

LES CONSTITUTIONS ET LES LIBERTÉS

LES CONSTITUTIONS SONT FILLES DES LIBERTÉS. Les premiers textes à valeur constitutionnelle de l'époque moderne, les textes anglais du XIII^e au XVIII^e siècle : Grande Charte de 1215, Pétition des droits de 1628, Habeas Corpus de 1679, Bill of Rights de 1689, se préoccupent moins des institutions que de la liberté sous différentes formes et de procédures destinées à la protéger. Et quand, à la fin du XVIII^e siècle, les Américains et les Français décident de mettre par écrit un ensemble de règles concernant l'organisation et le fonctionnement du pouvoir, ils inscrivent tout naturellement en tête de ces constitutions des Déclarations des droits, plaçant par là en quelque sorte l'ensemble du texte sous le signe des libertés.

61

Le caractère indissociable des liens entre les droits-libertés et la constitution domine les esprits en 1789 au moment de l'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Mounier, qui devait jouer un rôle capital dans l'adoption du texte, déclarait : « [...] pour qu'une constitution soit bonne, il faut qu'elle soit fondée sur les droits de l'homme et qu'elle les protège évidemment », et l'article 16 de la Déclaration proclamait : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée [...] n'a point de constitution ».

Depuis lors, constitutions et libertés n'ont cessé d'entretenir des relations étroites à travers lesquelles on retrouve les traces de luttes politiques, de querelles de mots parfois, d'enjeux idéologiques toujours. En réalité, l'évolution de la place des libertés dans la constitution est un miroir fidèle de l'histoire d'un pays, tant par ce qui est recherché en les constitutionnalisant que par le choix des libertés à faire entrer dans le texte, les présences et les absences.

I. LA CONSTITUTIONNALISATION DES LIBERTÉS

De nos jours les constitutions contiennent normalement des dispositions concernant les libertés, la constitutionnalisation est un phénomène universel, l'énoncé des droits et libertés s'impose aux constituants sous peine de les faire soupçonner de noirs desseins.

62 Le mouvement lancé à la fin du XVIII^e siècle connaît pourtant quelques exceptions. Les constitutions françaises après la Révolution ont été parfois réticentes à la formulation des droits : les textes napoléoniens sont muets ou fort peu loquaces à leur propos et les lois constitutionnelles de 1875 les ignorent. Révérence à l'égard de la Déclaration de 1789 et caractère supposé provisoire des textes pour les secondes, tendance à l'absolutisme peu compatible avec une proclamation des droits pour les premières sont les explications communément avancées, et plus ou moins convaincantes, de ces lacunes. De son côté, la Constitution fédérale américaine de 1789 n'énonce pas de droits. Cette absence, réparée par le Bill of Rights de 1791, se justifiait sur le moment par l'idée que l'État fédéral n'aurait pas de relations directes avec les citoyens. Au demeurant, la présence des droits dans les constitutions des États fédérés, antérieures parfois à la Charte fédérale, ne risquait-elle pas de créer de délicats conflits d'interprétation avec une Déclaration fédérale ? Pour sa part, l'Autriche, État fédéral elle aussi, n'a pas inscrit de Déclaration des droits dans la Constitution de 1920, toujours en vigueur ; il est vrai qu'elle renvoie en la matière à des lois de 1862 et 1867, qui « doivent être considérées comme constitutionnelles ». La référence à un texte antérieur dispense d'ailleurs assez souvent d'entreprendre une nouvelle rédaction des libertés. Les Constitutions françaises de 1852 et 1958 en sont de bons exemples ; on peut en rapprocher les premières constitutions des États d'Afrique francophone devenus indépendants, élaborées dans la hâte et en suivant un schéma commun, qui renvoyaient à la Déclaration de 1789 et à la Déclaration universelle de 1948.

Les exceptions à la constitutionnalisation sont en définitive mineures et circonstanciées, elles ne mettent pas vraiment en cause l'universalité du phénomène. On s'interrogera ici sur ses raisons, sur ses formes et sur sa portée.

Signification de la constitutionnalisation

Pourquoi inscrire les libertés dans la constitution ? On pourrait concevoir en effet que celle-ci soit consacrée uniquement à l'organisation et au

fonctionnement des institutions ainsi qu'aux relations entre les pouvoirs publics. Le reste, et en particulier ce qui concerne les individus et la vie en société, relèverait du législateur. Dès avant le XVIII^e siècle, au contraire, on choisit de formuler les libertés dans des textes constitutionnels, pour affirmer avec le maximum d'autorité ces libertés en face du pouvoir.

A l'origine, la mise par écrit des libertés relevait d'une démarche pragmatique sans référence à une doctrine philosophique ou à une conception de la place de l'homme dans la société. Les auteurs des premiers textes en matière de libertés, les féodaux anglais du XIII^e siècle, profitent en effet d'un rapport de forces favorable pour imposer des limites à l'action du pouvoir royal, en réalité pour se faire reconnaître des privilèges. Les concessions du monarque sont consignées par écrit, avec solennité, pour sceller de façon, espère-t-on, solide, incontestable et définitive l'accord arraché au pouvoir. Même si les apparences de la souveraineté du monarque sont sauvegardées, il ne s'agit pas d'une quelconque décision du roi, geste de bonne volonté sur lequel il pourrait toujours revenir, mais de la mise en forme d'une sorte de contrat dont on s'efforce de garantir le respect. On est en présence non de chartes « octroyées » mais de chartes « concédées ». Par la suite, des bénéficiaires toujours plus nombreux, mais qui restent une minorité : barons, haut clergé, hommes libres, obtiennent de temps à autre, à la faveur d'une conjoncture propice, la confirmation, le renforcement, l'élargissement des libertés reconnues par le roi. Ces chartes se distinguent de la législation royale ordinaire, le Parlement est associé à leur élaboration, l'idée s'impose que les libertés relèvent d'un statut juridique à part.

63

Au XVIII^e siècle, changement : il ne s'agit plus d'arracher au coup par coup des concessions à un pouvoir royal affaibli, mais de définir la situation de l'individu dans la société. L'entreprise trouve des sources anciennes dans la doctrine du droit naturel, et contemporaines dans la philosophie des Lumières. Les libertés sont inhérentes à la nature humaine : on le proclame, on l'écrit, on l'impose. La Déclaration d'indépendance américaine de 1776 prend tournure de manifeste : « Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux, ils sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés [...] »

Tout est dit et la voie tracée aux constituants. Aux constituants et non aux législateurs, car, si l'idée d'une hiérarchie des normes est encore confuse, pour les contemporains l'autorité de la constitution, sa suprématie sont éclatantes et sans égales. Elle est l'acte fondateur de la nouvelle société, les libertés y sont tout naturellement inscrites, elles en sont l'inspiration et le centre. Dans la mesure où l'organisation des pouvoirs publics n'a d'autre fin que l'épanouissement de l'individu dans toutes ses facultés, la constitution qui met en place cette organisation se doit de proclamer les libertés qu'elle a pour objet de garantir. En même temps, on considère que la constitution ne crée pas les libertés, elle les « déclare », elle les « constate », car elles lui préexistent, ce qui, on le verra, soulève le problème de la valeur juridique des dispositions constitutionnelles en la matière.

64

Il ne s'agit pas seulement de proclamer mais aussi de protéger, de mettre hors d'atteinte du pouvoir. La consécration constitutionnelle des libertés se justifie aussi par les menaces qui pèsent sur elles. On se méfie du pouvoir, il est l'ennemi au moins potentiel des libertés. Le pouvoir exécutif avant tout ; les textes anglais sont dirigés contre le roi et, à la fin du XVIII^e siècle, la séparation des pouvoirs est conçue comme une garantie contre lui. C'est à la loi en effet que la constitution confie bien souvent, après les avoir énoncées dans leur principe, l'élaboration du régime des libertés. L'époque est à l'exaltation de la loi : expression de la volonté générale, elle ne saurait être oppressive. L'idée que le législateur lui-même puisse constituer une menace pour les libertés est étrangère à la pensée politique de l'époque. En France surtout, car les Américains, plus réalistes ou méfiants, rappelaient le Congrès à ses obligations de protection des libertés dès l'article 1 du Bill of Rights de 1791 et, on le sait, en 1803 la Cour suprême posait le principe de la suprématie de la constitution sur la loi et de sa compétence à la faire respecter.

Cependant, la proclamation constitutionnelle des libertés n'est pas toujours le signe d'un système institutionnel construit autour de l'individu mettant le pouvoir à son service, mais peut être au contraire l'affirmation d'une volonté de le subordonner au pouvoir. Ainsi les régimes marxistes, en reprenant la pratique des Déclarations, en ont-ils profondément subverti le sens. L'objectif – en rupture avec les systèmes libéraux – est de bien marquer que les libertés ne sont pas données à l'individu dans son intérêt propre. Elles ne sont pas absolues, elles doivent être mises au service de la société pour contribuer à sa transformation,

devenant de plus en plus « réelles » au fur et à mesure que celle-ci s'effectue. Par la constitution le pouvoir ne s'engage pas ici à respecter les libertés, il se réserve de fixer le but dans lequel elles pourront être utilisées. En ce sens la Constitution soviétique de 1936 accordait « conformément aux intérêts des travailleurs et afin d'affermir le régime socialiste » les libertés de parole, de presse et de réunion.

Si la signification de la constitutionnalisation peut être ainsi radicalement différente, sa réalisation pose partout les mêmes problèmes.

Les formes de la constitutionnalisation

Sous quelle forme constitutionnaliser les libertés ? La question se dédouble : où leur faire place dans la constitution ? Comment les énoncer ensuite ?

Faut-il donner à la proclamation des libertés une place à part, ou est-il préférable d'en faire l'objet d'un développement inséré parmi les autres dans le texte lui-même ? Et pourquoi, d'ailleurs, faudrait-il regrouper les dispositions concernant les droits dans une unique rubrique ? Le débat ouvert à la Révolution française n'a pas reçu de conclusion universelle. A l'époque, la plupart des constitutions s'ouvrent par une Déclaration des droits, mais par la suite, bien souvent, un chapitre à l'intitulé variable – « Droits fondamentaux », « Droits des citoyens », « Des Belges et de leurs droits » – figure dans le corps de la constitution elle-même. Il arrivera que la Déclaration, parfois baptisée « préambule », coexiste avec un chapitre consacré dans le texte aux libertés (France, 1848) ; fréquemment aussi, des dispositions éparses se référeront de-ci de-là aux libertés (art. 34 de la Constitution française de 1958). De son côté, la Constitution irlandaise de 1937 inscrit les droits fondamentaux tout à la fin de ses dispositions.

65

En dépit des apparences, le débat n'est pas purement académique. Au-delà de la valeur symbolique d'une préséance donnée aux libertés en leur faisant ouvrir la constitution, la solution adoptée n'est pas, comme on le verra, sans influence sur la portée juridique des dispositions constitutionnelles. Le choix d'un préambule de préférence à une Déclaration n'est pas, lui non plus, anodin.

Le vrai problème réside cependant ailleurs : peut-on se contenter de dispositions générales énonçant des principes, ou faut-il au contraire entrer dans les détails ?

La réponse dépend de la tradition juridique des États. Dès la fin du XVIII^e siècle, en effet, l'opposition est éclatante entre les textes améri-

cains et les textes français. Outre-Atlantique les constituants ont retenu de leurs racines britanniques que, pour protéger les libertés, rien ne vaut de bonnes procédures, les chartes anglaises reposent sur elles. Il ne s'agit pas de donner à rêver de la liberté, mais d'apporter aux libertés des garanties concrètes, précises et par là efficaces. Aussi les Déclarations américaines (la Déclaration d'indépendance mise à part) sont-elles terre à terre ; leurs dispositions réglementent minutieusement, par exemple, l'instruction et le jugement des procès, l'intervention des témoins, fixent la somme à partir de laquelle le jury est compétent – on se croirait par moments en présence d'un code de procédure pénale. A leur suite, nombre de constitutions énumèrent à l'infini les droits des citoyens, multiplient hypothèses, distinctions, exceptions. La Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 divise ainsi en 77 paragraphes principaux l'article 5 consacré aux droits et devoirs individuels et collectifs, sans compter les sous-paragraphes ; elle se poursuit ensuite par plusieurs dizaines d'autres dispositions énonçant les droits sociaux et politiques.

Les constituants français de la Révolution étaient moins prolixes : ils ont choisi de procéder par dispositions générales abstraites. A la différence des Anglais et des Américains, ils font confiance. Les premières phrases de la Déclaration de 1789 témoignent de leur optimisme : l'oubli des droits de l'homme est la cause des malheurs publics, il suffit de les « exposer » pour que le pouvoir comme les citoyens les respectent et que se réalise le bonheur de tous. En quelques brefs articles les libertés sont énoncées dans leur principe. Même si ultérieurement les textes français ne sont pas toujours restés sur les hauteurs et ont mêlé aux principes quelques règles concrètes, la différence de ton reste nette entre les constitutions qui ont subi l'influence française et les autres.

Concision ou accumulation, ce choix lui aussi n'est pas étranger à la portée juridique des dispositions concernant les libertés.

Portée de la constitutionnalisation

Dans l'esprit de ses auteurs, la constitutionnalisation a d'abord une portée symbolique. Elle témoigne de la rupture avec un passé, avec la domination anglaise pour les Américains, avec la monarchie absolue en France à la fin du XVIII^e siècle. La proclamation est un acte libérateur, le signe de l'ouverture d'une ère nouvelle. Elle contient les refus, les espoirs, les objectifs et les projets d'un peuple maître de son destin. Cet aspect est resté primordial jusqu'à nos jours. Il a inspiré par exemple les Allemands en 1949 dans la Loi fondamentale ; il est à la base, dans les

années 1960, des Déclarations des pays d'Afrique sortant de la colonisation et, tout près de nous, dans les textes des pays d'Europe de l'Est après l'effondrement des régimes communistes. Bien souvent l'enthousiasme et la magie du verbe incitent alors à considérer les difficultés comme résolues et le problème des libertés comme réglé. Or la constitutionnalisation insère aussi les libertés dans l'ordre juridique et, pour l'avenir, là est l'essentiel. L'inscription dans la constitution doit garantir les libertés, elles deviennent des droits et non plus des abstractions philosophiques. Des droits opposables à qui, comment ?

Mettre à l'abri les libertés suppose de leur conférer la plus haute autorité juridique possible.

En France, les hommes de la Révolution avaient la conviction de proclamer des valeurs situées au-dessus de la constitution. Tirés du droit naturel, les droits sont affichés dans la constitution, elle ne les crée pas puisqu'elle les « déclare », ils sont universels et intemporels, immuables comme la nature humaine ; de même qu'ils sont préexistants, ils sont hors de portée des constituants futurs. Cette conception est éminemment protectrice des libertés, mais elle suppose l'existence d'une supraconstitutionnalité, c'est-à-dire d'admettre que le pouvoir constituant puisse n'être pas souverain. D'éminents auteurs se sont opposés récemment à ce propos, on n'entrera pas ici dans la controverse. On notera cependant que, dès 1793, la Convention tirait un trait sur la Déclaration de 1789 et proclamait qu'« une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ».

67

Valeur constitutionnelle alors ? Formulés par la constitution, les droits en font partie intégrante et s'imposeraient aux normes inférieures au même titre que celle-là : au législateur, comme à l'exécutif et aux personnes privées. Seule la procédure de révision permettrait d'y porter atteinte. Telle est normalement, semble-t-il, la volonté du constituant. Pourtant, à l'examen, ce point de vue doit être sérieusement nuancé.

Il arrivera tout d'abord en effet que le constituant lui-même refuse d'accorder valeur constitutionnelle à la proclamation des droits. Ainsi les auteurs de la Constitution française de 1946, en écartant les dispositions du Préambule – et le terme n'était pas innocent – du champ de l'embryon de procédure de contrôle de la constitutionnalité qu'ils instituaient, reconnaissaient-ils que les droits ne s'imposaient pas au législateur. De même il est admis que, de leur côté, les rédacteurs de la Constitution de 1958 n'avaient pas entendu confier au Conseil consti-

tutionnel la protection des dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946, textes auxquels ils manifestaient pourtant l'attachement du peuple français. Il aura fallu l'audace du Conseil en 1970 et 1971 pour les faire entrer dans le bloc de constitutionnalité.

Cette réticence du constituant est rare. La difficulté tient plutôt à la formulation des droits. Déjà le fait qu'une Déclaration, ou un préambule, soient distincts de la constitution, et pas toujours rédigés par articles, tend à leur conférer un statut à part, aux limites du droit positif. Bien souvent, surtout, la proclamation prend la forme d'un énoncé de principes aussi vagues que généreux, pouvant difficilement recevoir une application directe. Les commentateurs parlent alors de « directives », de « guide » ou de « conseils » donnés au législateur par un constituant philosophe, autant dire que leur valeur constitutionnelle est faible. Adhémar Esmein, par exemple, les considérait comme des « axiomes ».

68

Restent alors les dispositions énonçant les droits de façon précise, parfois dans un chapitre inséré dans le texte même de la constitution. Leur valeur constitutionnelle est indéniable. A une condition cependant : l'existence d'une procédure destinée à en imposer le respect au législateur. Or le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois est relativement récent. Les textes du XVIII^e, du XIX^e et de la première moitié du XX^e siècle ne comportaient pas de protection contre les empiètements du législateur. En pratique les droits avaient donc valeur législative et étaient soumis au bon vouloir du Parlement. Telle était la situation en France sous la III^e République malgré les efforts de Duguit pour démontrer la survie de la Déclaration de 1789 avec valeur constitutionnelle. Les droits constitutionnels s'imposent alors uniquement aux autorités administratives et aux personnes privées dans la mesure en outre où les juridictions acceptent de se référer directement à la constitution.

C'est seulement lorsque existe un contrôle de constitutionnalité dans le champ duquel entrent les libertés que celles-ci ont valeur constitutionnelle. Mais toutes les libertés ne sont pas jugées dignes de figurer dans la constitution.

II. LES LIBERTÉS CONSTITUTIONNELLES

La lecture des dispositions constitutionnelles concernant les libertés éclaire sur les craintes et les difficultés d'une époque et d'une société, et de plus en plus aussi sur leurs aspirations. Alors que la liberté se décompose en un certain nombre de facultés d'agir ou de s'abstenir, de liber-

tés au pluriel, que le droit appréhendera sous la forme des droits de l'homme, toutes ces facultés ne méritent pas de recevoir une consécration et une garantie constitutionnelle, d'être opposables avec une force égale au pouvoir. Souvent, d'ailleurs, la constitution énonce les « droits fondamentaux », montrant bien par là l'existence d'autres droits, non retenus pour entrer dans le texte.

Quelles libertés sont jugées dignes d'accéder à la dignité de droits constitutionnellement protégés ? Leur liste varie selon la date de la constitution et le pays où elle s'applique. Deux ordres de considération entrent en jeu. D'une part, de façon très concrète, les menaces environnantes, issues du passé comme présentes au sein de la société nationale, voire internationale ; les constituants s'efforcent de traiter d'abord les problèmes de leur temps. D'autre part, sur un plan intemporel, on se réfère à une certaine conception de la place de l'individu dans la société et de ses rapports avec le pouvoir ; souvent, d'ailleurs, au cours des débats de la constitution, des conceptions idéologiques antagonistes s'opposent.

Idéologie et empirisme se conjuguent pour la détermination des libertés que l'on veut proclamer avec force dans la charte constitutionnelle, et si les deux ont pesé un temps dans le même sens, la première a tenu un rôle de plus en plus important pour limiter parfois, et pour étendre le plus souvent, le champ des dispositions de la constitution en matière de libertés. Car ce que l'on constate surtout, c'est que la constitutionnalisation a été utilisée comme un procédé de multiplication des droits garantis au risque d'entraîner en définitive un affaiblissement général de la protection, au détriment des libertés essentielles.

69

Les libertés classiques

Comparées aux textes de la fin du XVIII^e siècle les Déclarations contemporaines sont plus riches, l'évolution ayant fait apparaître comme essentielles des libertés insoupçonnées il y a quelques générations.

En leur temps, Anglais, puis Américains et Français ont consacré les libertés dont l'absence leur pesait le plus cruellement, c'est-à-dire en pratique les libertés de la personne. Au départ, il s'agit en gros de la sûreté, c'est-à-dire la sécurité, et avant tout des libertés du corps : protection contre les arrestations, les emprisonnements, droit à une justice équitable, possibilité d'aller et venir à son gré dans le royaume, d'en sortir et d'y revenir, garantie de la propriété considérée comme le prolongement de la liberté. Sous l'influence des philosophes, ces premières libertés sont complétées à la fin du XVIII^e par les libertés de l'esprit : libertés d'opinion, d'expression, de presse, de religion, et leur complé-

ment nécessaire, l'égalité : tous peuvent jouir également des libertés. S'ajoute la liberté politique, inconnue jusqu'alors, avec l'électorat et l'éligibilité. Apparaissent aussi la liberté du domicile et le secret des correspondances.

Ainsi, à la fin du XVIII^e siècle, ce qu'on peut appeler le noyau dur des libertés constitutionnelles est en place. Il ne sera guère remis en cause et constitue de nos jours encore un fonds commun obligé des constitutions. Avec des adaptations entraînées par l'évolution des sociétés. Ces libertés – dites encore « classiques » – se sont diversifiées : apparition par exemple de la liberté du mariage, du divorce, de la procréation. Cela non sans problèmes pour les pays qui ont choisi de formuler leurs droits de façon détaillée, voire exhaustive, et qui ainsi, à propos de la liberté d'expression, ont dû faire place à des techniques comme le télégraphe, le téléphone, l'informatique ou le cinéma.

70

S'il y a eu enrichissement des libertés, celui-ci n'est pas allé sans débats et l'histoire, ici comme ailleurs, n'a pas été linéaire, certains droits disparaissant un jour de la constitution pour ressusciter ensuite parfois. L'idéologie est en général à l'origine de ces variations. Déjà en 1776, lors de l'élaboration de la constitution de l'État de Virginie, on s'était interrogé sur la portée de l'égalité, et si aucune restriction concernant les Noirs ne figure dans le texte, c'est tout simplement parce que l'on a admis pour en sortir qu'elle ne s'appliquait pas à eux. Par la suite, la mise en cause du libéralisme et du système économique capitaliste ont amoindri ou fait disparaître certaines libertés consacrées auparavant par les textes constitutionnels, et pas seulement à l'Est. La propriété privée, la liberté d'entreprendre, la liberté de commerce et de l'industrie et, en France en 1946, la liberté de l'enseignement n'ont pas toujours conservé leur statut constitutionnel, ou ont subi de sérieuses restrictions.

Car les libertés classiques ne sont pas absolues. Les constitutions prennent soin d'en préciser les limites. Et derrière celles-ci réapparaissent les idéologies. Sous la Révolution française, la primauté de l'individu, fondement du libéralisme, se traduisait dans la Déclaration de 1789 par le principe selon lequel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », les droits naturels de chacun n'ayant pour « bornes » que les droits des autres membres de la société. Mais déjà réserve était faite aussi de l'intérêt de la société et de la défense de l'ordre public qui pouvaient justifier l'intervention du législateur. Peu à peu on a vu se mettre en place la définition d'un but social assigné aux

libertés, qui deviennent relatives. Le marxisme devait s'engager dans cette voie, lui donner une portée générale et formuler des libertés « à sens unique », les droits devant s'exercer dans le sens défini par le parti communiste. Aujourd'hui, d'autre part, des constitutions limitent les libertés par référence à une religion. Ainsi la Constitution iranienne de 1980 rappelle-t-elle régulièrement, à propos notamment des droits des femmes, de la liberté d'association ou de la liberté de la presse, qu'ils ne peuvent s'exercer « à l'encontre des préceptes de l'islam ». Le prolongement de cet encadrement des libertés se manifeste dans les « Déclarations des devoirs » que l'on trouve dans beaucoup de constitutions pas seulement communistes ou islamistes. Le danger est que l'exercice des libertés soit subordonné au respect des devoirs.

Quoi qu'il en soit, cette première génération de droits correspond très exactement à des libertés et est conçue, dans les États libéraux tout au moins, comme une ligne de résistance au pouvoir au bénéfice exclusif de la personne. Cette conception devait peu à peu révéler ses insuffisances et, pour en tenir compte, les constitutions ont consacré une deuxième génération de libertés qui s'éloignent des libertés traditionnelles.

71

Des libertés classiques aux droits de créance

Tout d'abord, en effet, dans la conception classique, la personne titulaire des libertés était une abstraction, elle n'était pas « située » – pour reprendre l'expression de Georges Burdeau – dans son travail et dans sa vie familiale et sociale. Ceci car la méfiance à l'égard du pouvoir ne se limitait pas, en France en particulier, au pouvoir politique, mais s'étendait à toutes les institutions exerçant une autorité : famille, corporations, ordres religieux. En 1789, il n'était, pour cette raison, pas question d'inscrire la liberté d'association dans la Déclaration : il a fallu attendre la Constitution de 1848, puis la loi de 1901 pour qu'elle soit consacrée, puis 1971 pour que le Conseil constitutionnel lui reconnaisse définitivement une valeur constitutionnelle (la Belgique l'avait fait depuis 1831). La liberté syndicale de son côté n'est apparue qu'en 1884, toujours par l'intermédiaire de la loi. Les individus en groupe deviennent ainsi à leur tour titulaires de libertés, les libertés collectives, que les constitutions vont accueillir.

D'autre part, de plus en plus aujourd'hui les libertés se déclinent par catégories : femmes, mères, enfants (légitimes ou naturels), vieillards, travailleurs, détenus, étrangers... Elles sont attachées de façon spécifique à l'appartenance à l'un des groupes ainsi définis. C'est là un autre témoignage à la fois de la relativité des droits et de la volonté de don-

ner à leur proclamation une efficacité que ne garantissait pas la référence à un individu abstrait.

72 Mais le pas décisif dans l'apparition d'une nouvelle génération de droits a consisté dans la consécration par les constitutions, aux côtés des libertés traditionnelles, considérées comme des possibilités de choix ne faisant pas intervenir l'État, de droits de créance au profit des individus, de pouvoirs d'exiger opposables à l'État. Les individus ont droit, dans les domaines économiques et sociaux, à des prestations positives qu'ils ne peuvent obtenir par le libre jeu des libertés et qui, en même temps, sont la condition pour qu'ils puissent jouir des libertés classiques. L'innovation est considérable car il ne s'agit plus, comme précédemment, de proclamer des libertés mais d'octroyer des droits – conditions d'exercice des libertés –, et il n'y a plus coïncidence entre les libertés et les droits. Enfin, par là on réintroduit l'État dans le domaine des libertés, dont tout l'effort des textes antérieurs consistait à l'exclure. Les libertés ne se réalisent plus contre l'État mais grâce à l'État, laissant à celui-ci un pouvoir d'appréciation discrétionnaire sur les moyens à mettre en œuvre. C'est une révolution, que ce retour de l'État rend inquiétante.

Les droits de créance ont envahi les constitutions contemporaines au point de submerger les libertés classiques. La Constitution mexicaine de 1917 et l'Allemagne de Weimar en 1919 avaient donné l'exemple, et le Préambule français de la IV^e République proclamant les principes « particulièrement nécessaires à notre temps » a prolongé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale un mouvement qui s'est depuis lors inscrit dans pratiquement toutes les constitutions.

Là aussi un fonds commun s'est formé, qui se retrouve partout, autour des droits à l'emploi ou au travail, à la santé, à l'instruction, à la culture, aux congés, aux loisirs, à la sécurité sociale, au logement, à la grève...

Cette deuxième génération s'expose, à travers la multiplication des droits et leur prosaïsme, au reproche d'inefficacité fait aux libertés classiques. Celles-ci seraient peu protectrices car trop abstraites : les nouveaux droits sont banalisés, désacralisés, dévalués, car la force se perd par le nombre. Est-il de bonne politique, en outre, de proclamer des droits qu'on sait inaccessibles, sauf peut-être dans la longue durée ? D'autre part, le mélange au sein d'un même texte d'un ensemble de libertés et de droits placés sur le même plan, bien que de nature et de portée différentes, ne peut qu'être source de difficultés et de frustrations. Tant

de droits sont proclamés qui ne sont pas conciliables (la grève et la liberté du travail, la liberté de manifestation et celle d'aller et venir...) que les conflits sont inévitables, et la constitution se garde bien d'établir entre eux une hiérarchie qui permettrait de résoudre ces conflits. En définitive, la garantie constitutionnelle cesse alors, le constituant s'en remet au juge du soin d'arbitrer entre les libertés, et parfois à la rue...

Vers une troisième génération de droits

Le mouvement d'entrée de droits nouveaux dans les constitutions se poursuit aujourd'hui dans une direction différente. Les constitutions les plus récentes, et les textes internationaux avaient donné l'exemple auparavant, formulent des droits qui s'éloignent non seulement des libertés classiques mais encore des droits de créance. La constitution est utilisée comme un support commode pour proclamer avec éclat des revendications concernant parfois les individus mais aussi, et surtout, les peuples, sans véritable contenu normatif : droit à la paix, au développement, à un environnement adapté, droit de propriété sur le patrimoine commun de l'humanité, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes...

73

Ces soi-disant « droits » ne sont que des vœux pieux, au mieux des déclarations de bonne volonté, aux destinataires aussi incertains que leur objet est fumeux. Leur constitutionnalisation est la conséquence du succès des Déclarations des droits. Toutes les aspirations, tous les besoins des hommes seraient-ils de nature à accéder à la dignité de droits constitutionnels, les proclamer donne bonne conscience et n'engage à rien. Mais ils côtoient alors les vraies libertés essentielles qui en sont dévalorisées, abaissées à leur niveau. Peut-on mettre sur le même plan la liberté de la presse et le droit de l'humanité sur les fonds sous-marins ?

En définitive, derrière l'évolution des libertés constitutionnelles, le vrai problème est celui de ce que l'on met dans une constitution. S'il est tentant d'y inscrire le plus de choses possible, ce choix peut se retourner contre l'objectif poursuivi, l'autorité du texte se dilue à vouloir trop protéger. Le sommet de la hiérarchie des normes se fissurera s'il est trop lourd. Aussi les libertés proclamées n'ont-elles rien à gagner à être trop nombreuses.

En entrant dès l'origine dans les constitutions, les libertés se sont placées d'emblée au cœur du système institutionnel. Celui-ci a pour mission de permettre, en suivant des voies diverses et des étapes diffé-

rentes, par la réalisation des libertés, l'épanouissement de la personne. Le symbole conserve toute sa valeur, mais il est moins certain que la constitution assure toujours aux libertés la garantie attendue. Les instruments de protection des libertés constitutionnelles se sont perfectionnés mais sont loin de s'être généralisés. D'eux dépend en définitive l'efficacité de la proclamation constitutionnelle.

R É S U M É

Les liens des libertés avec les constitutions sont aussi anciens que les constitutions elles-mêmes. Si on a obtenu de les y inscrire, c'est pour les placer au centre de l'édifice constitutionnel et leur assurer la protection la plus efficace contre le pouvoir. Si toutes les libertés n'ont pas été admises dans les constitutions, elles y voisinent aujourd'hui avec toutes sortes de « droits » dont la multiplication leur enlève beaucoup de force.