

LIBERTES PUBLIQUES ET DROITS DE L'HOMME

QUATRIEME SEMESTRE

FILIERE DROIT PUBLIC

Pr. MAKOUDI OUAFAE

Année Universitaire

2016/2017

Introduction.

Une première remarque c'est que nous rencontrons plusieurs expressions. Ainsi si nous prenons l'exemple du Maroc nous avons un code des libertés publiques, un conseil national des droits de l'Homme et la constitution de 2011 consacre le titre II aux « libertés et droits fondamentaux » sans oublier de signaler à l'occasion que le ministère de la justice porte l'appellation officielle du « ministère de la justice et des libertés. » Ces différents termes ne sont certainement pas synonymes, sont – ils pour autant interchangeables ? Un arrêt sur la terminologie s'avère donc nécessaire, ce que à quoi nous consacrons cette introduction.

I - Liberté et droit :

Sans entrer dans les débats philosophiques que le terme liberté suscite et d'une manière simple nous dirons avec René Capitant que : « la liberté d'un être, c'est l'autodétermination de cet être. » La liberté est donc un pouvoir d'autodétermination que l'individu exerce sur lui-même. Un être libre est un être qui choisit son comportement personnel en dehors de tout déterminisme. La liberté en conséquence s'exerce dans l'indépendance c'est-à-dire qu'aucune intervention d'autrui n'est nécessaire ; ce qu'on demande à l'autre c'est de s'abstenir d'entraver l'exercice de notre liberté. La liberté ne crée envers autrui aucune obligation d'agir.

Le droit par contre peut être pris dans deux acceptions et couvrir deux types de pouvoirs. Il peut être un pouvoir d'autodétermination, dans ce cas il apparaît comme une liberté, libertés et droits sont synonymes ; ainsi on peut dire la liberté d'aller et de venir comme on peut dire le droit d'aller et de venir. Le droit est aussi un pouvoir que l'Homme exerce sur autrui. Dans ce cas il se différencie de la liberté car il exige de l'autre un comportement positif. Ainsi on parle d'un droit au travail, d'un droit à la santé..., ces droits ne sont pas des libertés.

La liberté est un pouvoir d'autodétermination que l'homme tient de sa nature, elle existe en dehors de toute consécration par l'Etat. Le droit par contre est une créance, il nécessite l'intervention de l'Etat. Certes l'Etat intervient aussi en matière des libertés mais seulement pour les organiser c'est-à-dire permettre leur exercice simultanément par tout le monde et concilier leur exercice avec les impératifs de la vie en société.

II - Libertés publiques et droits de l'Homme.

1- L'expression « droits de l'Homme » dans l'acception que nous lui donnons de nos jours remonte au XVIII^e siècle et la philosophie des lumières. L'idée à la base de cette notion c'est que l'Homme de par sa nature a des droits qui sont inaliénables car ils constituent sa propriété personnelle. Ces droits que l'Homme tient de sa nature existent en dehors de toute consécration étatique. En conséquence, ces droits s'imposent et ont un caractère obligatoire même s'il n'y a pas un texte de droit : la seule affirmation leur donne un caractère obligatoire.

La notion droits de l'Homme introduit aussi une idée d'universalité : la nature humaine est partout la même, les droits de l'Homme sont en conséquence, communs à tous les Hommes.

Ceci donc explique pourquoi la notion reste largement utilisée dans les documents internationaux aussi bien universels que régionaux.

2- Les libertés publiques est une expression propre à la terminologie juridique française. Elle a été employée dans des textes y compris constitutionnels.

L'expression « libertés publiques » est utilisée, d'une part, pour rendre compte de la consécration juridique des droits de l'Homme. En effet l'adjectif « public » a pour rôle de montrer que les libertés sont reconnues et protégées par l'Etat. D'autre part l'expression « libertés publiques » montre que les droits reconnus font partie du droit applicable dans un Etat. De ce fait elles sont opposables à la puissance publique essentiellement à l'administration car généralement c'est le législateur qui leur accorde la consécration juridique. Les libertés publiques ont un statut législatif.

3- Les droits fondamentaux : la notion de « droits fondamentaux » revient à la tradition constitutionnelle allemande. Utilisée pour la première fois dans la constitution allemande du 28/mars/1848 dans une section VI, reprise dans la seconde partie de la constitution de Weimar de 1919, elle occupe une place de choix dans la loi fondamentale de la république fédérale allemande de 1949 puisque 19 articles relatifs aux droits fondamentaux sont placés à la tête de la constitution. Par la suite plusieurs autres Etats européens à l'instar de l'Espagne, la France, la Suède vont utiliser l'expression de libertés et droits fondamentaux qui sera reprise aussi par des textes internationaux.

Comment distinguer les libertés et droits fondamentaux des autres notions qu'est ce qui fait la spécificité de cette notion ? En d'autres termes quel est le critère de la fondamentalité ?

Pour répondre à cette question la doctrine est divisée entre deux courants. Le courant qui privilégie la conception formelle et considère que ces droits sont fondamentaux car ils sont rattachés à une norme de degré supérieur c'est-à-dire la

constitution ou des dispositions internationales. Ce rattachement à une norme de degré supérieur explique que ces droits et libertés bénéficient d'une protection complétée non seulement à l'égard de l'administration mais à l'égard de tous les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Le courant qui privilégie la conception matérielle, les droits fondamentaux sont considérés comme tels eu égard à l'importance qu'ils représentent pour la société.

A retenir :

Les droits de l'Homme sont des droits inhérents à la nature humaine que chaque individu peut découvrir en lui-même grâce à sa faculté raisonnante. Les droits de l'Homme existent en dehors de toute consécration juridique.

Les libertés publiques désignent une consécration juridique des droits de l'Homme caractérisée par la place et le rôle de la loi. Les libertés publiques ont un statut législatif et sont opposables essentiellement au pouvoir exécutif.

Les libertés et droits fondamentaux ont une consécration constitutionnelle et sont opposables à tous les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Chapitre 1: Les droits de l'Homme: des adhésions différentes pour un idéal universel

De nos jours on peut affirmer sans risque d'être contredit que malgré les atteintes aux droits de l'Homme que nous observons quotidiennement à travers le monde, existe un discours universel pour un idéal universel des droits de l'Homme. Mais derrière cette universalité de discours et d'idéal se profilent des différences de taille quant aux acceptions et aux adhésions.

Section 1 : Des adhésions différentes :

Le code d'Hammourabi (1730 avant notre ère), le cylindre ou la charte de Cyrus Le Grand fondateur de l'Empire perse, le confucianisme en Chine, les religions monothéistes ont tous fait circuler l'idée de droits individuels. Mais l'idée de droits attachés à un Homme abstrait et la notion des droits de l'Homme sont apparues dans l'occident libéral du 18^{ème} siècle. Après la deuxième guerre mondiale, la notion et les idées qu'elle circule seront repris par des documents internationaux puis régionaux mais au prix de plusieurs adaptations.

§- 1 - La conception occidentale des droits de l'Homme.

Les droits de l'Homme en occident sont le résultat d'une double évolution : évolution de la pensée philosophique et évolution d'un processus politique.

A- L'évolution de la pensée philosophique :

Les fondements intellectuels des droits de l'Homme sont à trouver dans la philosophie individualiste, libérale qui met l'accent sur une sphère d'autonomie c'est-à-dire une sphère dans laquelle l'individu peut agir en dehors de toute contrainte sociale. Considérée de la sorte, l'idée des droits de l'Homme en occident est le résultat d'un triple rejet : rejet du holisme des cités grecques et romaines : en effet les cités grecques comme les cités romaines connaissaient seulement les libertés politiques donc les libertés de participer à la gestion de la cité. L'idée d'individu autonome était inexistante ; rejet de la hiérarchie ecclésiastique et rejet des inégalités et privilèges de l'ancien régime. Certes les cités gréco-romaines et le moyen âge ont connu les libertés mais elles avaient deux caractéristiques : elles étaient inégalitaires et collectives, c'est-à-dire que les libertés étaient reconnues non à des individus autonomes mais à des groupes

entiers : l'individu n'avait pas de liberté ; l'idée même d'individu était méconnue. Elle surgit suite à une longue maturation intellectuelle.

1- La maturation intellectuelle qui a mené aux droits de l'Homme en occident

a- L'influence de la religion chrétienne : la religion chrétienne est considérée comme une source indirecte à la théorie des droits de l'Homme car son rôle a été de former les mentalités pour une nouvelle conception de l'Homme. Son apport se résume en :

❖ introduire l'idée du vouloir et de la volonté car le monde est créé par un acte de volonté de Dieu, l'Homme étant créé à l'image de Dieu, lui aussi est doté de volonté ;

❖ l'idée de la dignité humaine car l'Homme est une créature de Dieu, il est donc digne de respect en dépit de ses appartenances ;

❖ l'idée de l'existence d'une sphère propre à l'individu, une sphère d'autonomie car la formule évangélique « rendre à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu » suppose que tout ce qui concerne la conscience échappe au pouvoir ;

❖ l'idée de la limitation du pouvoir car la dualité temporel/spirituel veut dire que le domaine de la conscience religieuse est soustrait à l'autorité de l'Etat. Le pouvoir est donc limité et l'individu est en droit de désobéir lorsque le pouvoir dépasse ses limites ;

❖ l'idée de la légitimité de la résistance à l'oppression.

b- L'apport des philosophies nominalistes et subjectivistes.

La philosophie nominaliste est d'abord une philosophie de la connaissance fondée au 13^{ème} siècle sur le principe « le particulier existe et le général n'est qu'une invention humaine établie pour une commodité de réflexion et de communication » Appliqué à l'organisation sociale, le courant nominaliste avec Pierre Abélard et Guillaume d'Occam envisage l'individu de manière singulière c'est-à-dire de lui-même et par lui-même indépendamment de toute référence ou appartenance à un groupe quelconque. Pour les nominalistes il n'y a que les individus, la société ou tout autre collectif n'est pas naturelle elle est une création des individus. En conséquence tout commence par l'individu. Dès lors il est nécessaire de l'affranchir de son statut d'élément de l'Univers dans lequel la pensée antique le confine pour le mettre au centre et au début du tout social. La société gravite autour de l'individu et non le contraire et elle est créée par l'individu pour qu'elle soit au service de son autonomie et de son indépendance.

En résumé la pensée nominaliste a permis de dégager la notion d'individu qui en vertu d'un droit naturel a un pouvoir sur lui-même exprimé dans la liberté et la volonté.

Ceci va entraîner un changement dans la conception du droit. Le droit n'est plus ce qui est juste mais un pouvoir, une prérogative. L'individu parce qu'il est titulaire de ce pouvoir devient sujet de droit. Le nominalisme ouvre la voie au subjectivisme.

Le courant subjectiviste est fondé sur la notion de sujet c'est-à-dire un être pensant, conscient et autonome. La naissance de cette notion met fin à l'objectivisme qui a imprégné la pensée antique et médiévale et qui considérait que le monde était soumis à un ordre objectif qui existe en dehors de l'individu et auquel celui-ci était obligé de se soumettre pour ouvrir la voie à l'école du droit naturel moderne qui est un droit subjectif c'est-à-dire lié à la nature humaine.

2- Les fondements intellectuels immédiats :

a- L'école du droit naturel moderne : Le droit naturel classique c'est-à-dire antiquité et moyen âge médiéval était objectif fondée sur l'existence d'une Nature qui obéit à un ordre rationnel que l'Homme doit respecter pour préserver l'Harmonie du Cosmos. Le droit naturel moderne est un droit subjectif, il rejette l'idée d'un droit à découvrir dans la nature des choses pour promouvoir l'idée d'une nature humaine abstraite à partir de laquelle tout droit peut être construit. Le droit naturel est donc un droit inhérent à la nature humaine qu'on peut découvrir par l'usage de la raison. Il est antérieur à la société et en conséquence lui est opposable. (initié par les théologiens de l'école de Salamanque essentiellement Vittoria et Suarez au 15^{ème} et 16^{ème} siècle, l'idée est reprise par Grotius et Pufendorf qui vont donner un fondement rationnel au droit naturel ce qui va le libérer de l'idée religieuse)

b- L'école du contrat social : Du moment où l'individu devient premier et que la société ne lui est plus antérieure se pose une question évidente celle de savoir comment organiser la vie des hommes en société sans que leurs droits individuels soient sacrifiés aux contraintes sociales. L'école du contrat social essentiellement les auteurs anglais vont répondre à cette question et poser à l'occasion la problématique de la relation entre les droits naturels de l'Homme et le pouvoir. Plusieurs versions du pacte social existent mais celle qui mène aux droits de l'Homme est celle de Locke exposée dans « L'essai sur le gouvernement civil » Locke comme Hobbes pense que l'ordre social est fondé sur un pacte. Mais contrairement à Hobbes, Locke considère que pour fonder l'ordre social, l'Homme n'a pas renoncé à tous ses droits il a renoncé seulement à ceux qui sont nécessaires pour la vie en société. L'objet du pacte est justement de montrer les droits auxquels l'Homme renonce et ceux qu'il se réserve car il ne peut les aliéner, ce sont les droits qu'il tient de sa nature et qui sont opposables au pouvoir.

L'école du contrat social considère que le pouvoir est contraire à la liberté, comment les concilier ? C'est la question à laquelle va répondre la philosophie des lumières.

c- La philosophie des lumières : elle constitue la source théorique immédiate. Son influence sur les révolutionnaires français était fondamentale.

Montesquieu a influencé la pensée révolutionnaire par deux moyens : sa conception de la loi et la séparation des pouvoirs. Pour ce qui est de la loi, Montesquieu la considère comme étant l'ensemble des rapports nécessaires qui découlent de la nature des choses. De cette définition découlent deux conséquences. La première c'est que la loi politique pour Montesquieu a le même rôle que la loi physique : en ce sens que la loi ne cherche pas à changer la société mais seulement à la décrire. La deuxième conséquence qui intéresse nos propos c'est que la loi n'est pas absolue, c'est une loi d'adaptation sociale. Il est donc possible de la contester au nom de son inadaptation sociale. Pour ce qui est de la séparation des pouvoirs elle constitue pour Montesquieu le moyen de garantir l'exercice de la liberté. En effet si tous les pouvoirs sont cumulés par une seule personne ou une seule institution il n'y a plus de liberté. Avec la séparation des pouvoirs entre législatif, exécutif, judiciaire, chacun d'eux exerce ses prérogatives et le pouvoir arrête le pouvoir.

Pour concilier entre pouvoir et liberté Rousseau part des postulats de base de l'école du contrat social et considère que l'ordre social est fondé sur un contrat social. Pour la conclusion de ce contrat l'Homme renonce à tous ses droits. En conséquence les hommes au sein de la société se trouvent égaux comme dans l'état de nature , et par conséquent aucun ne peut imposer sa volonté aux autres ; aucun n'est subordonné à un autre ; les hommes sont libres et cette liberté est fondée sur l'égalité. Le pouvoir dans cette société d'égaux se trouve dans la volonté générale à laquelle les hommes ont décidé de se soumettre par le contrat social. En obéissant à la volonté générale chacun fait ce qu'il a choisi et n'obéit en fin de compte qu'à lui-même car il a participé à la formulation de la volonté générale. La liberté pour Rousseau est préservée par la participation. L'expression de la volonté générale c'est la loi qui ne peut être oppressive et devient le seul moyen de protéger les libertés.

B- L'évolution politique :

parallèlement à l'évolution des idées les droits de l'Homme en occident ont été aussi le résultat d'un mouvement historique marqué par plusieurs événements à l'occasion desquelles ont été adoptés plusieurs textes toujours en vigueur et considérés par l'occident comme étant des textes de référence en matière des droits de l'Homme.

1- Les textes anglais :

❖ La Magna Carta de 1215 : arrachée au roi Jean sans terre par ses barons. Elle reconnaît en faveur des barons et des hommes et des hommes libres le principe du

consentement à l'impôt, le droit de n'être jugés que par leurs pairs, selon un principe de légalité, ainsi que le droit d'aller et de venir.

❖ La pétition des droits de 1628 présenté au roi Charles 1^{er} Stuart par les deux chambres du parlement ; ses onze articles prohibaient les arrestations et les détentions illégales. Il n'a duré que deux ans.

❖ Le Habeas Corpus 1679 : constitutionnalise la pétition ; il dispose que tout homme arrêté a le droit d'être présenté dans les trois jours à un juge qui statue sur la légalité de son arrestation et en cas d'actes arbitraires, cette procédure protectrice garantit des dommages et intérêts et la sanction des responsables.

❖ Le Bill of Rights de 1689 imposé par le parlement de Westminster à Guillaume III d'Orange qui a été contraint de le signer avant son couronnement. Le bill rappelle les droits traditionnels du peuple anglais et de ses représentants. Il met fin au concept de royauté de droit divin et subordonne l'autorité royale à la loi car il stipule que le roi ne peut plus suspendre l'application d'une loi ou ne pas appliquer une loi. La loi donc est au dessus de tout, ce qui marque la naissance de la monarchie parlementaire.

Les documents anglais s'adressaient aux citoyens anglais et étaient le produit de circonstances propres à l'Angleterre mais leur apport est certain par la place accordé au droit, le fait de présenter des documents écrits et l'association qu'ils ont fait entre le respect des droits de l'Homme et la limitation du pouvoir royal.

2- Les documents américains :

à partir du 17^{ème} siècle plusieurs textes ont été adoptés, ils reconnaissent des droits aux colons d'Amérique. Le plus connu reste la déclaration des droits de Virginie du 12 juin 1776. La déclaration de Virginie est un texte de 18 articles dans lequel les rédacteurs reconnaissent le caractère naturel et abstrait des droits de l'Homme : « tous les hommes sont par la nature également libres et indépendants et ont certains droits inhérents. » La déclaration précise que « le gouvernement est institué pour l'avantage commun, protection ou sécurité du peuple. » La déclaration de Virginie, malgré le fait qu'elle s'adresse à une société donnée, est rédigée dans des termes très universalistes qui seront repris par la déclaration d'indépendance américaine du 4 juillet 1776. En effet dans des termes très idéalistes la déclaration d'indépendance proclame une vérité évidente d'elle-même « que tous les hommes sont créés égaux, qu'ils sont dotés par leur créateur de certains droits inaliénables, et que parmi ces droits figurent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. »

Elan universaliste, le terme déclaration, l'importance de l'écrit, le relief important donné à la limitation du pouvoir constituent les principaux apports des documents américains et qui vont ouvrir la voie à la déclaration française.

3- La déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen :

Premier texte adopté par une assemblée constituante. Elle reste marquée par son caractère philosophique et universaliste qui lui a permis une large diffusion.

La déclaration contient 17 articles. La liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété et la résistance à l'oppression constituent les principaux droits proclamés par la déclaration. Ainsi l'article 1 rappelle que « les hommes naissent libres et égaux en droit. » L'article 4 définit la liberté : « la liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas à autrui. » Elle ne s'arrête que là où commence celle d'autrui. En dehors de cette limite, seul le législateur peut déterminer d'autres bornes à la liberté et ce selon les termes de l'article 5 qui stipule que « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »

La déclaration présente plusieurs caractéristiques. Ainsi elle reste marquée par son individualisme car elle ne reconnaît des droits qu'aux individus et les libertés collectives sont ignorées. De même le légicentrisme de la déclaration est frappant : la loi traverse tout le texte : elle fixe les droits et leurs limites ; elle défend et réprime ; elle fixe l'ordre public. En résumé la déclaration est une réaction contre les maux de l'ancien régime c'est-à-dire les privilèges, l'arbitraire, le poids des impôts, les ordres et les corporations. C'est pourquoi l'article 16 pose les principes de l'organisation de l'Etat et affirme que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. »

C- Les présupposés à la base de la conception occidentale :

La conception occidentale telle que nous en avons tracé l'évolution suppose :

- ❖ La place centrale accordée au droit comme instrument au service de la liberté. Le droit est le moyen mis à la disposition de l'Homme pour protéger ses droits. Les droits de l'Homme procèdent à une juridicisation des rapports sociaux verticaux comme horizontaux.

- ❖ La place centrale accordée à l'individu. La théorie des droits de l'homme est une théorie individualiste, en ce sens que l'individu est placé au centre de la société : celle-ci est créée par l'individu et pour l'individu.

- ❖ La liberté comme valeur suprême exprime l'autonomie de l'individu face à l'Etat.

- ❖ La conception occidentale a été construite en réaction à des régimes despotiques, c'est pourquoi certaines libertés ont une valeur exceptionnelle : la conscience, l'expression, l'intégrité physique, la sûreté, la vie privée.

D- L'évolution de la conception occidentale :

1- L'évolution sociale :

Les libertés proclamées dans les déclarations étaient des libertés formelles ; sous l'influence de plusieurs courants de pensée essentiellement la pensée marxiste d'autres droits qui touchent de près aux conditions matérielles de l'homme seront réclamés ouvrant ainsi la voie à une autre génération des droits de l'homme.

Le britannique Edmund Burke (1729-1797) critiquait le caractère trop abstrait des droits réclamés par les révolutionnaires de 1789 et prônait la reconnaissance de vrais droits tels que le droit à l'éducation, le droit à la justice ou la liberté d'entreprendre. Les sociaux démocrates sont contre l'individualisme de la déclaration de 1789 et réclament une société fondée sur la démocratie politique mais dans laquelle l'Etat joue un rôle de premier plan dans la satisfaction des exigences des individus. Ils prônent un modèle fondé sur les prestations de l'Etat ouvrant ainsi la voie aux droits créances.

La critique la plus virulente est certainement la critique marxiste. Elle est basée sur trois idées. La première idée c'est que les marxistes refusent l'existence d'une idée abstraite de l'Homme. L'homme pour les marxistes est le reflet de son histoire, en conséquence il ne peut y avoir de droits universels. Les droits de l'homme proclamés en 1789 reflètent un moment donné de l'histoire qui correspond à la montée en puissance d'une nouvelle classe : la bourgeoisie ; les droits de l'homme sont un moyen qui permet à cette nouvelle classe de vaincre l'ordre antérieur et d'asseoir sa domination. La deuxième idée c'est que les marxistes considèrent que les droits proclamés par les déclarations sont des droits formels, ils n'ont de sens que pour les concernés. Pour que ces droits soient réels il faut assurer à chacun les conditions matérielles nécessaires. En conséquence, les marxistes prônent de nouveaux droits à côté des libertés classiques tels que le droit au travail, à la santé, à l'éducation... les droits qui forment la 2^{ème} génération des droits de l'Homme. la troisième idée des marxistes c'est que la liberté n'est pas antérieure à la société ; au contraire la liberté réelle c'est la liberté de tout le monde non seulement de certains et elle ne s'exerce que dans une société où il n'ya pas d'appropriation des moyens de production c'est-à-dire une société sans classe. Etant donné que cette société n'existe pas il faut donc commencer par la construire. La liberté donc pour les marxistes n'est pas une donnée naturelle comme pour les libéraux mais elle est le résultat d'une conquête et d'une révolution.

Sous l'influence de ces idées le libéralisme classique va évoluer vers un libéralisme moderne imprégné de trois caractéristiques. La première caractéristique c'est que le libéralisme moderne accepte l'intervention de l'Etat et même la sollicite. D'une part parce que les hommes en société ne sont pas égaux et ne vivent pas dans une situation de parfaite égalité matérielle ; le jeu des libertés auquel renvoie le libéralisme

classique peut entraîner des situations d'oppression contre lesquelles il faut dresser l'Etat. D'autre part parce que seul l'Etat est capable de réaliser une justice sociale avec l'apparition des droits-créances et des droits reconnus aux catégories défavorisées. La deuxième caractéristique c'est que le libéralisme moderne admet l'idée de limites à la liberté et refuse l'idée de liberté absolue ou d'une sphère individuelle dans laquelle toute intervention étatique est interdite. Les libertés doivent être limitées soit pour protéger la liberté des autres, soit pour protéger l'individu lui-même soit pour protéger l'ordre public. La troisième caractéristique c'est que le libéralisme moderne lie entre le respect des droits de l'homme et la démocratie libérale politique fondée sur la souveraineté du peuple ou la nation, le pluralisme politique, l'institutionnalisation du pouvoir, la primauté du droit, la reddition des comptes.

2- La relation avec l'église catholique :

L'Eglise notamment catholique est longtemps restée hostile à la philosophie des droits de l'homme et ce pour plusieurs raisons. D'abord, pour l'église comme pour toutes les religions les droits de l'homme sont d'origine divine ; ensuite, parce que l'église n'a pas accepté l'idée que l'individu puisse renoncer à certains droits que Dieu lui accorde ; en 3^{ème} lieu l'église n'admet pas l'idée d'un droit de propriété absolu car pour elle il y a une destination universelle des biens donc tout doit être partagé, l'appropriation individuelle reste possible à condition qu'elle ne nuise pas à autrui. Cette attitude hostile a eu pour résultat que l'église est restée à la marge de l'évolution politique du 19^{ème} et 20^{ème} siècle. En conséquence un rapprochement a été remarqué avec Léon XIII qui par une action en faveur des classes modestes a rapproché l'action sociale de l'église de l'idée de droits innés à chaque homme. La défense du principe de la dignité au travail a permis à l'église de construire une doctrine sociale considérée comme un premier pas vers le ralliement à la théorie des droits de l'homme. Dans un 2^{ème} temps l'église avec Vatican II va reconnaître l'idée des libertés individuelles mais en introduisant l'idée de l'inventaire. Le grand pas vers le ralliement sera l'œuvre du pape Jean Paul II qui a considéré la Déclaration universelle des droits de l'homme comme un bien commun de l'humanité. Ce rapprochement a été possible car la religion chrétienne sépare entre le temporel et le spirituel ce qui a permis à l'église de ne pas s'immiscer dans les affaires temporelles et a permis au pouvoir politique de construire une conception de la laïcité qui confine la religion dans la sphère privée. Reste à remarquer que le rapprochement ne veut pas dire symbiose philosophique mais seulement que l'église a su intégrer l'idée des droits de l'homme.

3- Et lorsque les droits de l'homme deviennent un critère d'adhésion :

après la seconde guerre mondiale un mouvement de diffusion de la notion et de l'idéologie des droits de l'homme commence avec l'adoption de la déclaration universelle. Simultanément est apparu un mouvement régional avec l'adoption de textes régionaux et la mise en place de systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Le conseil de l'Europe crée en 1949 est à l'origine de ce mouvement. Le conseil de l'Europe a été créé pour affirmer et protéger la communauté des valeurs de ses membres fondée sur la liberté individuelle, les libertés politiques et la prééminence du droit. Selon ses statuts notamment les articles 1 et 3 « le conseil a pour but de réaliser une union plus étroite entre ses membres, la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales est l'un des moyens de réaliser cette union » « tout membre du conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prédominance du droit et le principe en vertu duquel toute personne doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. » Le respect des droits de l'homme selon le conseil de l'Europe est une condition d'adhésion. Dans ce cadre le conseil de l'Europe adopte le 3 septembre 1953 la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La convention européenne est un document réparti en deux parties. La première partie de l'article 1 à 18 concerne les droits reconnus, la deuxième partie concerne le système de protection. La déclaration est complétée par des protocoles additionnels.

Dans son premier article, la convention énonce que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés reconnus au titre 1 de la convention ». En conséquence la convention ne prévoit aucune discrimination et s'applique non seulement aux nationaux mais aussi aux étrangers ou encore aux apatrides. La convention de plus s'applique même aux personnes morales.

Le titre I de la convention européenne expose les principaux droits reconnus, il s'agit du droit à la vie, interdiction des traitements inhumains et dégradants, interdiction de l'esclavage, du travail forcé, protection de la sûreté, le droit à un procès équitable, principe de la légalité des délits et des peines, respect de la vie privée, liberté de pensée

de conscience et de religion, liberté d'expression, de réunion, liberté de mariage, droit au recours effectif, principe de non discrimination.

La convention européenne ne parle pas aux Etats car selon les termes même de la convention elle reconnaît à toute personne, donc la convention impose les droits de l'homme aux Etats. La convention n'est pas un énoncé de principes mais un texte juridique qui définit les droits et les libertés, précise les garanties, délimite le champ d'application et définit les restrictions. La convention reste toujours caractérisée par le système avancé de protection qui est un système juridictionnel fondé sur l'existence d'une cour appelée cour européenne des droits de l'Homme que les personnes peuvent saisir pour faire prévaloir leurs droits même contre leurs Etats.

En conséquence, avec la convention européenne les droits de l'homme ne sont plus une aspiration généreuse mais constituent une obligation : l'obligation droits de l'homme. Les droits de l'homme donc sont devenus un standard international qui explique l'adhésion unanime, au moins dans le discours et ouvre la voie à des pratiques qui étaient inexistantes avant celles d'imposer la clause droits de l'homme dans plusieurs accords tels que les accords de libre échange, les accords d'investissements ou les aides internationales.

Le discours occidental actuel sur les droits de l'homme : se considérant comme le berceau des droits de l'homme l'occident se dote d'un statut avancé, un statut de montreur de conduite dans le domaine et se voit comme une forteresse menacée par :
L'intégrisme religieux essentiellement l'intégrisme islamique ;
La contestation extrémiste essentiellement les mouvements d'extrême droite qui tentent à faire prévaloir une conception du politique fondée sur la discrimination et l'exclusion ;
La dérive sécuritaire remarquée après les attentats terroristes et la crise de l'Etat providence.

§2- l'adhésion africaine : la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples :

La charte africaine a été adoptée en 1981 par l'organisation de l'unité africaine (devenue union africaine) La lecture de la charte nous montre que les africains, en matière des droits de l'homme, adhèrent à l'universel même imprégné d'une touche occidentale mais posent une empreinte africaine.

L'adhésion à l'universel : elle se manifeste dans le fait que la charte africaine reprend pour son compte l'acquis normatif international c'est-à-dire les droits reconnus par d'autres instruments internationaux : la déclaration universelle des droits de l'homme et d'autres déclarations. Ainsi le chapitre 1 de la première partie est réservé aux droits individuels soit 16 articles (2à 18) dans lesquels sont reconnus les principes de base des droits de l'homme, les droits politiques et les droits économiques, sociaux et

culturels. (Egalité et non discrimination, protection de la personne humaine, le droit à la vie, l'intégrité de la personne, l'interdiction de la torture et de l'esclavage, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit à la justice, à un procès équitable, la légalité des peines, la liberté de mouvement, la liberté de conscience, l'information, les libertés collectives d'association et de réunion ainsi que les droits économiques et sociaux tels que le droit au travail, à une rémunération équitable, à la santé, à l'éducation...) Des lacunes sont à signaler : elles concernent l'abolition de la peine de mort, l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, le traitement des détenus, et certains droits matrimoniaux, la nationalité, le droit de ne pas être expulsé de son territoire.

L'adhésion à l'universel se remarque aussi dans le système de protection choisi. D'abord la charte africaine a prévu la constitution d'une commission des droits de l'homme, puis par la suite une cour africaine des droits de l'homme a été instituée permettant à l'Afrique d'avoir une protection juridictionnelle à l'instar des continents américain et européen.

L'empreinte africaine : cette empreinte africaine se remarque à plusieurs niveaux : La charte africaine porte l'appellation de charte africaine des droits de l'homme et des peuples, donc les africains lient entre ces deux droits et considèrent que les droits des peuples sont une condition nécessaires à la réalisation des droits de l'homme. Ainsi le §6 du préambule de la charte reconnaît que « la réalité et le respect des droits du peuple doivent nécessairement garantir les droits de l'homme. »

La charte africaine défend une conception globalisante des droits de l'homme qui insère dans un seul instrument les droits de l'homme, les droits des peuples, les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels et les devoirs. De ce fait la charte africaine a procédé à une triple corrélation, corrélation entre les droits des peuples et les droits de l'homme, corrélation entre les droits civils et les droits économiques et corrélation entre les droits et les devoirs.

La charte africaine défend de nouveaux droits tels que le droit au développement (art 22), le droit à la paix (art 23), le droit à un environnement satisfaisant (art24) et lance de ce fait une nouvelle génération des droits de l'homme qu'on appelle la troisième génération.

La prise en compte des devoirs individuels puisque la charte établit une liaison étroite entre les devoirs et les droits. Ainsi la première partie de la charte porte le titre « des droits et des devoirs » et neuf articles sont consacrés aux devoirs des peuples et individuels. (devoirs envers l'Etat, la société, la famille, les valeurs culturelles africaines.)

§3 La relation mitigée du monde musulman avec la doctrine des droits de l'homme :

Concernant la pensée des droits de l'homme, le monde arabo- musulman a une double attitude : celle d'établir un parallélisme entre les documents internationaux notamment la déclaration des droits de l'homme de l'ONU et les droits en Islam, manière de montrer que les principaux droits reconnus de nos jours ont déjà été consacrés par l'Islam, et celle de se démarquer des documents universels existants et de revendiquer un particularisme dont les fondements se trouvent dans les préceptes de la religion musulmane.

Les instruments arabo-musulmans : pour les musulmans, l'islam est une religion de droits qui a devancé de plusieurs siècles l'occident dans la reconnaissance de droits fondamentaux. Les musulmans défendent l'idée de l'existence d'une conception islamique des droits de l'homme fondée sur la dignité, l'égalité, la liberté, le pouvoir limité, la justice et le droit de propriété. Les instruments adoptés que ce soit dans le cadre de l'Organisation de la conférence Islamique, ou au niveau de la ligue arabe soit au niveau d'organisation non gouvernementale comme le conseil islamique d'Europe ont justement pour but de montrer les droits que l'Islam reconnaît.

Ainsi, la déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam adoptée par L'OCI en 1990 regroupe les droits civils et politiques (le droit à la vie :art 2, l'interdiction de la servitude, l'humiliation et l'exploitation :art 11, le droit au respect de la vie privée, familiale et le domicile : art 18, la liberté d'expression et d'information : art 22) Au total ce sont 16 articles qui sont consacrés à ces droits

La déclaration consacre aussi les droits économiques, sociaux et culturels (art 9, 13, 14, 15 et 16 : l'enseignement considéré comme devoir de l'Etat et la société, droit au travail et les garanties sociales pour les travailleurs, le droit de propriété.)

La déclaration reconnaît les principes du droit humanitaire (art 3)

La déclaration s'intéresse à certains phénomènes tels que la prise d'otage qu'elle interdit dans L'article 21

A plusieurs reprises, la déclaration mentionne les devoirs de l'Etat, la société, du peuple et de l'individu.

L'article 17 est consacré à un droit de la troisième génération le droit à un environnement sain.

A côté de la déclaration du Caire, existe pour le monde arabe la charte arabe des droits de l'homme adoptée dans le cadre de la Ligue arabe.

Ce rapprochement avec les dispositions universelles est mieux perçu au niveau de la déclaration islamique universelle des droits de l'homme élaborée par le conseil

islamique en Europe en 1981 qui défend les mêmes droits : droit à la vie (art 1), droit à la liberté (art 2), droit à la prohibition de toute discrimination(art 3), droit à la justice(art4), droit à un procès équitable (art5), le droit à la protection contre la torture (art 7), le droit d’asile(art 9), le droit des minorités(art 10), le droit à la participation à la conduite des affaires publiques(art 11), le droit à la liberté de croyance, de pensée et de parole (art 12), le droit à la liberté religieuse(art 13), le droit à la libre association(art 14), le droit à la protection de la propriété(art 16), le droit des travailleurs (art 17), le droit à la sécurité sociale(art 18), le droit de fonder une famille(art19), le droit à l’éducation(art21), le droit à la vie privée(Art 22), le droit à la liberté de déplacement et de résidence(art 23)

Les fondements du particularisme de l’Islam :

L’Islam est une religion messianique : en effet les musulmans pensent que le message de Mahomet est la continuation des autres messages révélés par les prophètes avant lui, mais le message de Mahomet est le dernier message, il est définitif et complet. Ainsi il est dit dans le Coran : « Aujourd’hui j’ai rendu votre religion parfaite, j’ai parachevé ma grâce sur vous, j’ai agréé l’Islam comme étant votre religion » Le message de l’Islam s’adresse à l’humanité entière, il est universel.

La nature de la norme en Islam : la norme en Islam est d’origine divine. La Shari’a est la seule source de référence. En conséquence, la reconnaissance des droits en Islam se base sur les règles de la Shari’a et dans les limites imposées par elle que le musulman ne peut transgresser sans remettre en cause sa foi.

En conséquence les musulmans ne peuvent se réclamer de textes autres que les textes religieux et ceci explique pourquoi les textes islamiques ne font pas référence aux documents onusiens et ce contrairement aux textes arabes qui essaient de réaliser un compromis entre les droits en Islam et les droits proclamés à l’échelle internationale.

Section 2 : un idéal universel :

Les droits de l’homme comme idéal universel a été posé d’abord par la charte de l’ONU dont le préambule proclame « la foi des Nations Unies dans les droits fondamentaux de l’homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine. » Plusieurs articles par la suite précisent que le rôle des Nations Unies est de développer et d’encourager « le respect universel et effectif des droits de l’homme et des libertés

fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. » Sur cette base a été adoptée en 1948 la déclaration universelle des droits de l'homme qui va jeter les bases du droit international des droits de l'homme et qui sera aussi l'expression de cet universalisme à atteindre.

§1- La déclaration universelle des droits de l'homme :

Le contenu de la déclaration :

Considérée comme le point de départ du droit international des droits de l'homme, la déclaration exprime aussi l'accord des Etats participants sur un idéal commun à atteindre par tous les peuples. Sur le plan juridique, la déclaration est une recommandation donc sans valeur contraignante, mais on lui reconnaît une valeur morale en raison de son contenu.

La déclaration est un document en 30 articles. Les deux premiers articles s'inscrivent dans une philosophie libérale et individualiste des droits de l'homme. Ainsi l'article 1 dispose que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. » L'article 2 complète le précédent en prohibant toute discrimination dans l'accès aux droits. Sur la base de ces deux articles sont reconnus : Les droits attachés à la personne, indispensables à l'exercice de tous les autres : droit à la vie, à la liberté, à la sûreté, interdiction de l'esclavage (art 3 à 11)

Les droits de l'individu dans ses rapports avec autrui : vie privée, liberté de circuler, droit à l'asile, à la nationalité, au mariage, à la propriété (art 12 à 17)

Les libertés publiques et politiques fondamentales pensée, conscience, religion, réunion, association, participation politique (art 18 à 21)

Les droits économiques et sociaux : droit au travail, droit à un salaire égal, droit syndical (art 22 à 27)

Parmi les innovations de la déclaration il y a l'affirmation de droits qui ne peuvent être satisfaits dans le cadre d'un seul Etat : droit à l'asile, droit de quitter son pays et d'y revenir, droit de se voir reconnaître en tous lieux une personnalité juridique.

La déclaration se termine par trois articles 28-29-30 qui font le lien entre l'individu et la société. Ainsi l'article 28 dispose que « toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés puissent y trouver plein effet. »

La signification de la déclaration :

La déclaration universelle des droits de l'homme est une consécration internationale de ces droits, elle traduit de ce fait :

Le dépassement d'un ordre juridique fondé sur la distinction entre ce qui est interne et ce qui est externe ; le droit international des droits de l'homme est un droit qui dépasse cette dualité.

Le dépassement du cadre étatique car le contenu des droits ne dépend plus seulement des textes nationaux mais aussi de textes internationaux.

L'apparition d'une protection internationale des droits de l'homme qui fait que les Etats ne peuvent plus se cacher derrière la souveraineté nationale pour porter atteinte aux droits.

§2 L'universalisme en droit de l'homme :

En matière des droits de l'homme l'universalisme peut être compris de deux manières soit comme universalisme des droits soit comme universalisme du sujet des droits :

L'universalisme des droits : c'est l'acception classique de l'universalisme défendu par les révolutionnaires français dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Selon cette acception les droits de l'homme sont les mêmes en tout temps et en tout lieu car ce sont des droits inaliénables et sacrés. Les droits donc sont les mêmes pour tous les hommes et ils ont vocation à s'appliquer à tous les Etats.

L'universalisme du sujet des droits : dans cette acception c'est la personne humaine qui est universelle. Ceci va avoir deux conséquences. La première c'est qu'un Etat lorsqu'il adhère à un instrument international des droits de l'homme cela veut dire qu'il entend garantir ces droits à toutes les personnes aussi bien les nationaux que les étrangers. La deuxième c'est que tout sujet qui tombe sous sa juridiction sera traité comme sujet des droits de l'homme. L'universalité se comprend donc à l'intérieur d'un ordre juridique national et comprend tous les êtres humains. L'universalisme dans ce cas ne se confond pas avec l'internationalisation, il se confond plutôt avec la non discrimination.

L'universalisme c'est aussi cette adhésion universelle au discours des droits de l'homme. En effet de nos jours personne ne peut se déclarer prêt à renoncer volontairement aux garanties et protection contenues dans les instruments internationaux.

Les débats autour de l'universalisme :

Universalisme et catégorisation des droits de l'homme : en effet de nos jours il y a une volonté de renforcer les droits en les adaptant aux situations concrètes. En conséquence est apparue une multitude de catégories : femme, enfant, handicapés, minorités, étrangers, Travailleurs... et une multitude de textes les organisant. En conséquence, le slogan générique droits de l'homme n'est plus opérationnel, les droits

cessent de chercher une application universelle pour devenir des droits spécifiques, sur mesure qui s'appliquent à des catégories spécifiques.

Universalisme et relativisme culturel : le relativisme culturel est un concept né de l'anthropologie à partir de l'idée que toutes les cultures ont la même valeur. Les détenteurs de la théorie du relativisme culturel en matière des droits de l'homme défendent l'idée que la culture est une composante identitaire importante qu'on ne peut ignorer. En conséquence ils réclament un droit à la culture, un droit à la différence et défendent l'idée qu'il existe des particularismes culturels qui font que les droits : l'égalité, la liberté, la dignité ne sont pas vécus de la même manière par les différentes cultures. En conséquence, les détenteurs du relativisme culturel réclament à ce que chaque culture de façon endogène fait prévaloir sa propre conception des droits de l'homme. Les détenteurs du relativisme culturel contestent l'universalité de la déclaration des droits de l'homme de 1948 et pensent qu'elle est l'expression de la seule culture occidentale fondée sur la primauté de l'individu et que derrière la défense de droits universels se profile un néo-colonialisme occidental.

En réponse à ces allégations les défenseurs de l'universalisme soutiennent plusieurs idées. La première c'est qu'il existe une essence humaine qui transcende les particularismes culturels. La deuxième idée défendue par la suisse Jeanne Hersch qui invoque « l'exigence fondamentale que l'on perçoit partout » comme quoi quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est un être humain. Mireille Delmas Marty défend une troisième idée comme quoi il existe des principes directeurs communs mais qui seraient appliqués avec une marge d'appréciation nationale qui reconnaîtrait aux Etats un droit à la différence mais à condition de ne pas dépasser un certain seuil. En somme ce que les universalistes craignent c'est que les Etats se retranchent derrière les particularismes culturels pour commettre de graves atteintes aux droits de l'homme. C'est pourquoi leur attitude consiste à reconnaître la diversité culturelle vue comme une richesse, à reconnaître les droits culturels mais à condition qu'ils n'empiètent pas sur les droits de l'homme c'est-à-dire qu'en cas de conflit de droits les droits culturels ne peuvent être invoqués pour justifier les atteintes aux droits ; la primauté sera donnée aux droits.