Zeitschrift: Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy

Herausgeber: Schweizerische Philosophische Gesellschaft

Band: 49 (1990)

Artikel: A propos de la liberté chez les juristes

Autor: Rossinelli, Michel

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-883003

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 06.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La liberté et le droit / Freiheit im Recht

Studia Philosophica 49/90

MICHEL ROSSINELLI

A propos de la liberté chez les juristes

«Aujourd'hui, comme demain,
pour la conserver,
la liberté est à conquérir.» *Michel Jordan*

1. Introduction

Le monde du droit et de ses acteurs embarrasse parfois les spécialistes d'autres sciences par ce que l'on pourrait appeler sa fermeture, s'agissant, comme l'écrit un anthropologue[1], d'un «domaine qui se prétend, via ses clercs, ses docteurs, ses facultés et ses impressionnantes institutions, seul détenteur de sa propre vérité».

Appelé à présenter aux lecteurs d'une revue philosophique quelques enjeux et problèmes liés à la notion de liberté chez les juristes, je voudrais m'attacher à montrer que l'autonomie dont jouissent les acteurs juridiques est une condition nécessaire pour développer, dans ce que l'on pourrait appeler la clôture du système juridique, les représentations en matière de droits fondamentaux qui régiront nos sociétés. Même si, à première vue, il peut sembler paradoxal et finalement peu démocratique que des questions essentielles en matières de droits fondamentaux soient tranchées immédiatement par des juges et médiatement par la doctrine juridique qui inspire ceux-ci. Je tenterai, également, de décrire en quoi consiste véritalement l'activité des juges chargés de garantir les droits et libertés et quelle est la légitimité de cette activité.

Enfin, à une époque, dite post-moderne, où les valeurs individualistes prédominent dans nos sociétés occidentales, je chercherai à relever brièvement quelques conséquences de l'engouement actuel pour les libertés, les effets

1 Louis Assier-Andrieu: L'anthropologie et la modernité du droit, in: Anthropologie et Société 13 (1989) no 1, p. 21.

éventuellement pervers d'un tel engouement et son caractère assurément idéaliste.

2. Du fondement des droits et libertés

Pour la majorité des juristes contemporains, le fondement des droits et libertés se trouve dans des textes en vigueur dans un ordre juridique national ou consacrés par le droit international. Les tenants d'un droit naturel, dont la source se trouverait dans un au-delà de l'ordre juridique, n'ont qu'une influence minime sur la doctrine et la jurisprudence constitutionnelle. Certes, la pensée de Kelsen[2] et d'auteurs tels que Hart ou Bobbio ont pu éloigner des générations de juristes des approches du droit naturel, mais si ce dernier joue aujourd'hui un rôle si ténu, c'est surtout parce que ses conceptions ne s'harmonisent guère avec la théorie démocratique qui veut que le droit soit produit par le peuple souverain et ses représentants. Les droits fondamentaux ne peuvent donc s'imposer à l'ordre démocratique par l'invocation d'une autorité métajuridique telle que la raison, la nature ou Dieu. Les droits fondamentaux déterminés conformément aux procédures de l'ordre juridique démocratique seront donc l'horizon premier des juges constitutionnels et de la doctrine. Cette conception pourrait sembler éminemment relativiste et signifier que chaque société est libre de consacrer ou non des libertés individuelles, conformément à ses traditions et à ses valeurs dominantes. Ainsi, une société où les prérogatives du groupe l'emportent sur les droits de l'individu pourrait fort bien ne pas garantir ces derniers. Certes, une société qui ne garantirait pas les droits indispensables au processus démocratique, comme la sûreté individuelle, la liberté d'expression et de communication, la liberté de réunion et la liberté d'association, serait naturellement d'essence autoritaire ou totalitaire et non pas démocratique. Par ailleurs, l'affirmation des droits fondamentaux dépasse le cadre juridique national. Déclarations et conventions internationales forment ce que l'on peut appeler un fond commun de l'humanité en matière de droits et libertés. Quand ces textes sont ratifiés par les Etats et «self-executing», ils doivent naturellement être respectés. Quand ils ne sont pas contraignants, ils peuvent au moins servir d'aune pour critiquer les Etats qui violent ces valeurs fondamentales. Mais, dans ce dernier cas, la critique sera éthique, philosophique ou politique et non pas, à strictement parler, juridique.

2 Hans Kelsen: Théorie pure du droit, Neuchâtel 1953.

Le fondement des libertés est donc généralement recherché dans les conventions internationales, dans les textes constitutionnels, voire parfois législatifs. Ces sources sont-elles exclusives? La réponse à cette question ne fait pas l'unanimité. Mais de nombreux juristes contemporains ont renoncé au strict positivisme qui régnait au 19ème et au début du 20ème siècles, en Europe continentale. Ils savent bien que les textes peuvent être, comme toute création humaine, imparfaits et incomplets et que tout le droit d'un ordre juridique ne se résume pas à ceux-ci. Ils savent aussi, grâce au droit comparé, qu'il est des systèmes juridiques où le fondement des libertés est purement coutumier et jurisprudentiel. L'exemple de la Grande-Bretagne, qui n'a pas de constitution écrite, est bien connu et personne ne conteste le caractère démocratique de son régime politique. C'est pourquoi, il est aujourd'hui de plus en plus admis que les juges – dans une mesure limitée et à certaines conditions – peuvent, même dans des pays où l'essentiel du droit est codifié, compléter un catalogue de libertés que le temps ou les circonstances ont révélé partiellement inapte à garantir les valeurs et principes jugés inhérents à un ordre juridique démocratique. Certains estiment pourtant que le principe démocratique s'oppose à la reconnaissance d'un tel pouvoir au juge: seul un catalogue de libertés adopté conformément aux procédures démocratiques serait légitime. Certes, à première vue, il pourrait sembler que le catalogue des libertés inscrit dans une constitution est la source de droits fondamentaux la plus démocratique lorsque la constitution a été votée par le peuple[3]. Quant à l'adoption d'une constitution par les représentants du peuple ou de lois consacrant des libertés, leur caractère démocratique n'est guère contestable dans un monde où la très grande majorité des démocraties sont représentatives et où la démocratie directe ou semi-directe est l'exception[4]. Qu'en est-il maintenant des droits fondamentaux consacrés par des juges constitutionnels? Phénomène qui, sans être fréquent, n'est pas exceptionnel. Par exemple, la Cour suprême a consacré dans différents arrêts un «right of privacy» qui ne figure nulle part dans la Constitution américaine ou ses Amendements et que les juges ont notamment cru pouvoir discerner dans la «pénombre du Bill of Rights»[5]. Le Tribunal

3 C'est notamment par l'argument selon lequel la constitution américaine était plus démocratique que les lois, parce que votée par le peuple, que la Cour suprême a justifié, en 1803, le contrôle de constitutionnalité des lois du Congrès. Cf. Arrêt Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

4 Mais, on peut certainement soutenir avec Jean-Jacques Rousseau que la volonté générale ne se représente pas et que la démocratie directe ou semi-directe est seule authentique. Cf. ‹Du contrat social›, Paris, Garnier-Flammarion no 94, p. 134, 148.

5 Cf. Not. l'arrêt Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

fédéral suisse a, pour sa part, dû compléter un texte constitutionnel vieilli qui comportait de graves lacunes en matière de droits fondamentaux. C'est ainsi que les juges fédéraux ont consacré, à titre de droits non écrits, la garantie de la propriété, la liberté personnelle, la liberté d'expression, la liberté de réunion et la liberté de la langue[6]. Le Conseil constitutionnel français a également fait oeuvre créatrice en décidant que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – sans valeur juridique positive pendant près de deux siècles – était du droit constitutionnel directement applicable.

Que certains droits fondamentaux aient un fondement jurisprudentiel ne me paraît pas contraire à l'idéal démocratique car celui-ci ne se résume nullement au respect du principe majoritaire, mais exige aussi, dans son acception contemporaine et libérale, le respect d'un certain nombre de valeurs fondamentales, dont les principales sont les droits et libertés de l'individu. Quand ces valeurs ne figurent pas dans le droit positif d'un pays et que cette absence n'est pas l'expression d'un dessein du constituant ou du législateur, mais bien plutôt une lacune involontaire, la juridiction constitutionnelle n'est-elle pas l'autorité étatique la plus apte à garantir ces droits et libertés? Car il ne faut pas oublier que certaines constitutions sont éminemment difficiles à réviser et que certaines majorités parlementaires, poursuivant ce qu'elles considèrent être l'intérêt général, sont parfois peu soucieuses des droits des minorités. Par exemple, la déségrégation raciale aux Etats-Unis a été engagée par la Cour suprême. Le cas des droits des détenus est également caractéristique. On sait bien que ces droits n'intéressent guère nos parlements, car il est connu qu'un tel thème n'a aucune chance de séduire l'électorat. En Suisse, les détenus ont obtenu du Tribunal fédéral toute une série de droits que le juge constitutionnel a rattachés à sa conception large de la liberté personnelle, droit non écrit dont la jurisprudence a fait la source de nombreuses «libertés élémentaires». D'une manière générale, la jurisprudence créatrice du Tribunal fédéral a fait l'objet d'un large consensus parce qu'elle comblait ce que beaucoup considéraient comme des lacunes dans la logique d'un ordre juridique libéral, démocratique et humaniste[7]. Mais, évidemment, si les principes consacrés par les juges avaient été en contradiction avec la cohérence axiologique de l'ordre juridique, les réactions auraient été fort négatives et, ultimement, le constituant peut toujours révoquer une jurisprudence contestée ou même limiter les pouvoirs d'un tribunal constitutionnel.

Dès lors qu'une jurisprudence créatrice doit faire l'objet d'un consensus

6 Cf. Michel Rossinelli: Les libertés non écrites, Lausanne 1987.
7 Ibid. p. 235 ss.

suffisant et qu'à défaut le juge constitutionnel reste soumis à une possibilité de censure démocratique, il paraît assez formaliste de distinguer selon des sources de droits et libertés plus ou moins légitimes d'un point de vue démocratique. D'ailleurs, le peuple qui ratifie par référendum une nouvelle constitution ne peut nullement se prononcer de manière spécifique sur le catalogue des droits fondamentaux inscrits dans celle-ci. Il doit accepter tout le texte constitutionnel ou le rejeter en bloc. Et, souvent, les enjeux considérés comme essentiels lors de l'adoption d'une constitution ne se situent pas au niveau du catalogue des libertés[8]. Sinon, la Constitution américaine de 1787 – qui ne comporte pas un tel catalogue – n'aurait pas été adoptée[9], ni la Constitution française de 1958, singulièrement insuffisante en cette matière; sans parler de la Constitution suisse de 1874. En définitive, en tout cas dans les démocraties représentatives, la détermination de la liste des droits garantis appartient essentiellement à des «experts»: juristes et politiciens chargés de rédiger un projet de constitution, ou juges constitutionnels qui doivent aménager un texte qui ne correspond plus à des exigences nouvelles.

3. Du contenu des droits fondamentaux

Le contenu des droits fondamentaux ne se détermine guère par la lecture d'un texte constitutionnel, souvent plus que sommaire. L'affirmation que la liberté d'expression ou la liberté de la presse, la liberté personnelle, la liberté de réunion, sont garanties ne dit rien sur le contenu effectif de ces droits dans un ordre juridique donné. Dans différents Etats, à un même signifiant correspondront des signifiés différents. Ainsi, par exemple, si l'appellation est identique, la notion de liberté personnelle diffère selon les pays. Dans la plupart des ordres juridiques démocratiques, la liberté personnelle est une liberté physique, alors que, par exemple, en Suisse, elle garantit également la liberté psychologique, soit la faculté d'apprécier une situation et de se déterminer d'après cette appréciation[10]. La liberté de réunion ou de manifestation pourra s'exercer dans certains ordres juridiques par un simple avis à l'autorité publique alors qu'ailleurs la même liberté sera soumise à une autorisation formelle. Plus caractéristique encore: du droit au respect de la sphère privée, la Cour su-

8 Cette affirmation ne vaut cependant pas pour des sociétés qui changent fondamentalement de régimes politiques. Ainsi, la question du catalogue des libertés aura sans doute une grande importance dans l'adoption des nouvelles constitutions des pays de l'Est.

9 Le «Bill of Rights», formé des dix premiers Amendements, ne sera adopté qu'en 1791.

10 Cf. not. ATF 113 Ia, 262, P. du 3 juin 1987.

prême américaine a souvent déduit des conséquences très différentes, pour ne pas dire opposées, à celles des Cours européennes[11].

Si donc l'on ne trouve dans un texte constitutionnel, voire conventionnel, que des principes aux contours assez vagues en matière de droits fondamentaux, il convient de se demander quels sont les acteurs institutionnels qui, dans un régime démocratique, déterminent le contenu précis de ces droits et libertés. Il faut penser en premier lieu au législateur qui pourra concrétiser les droits inscrits dans la constitution de différentes manières. Notamment, en édictant les lois et en prévoyant les organes administratifs et judiciaires qui permettront aux droits fondamentaux de s'exercer. Ainsi, la garantie de la propriété ne se conçoit pas sans des lois civiles sur l'acquisition et le transfert des biens immobiliers et mobiliers, ou sur les rapports de voisinage, etc. Quant à la sûreté personnelle, elle ne saurait être assurée sans un code pénal protégeant les individus contre les agressions de toute nature et sans des fonctionnaires chargés d'exercer la police et de garantir l'ordre public. D'autres droits fondamentaux exigent, pour s'exercer, des prestations que le législateur doit aménager: droit à la sécurité sociale, droit au minimum vital, droit à l'assistance judiciaire gratuite[12]. Enfin, le législateur interviendra pour restreindre les droits fondamentaux. Par exemple, il restreindra au nom de l'intérêt général la garantie de la propriété en instituant une procédure d'expropriation.

Mais, tous ces modes d'interventions du législateur en matière de droits fondamentaux seront soumis, là où la constitution le prévoit, au juge constitutionnel. C'est lui le deuxième acteur chargé de déterminer le contenu des droits fondamentaux. Il a même le dernier mot en ce domaine. Le juge constitutionnel dira, par exemple, quelles facultés sont protégées par les droits inscrits dans la constitution; dans quels cas ces droits permettent d'exiger des prestations de l'Etat; dans quelle mesure on peut faire valoir ces droits entre les particuliers, si les restrictions prévues par la loi sont ou non compatibles avec le droit fondamental en cause. Quand la constitution est muette à ce sujet, le juge devra notamment dire à quelles conditions les droits fondamentaux peuvent être limités par le législateur, Ainsi, en Suisse, la jurisprudence a

11 Cf. ci-dessous p. 188 s.

12 En Suisse, le vieux débat sur la possibilité de déduire des prestations des droits fondamentaux n'est toujours pas clairement tranché, car le Tribunal fédéral conserve dans ce domaine une position passéiste, abandonnée depuis longtemps par la plupart des Cours constitutionnelles. Ainsi, par exemple, Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, la Cour constitutionnelle italienne ou le Conseil constitutionnel français ne se posent même plus la question et, par exemple, font découler de la liberté de la communication des obligations précises que le législateur doit réaliser. Cf. à ce sujet Michel Rossinelli: La liberté de la radiotélévision en droit constitutionnel comparé, à paraître.

indiqué que le législateur ne pouvait pas restreindre les droits fondamentaux sans base légale et sans respecter le principe de l'intérêt public prépondérant, comme celui de la proportionnalité. Le juge constitutionnel pourra aussi indiquer dans quelles limites l'intervention du législateur est admissible en fixant un contenu intangible aux droits fondamentaux, soit un noyau essentiel des droits et libertés, auxquels, en aucune circonstance, il ne peut être porté atteinte.

On le voit, les pouvoirs du juge constitutionnel et, médiatement, de la doctrine, sont fort importants dans le domaine considéré. Certes, il est des pays démocratiques où il n'existe pas de juridiction constitutionnelle, ou seulement une juridiction constitutionnelle partielle. Ainsi, en Suisse, le Tribunal fédéral n'est pas autorisé à contrôler la constitutionnalité des lois fédérales. Le motif parfois invoqué pour justifier ce que certains considèrent comme une lacune dans l'Etat de droit, c'est l'existence du référendum populaire contre les lois fédérales. On ne veut pas que des juges puissent casser une loi que le peuple aurait approuvée par référendum. De manière plus générale, la conception helvétique est plus démocratique – au sens de garantie du principe majoritaire – que libérale et c'est pourquoi l'on a décidé qu'il n'appartenait pas à quelques juges de pouvoir défaire l'oeuvre de législateur, voire du peuple[13]. Cette prééminence donnée au législateur sur le juge constitutionnel résulte d'un choix politique explicite qui n'a guère été contesté. Mais, actuellement, certains craignent, du fait de l'adhésion de la Suisse à la Convention européenne des droits de l'homme, que l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales ne finisse par poser des problèmes délicats[14]. Car si le Tribunal fédéral ne peut pas casser une loi fédérale contraire aux droits fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme pourra fort bien la juger contraire à la convention. Et chacun conviendra que les condamnations devant cette haute instance européenne ne sont nullement agréables; la Suisse en a fait plusieurs fois l'expérience ces dernières années.

Assurément, aujourd'hui, les partisans du contrôle de constitutionnalité des lois ont triomphé un peu partout de ceux qui sont favorables au respect de la souveraineté du Parlement. Même dans les pays de l'Est et jusqu'en Union soviétique, un tel contrôle s'instaure ou est en voie de s'instaurer. Certes, le

13 Cf. Jean-François Aubert: Traité de droit constitutionnel suisse, vol. I, Neuchâtel 1967, no 239, 443.

14 Cf. Giorgio Malinverni: L'article 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme, in: Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts. Festschrift für Otto K. Kaufmann, Bern 1989, p. 387 ss.

contrôle de constitutionnalité est dans la logique de ce que l'on appelle l'Etat de droit, notamment fondé sur le principe de la hiérarchie des normes, mais il n'en demeure pas moins que la question de la légitimité des décisions des cours constitutionnelles ressurgit à certaines occasions; en particulier quand une majorité parlementaire voit son oeuvre législative annulée par la décision de quelques juges, à qui l'on reproche alors de faire de la politique. Et il est vrai que le contrôle de constitutionnalité n'est pas une activité judiciaire comme les autres. Car l'interprétation de la constitution relève, comme l'indique un éminent constitutionnaliste suisse «... presque autant de l'art politique que de la science du droit»[15]. L'examen comparé de quelques jurisprudences adoptées en des temps ou en des lieux différents permettra de se convaincre de la vérité de ce point de vue. Toutefois, en approfondissant quelque peu la réflexion, on verra que si l'activité des cours constitutionnelles est bien de nature politique, elle a sa spécificité et sa raison d'être par rapport à l'activité des autres pouvoirs démocratiques, notamment du législateur.

4. Des libertés à géométrie variable

La concrétisation des libertés par le juge est une activité de l'esprit qui n'a rien à voir avec le fameux mode de raisonnement appelé syllogisme juridique. Et tout autre mode de raisonnement déductif ne sera guère utile dans cette activité de concrétisation, car on ne peut rien déduire a priori des notions vagues que sont le plus souvent les droits inscrits dans les textes constitutionnels. Ce que les Cours constitutionnelles doivent faire en premier lieu, c'est déterminer la signification, la portée de ces droits et libertés. Il s'agit d'une activité véritablement créatrice en ce sens que les juges ont une latitude certaine pour choisir, parmi les différentes significations possibles, celle qui leur paraîtra la plus appropriée. Il en résulte, d'une part, que dans le temps, sur la base de textes constitutionnels identiques, une juridiction constitutionnelle peut aboutir à des résultats différents, voire opposés, et d'autre part, que dans l'espace, des cours constitutionnelles de pays différents parviennent, sur des bases semblables, à des résultats différents, voire opposés. Les exemples à l'appui de ces deux affirmations sont si divers et nombreux que leur recension pourraît faire l'objet d'un ouvrage assez volumineux. C'est dire, qu'ici, seuls quelques cas, jugés significatifs, seront décrits.

Les variations dans le temps sont caractéristiques du fait que les textes

15 Jean-François Aubert, op. cit., no 438.

constitutionnels ne sont pas toujours décisifs pour guider l'activité des juges et que d'autres représentations, politiques ou morales, peuvent intervenir de manière prépondérante. Représentations qui ne sont parfois que les préjugés dominants d'une époque. Deux exemples choisis dans la jurisprudence de tribunaux constitutionnels en activité depuis plus d'un siècle le démontrent. En matière d'égalité des sexes, le Tribunal fédéral suisse a pu dire, en 1887, que l'égalité de traitement inscrite à l'article 4 de la Constitution fédérale n'interdisait pas aux cantons de refuser l'accès de la profession d'avocat aux femmes[16]. Ce traitement inégal fut justifié en raison des «conceptions dominantes à l'époque». En 1923, les juges fédéraux indiqueront que «seuls des préjugés et des conceptions surannées» motivaient l'interdiction d'accès des femmes au barreau et que pareille interdiction était donc contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, combiné avec l'article 4 Cst.[17]. En 1977, le Tribunal fédéral fondera sur l'article 4 de la Constitution, le principe de l'égalité de salaire entre hommes et femmes dans la fonction publique[18]. Mais, là encore, les juges n'ont fait que s'aligner sur les «préjugés d'une époque» et rattacher ceux-ci au texte constitutionnel, plutôt que d'établir des principes égalitaires qui se seraient imposés de par le texte même de l'art. 4 Cst.[19].

Un exemple célèbre de variation jurisprudentielle dans le temps se trouve dans les arrêts de la Cour suprême sur l'égalité entre les races. Remonter à des arrêts explicitement racistes antérieurs à la guerre de Sécession n'apporterait rien à la présente démonstration puisque, après la victoire du Nord, trois Amendements furent adoptés pour consacrer l'égalité entre les races; en particulier le XIVe Amendement de 1868. Mais l'interprétation faite de ce dernier texte, en 1896 puis en 1954, va diverger considérablement. En 1896, dans l'arrêt Plessy v. Fergusson[20], la Cour suprême a considéré que le XIVe Amendement avait bien pour objectif de réaliser l'égalité absolue entre les races, mais que la ségrégation interdisant aux noirs de voyager dans les mêmes voitures que les blancs ne créait aucune inégalité juridique entre les races, chaque race ayant ses propres wagons. Selon les juges, le XIVe Amendement ne pouvait se proposer d'abolir les distinctions selon la couleur, mais seule-

16 ATF 13 p. 1 ss., Rempin du 29 janvier 1887.

17 ATF 49 I 14 ss., Roeder du 24 février 1923. Bien que, formellement, ce deuxième arrêt se fonde plutôt sur la liberté du commerce et de l'industrie, le raisonnement effectué est un pur raisonnement d'égalité de traitement entre les sexes dans le cadre de cette liberté.

18 ATF 103 Ia 517 ss., Loup du 12 octobre 1977.

19 CF. Charles-Albert Morand: L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, in: L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, p. 75 s.

20 163 U. S. 537 (1896).

ment des inégalités fondées sur de telles distinctions. La ségrégation instituée par le législateur rendait compte des usages, coutumes et traditions du peuple et elle n'était pas déraisonnable. Cette jurisprudence instaura donc pour des décennies le principe constitutionnel «Separate but Equal» qui légitimera tout le système de ségrégation dans les Etats du Sud, notamment en matière scolaire[21]. En 1954, l'arrêt Brown v. Board of Education[22] estima au contraire que le principe «Separate but Equal» était inconstitutionnel, car contraire au XIVe Amendement. En effet, en se référant aux résultats récents de la recherche sociologique et psychologique, la Cour suprême estima que des moyens d'éducation séparés sont en eux-mêmes inégaux[23]. Il en résultait que la race ne pouvait plus être un critère de distinction admissible. Selon une formule célèbre, la Constitution devait être «colour-blind». Toutefois, dans des arrêts ultérieurs, la Cour suprême a admis que des actions positives soient prises en faveur des minorités raciales défavorisées. Dans de tels cas, la race redevenait donc un critère de distinction admissible pour ce que certains auteurs appellent une «discrimination à rebours» («reverse discrimination»)[24]. Que les «affirmative actions» soient compatibles avec l'égale protection des lois garantie par le XIVème Amendement reste une question très controversée, au sein de la Cour suprême comme dans la doctrine.

Si l'on examine maintenant des variations dans l'espace, deux cas paraissent particulièrement exemplaires de divergences profondes entre les Cours constitutionnelles. L'exemple de l'avortement est bien connu. Alors qu'en 1973, la Cour suprême a reconnu, dans l'arrêt Roe v. Wade, le droit de la mère à avorter pendant les trois premiers mois de la grossesse, au nom du droit implicite au respect de la sphère privée[25]; en 1975, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand est arrivé à une solution contraire[26] au nom de l'article 2, alinéa 2 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949[27].

Le second exemple est fondé sur le droit au respect de la sphère privée,

21 Cf. Andréas Auer: Les Noirs, les écoles publiques et le système constitutionnel aux Etats-unis, Berne 1975, p. 42 ss.

22 347 U. S. 483 (1954).

23 Cf. Andréas Auer, précité, p. 61.

24 Cf. Ronald Dworkin: A Matter of Principle, Cambridge, Mass. 1985, p. 291 ss.

25 410 U. S. 113 (1973). En Europe, différentes Cours constitutionnelles ont également admis que la libéralisation de l'avortement n'était pas contraire à la Constitution, notamment, en 1975, le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle italienne.

26 BVerfGE, 39, 1, p. 1 ss.

27 Selon cette disposition: «Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des restrictions ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi.»

garanti par la jurisprudence de la Cour suprême et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[28]. Dans l'arrêt Dudgeon[29], la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la prohibition d'actes homosexuels accomplis d'un commun accord et en privé par des adultes était contraire au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. A l'opposé, la Cour suprême, dans un arrêt Bowers v. Hardwick[30] de 1986, a dénié que les individus puissent invoquer un droit à la sphère privée pour s'engager impunément dans les relations sexuelles de leur choix. Les Etats américains sont donc libres d'interdire tout acte de sodomie entre adultes consentants. Dans l'affaire Bowers v. Harwick, la police d'Atlanta avait arrêté Michael Hardwick dans sa chambre à coucher en l'accusant du crime de sodomie[31].

Que conclure de ces quelques exemples, sinon que les juges constitutionnels ont parfois – en particulier dans ce que les anglo-saxons appellent les «hard cases» – une grande liberté dans la définition du contenu des droits fondamentaux et qu'ils peuvent donc imposer, dans une société donnée, leurs propres vues sur les garanties devant être accordées ou non aux individus? La crainte souvent exprimée du «gouvernement des juges» découle de la constatation que, sous prétexte d'interprétation ou de concrétisation constitutionnelle, les juges peuvent faire des choix politiques contestables. La difficulté de cette critique réside bien évidemment dans la possibilité de contester de manière convaincante de tels choix politiques, puisqu il est rare que l'on puisse déduire des droits fondamentaux des solutions incontestables! Opposer aux choix politiques des juges ses propres choix politiques ne mène sans doute nulle part du point de vue juridique. Et se référer aux valeurs dominantes dans une société donnée pour s'opposer à des décisions juridictionnelles prônant des valeurs différentes, n'est-ce pas exiger des juges qu'ils reproduisent simplement, comme ils ont souvent eu tendance à le faire, on l'a vu, les préjugés d'une époque? On ne sortira pas d'une telle aporie sans s'interroger plus avant sur le rôle des juges constitutionnels dans nos sociétés démocratiques.

28 Cet article indique à son alinéa premier: «Toute personne a droit au respect de sa sphère privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.»

29 Cour eur D. H., arrêt Dudgeon du 22 octobre 1981, série A, no 45. Cette jurisprudence a été confirmée et étendue dans un arrêt récent: Cour eur D. H., arrêt Norris du 26 octobre 1988, série A, no 142.

30 478 U. S. . . .(1986)

31 Cf. Laurence H. Tribe: American Constitutional Law. Sec. Ed., Mineola New-York 1988, p. 1422 ss.

5. De la specificité du rôle du juge constitutionnel

Que le juge constitutionnel soit amené à faire des choix politiques dans son activité de concrétisation doit maintenant être admis comme un fait avéré. La question de la légitimité de cette oeuvre politique se pose bien évidemment. On pourrait notamment se demander s'il n'appartient pas plutôt au constituant ou au législateur d'effectuer de tels choix?

En ce qui concerne le constituant, il lui est loisible de tenter de définir le plus précisément possible le catalogue des libertés de la constitution, afin de limiter la part d'appréciation des juges. Ainsi, l'égalité entre les sexes peut être expressément consacrée, comme l'ont fait en 1981, le peuple et les cantons suisses par l'adoption de l'article 4 alinéa 2 Cst. Il est possible de prévoir que le droit à l'avortement est protégé pendant un certain délai après la conception ou d'indiquer, à l'instar de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, que l'orientation sexuelle ne saurait être un motif de discrimination dans la jouissance et l'exercice des droits fondamentaux. Mais, généralement, telle n'est pas la voie suivie par les constituants qui préfèrent s'en tenir à des principes plus généraux et moins susceptibles de provoquer des controverses politiques. Mais les choix que le constituant a évité de faire devront l'être, plus tard, par le juge constitutionnel, dans des cas d'espèce ou lors d'un contrôle abstrait des lois.

Quant au législateur, sa mission essentielle consiste, lorsqu'il concrétise ou restreint des droits fondamentaux, à poursuivre des finalités d'intérêt général. Pour Ronald Dworkin[32], il y a une différence de nature entre la mission du législateur et celle du juge constitutionnel, bien que l'une et l'autre aient, quoique dans une mesure différente, un caractère politique. En effet, le législateur justifiera son intervention par la nécessité d'adopter les mesures favorables à l'ensemble de la communauté. Les arguments du pouvoir législatif sont donc fondés sur les buts à atteindre. Par contre, le juge constitutionnel doit fonder son argumentation sur des principes. Au nom de ceux-ci, il pourra constater qu'un but poursuivi par le législateur porte atteinte de manière inadmissible aux droits de certains individus. Ainsi donc, même si le juge constitutionnel fait de la politique, sa mission ne saurait se confondre avec celle du législateur. Son rôle de défenseur des droits individuels et des droits des minorités apparaît comme complémentaire à la mission d'intérêt général du législateur.

La distinction établie par Dworkin est fort intéressante et sans doute avérée

32 Ronald Dworkin, op. cit., p. 2.

dans sa généralité. Mais si l'on y regarde de plus près, on constate rapidement que l'essentiel de la jurisprudence constitutionnelle ne consiste pas tant à poser des principes qu'à se prononcer sur la manière d'aménager les rapports entre des valeurs qui s'opposent. En d'autres termes, ce qui en définitive importe, ce n'est pas tant l'énonciation de principes que la résolution des conflits entre ces principes et d'autres valeurs. Par exemple, en lui-même, le principe de la liberté religieuse ne permet pas de dire si les jeunes musulmanes ont ou non le droit de porter un tchador à l'école publique. Pour traiter ce cas précis, le juge constitutionnel devra tout d'abord se demander si le port du tchador est une faculté protégée par la liberté religieuse et, dans l'affirmative, mettre en relation la liberté religieuse avec d'autres principes ou valeurs susceptibles de restreindre cette liberté ou de l'emporter sur elle, comme, notamment, le principe de la laïcité ou de la neutralité confessionnelle de l'école. Et si l'on revient aux exemples jurisprudentiels déjà cités, on constate, en ce qui concerne l'avortement, un conflit entre la liberté de la mère et la protection de l'enfant à naître. En matière d'égalité entre les sexes ou entre les races, le conflit oppose le principe d'égalité et les conceptions jugées dominantes d'une société donnée, telles qu'elles peuvent être transcrites dans l'oeuvre du législateur. Il en est de même en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée.

La mission spécifique de juge constitutionnel est donc de trouver des solutions à ces conflits de valeurs. Bien entendu, toutes les solutions ne se valent pas. Car il en est qui sont cohérentes avec le système des droits et libertés garantis dans un ordre juridique donné – tel qu'il a été interprété et fixé par la jurisprudence – et d'autres qui ne le sont pas. Mais, dans le cadre de cette systématique, il est souvent possible d'admettre plusieurs solutions. Cependant, il appartient aux juges constitutionnels de justifier leurs choix par des raisonnements susceptibles de convaincre la majorité de la doctrine, le monde politique et les citoyens intéressés par ces questions.

Assurément, de par sa formation et sa position, le juge constitutionnel est mieux en mesure de défendre les valeurs individuelles que ne l'est le législateur, qui doit tenir compte d'une éventuelle opposition de groupes politiques influents à la garantie de certains droits. Cela ne signifie pas que le législateur n'aura pas le courage de protéger certains droits qui déplaisent à la majorité, mais au moins qu'il peut être soumis à des pressions auxquelles n'est pas soumis le juge constitutionnel[33]. D'ailleurs sans cette relative indépendance du juge constitutionnel dans ses choix axiologiques par rapport aux conceptions majoritaires, l'existence de ces juridictions n'aurait pas de justification. C'est

33 Ibid., p. 24 s.

par référence à une logique libérale et sociale des droits et libertés – le plus souvent inscrite dans le texte constitutionnel – que le juge peut s'opposer à des choix majoritaires qu'il estime contraires à cette logique fondamentale. En d'autres termes, contrairement à ce que pense une partie de la doctrine juridique, le fait que les juges soient contraints de faire des choix de nature politique entre des valeurs en conflit n'est pas le talon d'Achille de la juridiction constitutionnelle, mais sa raison d'être. La spécificité du rôle du juge constitutionnel disparaît quand celui-ci ne fait que ratifier les valeurs et préjugés majoritaires alors qu'un raisonnement plus solidement fondé sur la systématique des droits et libertés aurait pu conduire, sans méconnaître l'intérêt général, à des solutions plus favorables à la protection de l'individu et de ses légitimes prérogatives. Ainsi, par exemple, la jurisprudence sur la déségrégation raciale aux Etats-Unis a permis d'opposer aux conceptions racistes, prédominantes dans le Sud à cette époque, une compréhension constitutionnelle de l'égalité dont plus personne ne nie aujourd'hui la cohérence et le bien-fondé. Par contre, l'arrêt Bowers v. Hardwick nie une des composantes essentielles du droit à la sphère privée sans démontrer la nécessité d'une telle mesure dans une société démocratique et libérale, par exemple la nécessité de protéger les tiers. L'arrêt est contestable parce que la Cour suprême permet à l'Etat d'investir les chambres à coucher au nom d'une certaine morale et non pas de l'intérêt général[34].

En conclusion, la mission du juge constitutionnel est de mener une politique spécifique des libertés dans la logique d'un ordre juridique qui lui donne, certes, une relative autonomie de choix, mais à condition que celle-ci s'exerce dans un cadre axiologique déterminé[35]. Dans cette mesure, la mission du juge constitutionnel apparaît aussi indispensable que légitime. Mais bien entendu, le contrôle critique des décisions rendues, notamment par la doctrine, est, lui aussi, indispensable et légitime. La seule crainte que l'on puisse avoir, c'est que cette discussion sur les libertés et la jurisprudence constitutionnelle ne s'effectue, en définitive, que dans un cercle relativement étroit et principalement celui des acteurs juridiques. Cette éventuelle limitation du débat démocratique dans ce domaine ne pourrait guère se justifier par la technicité des

34 Même l'existence d'un intérêt général n'est pas en soi suffisant pour justifier n'importe quelle restriction aux libertés. Par exemple, il y a sans doute un certain intérêt général à ce que les familles aient des enfants dans nos sociétés vieillissantes, mais seul un Etat dictatorial, comme la Roumanie d'avant la révolution de décembre 1989, pouvait fixer un nombre d'enfants minimum par femme mariée.

35 Parmi les valeurs que le juge constitutionnel doit sauvegarder, il y a naturellement le respect dû aux prérogatives du législateur dans un régime démocratique. Les choix des représentants des citoyens ne sauraient être contestés tant qu'ils ne portent pas atteinte aux valeurs fondamentales garanties par la Constitution.

problèmes soulevés. Car, pour l'essentiel, la question des droits et libertés demeure assez concrète. Cependant, à l'engouement de certaines parties du corps social pour l'affirmation de nouveaux droits, le juriste peut opposer quelques considérations de nature plus technique, susceptibles de mieux situer les perspectives du débat.

6. De l'engouement contemporain pour les libertés

Il n'est plus guère de mois sans qu'une déclaration de droits et libertés soit solennellement proclamée par des organismes publics ou privés, nationaux ou internationaux: déclaration des droits des enfants, voire des animaux ou de l'environnement, etc... Ces textes seront le plus souvent purement déclamatoires parce qu'ils ne s'imposent pas juridiquement aux Etats. Ils manifestent en tous les cas une espèce de frénésie contemporaine pour l'affirmation d'une multitude de droits nouveaux. Cet engouement paraît caractéristique des conceptions individualistes qui prédominent aujourd'hui dans les sociétés occidentales: au centre du «monde» il y a l'individu, sujet de droits qui en exige le respect tant par l'Etat que par la société. L'individu post-moderne, dont on a relevé le narcissisme[36], tend à méconnaître que les droits qui lui sont reconnus, le sont également à tous les individus placés dans la même situation que lui et qu'à ses droits correspondent nécessairement des devoirs pour autrui et inversement. Ainsi, par exemple, aux droits des malades correspondent nécessairement des devoirs pour les médecins et le personnel hospitalier. Chacun admettra volontiers avoir des droits, mais chacun est-il véritablement prêt à reconnaître les droits d'autrui? Le souci de soi contemporain semble peu soucieux des exigences des autres membres de la collectivité[37]. Par ailleurs, l'individu qui attend de l'Etat la création d'institutions et de services administratifs pour garantir ses droits, est-il prêt à payer le prix d'une probable hypertrophie de l'appareil étatique pouvant résulter de pareilles exigences? Et cette hypertrophie étatique et ce réseau dense d'obligations qui naîtraient de la consécration d'une multitude de droits ne pourraient-ils pas avoir des effets liberticides pervers?

Par comparaison avec l'ampleur apparente du discours sur les droits et

36 Cf. Gilles Lipovetsky: L'ère du vide, Paris 1983, p. 55 ss.

37 Cf. Alain Renaut: L'idée contemporaine du droit, in: Droits. Revue française de théorie juridique, no 10, 1989, p. 74: «...dans des sociétés où chaque individu tente de poursuivre en toute indépendance la réalisation de ses buts privés, il y a moins de tissu social et de plus en plus de conflits entre les intérêts particuliers.»

libertés dans la société, les juristes paraissent beaucoup plus réservés, notamment sans doute, en raison des craintes qui viennent d'être invoquées. Par ailleurs, n'est-il pas déraisonnable de consacrer des droits nouveaux alors que ceux actuellement proclamés dans les textes ne sont pas toujours garantis efficacement et cela même dans nos Etats de droit occidentaux? Tant d'exemples pourraient être donnés dans tous les domaines et à tous les niveaux. Des inégalités de traitement de nature raciste ou des atteintes injustifiables à l'intégrité corporelle, commis par des fonctionnaires de police trop souvent assurés de l'impunité. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse qui affirme que l'on n'a pas un droit constitutionnel indépendant à être traité sans arbitraire dans notre pays. La déclaration du Chef du Département fédéral de Justice et Police, actuel Président de la Confédération suisse, en automne 1989, selon laquelle, à l'avenir les personnes faisant usage de leurs droits fondamentaux ne seraient plus fichées par la police... Les obstacles procéduraux, financiers ou culturels – combien de millions d'illettrés, de chômeurs, aux Etats-Unis et en Europe? – qui empêchent de se défendre efficacement contre des atteintes aux droits fondamentaux et d'obtenir réparation des abus de pouvoir et des injustices que sécrètent nos sociétés.

Trop souvent, la réalité vient contredire l'optimisme des discours idéalistes sur nos Etats de libertés et de justice sociale. Trop de personnes ne disposent pas du minimum vital dans nos pays dits riches pour que l'on puisse considérer que la dignité humaine est assurée à chacun.

C'est pourquoi, à l'idéalisme de certains, il faut sans doute préférer le réalisme de ces juristes anglo-saxons pour qui il n'est pas de droit sans moyen effectif de le faire valoir («No right without remedies»). Tout discours politique ou social sur les libertés qui méconnaît cette réalité me paraît dangereusement aveugle ou lénifiant. Et avant de proclamer à tous vents de nouveaux droits, il faut d'abord chercher à rendre plus effectifs ceux qui sont actuellement garantis. Puis réfléchir aux conséquences complexes de la consécration juridique de nouvelles libertés.

7. Conclusion

En arrivant au terme de cet article, je suis bien conscient de quelques – unes de ses lacunes. Parlant de la liberté chez les juristes, il aurait notamment été intéressant de montrer comment se constitue le corps des acteurs juridiques qui exercent une influence réelle sur la conception des droits fondamentaux; ou le caractère politique plus ou moins marqué, mais pas forcément illégi-

time[38], des nominations de juges ou de professeurs de droit. Il aurait aussi fallu montrer par quels moyens subtils la doctrine juridique tend à assurer sa cohérence. Mais une telle réflexion sur les acteurs juridiques attend encore son Pierre Bourdieu et des instruments d'analyse dont je ne dispose pas.

Une autre question à laquelle je ne puis répondre mais qui est centrale et devrait plus retenir l'attention, est celle de savoir si véritablement tous les membres d'une communauté peuvent également jouir des droits et libertés consacrés par un ordre juridique, comme par exemple les droits sociaux consacrés par la Charte sociale européenne, ou si le système ne fonctionne, d'un point de vue économique, que parce qu'un certain pourcentage de la population est en réalité dépourvue de droits, comme par exemple les travailleurs immigrés ou clandestins.

Enfin, permettez l'expression d'une dernière interrogation: en privilégiant un discours universaliste sur les valeurs individuelles, ne méconnaît-on pas qu'à côté des droits de l'individu, chaque communauté, notamment nationale, sécrète des valeurs collectives nécessaires à l'identité et à la cohésion du groupe? Le phénomène du bouc émissaire étudié par René Girard révèle un processus de rejet du corps social, de l'étranger ou du différent, afin de préserver la cohésion de ce corps social. Dès lors, plutôt que d'opposer des condamnations sans appel et des indignations aussi vertueuses que peu efficaces aux manifestations racistes qui semblent s'accroître dans nos sociétés, ne devrions-nous pas nous interroger plus avant sur ces phénomènes inquiétants? Certes, le racisme contredit frontalement notre idéologie des droits de l'homme, mais cela ne devrait pas nous rendre aveugles sur l'existence, dans nos sociétés, de courants, certes minoritaires, dont les valeurs reposent sur l'identité du groupe social, de sa culture, de sa langue, voire de sa race et qui font fi des idéaux d'égalité et d'universalisme qui fondent le discours contemporain des droits de l'homme. Droits de l'homme, droits du groupe: ces deux approches sont elles définitivement incompatibles?

Mais, pour ne pas conclure sur ces doutes, je voudrais exprimer une certitude. La problématique des libertés est un phénomène qui s'inscrit dans l'histoire et même s'il était vrai que l'histoire est aujourd'hui achevée parce que l'idéologie libérale règne en maître sur le monde, il n'est pas vrai que l'histoire des libertés puisse se figer au stade actuel de son développement. Car beaucoup reste à faire et les juristes ont une grande responsabilité pour que celles et ceux qui

38 Notamment, il serait absurde de nommer dans une cour constitutionnelle des juges extrémistes, de droite ou de gauche, qui refuseraient en bloc le modèle libéral des droits fondamentaux.

croient aux droits de l'homme ne s'en détournent pas un jour, déçus par les insuffisances ou le manque de substance concrète de cette idéologie humaniste qui paraît avoir survécu à toutes les autres. «Aujourd'hui comme demain, pour la conserver, la liberté est à conquérir.»

Liste des abréviations

ATF:	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
BVerfGE:	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cour eur D.H.:	Publications de la Cour européenne des droits de l'homme
U.S.:	United States Supreme Court Reports