

Droits et devoirs dans l'ordre républicain

Pierre Auriel

Les régimes des droits fondamentaux qui émergent des constitutions nationales ou des déclarations internationales de protection des droits adoptées à la sortie de la Seconde Guerre mondiale sont caractérisés par un principe d'inconditionnalité. Selon la formule de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, les États doivent reconnaître, « à toute personne relevant de leur juridiction, les droits et libertés » garantis par ce texte. Un retour des mouvements autoritaires ou totalitaires ne peut être prévenu qu'en protégeant les droits, indépendamment du statut juridique ou de la situation et des comportements matériels des individus¹. Toute exception à ce principe pourrait ouvrir une brèche autorisant la remise en cause arbitraire ou discriminatoire de l'égalité des libertés des individus.

Cette inconditionnalité de principe n'a jamais été entièrement concrétisée. Selon des modalités diverses, l'appartenance à des groupes sociaux jugés menaçant pour l'ordre social (les non-nationaux², les étrangers en situation irrégulière, les personnes sans domicile fixe ou les voyageurs, celles bénéficiant de l'assistance sociale ou celles exerçant une activité immorale, voire illégale³) peut empêcher de bénéficier des droits fondamentaux au même titre que le reste de la population. Or ce

1 - Rapport du sous-comité chargé de procéder à une étude préalable des amendements proposés par les membres du Comité d'experts (5 février 1950), Cour (77) 9.

2 - L'article 16 de la Convention européenne des droits de l'homme, adopté en même temps que son article 1^{er}, en est le meilleur exemple.

3 - Voir, par exemple, Pierre Auriel, « Aux marges de l'espace public : la participation des détenus au débat public », *Revue des droits de l'homme*, n° 19, 2021 ; P. Auriel, « Le prix de l'ordre. Droits et marginalité dans les lieux publics », *Esprit*, mai 2022.

conditionnement négatif des droits fondamentaux trouve une partie de sa justification dans une idée déployée au sein de nombreuses traditions politiques : la violation par un individu de ses devoirs vis-à-vis de la communauté doit le priver du bénéfice des droits qu'elle garantit⁴.

Un tel raisonnement est révélateur de l'ambivalence des droits et libertés dans les ordres juridiques contemporains : loin d'être uniquement une protection contre l'État, les droits fondamentaux sont également des outils employés par l'État pour garantir « *l'intégration républicaine*⁵ » des individus, ainsi qu'une responsabilité pesant sur eux vis-à-vis d'autrui et de la communauté à laquelle ils appartiennent.

Deux perspectives sur les devoirs et l'ordre social

La reconnaissance des droits fondamentaux n'implique pas une négation des devoirs pesant sur les individus. L'égalité protection des droits et libertés suppose nécessairement que les pouvoirs publics imposent des obligations afin d'éviter que les agissements d'autrui ne portent atteinte aux libertés fondamentales de chacun ou aux structures sociales et institutionnelles les protégeant. Toutefois, cette articulation entre les droits et les devoirs peut faire l'objet *a minima* de deux interprétations qui coexistent dans les ordres juridiques européens.

Dans la perspective libérale, l'organisation de la vie sociale par les pouvoirs publics doit être réduite au strict minimum. Selon l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits* ». La protection de l'ordre social consiste

4 - Voir Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère, *Le Procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2016.

5 - Jürgen Habermas, « Citoyenneté et identité nationale » [1990], dans *L'Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, trad. par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1998. Dans la suite de ce texte, l'adjectif « républicain » est employé par référence à la théorie politique républicaine, et par opposition – simplificatrice – à la tradition libérale. Il est indépendant de toute référence au régime politique des États concernés (au moins deux exemples employés concernent des régimes monarchiques). Toutefois, le moment de l'ordre républicain du début de la III^e République constitue une référence importante de cette réflexion puisqu'elle incarne les contradictions potentielles entre la protection de la République et la reconnaissance de principes libéraux.

seulement en une obligation pour chaque individu de ne pas violer des règles édictées par les pouvoirs publics, s'appliquant à l'ensemble des sujets de droit et visant à protéger l'intérêt général et les droits d'autrui. En dehors de ces exigences minimales, les opinions et les comportements relèvent d'une sphère de liberté qui doit être à l'abri de toute intervention étatique. Un comportement ou des opinions révélatrices d'une indifférence à la préservation de ces principes, mais ne causant aucun préjudice direct, ne doit avoir aucune incidence sur la protection des droits.

Pour certains, ce modèle est insuffisant, voire contradictoire. Les droits et libertés fondamentaux ne pourraient être effectivement garantis qu'au sein d'une communauté dont chaque membre doit être solidaire. L'intégration des individus dans un ordre républicain, à la fois social et politique, et leur volonté de rechercher l'intérêt général, à rebours si nécessaire de leur intérêt personnel, constitueraient l'arrière-plan indispensable à la préservation d'une liberté qui ne peut être que commune⁶. Chacun des membres de la communauté doit agir en faveur de l'intérêt général. Sans le respect d'un tel devoir civique, les individus poursuivraient, sous couvert de leurs libertés personnelles, des intérêts purement égoïstes.

Dans le cadre de la modernité politique et du système capitaliste, l'émancipation progressive des individus vis-à-vis des communautés établies rendrait problématique cette intégration. Certains groupes sociaux, subissant une désaffiliation économique, sociale, culturelle ou politique, seraient faiblement intégrés et ne seraient plus solidaires du reste de la communauté. Sans porter directement atteinte aux intérêts d'autrui ou à l'intérêt général, leurs comportements et leurs opinions pourraient être délétères pour l'ordre social et politique. L'interdiction faite à l'État de contrôler le respect des valeurs civiques ainsi que des pratiques en faveur de l'intérêt général empêcherait de garantir leur intégration dans la communauté et donc le maintien de cet ordre républicain.

Par conséquent, des mécanismes sociaux et institutionnels adéquats doivent être mis en place pour lutter contre la désaffiliation de ces groupes dont l'identité, la situation, les opinions ou les manières pourraient constituer une violation des devoirs républicains. En particulier,

6 - Philip Pettit, *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement* [1997], trad. par Patrick Savidan et Jean-Fabien Spitz, Paris, Gallimard, coll. « NRF Essais », 2004.

il est possible de conditionner le bénéfice des droits fondamentaux au respect préalable de ces devoirs. En effet, le risque d'une privation des droits et libertés de celui dont le comportement ou les opinions ne sont pas conformes à l'intérêt général peut être une incitation forte à l'adoption d'un comportement civique et solidaire. En focalisant ces dispositifs sur les groupes les plus désaffiliés, ils deviennent un levier puissant de garantie du maintien de l'ordre.

Le recours à la privation de droits

L'adoption fréquente – sans être systématique – de cette logique dans les ordres juridiques européens implique deux modifications importantes par rapport au régime libéral de sanction des devoirs.

En premier lieu, dans un cadre libéral, la sanction des devoirs est sans incidence sur la reconnaissance des droits fondamentaux. Plus encore, la commission d'une infraction peut même être excusée si sa sanction constitue une entrave déraisonnable à l'exercice des droits fondamentaux⁷. À l'inverse, la préservation républicaine de l'ordre peut impliquer un mécanisme de privation des droits. Ces mécanismes n'infligent pas nécessairement une restriction des droits des individus, mais les privent de la capacité d'en revendiquer la protection contre l'État⁸.

Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la pratique des refoulements collectifs à la frontière entre l'Espagne et le Maroc. Lorsqu'un nombre important d'exilés a tenté de franchir illégalement la frontière en même temps, l'Espagne a estimé possible d'éloigner immédiatement ceux qui étaient entrés sur le territoire et de les refouler vers le Maroc. Selon un raisonnement validé par la Cour, en ne respectant pas les voies légales d'accès au territoire, les étrangers se sont privés de leur droit à bénéficier d'un examen individualisé de leur situation avant d'être éloigné⁹. Autrement dit, l'illégalité de leur comportement les a privés de la possibilité d'exiger de l'État qu'il respecte leur droit en les soumettant à une procédure contradictoire, individualisée et garantissant

7 - C. Cass., Crim., 26 février 2020, pourvoi n° 19-81.827.

8 - Justine Lacroix, « Le déclin de l'Union européenne et la fin des droits de l'homme », *Tumultes*, vol. 55, n° 2, octobre 2020, p. 107-121.

9 - Cour EDH, 3 octobre 2017, *N.D et N.T. c. Espagne*, req. n° 8675/15 et 8697/15.

la possibilité pour les étrangers de se défendre¹⁰. En choisissant de se placer en dehors de la légalité, les étrangers ont accepté d'être soumis à une procédure administrative non contradictoire et sans appréciation possible de la proportionnalité de l'atteinte à leurs droits.

En second lieu, l'enclenchement de ces mécanismes de sanction ne suppose pas nécessairement une atteinte directe à l'intérêt général et aux droits d'autrui. Par exemple, à partir de 2007, le Royaume-Uni a réorienté sa stratégie de lutte contre le terrorisme en tentant de prévenir la diffusion d'idéologies faisant l'apologie du terrorisme. Sanctionner ou empêcher les actes terroristes n'étaient pas suffisants : il fallait également empêcher la radicalisation de potentiels terroristes. Cette solution est rapidement apparue insuffisante. Entre 2011 et 2017, le Royaume-Uni a modifié de nouveau sa stratégie de lutte contre le terrorisme pour limiter la diffusion de toute idéologie, y compris non violente, qui s'opposerait aux « *valeurs britanniques* » : la liberté de conscience, l'égalité entre les hommes et les femmes, ou la démocratie. Certes, les partisans de ces idéologies n'infligent aucun préjudice direct à autrui ou à l'État, et ne commettent aucune infraction. Cependant, leurs discours et leurs opinions en rupture avec l'arrière-plan culturel supposé de la communauté britannique en font une menace inquiétante pour la société. En un sens, leur écart vis-à-vis des normes culturelles dominantes constituerait en soi une violation du devoir de chaque membre de la communauté de rassurer autrui, devoir dont le respect assure la possibilité pour chacun d'être autonome¹¹. Des restrictions de leurs droits, notamment de leur liberté d'expression, par le biais de procédures administratives faiblement motivées et sur le fondement d'intérêts ténus, doivent être mises en place¹².

Cette logique est manifestement adaptée à l'adoption de raisonnements catégoriels ciblant la population en fonction de comportements et situations imputées présomptivement à un groupe social et non immédiatement à des individus particuliers. Ainsi, à partir du début du xx^e siècle, les droits sociaux, notamment le droit à l'assistance sociale,

10 - Il y a lieu de préciser que cette jurisprudence de la Cour n'est pas encore entièrement stabilisée. En outre, dans cette situation, les étrangers ne sont pas entièrement « sans droit », puisqu'ils conservent le droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants.

11 - Peter Ramsay, *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

12 - Julian Rivers, "Counter-extremism, fundamental values and the betrayal of liberal democratic constitutionalism", *German Law Journal*, vol. 19, n° 2, 2018.

ont été conçus comme des droits inconditionnels. L'État doit garantir le droit à une assistance sociale minimale à tous pour prévenir les atteintes à la dignité humaine qui peuvent résulter d'une situation d'extrême précarité. Cette inconditionnalité est pourtant amplement contrecarrée par la longue tradition « *qui subordonne l'accès aux secours aux efforts que doivent déployer les secourus, soit à tout le moins pour montrer qu'ils ne se contentent pas de ne pas recevoir du travail*¹³ ». Cette tradition – qui n'est pas tout à fait continue¹⁴ – permet de s'assurer que toute la force de travail potentielle de la société est présente sur le marché et, surtout, que nul ne menace la solidarité nationale en abusant de sa générosité¹⁵. Aucune infraction, aucune atteinte aux droits d'autrui ou aucune fraude menaçant l'intérêt général n'est imputée directement à des individus : seulement, l'inactivité présumée volontaire des personnes bénéficiant de l'assistance sociale porte atteinte aux devoirs de ne pas peser inutilement sur la solidarité nationale¹⁶.

Les droits au service de politiques publiques

Indépendamment de toute appréciation concernant leur légitimité et leur efficacité, ces dispositifs ne sont pas anodins, notamment car ils imposent une relecture du rôle et du statut des droits fondamentaux dans les États européens. D'abord, alors qu'en principe les droits fondamentaux servent à protéger l'égalité liberté de chacun vis-à-vis de l'État, la mise en œuvre de tels dispositifs transforme les droits en moyens d'action à disposition de l'État. Les droits fondamentaux deviennent des biens concédés – et donc potentiellement retirés – pour réaliser des politiques publiques permettant l'intégration républicaine. Dans cette perspective, le droit à l'aide sociale – c'est-à-dire, en France, notamment le droit au revenu de solidarité active (RSA) – n'est pas seulement la concrétisation d'un droit fondamental à la dignité humaine, mais également un

13 - Robert Castel, « De la protection sociale comme droit », dans R. Castel et Nicolas Duvoux (sous la dir. de), *L'Avenir de la solidarité*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « La Vie des idées », 2013, p. 5-21.

14 - Voir Vincent Dubois, *Contrôler les assistés. Genèses et usages d'un mot d'ordre*, Paris, Raisons d'agir, coll. « Cours et travaux », 2021.

15 - Michel Borgetto, « L'articulation des droits et des devoirs dans le champ de la protection sociale », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, 2009, p. 5-17.

16 - Voir notamment Tony Blair, discours à l'Assemblée nationale, 24 mars 1998.

outil pour permettre l'intégration dans l'ordre économique et social de la communauté. La liberté d'expression n'est pas uniquement un droit permettant la concrétisation de l'autonomie individuelle, mais également un dispositif permettant la réalisation d'un processus politique démocratique. Le conditionnement du droit à l'hébergement à la régularité du séjour¹⁷ ou à l'absence de menaces pour l'ordre public est un moyen pour l'État de ne protéger que ceux qui méritent de l'être.

Ensuite, l'absence de protection des droits ne résulte pas exclusivement d'une défaillance de l'État, mais peut également être causée par des fautes personnelles de leur bénéficiaire¹⁸. Cette approche risque d'ignorer le fait que l'incapacité à agir en faveur de l'intérêt général ne provient pas exclusivement de choix individuels, mais également des conditions sociales d'existence. Par exemple, l'absence de « mobilisation » d'une personne bénéficiant du RSA pour chercher un emploi n'est pas seulement le produit de sa mauvaise volonté, mais peut aussi résulter de ses difficultés à trouver une solution de garde pour ses enfants, de son état de santé ou d'une impossibilité à accéder aux services publics d'aide au retour à l'emploi¹⁹. Paradoxalement, le postulat de la nécessité d'une protection collective de la liberté – et donc l'admission de l'interdépendance entre les droits et libertés de chacun – peut alors devenir l'avatar d'une lecture individualiste du monde social.

Enfin, le sens et la portée des droits fondamentaux deviennent par ce biais dépendants de la conception de la vie commune fixée par l'État et donc par les groupes sociaux qui le contrôlent. Dans les États démocratiques, la majorité politique peut imposer sa conception au détriment des droits des minorités.

Par exemple, dans les années 1970, pour lutter contre le terrorisme d'extrême gauche, les conservateurs allemands ont mis en œuvre les

**Les droits fondamentaux
deviennent des biens
concedés – et donc
potentiellement retirés –
pour réaliser des politiques
publiques permettant
l'intégration républicaine.**

17 - Défenseur des droits, *Exilés et droits fondamentaux, trois ans après le rapport Calais* [en ligne], décembre 2018.

18 - Günther Jakobs, "On the theory of enemy criminal law", dans Markus D. Dubber (sous la dir. de), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, p. 415-424.

19 - Jean-Claude Barbier, « Pour un bilan du *workfare* et de l'activation de la protection sociale », dans R. Castel et N. Duvoux (sous la dir. de), *L'Avenir de la solidarité*, op. cit., p. 43-64.

mécanismes de la démocratie militante, inventée pour empêcher les partisans des régimes totalitaires de reprendre le pouvoir. En 1972, le chancelier Willy Brandt a adopté le *Radikalerlass*, exigeant des agents publics qu'ils montrent une loyauté personnelle aux valeurs de la loi fondamentale allemande. Allant plus loin, des conservateurs allemands ont proposé de mettre en œuvre, à l'encontre des intellectuels de gauche tels que Jürgen Habermas, l'article 18 de cette loi, qui autorise la déchéance des droits fondamentaux de ceux qui remettent en cause les principes de la Constitution. Répondant à ces accusations, Habermas estime que les conservateurs ont franchi « une ligne au-delà de laquelle il ne peut y avoir d'État de droit²⁰ » en confondant leurs adversaires politiques et les ennemis de la Constitution. Habermas a notamment relevé que, selon les conservateurs allemands, toute critique radicale de leur programme politique – en contestant par exemple l'économie de marché ou la structure familiale traditionnelle – était une remise en cause de l'ordre constitutionnel et libéral. Les conservateurs avaient transformé le devoir de loyauté vis-à-vis de l'État et de l'ordre constitutionnel en une arme partisane²¹.

De même, en 1944, une ordonnance a créé l'indignité nationale : ce crime de « lèse-République » sanctionne les vichystes et les antisémites en les privant de participation à la vie de la cité. Il est pourtant rapidement devenu une variation de l'outrage à la morale publique et religieuse inventé sous la Restauration. Grâce à cette « interprétation moralisatrice » de l'ordonnance de 1944, les juridictions de la République rétablie ont pu sanctionner des femmes en raison, non de leur antisémitisme ou de leur soutien au régime de Vichy, mais de leurs mœurs jugées indignes²². La mise en œuvre de l'indignité nationale au nom, là encore, du devoir de loyauté vis-à-vis de l'État a ainsi été un moyen discriminatoire d'écarter de la vie publique de nombreuses femmes.

20 - J. Habermas, « La scène de la terreur. Lettre en défense de la République », traduit par Charles Chauvin et Jean-Louis Schlegel, *Esprit*, décembre 1977. Voir aussi, dans le même numéro, Robert Boure, « Les interdictions professionnelles en Allemagne fédérale ».

21 - Pour un exemple plus récent de ces détournements, voir Aleksandra Gliszczyńska-Grabias, "Limiting free speech in the times of populist rule in Central and Eastern Europe", dans P. Auriel, Charles Girard et Andrew Kenyon (sous la dir. de), *Cambridge Handbook of Freedom of Expression and Democracy: European perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, à paraître.

22 - Anne Simonin, *Le Désobéissant dans la République. Une histoire de l'indignité (1791-1958)*, Paris, Grasset, 2008, p. 584 et suiv.

Ces risques d'arbitraire ou de discrimination peuvent être partiellement comblés en mettant en œuvre une procédure juridictionnelle pour constater le manquement aux devoirs, en exigeant que seul un comportement – et non une opinion – puisse constituer un tel manquement et, plus largement, en fixant précisément les critères et les preuves mobilisés pour établir ces manquements²³. Ils constituent néanmoins une conséquence logique d'une approche des droits les conditionnant au respect de devoirs républicains.

23 - Voir J. Habermas, « De la tolérance religieuse aux droits culturels », trad. par R. Rochlitz, *Cités*, vol. 13, n° 1, 2003, p. 151-170.