

# Etat, droits de l'Homme, société civile

## – les concepts fondamentaux

**Christos Giakoumopoulos<sup>1</sup>**

Le sujet qu'il m'a été demandé de présenter en ouverture de cette journée d'étude dédiée à la mise en place d'une institution nationale de droits de l'Homme en Suisse fait fonction d'introduction. Il s'agit de rappeler certains concepts fondamentaux et leur évolution historique pour placer la discussion sur la création d'une institution nationale des droits de l'Homme dans le contexte plus général de l'évolution institutionnelle de la protection des droits de l'Homme. Comme il s'agit d'un simple rappel introductif, mon intervention sera aussi brève que possible.

L'histoire de l'évolution de la protection juridique des droits de l'homme et des libertés fondamentales est caractérisée par un rapport dialectique entre droit naturel et droit positif. Si la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, tout comme le Bill of Rights de Virginia, expriment avec conviction leur attachement aux droits naturels de tout être humain<sup>2</sup>, les révolutions nationales entre 1848 et la première guerre mondiale et la mise en place des Etats nations qui s'en est suivie ont solidement posé les bases positives des droits de l'Homme dans les Constitutions. Ces dernières engendrent l'idée d'un contrat fondamental entre le gouverneur et les gouvernés, selon lequel le premier acquiert certains pouvoirs en offrant en contrepartie, entre autres, des droits fondamentaux. Cette irruption du positivisme n'est pas sans conséquences :

D'abord, en tant que droits, les droits fondamentaux ont désormais un porteur de l'obligation correspondante : l'Etat. Ensuite, ces droits ne sont plus de simples déclarations mais deviennent exigibles et donc progressivement justiciables, comme le démontre l'évolution de la justice constitutionnelle aux Etats-Unis. Ces mêmes droits sont qualifiés de « fondamentaux » et se placent donc en haut de la hiérarchie des normes entraînant la nullité de tout acte de la puissance publique qui ne les respecte pas, quelle que soit sa nature – législative, réglementaire ou administrative. Enfin, ces mêmes droits sont « constitutionnels », en ce sens qu'ils sont à la base de la formation même de l'Etat par l'accord entre le peuple et le pouvoir, donnant ainsi naissance à des Etats, souvent à des Etats-nations. Il s'ensuit que les porteurs desdits droits sont avant tout les citoyens. Les étrangers n'en bénéficient que dans le cadre d'accords internationaux, principalement bilatéraux, et sous

---

<sup>1</sup> Directeur des monitorings, Direction Générales des Droits de l'Homme et des Affaires Juridiques, Conseil de l'Europe. Les opinions exprimées dans ce texte sont celles de l'auteur et ne lient pas le Conseil de l'Europe.

<sup>2</sup> Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Article II : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » ; *Virginia Declaration of Rights* adoptée le 12 juin 1776 ; « *All men are by nature equally free and independant and have certain inherent rights* ». Il est à noter que ces deux textes fondamentaux, étant des déclarations, n'ont pas immédiatement fait partie des Constitutions correspondantes.

réserve de réciprocité. Les citoyens bénéficient d'ailleurs d'une clause de résiliation : le droit de résistance lorsque ces droits ne sont pas respectés et le pouvoir abuse de sa force.

Mais au-delà de cette vision trop contractuelle de la constitutionnalisation des droits de l'Homme, le positivisme a eu un effet dynamique considérable :

Le pouvoir public s'est trouvé en position de « garant » des droits fondamentaux<sup>3</sup> ce qui implique non seulement l'obligation négative de s'abstenir de toute ingérence dans l'exercice des libertés mais aussi des obligations positives de créer et de maintenir des conditions permettant l'exercice de celles-ci. D'une obligation négative résultant, par exemple, de la déclaration « Nul ne sera inquiété pour ses opinions » nous sommes passés à l'expression positive : « Toute personne a droit à la liberté d'opinion » ; du droit de s'exprimer librement on est passé au droit à la liberté d'expression.

La garantie constitutionnelle des droits procéduraux est une autre conséquence de ce même processus. Du droit négatif de ne pas être arbitrairement privé de sa liberté (« *habeas corpus* ») nous sommes arrivés à l'exigence d'une justice équitable et donc à l'obligation de l'Etat de pourvoir une telle justice et un accès effectif à celle-ci. Dans le même ordre d'idées, le droit de recours, le droit de s'adresser aux autorités en cas de doléances, est consacré dans de nombreuses constitutions. Il formera le fer de lance de la justiciabilité des droits fondamentaux.

Cette évolution transforme profondément l'Etat, le faisant évoluer d'une puissance « raisonnée » vers une puissance garante des libertés de ses citoyens et, enfin, vers un Etat pourvoyeur de droits, un « Etat providence » comme cela devient évident avec l'apparition et la consécration des droits sociaux, économiques et culturels.

La constitutionnalisation des droits de l'Homme a aussi rendu à l'évidence le lien indissociable entre ceux-ci et les notions de la démocratie et de l'état de droit : Les restrictions des libertés fondamentales ne sont permises et valables que si elles sont prévues par la loi ; celle-ci ne peut être adoptée que par le corps législatif, composé de représentants élus du peuple ; le juge doit contrôler l'application de ces lois, y compris la proportionnalité de l'ingérence opérée par le pouvoir public dans l'exercice des libertés fondamentales par rapport à l'objectif légitime poursuivi. Les droits de l'Homme, les élections libres, la séparation des pouvoirs, le principe de la légalité de l'action de l'administration et le droit à une justice indépendante ne sont guère concevables l'un sans les autres.

La 2<sup>e</sup> Guerre mondiale a porté les droits de l'Homme et l'individu à l'avant scène du droit international en mettant l'accent sur l'inaliénable dignité de l'être humain. Le droit naturel à la dignité de la personne humaine est à la base de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

Il s'agit d'une étape décisive.

En premier lieu, elle constitue une véritable percée en ce qu'elle consacre le besoin, douloureusement et fortement ressenti, de protéger les droits de l'Homme au-delà des frontières de l'Etat. Ensuite, parce qu'elle place le respect de la dignité humaine au centre de tous les rapports

---

<sup>3</sup> Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article XII : « La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique. Cette force est donc constituée pour l'avantage de tous. »

sociaux. Désormais l'Homme – y compris l'étranger et non seulement le citoyen - sera sujet de droits fondamentaux<sup>4</sup>. Ensuite, l'inaliénable dignité de l'être humain fait que certains droits, ceux qui constituent en quelque sorte le noyau dur de la protection des droits de l'Homme (entre autres, l'interdiction de la torture et de l'esclavage, la liberté de pensée) ne peuvent souffrir d'aucune restriction et ne peuvent faire l'objet de renonciation, non plus. Ni un individu ni un peuple ne peuvent renoncer à ces droits, car le respect de la dignité humaine est désormais l'affaire de l'humanité dans son ensemble. Pour cette même raison, la garantie des droits de l'Homme ne lie plus seulement les autorités mais étend ses effets sur les tiers (*Drittwirkung*). La liberté contractuelle s'en trouve affectée : Toute la législation qui vise à interdire les discriminations dans la sphère du droit privé trouve son origine dans cette douloureuse expérience de la deuxième guerre mondiale et dans la volonté – voire le besoin – de consolider le respect de la dignité de l'être humain dans tous les rapports de la société moderne. Dans cette même optique de dignité inaliénable, certains droits sociaux deviendront progressivement justiciables.

L'autre aspect de cette évolution est l'internationalisation de la protection des droits de l'Homme. Le positivisme ne tardera pas de prendre le relais de la Déclaration Universelle : La Convention européenne des Droits de l'Homme et les Pactes des Nations Unies qui ont suivi reviennent sur l'idée d'un accord. Cette fois, il s'agira pourtant d'un accord international entre Etats. L'Homme en sera, lui, le tiers bénéficiaire.

Beaucoup d'espoirs ont été placés sur cette évolution et ce à juste titre. Or, il ne faut pas la considérer comme une panacée. Il ne faut pas perdre de vue en effet que l'irruption de l'individu sur la scène internationale a été surtout une affaire de responsabilité pénale face à la communauté internationale, face à l'humanité. Le procès de Nuremberg et la création récente de juridictions pénales internationales sont la manifestation de cette évolution qui a placé la dignité humaine au centre des préoccupations de la communauté internationale. L'individu accède ainsi au droit international d'abord par sa responsabilité pénale pleine et entière et moins par ses droits. Et c'est logique : La protection internationale des droits de l'Homme ne peut être, en fait, que subsidiaire et indirecte. La responsabilité de leur respect demeure toujours et avant tout une affaire interne, une affaire de l'Etat. La communauté internationale ne peut être ni le garant ni le pourvoyeur de droits. D'ailleurs, chaque fois où elle a été appelée à se substituer à un Etat défaillant, elle a entouré son action de nombreuses immunités. Quant à l'Etat, qui demeure seul responsable du respect des droits de l'Homme, la violation de ces droits est certes susceptible de créer une responsabilité internationale mais cette dernière n'est pas tant une responsabilité à l'égard de la victime qu'une responsabilité à l'égard des autres Etats contractants. La constatation de la violation n'a pas comme effet direct d'effacer l'action étatique à l'origine de celle-ci mais crée une obligation indirecte de réparer les conséquences de ladite violation.

Les relations entre l'Etat et ses citoyens ne changent donc pas de nature par l'internationalisation de la protection des droits fondamentaux. Le recours à la pratique conventionnelle, tout comme les constitutions nationales auparavant, laisse l'Etat et l'individu seuls protagonistes en la matière.

Et la société civile, dans ces développements ?

---

<sup>4</sup> La Convention de Genève sur le statut des réfugiés est l'exemple même de cette évolution.

Son apparition en tant qu'acteur de la protection des droits de l'Homme remonte aux dispositions de la Charte des Nations Unies relatives au Conseil économique et social qui se réfèrent expressément au rôle des organisations non gouvernementales qui s'occupent de questions de la compétence de celui-ci<sup>5</sup>. C'est par ce biais que la société civile entreprendra son activité intense notamment auprès de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, pour devenir progressivement un véritable partenaire des organisations internationales actives en matière de droits de l'Homme, à commencer , au niveau européen, par le Conseil de l'Europe<sup>6</sup>.

Force est cependant de constater qu'il faudra attendre 1998 pour que soit prise en compte la responsabilité des organes de la société pour promouvoir et protéger les droits de l'Homme<sup>7</sup>. Ce n'est pourtant pas un hasard : En effet, les défis de la situation internationale, telle qu'elle se présente depuis la fin de la guerre froide, laisseraient, semble-t-il, de l'espace pour de nouveaux acteurs dans la protection des droits de l'Homme.

Quels sont ces défis ? Pour ne mentionner que ceux qui se posent sur le vieux continent, on pourra sans doute énumérer la lutte contre le terrorisme et le conflit très présent dans la vie de tous les jours entre sécurité et liberté ; la crise des identités nationales face au changement des sociétés contemporaines de plus en plus multiculturelles ; enfin, la marginalisation et la paupérisation de grandes tranches de la population, défi social dont nous n'avons pas encore mesuré tous les effets sur les acquis de la deuxième partie du 20<sup>e</sup> siècle en matière de droits de l'Homme.

Toutefois, c'est surtout la diminution du domaine de l'Etat face à celui des acteurs privés, souvent plus puissants que celui-ci, qui change radicalement la donne en matière de protection des droits de l'Homme. Comme le dit le Professeur Emmanuel Decaux, moins d'Etat signifie moins de droit – en tous cas, moins de droit international public. « *La privatisation des fonctions régaliennes, y compris la remise en cause du vieux monopole de la violence légitime institutionnalisée qui servait à définir l'Etat, perturbe les règles de base du droit international. Sur le terrain des droits de l'Homme, les mécanismes internationaux sont paralysés, lorsqu'il n'y a pas d'Etat, ou même d'entité pour répondre aux violations massives et systématiques qui sont commises* »<sup>8</sup>. L'absence – voire parfois l'impuissance – de l'Etat mais aussi la diminution de son domaine propre laisseraient donc une marge d'action pour de nouveaux acteurs de protection des droits de l'Homme.

La question se pose donc de savoir qui sont ces acteurs et dans quelle mesure ils sont susceptibles de remplacer l'Etat dans ses fonctions de garant et de pourvoyeur de droits.

---

<sup>5</sup> Article 71 de la Charte des Nations Unies

<sup>6</sup> Le point culminant de cette évolution est le droit de réclamation collective devant un organe international quasi-juridictionnel, le Comité européen des droits sociaux, accordée à certains ONG internationales par le Protocole à la Charte sociale européenne.

<sup>7</sup> Res 53/144 du 9 décembre 1998, Déclaration sur les droits et responsabilités des individus, des groupes et des organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'Homme et les libertés universellement reconnues.

<sup>8</sup> Emmanuel Decaux, « Acteurs privés et droits de l'Homme », in Etudes en hommage à Alice Yotopoulos-Marangopoulos, Panteion University, Nomiki Vivliothiki, Athènes 2003, pp. 309 ss.

La communauté internationale – on l’a vu – n’est certainement pas en mesure de le faire. Elle ne peut que contrôler l’Etat national mais ne saurait s’y substituer faute d’un contrat de nature constitutionnelle qui la lierait à un peuple, en lui permettant d’exercer des pouvoirs et en l’obligeant de respecter et garantir des droits. La protection accordée par la communauté internationale n’est que subsidiaire et indirecte. Elle présuppose l’Etat ; elle ne peut pas le remplacer.

Kofi Annan, le Secrétaire Général des Nations Unies a bien vu le problème. Dans son discours sur le « contrat global » prononcé à Davos le 31 janvier 1999, il a tenté de mobiliser les acteurs privés économiquement puissants autour d’un agenda de droits de l’Homme<sup>9</sup>. Un « contrat global », à savoir un partenariat entre les Nations Unies et les dirigeants économiques est-il susceptible de remplacer soit la protection internationale des droits de l’Homme soit le contrat constitutionnel entre le peuple et le souverain ? Tout en soutenant l’initiative à la fois visionnaire et pleine de bon sens du Secrétaire Général, on ne peut répondre que par la négative. En effet, ce partenariat n’est guère susceptible de donner lieu à des droits exigibles et justiciables tels les droits de l’Homme dans les Constitutions, ni à des normes de valeur supérieure à celle des lois. Tout au plus, ce partenariat est un appel à une certaine morale libérale, un appel au respect de principes et de valeurs universelles en contrepartie duquel l’organisation des Nations Unies se propose d’offrir un soutien pour la liberté des échanges commerciaux<sup>10</sup>. Nous sommes loin de la garantie étatique (nationale) ou « collective » (internationale) des droits fondamentaux.

Si ni les acteurs économiques privés ni la communauté internationale ne peuvent remplacer l’Etat dans ses fonctions et surtout dans ses responsabilités, la société civile – qui s’active pour le respect des droits de l’Homme – est-elle en mesure de remplacer l’Etat défaillant dans ses fonctions de garant et de pourvoyeur de droits fondamentaux ?

Quand bien même il serait tentant de répondre positivement à cette question, il est clair, une fois de plus, que tel n’est pas le cas. La société civile joue un rôle primordial dans la protection des droits de l’Homme parce qu’en prenant le pouls de la société, elle prend acte des changements de celle-ci et permet de mesurer ses besoins, les limites tolérables d’une ingérence étatique dans l’exercice des libertés et les besoins d’une action positive. Mais elle n’a pas de responsabilité juridique, ni même politique, à l’égard de l’individu et son action, pour indispensable qu’elle soit, ne peut remplacer la responsabilité de l’Etat. Une ONG qui vaccine des enfants rom dans la périphérie des métropoles européennes œuvre pour le droit à la vie de ces enfants mais ne peut - ni ne doit - dispenser l’Etat de sa responsabilité, juridique et politique, de prendre des mesures positives dans ce même but. De même, une ONG qui héberge les victimes du trafic des êtres humains ne dispense pas l’Etat de son obligation de créer des abris pour ces mêmes personnes. En d’autres termes, l’Etat ne saurait se

---

<sup>9</sup> Kofi Annan, prenant acte de l’impuissance de l’Etat face aux acteurs économiques lance l’appel suivant : *« Don’t wait for every country to introduce laws protecting freedom of association and the rights to collective bargaining. You can at least make sure that your own employees and those of your subcontractors enjoy these rights. You can at least make sure that you yourselves are not employing under-age children or forced labour, either directly or indirectly. And you can make sure that in your own hiring and firing policies you do not discriminate on grounds of race, creed, gender, or ethnic origin. »*

<sup>10</sup> *« What we can do in the political arena is to help make the case for and maintain an environment which favours trade and open markets. »*

soustraire à ses propres responsabilités de respecter et garantir les droits de l'Homme en faisant appel à l'action de la société civile.

L'action de la communauté internationale et de la société civile est utile, voire indispensable, et celle des acteurs économiques auxquels en appelle Kofi Annan, est certainement hautement souhaitable. Ces actions doivent être poursuivies et soutenues mais leur articulation par rapport aux obligations de l'Etat doit trouver une définition sans équivoque.

C'est dans cette perspective que la création de Commissions nationales de droits de l'Homme devient à son tour indispensable. Permettre à l'Etat d'honorer les obligations qui lui incombent en vertu du droit national et international des droits de l'Homme, au moment même où son domaine se rétrécit, est un défi considérable. Pour avoir une chance de le relever avec succès, l'Etat doit se retourner vers la société civile, structurer son dialogue avec elle, être à son écoute et tirer les enseignements de son action, en vue de les endosser et de les prendre à sa charge.

Une institution, à la fois indépendante et publique, qui se charge d'une large prise de conscience des questions relatives aux droits de l'Homme et qui est compétente pour attirer l'attention des autorités et pour les conseiller<sup>11</sup> apparaît donc aujourd'hui plutôt comme une nécessité et non comme une option parmi d'autres. Il me semble donc qu'il convient de se prononcer sans réserve en faveur de la création d'une institution nationale, indépendante et publique, de promotion et de protection des Droits de l'Homme.

---

<sup>11</sup> Voir en ce sens la Recommandation (97) 14 du 30 septembre 1997 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'établissement d'institutions nationales indépendantes pour la promotion et la protection des droits de l'Homme