



Tous droits réservés

## LIBERTES ET DROITS FONDAMENTAUX

### Séance 1 - Les notions liées aux droits et libertés

I.	La distinction initiale entre droits et libertés .....	2
II.	La notion de « droits de l'homme » .....	5
III.	La notion de « libertés publiques ».....	8
IV.	La notion de « droits et libertés fondamentaux » .....	9

Lorsque sont évoqués les droits et libertés en cours de Licence 3, un premier enjeu repose sur la désignation de l'objet du cours. La plupart des cours sont intitulés « droit des libertés fondamentales ». D'autres sont toujours intitulés « cours de libertés publiques ». Quelles sont les différences et les nuances entre ces différentes notions ? Pourquoi évoquer les « droits et libertés » et non les « droits de l'Homme » ou les « libertés publiques » ou encore les « droits humains », voire les « droits de la personne ». Cette première séance opère une clarification de la terminologie utilisée et de ses enjeux sous-jacents.

## I. La distinction initiale entre droits et libertés



**À retenir :** La première distinction terminologique qu'il convient d'opérer est celle entre « droits » et « libertés ».

Un premier critère de distinction entre droits et libertés qui est parfois avancé est celui de leur plus ou moins grande précision :

- Les **droits subjectifs** seraient **précis** et **déterminés**. Leurs modalités concrètes d'exercice et de jouissance seraient le plus souvent explicitées en droit positif par un régime juridique qui les encadre.



**Exemple :** Le droit à la non-discrimination est encadré par diverses dispositions dans le Code pénal, le Code du travail, la **loi du 27 mai 2008**, la **loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires**, etc. (voir fiche 9)

- Les **libertés** seraient, à l'inverse, plus **générales** et **indéterminées**. Elles reposeraient le plus souvent sur une simple proclamation juridique de principe et leurs implications seraient principalement déterminées par la jurisprudence.



**Exemple :** La liberté de conscience, la liberté d'expression, la liberté de circulation, etc.

Ce critère de distinction ne convainc pas entièrement, car plusieurs libertés font également l'objet d'un régime juridique détaillé qui encadre leurs modalités d'exercice.



**Exemple :** La liberté de conscience et la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État (voir fiche 7).



**Exemple :** La liberté d'expression et la **loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse** qui est devenue une loi générale qui encadre l'exercice de la liberté d'expression (voir fiche 8).

**Un deuxième critère de distinction entre droits et libertés qui est parfois avancé est celui des obligations plus ou moins larges qu'ils font peser sur l'État :**

- Les **droits** exigeraient une **garantie active de l'État**. En tant que débiteur des droits subjectifs au bénéfice des citoyens, l'État serait astreint à une obligation d'action pour les garantir.
- Les **libertés**, à l'inverse, exigeraient une **simple abstention de l'État**. Les libertés reposeraient ainsi sur un « laisser-faire », sur une absence d'intervention étatique.

Ce deuxième critère ne convainc pas non plus, car l'État doit intervenir activement pour garantir l'effectivité de nombreuses libertés :



**Exemple :** Pour garantir la liberté de manifester, l'État et les pouvoirs publics doivent assurer l'encadrement et la sécurité des manifestants.



**Exemple :** Pour garantir la liberté de conscience, l'État doit s'astreindre, en France, à une obligation de neutralité (voir fiche 7).

**Un troisième critère de distinction entre droits et libertés qui est parfois avancé insiste sur leur essence juridique. Il semble plus judicieux.**

- Les **droits subjectifs** seraient de **pures créations juridiques**, de l'État et des autorités normatives. Les droits subjectifs seraient créés de toutes pièces par le droit objectif.



**Exemple :** En dehors de la société politiquement organisée sous la forme d'une société étatique, il n'existe pas pour les individus de droit à la propriété privée, de droit de vote, de droit à l'éducation, de droit à la santé, de droit à la non-discrimination, etc.

- Les **libertés** seraient, à l'inverse, **inhérentes à l'Homme**, et **préexisteraient à l'État**. Celui-ci peut en revanche s'en saisir ensuite et encadrer activement leur exercice, le cas échéant par l'adoption d'un régime juridique spécifique.

Ce critère de distinction est conforté par les théories du contrat social (voir cours de droit constitutionnel) qui présentent l'« état de nature », la société pré-étatique, comme un état de liberté absolue (voir Thomas Hobbes, John Locke et Jean-Jacques Rousseau).



**Attention :** Malgré ces précisions, les notions de « droits de l'Homme », de « droits fondamentaux » ou de « libertés fondamentales » sont généralement utilisées sans se soucier de cette distinction. Les catégories générales de « droits de l'Homme » ou de « libertés fondamentales » renvoient par conséquent, lorsqu'elles sont employées, aussi bien aux droits subjectifs (par exemple, le droit de propriété) qu'aux libertés (par exemple, la liberté d'expression).

### Les trois stades de garantie des droits et libertés

La garantie des droits et libertés repose, schématiquement, sur trois stades de protection qui sont complémentaires :

- 1) Il faut d'abord **s'y conformer**, ce qui implique une abstention, une absence d'atteinte active à ces droits et libertés.



**Exemple :** Le droit à la vie privée implique que l'État n'ait pas recours à des techniques de surveillance de masse à l'encontre des individus présents sur son territoire.

Cette obligation négative immédiate est toutefois insuffisante.

- 2) Il faut également **les protéger**, ce qui implique de développer une législation qui prévoit des garanties suffisantes.



**Exemple :** Le droit à la vie privée implique de prévoir des infractions qui permettent de qualifier et poursuivre les divulgations non consenties de scènes intimes par des tiers (par exemple, prohibition du *revenge porn*).

- 3) Il faut enfin **les réaliser**, ce qui implique de développer des moyens, des infrastructures et des mécanismes procéduraux efficaces qui s'adaptent à la réalité des pratiques, qui tiennent compte des enjeux pragmatiques, et cherchent à limiter les conséquences de la violation des droits.



**Exemple :** Le droit à la vie privée implique de pouvoir procéder au retrait d'une vidéo mise en ligne sur un site internet (*revenge porn*) en tant que mesure conservatoire avant même que la juridiction pénale ne se prononce sur la culpabilité du prévenu en cas de poursuites – sans quoi ce droit serait dépourvu de valeur réelle.

Les notions de droits et libertés sont régulièrement catégorisées par l'apposition de qualificatifs complémentaires. On a d'abord parlé à ce titre de « droits de l'Homme » puis de « libertés publiques ».

## II. La notion de « droits de l'homme »



**Attention :** Certains auteurs se réfèrent à la notion de « droits de l'Homme » pour évoquer les droits et libertés. Cette notion repose sur trois caractéristiques principales.

1. La notion de « droits de l'Homme » est premièrement une référence culturelle et historique. Elle renvoie à la **Révolution française de 1789**, à la **Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen** et à la philosophie des Lumières.
2. La notion de « droits de l'Homme » est ensuite souvent associée à une fonction particulière : c'est un instrument rhétorique pour revendiquer politiquement la consécration juridique de certaines valeurs. En d'autres termes, la notion de droits de l'Homme est fréquemment mobilisée du point de vue discursif pour qu'une prétention morale, politique ou philosophique soit reconnue en droit positif.
3. La notion de « droits de l'Homme » est enfin une notion malléable, dont le champ n'est pas circonscrit, en raison de sa nature axiologique, fondée sur les valeurs. Cette notion est située à la croisée de la philosophie, de la politique et du droit.



**À retenir :** Les « droits de l'Homme » renvoient généralement à trois grandes catégories de droits qui ont progressivement été consacrés, à différentes époques. On parle ainsi des trois grandes générations des droits de l'Homme.

1. Les **droits de l'Homme de première génération** sont les droits dits « **civils et politiques** ».



**Exemple :** Droit de vote, liberté d'expression, liberté de conscience, de religion, droit de propriété, etc.

- En France, ce sont les droits proclamés par la **DDHC de 1789**.
- Ils reflètent une idéologie libérale.
- On évoque parfois pour les qualifier la notion de « droits-libertés ».

2. Les **droits de l'Homme de deuxième génération** sont les droits dits « **économiques, sociaux et culturels** ».



**Exemple :** Droit de grève, droit à la santé, droit à l'éducation, etc.

- En France, ce sont les droits proclamés par le **Préambule de la Constitution de 1946**.
- Ils reflètent une idéologie socialiste.
- On évoque parfois pour les qualifier la notion de « droits-créances ».

3. Les **droits de l'Homme de troisième génération** sont les droits dits « **de solidarité** ».



**Exemple :** Droit au développement, droit à un environnement sain, droit à la paix, etc.

- En France, ce sont les droits proclamés, notamment, mais pas seulement, par la **Charte de l'environnement de 2004**.

**Attention :** Les droits de l'Homme sont évolutifs, comme le reflètent les consécutions des trois grandes générations de droits de l'Homme.



Ils sont non-universels, en raison d'une reconnaissance variable des droits dans les différents ordres juridiques des pays de la communauté internationale. Trois conventions internationales ont toutefois été ratifiées par la quasi-totalité des États (voir fiche 4) : la **Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)**, le **Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)** et le **Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1946)**.

Ils ne sont enfin ni éternels ni immuables.

La notion de « droits de l'Homme » a toutefois été l'objet de **nombreuses critiques**, les deux principales étant :

- Une **critique féministe** selon laquelle la notion serait androcentrique. En dépit de sa richesse historique, elle serait excluante, notamment pour les femmes, à l'inverse de notions plus inclusives comme « droits humains ».
- Une **critique positiviste** selon laquelle les droits de l'Homme seraient le reflet du jusnaturalisme en raison de leur fondement axiologique (l'éthique, la morale, les valeurs, mais non le droit – voir fiche 2).

Cette tension s'est, entre autres, reflétée dans un célèbre débat sous la IIIe République entre, d'une part, Adhémar Esmein et Carré de Malberg et, d'autre part, Maurice Hauriou et Léon Duguit au sujet de la valeur juridique de la **DDHC**.

### Question : *Quid de la notion de « droits humains » ?*

Quelques auteurs ont en parallèle manifesté leur préférence pour la notion de « droits humains », à la place de « droits de l'Homme », car elle est jugée moins sexiste et plus inclusive. Néanmoins, cette notion :

- Gomme la référence implicite à la tradition révolutionnaire et à la **DDHC** ;
- Efface la connotation politique, car elle n'est pas associée à des processus de revendication des droits. Elle est plus récente dans la littérature francophone (sans passé, sans histoire) ;
- Elle est parfois considérée – à tort – comme un anglicisme.

Les principales notions mobilisées à l'étranger sont *Human Rights*, *Derechos humanos*, *Diritti umani*, *Direitos humanos*.

C'est surtout une autre notion qui s'est imposée en France en concurrence à l'utilisation de la notion de « droits de l'Homme ». Certains juristes vont préférer la notion de « libertés publiques », car elle serait plus conforme à l'idéal du légicentrisme (culte de la loi) et au positivisme juridique.

### III. La notion de « libertés publiques »

La notion de « libertés publiques » a été introduite par la **DDHC** de **1793**, puis a été utilisée par la doctrine, notamment par Léon Duguit et Gaston Jèze.

- **Article 9 de la DDHC de 1793** (pas celle de 1789 ! Oui... il y a plusieurs DDHC...) : « La loi doit protéger la *liberté publique* et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent ».



**À retenir :** Les libertés sont dites « publiques » pour trois raisons au moins.

1. Ces libertés sont d'abord dites « publiques », car elles sont garanties PAR la puissance publique, par l'État et, plus particulièrement, par la loi, par le législateur. Les libertés publiques sont fortement marquées par la IIIe République, période au cours de laquelle de grandes libertés ont été reconnues par le législateur.



**Exemple :** Loi du 12 juillet 1875 sur la liberté de l'enseignement supérieur, loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion, loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, loi du 21 mars 1884 sur la liberté syndicale, loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur la liberté d'association, loi du 9 décembre 1905 sur la liberté de conscience, etc.

- La notion renvoie donc au légicentrisme de l'époque. En ce sens, **l'article 34 de la Constitution de 1958** précise actuellement que « La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».



2. Ces libertés sont ensuite dites « publiques », car elles sont consacrées et garanties CONTRE la puissance publique, contre l'État, pour ne pas que ce dernier leur porte atteinte.
  - Cela explique que la notion de « libertés publiques » soit davantage envisagée en droit public puisqu'il s'agit initialement de garanties contre l'action de l'administration de l'État, du pouvoir exécutif notamment.
3. Ces libertés sont enfin dites « publiques », car leur contribution est sociétale, d'utilité publique. Ces libertés permettent la vie en société des citoyens (par exemple, liberté d'expression, liberté d'association, liberté de conscience).

Alors que la notion de « droits de l'Homme » renvoie largement à l'historique de la Révolution française et à la revendication politique des droits, la notion de « libertés publiques » renvoie davantage à la reconnaissance des droits par le législateur sous la IIIe République. Néanmoins, ces deux notions ont progressivement été supplantées par une troisième notion : celle de « libertés fondamentales » ou de « droits et libertés fondamentaux ».

## IV. La notion de « droits et libertés fondamentaux »



**À retenir :** La notion de « libertés fondamentales » introduit l'idée d'une hiérarchie entre les droits et libertés. Il y aurait des droits et libertés fondamentaux, hiérarchiquement supérieurs, et d'autres qui ne le seraient pas. Il est possible d'avancer trois explications majeures à l'émergence de la notion de « libertés fondamentales » et au recul des notions de « libertés publiques » et de « droits de l'Homme ».

- 1) Le **développement du système régional** européen de protection des droits avec l'adoption de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (aka **Convention européenne des droits de l'homme ou Convention EDH**).
- 2) L'**émergence du rôle du Conseil constitutionnel** en tant que nouveau protecteur des droits et libertés constitutionnellement garantis à partir de **1971** (voir fiche 5). Cela implique que des droits sont désormais consacrés par

la Constitution et disposent d'une valeur juridique hiérarchiquement supérieure aux droits de « simple » valeur législative.

- 3) L'**influence des constitutions étrangères** qui consacrent des droits et libertés dans le texte juridique située au sommet de la hiérarchie des normes (par exemple, les constitutions allemande et espagnole)<sup>1</sup>.

Ces trois phénomènes ont débouché sur une **hiérarchie formelle** des droits en fonction de leur valeur juridique, les plus importants étant les droits consacrés par la constitution ou par le droit international.



**Attention :** L'introduction de cette nouvelle notion illustre un changement dans la dynamique de la reconnaissance des droits :

- Avec la notion de « droits de l'Homme », on cherche à faire reconnaître la nature juridique de prétentions morales.
- Avec la notion de « libertés publiques », on insiste sur la reconnaissance de ces droits par le législateur.
- Avec la notion de « libertés fondamentales », on insiste sur la reconnaissance de ces droits au sommet de la hiérarchie des normes, par le pouvoir constituant. L'enjeu devient la valeur juridique et non plus la simple reconnaissance juridique des droits<sup>2</sup>.

Si vous devez retenir trois caractéristiques de la notion de « droits et libertés fondamentaux » ou « libertés fondamentales », pensez à ces trois aspects :

- 1) **Hiérarchique** : la notion de droits et libertés fondamentaux renvoie à une approche hiérarchique des droits et libertés.
- 2) **Hétérogénéité** : les droits et libertés fondamentaux ne renvoient pas à un corpus homogène.
  - En droit constitutionnel, il s'agit des droits et libertés constitutionnellement garantis.

<sup>1</sup> Voir notamment Danièle Lochak, *Les droits de l'homme*, Paris, La découverte, 2009.

<sup>2</sup> Voir notamment Véronique Champeil-Desplats, « [Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination](#) », *Juspoliticum*, n° 5, 2010

- En droit européen, il s'agit des droits et libertés consacrés par la Convention EDH.
- En droit administratif, il s'agit des libertés reconnues comme « fondamentales » par le juge administratif au sens de **l'article L. 521-2 du Code de justice administrative** (voir séance 5).
- En droit privé, la Cour de cassation évoque les « libertés fondamentales » du salarié.

3) **Horizontalité** : les droits et libertés fondamentaux sont conçus pour être opposables entre personnes privées et non plus seulement entre les administrés et l'État (comme les « libertés publiques »). On parle d'**effet horizontal des droits fondamentaux**.