat⁷.

De nos jours, au terme d'un véritable renversement de la perspective, la « fin de la suprématie de la loi », a-t-on dit hier⁸, a favorisé l'émergence des droits fondamentaux non sans corrélation avec la montée au zénith du principe de l'Etat de droit dont l'expression se retrouve dans nombre de Constitutions.

La « prééminence du droit », dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue de même, une expression du principe de l'Etat de droit qu'elle fait rentrer de la sorte, dans le « patrimoine commun » des Etats parties à la convention. De son côté, le préambule de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait reposer l'Union sur le principe de l'Etat de droit tout en indiquant qu'il « est nécessaire, en les rendant plus *visibles* dans une charte, de renforcer la protection des droits fondamentaux ».

7. L'idée d'un *droit supérieur* ne se laisse pas emprisonner dans une *pyramide de normes*. « Le fondamental », a-t-on pu dire se retrouve partout⁹ et ne saurait être réduit au « constitutionnel » comme pourrait le donner à penser la formule utilisée par le Conseil constitutionnel français : « celle des libertés et droits fondamentaux de *valeur constitutionnelle* ».

A défaut de la suffisance d'un critère formel, l'idée d'un droit supérieur est à rechercher dans la *valeur* propre du droit fondamental lui-même, « rapporté aux termes du conflit concret où il se trouve en cause ». Valeur qui ne prend de consistance réelle qu'en contemplation non pas du citoyen, mais de l'homme... On en a une illustration topique avec l'article 16 du Code civil français :

« La loi assure la *primauté de la personne*, interdit toute atteinte à la *dignité* de celle-ci... »

« Cette belle manière d'écrire, a-t-on dit, n'est pas neutre qui consiste à énoncer dans une règle contenue dans une loi, une *valeur* qui irrigue bien d'autres dispositions.. »¹⁰.

Le droit fondamental à la dignité est devenu, « norme de référence » « qui permet de statuer, de trancher pour distinguer le licite de l'illicite ». Cette entreprise de normativité est synonyme, ici, d'effectivité, cette effectivité que l'on tend à inclure dans la notion même de droit fondamental ainsi qu'il a été avancé dès le début de ce colloque¹¹. Plus que toute autre chose, le fait de se référer à la dignité, référence mise en relief dès hier matin¹², nous met en présence de *l'idée de la primauté de ce qui identifie la personne*.

II. Idée de la primauté de ce qui identifie la personne

8. D'entrée de jeu, il convient d'observer que le droit fondamental est désigné par *l'objet* sur lequel il porte, il est, a-t-on pu dire, « en somme identifié à l'objet du désir », ce qui est le contraire de ce à quoi nous sommes accoutumés avec les droits dits « subjectifs »¹³.

⁷ *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par Stéphane Rials, Hachette, Coll. Pluriel, 1988, p. 371.

⁸ J. Arrighi de Casanova, « La notion de droits fondamentaux en droit public français ».

⁹ Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », A.J.D.A., juillet 1998, pp. 10 et 15.

¹⁰ J. Ravanas, J.C.P. 2001, II, 10488, p. 549, citant N. Molfessis.

¹¹ Pierre Gannagé, « Les droits fondamentaux entre la tradition et la modernité ».

¹² Sélim Jahel, « La genèse du concept dans les pays arabes et musulmans ».

¹³ Dany Cohen, « Le droit à ..., l'avenir du droit », *Mélanges Terré*, 1999, p. 394.

Les « droits réels », les « droits de créance », par exemple, sont désignés par leur structure, leurs caractères et non leur objet par rapport auquel ils sont autonomes¹⁴.

9. Ce n'est pas la seule différence. Les droits subjectifs s'inscrivent naturellement dans un *rapport de droit* mettant en cause un sujet actif et un sujet passif. Le droit fondamental a pour compagne naturelle l'unilatéralité, comme cela a été relevé, hier¹⁵. Ceci s'explique peut-être, en ce que les droits subjectifs s'inscrivent dans les rapports juridiques de rétribution alors que les droits fondamentaux relèvent du droit distributif. En d'autres termes, les droits subjectifs sont des « *droits de* » alors que les droits fondamentaux sont des « *droits à* » :

Droit à la dignité, droit à l'intégrité physique, droit à sa propre image, droit à l'habitat, droit à l'emploi, *droit à l'appropriation* comme l'indiquaient les Déclarations américaines, de façon plus profonde que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui se contente de viser « la propriété ».

Avec les « *droits à* »..., nous sommes en présence d'avantages directement relatifs à la personne qui en est attributaire plus que titulaire. Le droit fondamental est un attribut, tandis que le droit subjectif est un pouvoir¹⁶.

10. Lorsqu'on est en présence d'un droit fondamental de source transcendante, cet attribut est le don de DIEU...On pense à la Bible, à la Loi révélée. Lorsqu'on est en présence d'un droit fondamental laïcisé, cette laïcisation le réfère à la « seule subjectivité transcendante »¹⁷. Il s'agit alors d'un droit naturel juridiquement protégé. Encore convient-il d'ajouter aussitôt qu'en sus de la protection juridique dont il bénéficie dans le cas d'une atteinte de la part de l'Etat ou d'un particulier, l'individu se voit reconnaître des droits de...qui sont, ici, des *pouvoirs de tirer parti des droits à*...C'est le cas, par exemple, du droit fondamental à l'appropriation, droit naturel juridiquement protégé qui se « civilise » en un droit de propriété, tel qu'il nous a été présenté, hier, à partir de l'article 544 du Code civil français¹⁸...

Je pourrais encore vous entretenir de l'allergie des droits fondamentaux à toute commercialité juridique. Mais je préfère m'arrêter de peur de commettre un empiètement sur le domaine de mon voisin et ami le Doyen Favez Hage-Chahine...

¹⁴ Dany Cohen, *idem*.

¹⁵ Ibrahim Najjar, « Droits fondamentaux et droits discrétionnaires ».

¹⁶ J.L. Sourieux, *Introduction au droit*, P.U.F., 1990, n° 54.

¹⁷ Sélim Abou, *Droit et Religion, Colloque de Beyrouth mai 2000*, Bruylant, 2003, p.12.

¹⁸ Jean-Paul Decors, « Le droit de propriété : évolutions et adaptations ».