

De nombreuses expressions peuvent être rencontrées : droits de l'homme, libertés publiques, libertés fondamentales, mais elles n'ont pas la même signification. Il ne s'agit pas d'une précision d'importance seulement terminologique : à chaque notion correspond un régime juridique spécifique. Ces termes ne sont donc pas interchangeables.

1 Libertés publiques et droits de l'homme

■ La notion de libertés publiques

Historiquement, la liberté est la première revendication de l'homme. L'être libre se détermine par sa propre volonté et pour des raisons et des motifs qu'il choisit, indépendamment de toute contrainte extérieure. Pour René Capitant, « *la liberté d'un être, c'est l'autodétermination de cet être* ». Dans une deuxième acception, être libre, c'est avoir le pouvoir d'accomplir un acte, ou le droit de l'accomplir.

Les libertés sont dites « publiques » lorsqu'elles représentent une faculté d'agir et une sphère d'autonomie opposables à la puissance publique, ce qui met en relief leur dimension verticale (opposables du « bas » – l'individu, vers le « haut » – l'État). Les libertés publiques en France sont

caractérisées par le rôle central de la loi, qui est seule compétente pour déterminer les conditions d'exercice de la liberté en en fixant exclusivement les limites. Ainsi, les libertés publiques sont instituées par la loi formelle. Elles permettent un contrôle des seules normes infralégislatives. Sous la III^e République, par exemple, de nombreuses libertés sont protégées par la loi (la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou la loi du 1^{er} juillet 1901 sur la liberté d'association).

■ *Les droits de l'homme*

Les droits de l'homme sont ceux dont bénéficie l'individu en tant qu'être humain, ils sont intrinsèques à la nature humaine. Ils relèvent d'une conception philosophique, politique et morale inspirée par la doctrine individualiste et libérale. Ils sont notamment proclamés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée dans le cadre de l'Organisation des Nations unies en 1948.

Les régimes juridiques des libertés publiques et des droits de l'homme ne semblent pas suffisants aujourd'hui, car ils ne permettent pas d'opposer les droits et libertés au législateur. C'est pourquoi les libertés fondamentales bénéficient d'un régime juridique plus protecteur.

2 Les libertés fondamentales

■ *Notion*

Les libertés fondamentales sont les libertés protégées par des textes constitutionnels ou internationaux dont la valeur est supérieure à celle de la loi dans la hiérarchie des normes. Elles sont ainsi opposables au pouvoir législatif.

La notion de droits fondamentaux quant à elle peut être utilisée de manière alternative, car toute liberté est accompagnée du droit d'exercer cette liberté (par exemple, à la liberté d'expression correspond le droit de s'exprimer).

■ *Historique de l'apparition de la notion de libertés et droits fondamentaux*

L'expression « droits fondamentaux » est apparue pour la première fois dans la Constitution allemande du 28 mars 1849 (section VI), puis fait l'objet de la seconde partie de la Constitution de Weimar du 11 août 1919. Elle tient une place prioritaire dans la Loi fondamentale du 23 mai 1949, qui consacre ses 19 premiers articles à ces droits.

a) Les libertés et droits fondamentaux en France

En France, les Constitutions ne reconnaissent pas l'existence de la terminologie « droits fondamentaux », mais évoquent les libertés publiques (art. 34, Const. 4 octobre 1958). Le Préambule de la Constitution se réfère aux droits de l'homme, contenus dans la Déclaration de 1789, aux « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » (PFRLR), et aux « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* », par renvoi au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Le législateur, au contraire, s'autorise à proclamer des droits fondamentaux, sans qu'aucune conséquence juridique spécifique ne soit attachée à cette qualification. Il en est ainsi de la loi du 21 janvier 1995, qui indique dans son article 1^{er} que « *la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* ».

Le juge constitutionnel lui-même emploie pourtant rarement cette expression. L'une des décisions qui l'illustre est celle du 22 janvier 1990, décision n° 89-269 DC, loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, qui évoque « *les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle* ». Cette expression est notamment explicitée dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration, dans laquelle le Conseil cite expressément un certain nombre de ces libertés et droits fondamentaux.

Dans les autres cas, le Conseil constitutionnel préfère employer les expressions : « *liberté fondamentale* » (décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse), ou « *droits et libertés constitutionnellement garantis* » (décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985 sur la communication audiovisuelle).

b) Les libertés et droits fondamentaux en droit international

Au niveau international, les droits fondamentaux sont plus prépondérants dans le langage juridique, que ce soit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (qui évoque les droits fondamentaux de l'homme dans son Préambule) ou dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (art. 5). Ce n'est pourtant que lorsqu'un système de garantie est organisé pour protéger les droits que l'on peut parler de droits fondamentaux. C'est notamment le cas dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 tient compte de cette terminologie, mais elle n'est pas impérative jusqu'au 1^{er} décembre 2009. C'est la Cour de justice des Communautés européennes qui a initié cet intérêt de l'Europe pour les droits fondamentaux : dans son arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour

estime ainsi que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect et que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté.

Le Traité de Maastricht consacre cette évolution (art. F § 2), après la déclaration des droits et des libertés fondamentaux approuvée le 12 avril 1989 par le Parlement européen, qui précise les principes élémentaires d'une communauté de droit respectueuse de la dignité humaine et des droits fondamentaux.

■ ***Notion de fundamentalité***

Les bouleversements terminologiques sont issus d'une révolution juridique, qui affecte la protection des droits. En effet, le terme « fondamental » n'est pas anodin, et désigne ce qui est à la base d'un système.

a) Fondamentalité formelle

La notion de ***fundamentalité*** peut être entendue dans un sens ***formel***. C'est la place du droit dans une norme de valeur supérieure (Constitution ou texte international) ainsi que le mécanisme de garantie dont il bénéficie, qui différencient les droits fondamentaux au sens formel des libertés publiques.

La fundamentalité dans ce sens est caractérisée par un mécanisme renforcé de protection, ou exorbitant du droit commun. Ceci implique une certaine permanence du système des droits fondamentaux, qui n'est pas variable en fonction des gouvernements. Il est en effet plus difficile de réviser la Constitution ou de revenir sur un traité que de modifier la loi. Cette différence de statut découle de la place des droits dans la hiérarchie des normes. Ainsi, la fundamentalité est liée à la constitutionnalisation et à l'internationalisation des droits.

Une question sous-jacente doit être soulevée : peut-on rattacher les droits fondamentaux à une norme « supraconstitutionnelle » ? La thèse de la supraconstitutionnalité ne peut être admise, car elle revendique l'existence de normes au-dessus de la Constitution formelle. En revanche, il est possible de hiérarchiser les normes au sein même de la Constitution.

Toutefois, cette question n'est pas résolue de la même façon par les juges constitutionnels français et allemand :

- en Allemagne, certains droits fondamentaux ne peuvent pas être modifiés par une révision constitutionnelle. Il s'agit des principes des articles 1^{er} et 20 de la Loi fondamentale (notamment sur la dignité humaine et le respect des droits fondamentaux par la puissance publique). La Cour

constitutionnelle fédérale veille à la concrétisation de cette exigence, car elle est chargée du contrôle des lois constitutionnelles. Par exemple, la Cour de Karlsruhe vérifie la conformité à la Loi fondamentale de la loi constitutionnelle autorisant les écoutes téléphoniques ou de la révision constitutionnelle sur le droit d'asile ;

- elle va donc bien au-delà de ce que s'autorise le Conseil constitutionnel, qui estime que « *le pouvoir constituant est souverain [et] qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée* ». Aussi, « *rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; [...] cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite* » (décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*). La thèse de la supraconstitutionnalité est donc écartée par le Conseil, qui rejette explicitement toute compétence pour statuer sur une révision de la Constitution.

b) Fondamentalité matérielle

En outre, une partie de la doctrine estime que certains droits proclamés au niveau interne bénéficient d'une ***fondamentalité matérielle***. Selon cette théorie, la fondamentalité apparaît différemment, car aucun mécanisme renforcé n'est prévu au-delà de la procédure législative ordinaire, et aucune voie de recours ne permet de censurer la loi. Il en résulte que les droits fondamentaux découlent non pas d'une procédure différenciée d'adoption, mais de leur contenu, qui fait l'objet d'une valorisation particulière à la suite d'une « *convention de la Constitution* », c'est-à-dire un accord de tous les organes constitutionnels. Par exemple, au Royaume-Uni, la fondamentalité en ce sens caractériserait de grands textes historiques, comme la *Magna Carta* de 1215 ou le *Bill of Rights* de 1689. Il en résulte que les droits sont essentiellement d'origine législative et surtout, jurisprudentielle. Ce serait donc dans un sens matériel que les droits fondamentaux seraient consacrés en droit britannique, c'est-à-dire eu égard à l'importance qu'ils ont pour la société et à celle de l'autorité qui les édicte (le Parlement, ou le juge).

Néanmoins, nous ne pouvons adhérer à cette théorie, car la fondamentalité se caractérise essentiellement par la possibilité de garantir juridiquement les droits à l'encontre des pouvoirs publics, même du Parlement. La fondamentalité matérielle n'a pas de conséquences juridiques spécifiques. Le *Bill of Rights* de 1689 peut ainsi être modifié par une loi ordinaire. Seule la garantie des libertés à l'encontre du législateur permet de caractériser le régime des libertés fondamentales.