

Les analyses d'*Infor Famille Education Permanente*

Droits fondamentaux, démocratie, État de droit : où allons-nous ?

***I. les droits fondamentaux : une clé pour interroger
le monde d'aujourd'hui***

Entretien avec Frédéric Bouhon, professeur à l'ULiège

Propos recueillis par Steve Bottacin

Janvier 2024

***infor
famille***
Éducation Permanente - Liège

NOTE D'INTENTION

Il est fréquent aujourd'hui d'entendre des voix s'élever pour dénoncer la mauvaise santé des « démocraties », les menaces pesant sur l' « État de droit » ou encore les coups portés aux « droits fondamentaux » des citoyens par une autorité politique, y compris dans notre pays. Ces mises en garde émanent d'acteurs très divers : citoyens engagés, militants de tous bords, influenceurs, représentants d'associations, journalistes, figures politiques, juristes, professeurs d'université, etc.

Comprendre clairement ce qui est en jeu n'est pas simple : la confusion s'installe d'autant plus vite qu'on n'a pas pris pas le temps de (re)préciser le sens concret des mots qu'on utilise. Par exemple, « État de droit » et « démocratie » sont-ils des synonymes ? L'un et l'autre vont-ils forcément de pair ? De quoi parle-t-on quand on évoque les « droits humains » ou les « libertés fondamentales » ? Quels textes les définissent, quelles institutions les protègent ?

Afin d'éclairer les débats en cours sur l'avenir de nos valeurs et de nos institutions, nous inaugurons ici une série d'analyses nées d'une réflexion entamée avec Frédéric Bouhon, professeur à l'Université de Liège, spécialiste de droit constitutionnel, de droit électoral et des droits fondamentaux, matières qu'il enseigne et sait rendre accessibles. Loin de se borner à un échange théorique, cette réflexion interroge notre rapport à l'État démocratique et à ses potentielles dérives.

RÉSUMÉ

Cette analyse, première de la série, cherche à préciser ce que sont les « droits fondamentaux », ce qu'ils garantissent et dans quelle mesure ils peuvent être suspendus ou limités. Se pose ensuite la question de l'application de ces droits dans la pratique et, lorsqu'ils ne sont pas respectés, celle de leur défense devant des institutions nationales ou internationales.

Il apparaît ainsi que les droits fondamentaux ne sont pas de vagues concepts évanescents mais qu'ils ont au contraire une véritable réalité juridique, susceptible de faire annuler certaines décisions prises par les autorités. Encore faut-il que ces autorités respectent les jugements qui s'imposent à elles, ce qui semble n'être plus toujours le cas, même en Belgique...

Au final, cette analyse suggère qu'étudier notre monde sous l'angle des droits fondamentaux est un moyen concret de l'examiner et d'agir sur lui, de façon scientifique et rigoureuse.

Droits fondamentaux, démocratie, État de droit : où allons-nous ?

I. Les droits fondamentaux : une clé pour interroger le monde d'aujourd'hui

Entretien avec Frédéric Bouhon ¹

Qu'appelle-t-on « droits humains », « droits fondamentaux », « libertés fondamentales » ? Ces termes sont-ils équivalents ?

Globalement oui. Si l'on fait abstraction de quelques nuances de contextes, ces mots désignent essentiellement la même chose. On parle aussi des « droits de l'homme » ou des « libertés publiques ». De quoi s'agit-il ? D'une série de règles qui donnent aux individus des prérogatives personnelles. À chaque fois, ce qui est en jeu, c'est un rapport entre l'individu et l'État. Par exemple, la liberté d'expression est un droit fondamental : il est établi que l'individu peut *a priori* s'exprimer librement, dire et écrire ce qu'il veut, fabriquer des œuvres d'art, communiquer de façon très large à travers les médias et les réseaux sociaux, etc. Et cela suppose bien un certain rapport à l'État : celui-ci ne peut pas empêcher l'individu d'agir ainsi (sauf justification particulière, on pourra y revenir).

Certaines appellations sont-elles plus utilisées ou préférables ?

Les termes « droits de l'homme » restent pertinents parce qu'ils sont utilisés dans des textes de référence comme la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 (toujours d'application en France aujourd'hui) ou la *Convention européenne des droits de l'homme* de 1950 (qui s'applique actuellement dans 46 pays). On peut préférer l'expression « droits humains » : elle est plus neutre du point de vue du genre et elle correspond à une tradition qu'on retrouve dans d'autres langues, par exemple en anglais (« human rights ») ou en allemand (« Menschenrechte »). La Constitution belge utilise les mots « droits fondamentaux », qui ont l'avantage de souligner qu'il s'agit de droits particulièrement importants.

¹ Frédéric Bouhon est professeur à l'ULiège, spécialiste de droit constitutionnel, de droit électoral et des droits fondamentaux. Attentif à l'évolution permanente des relations entre États et citoyens, il est notamment co-auteur de *L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception*, Courrier hebdomadaire du CRISP, n° 2446, 2020 (avec Andy Joustien, Xavier Miny, Emmanuel Slautsky). Récemment, avec une trentaine de professeurs d'université, il a co-rédigé la carte blanche « *Migration : qu'allons-nous pouvoir dire à nos étudiants?* », in *Le Soir*, 20/09/2023.

Le présent texte est adapté d'une série d'entretiens au cours desquels Frédéric Bouhon a répondu aux questions de Steve Bottacin (animateur-rédacteur à l'asbl *Infor Famille Education Permanente*).

Tous nos droits ne sont donc pas des « droits fondamentaux » ?

En effet. Nous avons des tas de prérogatives qui sont d'un autre ordre. Par exemple, conduire une voiture quand on a son permis, c'est un droit. Mais, en soi, ce n'est pas un droit fondamental. Il faut faire la part des choses.

Quels droits fondamentaux peut-on citer, parmi ceux qui nous sont les plus familiers ?

J'ai parlé de la liberté d'expression. On peut citer aussi le droit à la vie privée et familiale, le principe d'égalité, la liberté de conviction, la liberté de culte, le droit de se réunir, celui de s'associer... C'est là toute une série de libertés classiques.

On distingue « droit de se réunir » et « droit de s'associer » ?

Oui, ce sont deux choses proches mais différentes. La liberté de *réunion*, ça signifie le droit de pouvoir se réunir physiquement entre individus, par exemple dans un bâtiment, chez quelqu'un, dans une salle ou à l'extérieur. C'est évidemment toujours plus problématique dans l'espace public, surtout quand on est un certain nombre (plusieurs centaines, plusieurs milliers) : il y a un risque de débordement et il faut que l'État puisse quand même contrôler cela, donc il y a des équilibres à trouver... Quant à la liberté d'*association*, elle consiste à fonder un groupe pour porter un projet à plusieurs, sous la forme d'une structure qui peut prendre différentes formes, et qui se donne un but identifié : ce peut être une société commerciale, un parti politique, une asbl, un club de sport ou de loisirs... Toutes ces structures peuvent se donner des fins plus ou moins nobles ou importantes. Mais ici, il n'est pas forcément nécessaire de se rassembler physiquement : faire fonctionner une société peut se faire par des actes juridiques et n'implique pas que tous les associés soient toujours présents. Il s'agit d'une autre dynamique.

Est-ce que le droit d'asile est considéré comme un droit fondamental ?

Il existe une série de droits fondamentaux qui s'appliquent à la migration, notamment le droit de quitter son pays. La difficulté, c'est que le droit d'entrer dans un autre pays est beaucoup plus restreint. On peut donc *partir* de son pays : c'est une garantie internationale. Mais pour ce qui est d'*arriver ailleurs*, la garantie juridique est beaucoup plus limitée. Certaines conventions facilitent cette arrivée une fois qu'on est sur le territoire : on peut alors demander et obtenir le droit d'asile. Mais encore faut-il être parvenu sur ce territoire... C'est donc le *passage de la frontière* vers le pays de destination qui est le grand obstacle. Concrètement, si l'on vient d'Afrique ou d'Asie et que l'on a rejoint le territoire européen, on bénéficie d'une série de droits fondamentaux, quelle que

soit sa nationalité. Par contre, tant qu'on n'y est pas, on n'a pas le bénéfice pas de ces droits. C'est là qu'est toute la difficulté pour celles et ceux qui essaient d'arriver, parfois au risque de leur vie...

Et le droit de grève ?

Il est à mettre en relation avec la liberté d'association, qui permet notamment de fonder des syndicats. L'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme le formule d'ailleurs explicitement.² *A priori*, le syndicat est une forme d'association parmi d'autres, comme le sont un parti politique ou un club de pétanque. Mais c'est une forme d'association particulière, et l'on sait bien qu'un de ses moyens d'action est précisément la grève. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît le droit de mener une grève, du moins quand certaines conditions sont remplies. Ce n'est donc pas un droit illimité : les États [signataires de la Convention] ont la possibilité de l'encadrer, voire d'en interdire l'exercice à certaines catégories de professionnels, notamment ceux qui exercent l'autorité publique, comme les militaires. Il y a des possibilités de restreindre plus ou moins fortement le droit de grève selon le contexte ou selon les professionnels concernés.

Un État peut donc reconnaître l'existence de droits fondamentaux et en même temps, dans certains cas, les restreindre ou les suspendre ?

Tout est une question de nuance. C'est cela qui est intéressant et compliqué avec les droits fondamentaux. Ce ne sont pas des droits qu'on peut invoquer de façon brutale, par exemple en disant : « *J'ai la liberté d'expression et vous ne pouvez rien m'opposer !* » ou bien « *J'ai le droit de me réunir ou de m'associer, donc je peux occuper l'espace public avec mon groupe comme bon nous semble !* ». Il existe bien un principe reconnu, qui donne une liberté. Mais à cela vient répondre une possibilité pour les autorités de limiter le droit consenti. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est une exception à cette tendance générale, car elle correspond à un droit absolu. Pour le reste, la plupart des droits fondamentaux sont conçus comme cela : ils sont « fondamentaux » mais pas « absolus ».

Cela mérite une explication... Si l'autorité publique a le pouvoir d' « encadrer » les droits fondamentaux, est-ce qu'elle est elle-même « encadrée » quand elle choisit de le faire ?

² Convention européenne des droits de l'homme, Article 11§1 : « *Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.* »

Oui. L'autorité publique peut apporter des restrictions aux droits fondamentaux à condition de se justifier, et cette justification ne peut pas prendre n'importe quelle forme. Il y a essentiellement trois critères qu'elle doit simultanément respecter : la « légalité », la « légitimité » et la « proportionnalité ».

D'abord la « légalité » : l'autorité ne peut pas toucher à un droit fondamental de façon arbitraire, elle doit avoir une base juridique qui lui permet de le faire. Prenons la protection du domicile, lié au droit fondamental à la vie privée : *a priori*, l'autorité ne peut pas pénétrer dans le domicile d'un individu. Si elle veut faire exception à ce principe, elle ne le peut que s'il existe déjà une loi qui *prévoit* dans quelles circonstances c'est possible : par exemple, la loi dispose qu'un agent de police peut investir le domicile si celui qui l'occupe est soupçonné d'avoir commis une infraction grave, sur la base d'éléments qui fondent une suspicion sérieuse. L'hypothèse doit donc être prévue dans un texte légal existant : il n'est pas question qu'un policier ou son supérieur prenne tout à coup cette décision arbitrairement, au départ d'une vague intuition, sans aucune base juridique. C'est une première garantie.

Deuxième élément, la « légitimité » : lorsqu'il restreint un droit fondamental, l'État doit démontrer qu'il agit ainsi dans un but qui peut être considéré comme « légitime ». Reprenons le cas d'une visite domiciliaire : il n'est pas question pour un policier de simplement « vérifier si tout va bien » chez un individu, d'effectuer un « contrôle préventif » en fouillant au hasard un peu partout. Son intervention aura par exemple pour objectif d'empêcher une infraction d'être commise ou, si l'infraction a déjà eu lieu, d'en sanctionner l'auteur. Il s'agit alors d'assurer l'ordre public, ce qui est un but légitime car il y a une volonté de protéger des vies, d'assurer la sécurité publique. C'est donc le deuxième critère imposé à l'État : il faut qu'un tel but existe.

Mais cela ne suffit pas encore. S'il veut suspendre ou encadrer un droit fondamental, l'État ne doit pas seulement démontrer qu'il veut bien faire (« légitimité ») et qu'une loi l'y autorise (« légalité »). Il y a une troisième condition, la plus subtile et la plus complexe dans la pratique : c'est la « proportionnalité ». Il faut que la mesure prise soit adaptée, adéquate, calibrée : la moins intrusive possible par rapport à l'objectif visé. Sinon, il suffirait de faire valoir une bonne intention pour prendre des mesures radicales. Or l'idée est qu'on ne peut pas utiliser un bazooka pour tuer une mouche. Revenons au cas simple des visites domiciliaires : imaginons que, pour protéger la société contre le risque criminel, l'État impose une visite hebdomadaire chez chacun d'entre nous... Le but resterait légitime, mais la mesure serait manifestement disproportionnée. Sans doute, l'exemple est-il grossier mais il permet de comprendre comment les choses sont pensées.

Ces trois critères sont-ils inscrits dans un texte ?

Ils sont notamment présents dans la *Convention européenne des droits de l'homme*³. Par exemple, les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention sont chacun composés de deux paragraphes : le premier donne le principe, formule le droit fondamental considéré ; le second paragraphe examine dans quelles circonstances l'autorité publique peut y apporter des restrictions. Le principe de légalité est explicitement mentionné. Sont même cités des objectifs légitimes susceptibles de justifier ces restrictions : par exemple, la sécurité nationale, la protection de la santé, la protection des droits d'autrui, etc. Quant au principe de proportionnalité, il est évoqué à travers l'idée que les droits fondamentaux ne peuvent être limités que s'il existe une « nécessité ».

Sur cette base, est-ce qu'un État démocratique peut aller jusqu'à « encadrer » des libertés aussi cruciales pour nous que la liberté d'opinion et la liberté d'expression ?

Il faut préciser ce que sont ces deux libertés et les distinguer, même si elles sont évidemment liées l'une à l'autre. La liberté d'opinion est en somme le préalable de la liberté d'expression. En effet, il faut pouvoir avoir des opinions avant de pouvoir les exprimer. D'ailleurs, en soi, la liberté d'opinion est illimitable et illimitée : nous pouvons chacun, dans notre for intérieur, avoir nos idées, et il est assez difficile techniquement d'empêcher ça. Encore que les technologies évoluent... Il commence à devenir possible aujourd'hui de lire dans l'esprit des gens. Je n'en connais pas les détails techniques, mais on commence à disposer de méthodes qui permettent de capter des imageries correspondant aux pensées d'une personne. Cela ne veut pas dire qu'on pourrait empêcher quelqu'un de penser, mais on pourrait savoir ce qu'il pense, et cela touche déjà à la liberté d'opinion. Donc cela vaut la peine d'observer aussi ce qui se passe en matière de technologie.

J'ignorais qu'on en était là... Mais tout cela ne concerne encore que les pensées, pas les paroles et les autres modes d'expression de ces pensées...

Oui, c'est une chose d'avoir toutes sortes d'idées dans la tête, c'en est une autre de les exprimer. Et c'est cela qui peut éventuellement être encadré. Il peut y avoir des limitations de la liberté d'expression par les États et certaines sont confirmées par la jurisprudence européenne. Un exemple : la loi belge interdit de tenir des propos qui visent à nier le génocide commis par le régime nazi autour de la Seconde Guerre mondiale, ou même de minimiser grossièrement ce

³ La *Convention européenne des droits de l'homme* est notamment consultable en ligne : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/2022-02/cedh_0_1.pdf

génocide. Cela veut dire que si je tiens des propos interdits par cette loi ou si je publie des documents qui nient l'existence de la Shoah, je m'expose à des sanctions pénales. C'est évidemment une limitation à ma liberté d'expression : il y a des choses que je ne peux pas dire. Mais ce type de mesure a été considéré, à la fois par la jurisprudence belge et européenne, comme étant compatible avec le droit fondamental à la liberté d'expression.

Sur la base des trois critères que vous avez évoqués précédemment ?

Oui. Appliquons la grille d'analyse : il existe une loi qui a été adoptée en 1995 par le législateur fédéral (principe de légalité) ; la mesure vise à protéger la mémoire [commune] et à protéger notamment les descendants des personnes juives (principe de légitimité). Quant au principe de proportionnalité, il est rencontré aussi parce que les peines prévues en cas d'infraction sont des peines mesurées. Par ailleurs, si vous faites une étude critique sur les actes commis pendant la Seconde Guerre mondiale, en tant qu'historien par exemple, et que vous remettez en question tel ou tel fait, alors vous ne tombez pas sous le coup de la loi. Ce qui est poursuivi, c'est la négation ou la minimisation grossière de la Shoah. La législation est donc mesurée, proportionnée.

Prenons un autre exemple qui est encore dans toutes les mémoires : la pandémie de Covid-19. Les mesures prises à l'époque par nos différents gouvernements ont limité ou suspendu un grand nombre de nos droits fondamentaux. Ces mesures satisfaisaient-elles aux trois critères évoqués ?

Dans le contexte de la crise sanitaire, la question de la « légitimité » des mesures ne posait pas beaucoup de problème. Protéger la vie et la santé apparaît comme un but noble. Empêcher des gens de mourir, il y a *a priori* peu de personnes qui s'opposent à ça. Et pour l'écrasante majorité des mesures prises, on pouvait s'accorder sur le fait qu'elles poursuivaient bien cet objectif.

Mais les questions qui se posaient portaient plutôt sur les deux autres critères. La légalité : avions-nous des dispositifs juridiques déjà existants qui permettaient d'aller si loin dans les restrictions à nos libertés ? Là, franchement, il y avait déjà de quoi discuter. Parce que les gouvernements se sont appuyés sur des lois de portée très générale, qui ont surtout été pensées pour des crises ponctuelles : des catastrophes naturelles, des émeutes, des menaces face auxquelles l'autorité publique peut réagir en imposant par exemple aux gens de rester chez eux. Mais on a utilisé ces lois dans un contexte très long, étendu à tout le territoire et au-delà des frontières. En pratique, on ne pouvait se référer à rien de mieux dans l'ordre juridique mais, sur le plan de la légalité, cela posait déjà question : on a étendu, on a étiré les bases législatives existantes.

L'autre élément discutable, c'était la proportionnalité : fallait-il confiner aussi strictement pendant des mois ; fallait-il fermer les écoles ; fallait-il à certaines périodes interdire à chacun de rencontrer sa famille (on ne pouvait pas voir plus d'une personne pendant l'hiver 2020-2021) ? Je ne vais pas rappeler toutes les mesures dans le détail, mais on peut les prendre une à une et se demander : « n'était-ce pas aller trop loin ? » ; « était-ce adéquat pour atteindre l'objectif de protection de la santé ? ». Certains juges ont eu aussi à examiner si les peines imposées à ceux qui avaient enfreint les règles n'étaient pas exagérées. Et ils ont parfois jugé que c'était le cas. Bien sûr, des amendes et des sanctions ont été confirmées mais des juges ont aussi estimé, en certaines occasions, que tels ou tels aspects de la réglementation Covid étaient exagérés.⁴

Est-ce que cette crise sanitaire a changé votre propre façon d'aborder ou d'étudier les droits fondamentaux ?

Je dirais que la crise sanitaire a agi comme un accélérateur. Dès le début de l'année 2020, la gestion de la pandémie a posé une série de questions essentielles en matière de droits fondamentaux. D'un jour à l'autre quasiment, nous avons été privés de l'exercice de pans considérables de ces droits. Et même si au début on a pu accepter assez largement que des décisions fortes soient prises, il fallait à mon sens étudier ce qui se passait sous l'angle des droits fondamentaux et avec toute la rigueur scientifique qui s'impose.

Concrètement, après trois ou quatre jours de confinement, j'ai laissé tomber une série de travaux sur lesquels j'étais penché à ce moment-là, pour vraiment me concentrer sur l'actualité, et écrire, publier des réflexions, notamment au sujet des droits fondamentaux : pouvait-on aller si loin dans le retrait de l'exercice de ces droits ? Dans quelle mesure pouvait-on ou devait-on contester certains aspects ? Ce n'était pas du tout un rejet global, consistant à dire « *Tout ce que fait l'État est mauvais* » : il faut reconnaître aussi que c'était extrêmement difficile à gérer et je n'aurais pas aimé être ministre en mars 2020. Mais cela a été une occasion de m'impliquer plus fort scientifiquement dans cette matière. Par la suite, j'ai continué de le faire, dans d'autres champs que celui de la pandémie. La réflexion sur les droits fondamentaux m'a conduit à m'intéresser à des thèmes aussi variés que la liberté d'expression en Turquie ou les conditions de détention des détenus en Belgique.

⁴ Pour une analyse détaillée de cette problématique, voir Frédéric Bouhon, Andy Joustien, Xavier Miny, Emmanuel Slautsky, *L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception*, Courrier hebdomadaire du CRISP 2020/1 (n° 2446)

Cela nous amène à poser le problème de la connaissance et de la défense de ces droits... Et d'abord, où sont-ils décrits ? Peut-on trouver quelque part une liste, un inventaire de nos droits fondamentaux ? Existe-t-il des textes de références auxquels se rapporter ?

Oui. Il y a d'abord la Constitution belge, qui s'applique aux citoyens belges ou étrangers résidant en Belgique. Depuis son adoption en février 1831, ce texte contient un « Titre » (l'équivalent d'un chapitre), le « Titre II », décrivant une série de droits fondamentaux, et ce « catalogue » a été assez peu rénové depuis lors.⁵ Cette relative stabilité est assez frappante parce que, dans d'autres domaines, les révisions de la Constitution belge ont été considérables, pensons à l'instauration de la démocratie ou du fédéralisme.

L'Union européenne a aussi sa propre charte relative aux droits fondamentaux, qui s'applique aux 27 États qui la constituent.⁶ Si l'Union était elle-même un État, ce serait l'équivalent de sa Constitution. Lorsque des questions regardant les droits de l'homme se posent dans une affaire qui implique un État membre, la Cour de justice de l'Union européenne peut être saisie.

Certains droits fondamentaux sont au centre de plusieurs traités internationaux. L'un d'eux, particulièrement important, est la *Convention européenne des droits de l'homme* de 1950, que nous avons évoquée plusieurs fois. Son champ d'application dépasse les contours de l'Union européenne, ce qu'on ne sait pas toujours. Elle émane du Conseil de l'Europe, qui comporte aujourd'hui 46 pays, dont le Royaume-Uni, la Suisse, l'Islande, la Turquie ou l'Ukraine (la Russie l'a quitté à la suite de son offensive contre cette dernière).

D'autres traités internationaux existent, qui peuvent avoir une portée plus large encore. Un exemple : le *Pacte International relatif aux droits civils et politiques* de l'ONU, qui date de 1966. Il comprend lui aussi un catalogue de droits fondamentaux, mais il s'applique bien au-delà de l'espace européen puisqu'un grand nombre d'États, sur tous les continents, l'ont ratifié.

Est-ce que tous ces textes s'appliquent simultanément ? Est-ce qu'ils « s'additionnent » ?

Effectivement. Pour un individu vivant en Belgique, par exemple, il existe une superposition de textes, tous applicables à ses droits fondamentaux : le texte constitutionnel national, le texte européen de référence (la *Convention*

⁵ La Constitution belge en vigueur est notamment consultable en ligne : https://www.senate.be/doc/const_fr.html

⁶ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne peut être notamment consultée via ce lien : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT>

européenne des droits de l'homme), la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* et puis d'autres textes encore, de portée internationale. Et parfois ces textes se recoupent. Si l'on reprend l'exemple de la liberté d'expression, elle est notamment consacrée à l'article 19 de la Constitution belge, à l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme* et on la retrouve aussi dans le Pacte de 1966 : les idées sont formulées un peu différemment mais elles sont similaires. Donc on peut s'appuyer sur plusieurs textes juridiques différents pour faire valoir une même liberté, et ce dans beaucoup de cas.

Y a-t-il, à l'inverse, des différences entre ces textes ?

Oui, chaque catalogue possède des spécificités. Par exemple, la Constitution belge ne prévoit pas le « droit à la vie » et elle ne prévoit pas non plus l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants. Pourquoi ? Parce que ce n'étaient pas des préoccupations premières en 1830. Il s'agit pourtant de droits essentiels, mais ils ont surtout été développés après la Seconde Guerre mondiale, après les exécutions massives, les tortures et autres actes horribles commis de façon structurelle dans ce contexte. Les nouveaux textes conçus à ce moment, particulièrement dans les années 1950, ont eu pour préoccupation majeure d'interdire des actes semblables : interdire de tuer, interdire de torturer, etc. On aurait pu alors ajouter ces dispositifs dans le Titre II de la Constitution belge mais, comme je le disais, cette partie du texte a connu peu de réformes, et on ne l'a pas fait. Concrètement donc, un citoyen résidant en Belgique ne pourra pas se référer à la Constitution s'il veut faire valoir ce type de droits. En revanche, il n'aura pas de difficultés à les faire reconnaître quand même, en s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme, qui s'applique dans notre pays.

S'il faut invoquer des textes différents selon les situations, comment savoir quelle institution on peut saisir pour défendre ses droits fondamentaux ? Qui est chargé de faire appliquer ces différents textes ?

C'est important à préciser, en effet. Dans l'exemple que je viens de donner, le citoyen vivant en Belgique et se réclamant de la Convention européenne des droits de l'homme ne doit pas forcément aller jusqu'à Strasbourg, où se trouve la Cour européenne des droits de l'homme ! ⁷ Les juges belges nationaux sont évidemment tenus d'appliquer cette Convention. Il ne faudrait pas penser que le droit belge, c'est pour les juges belges et que le droit international, c'est pour les grandes juridictions internationales, très lointaines et un peu inaccessibles.

⁷ C'est à Strasbourg que siège la Cour européenne des droits de l'homme, chargée de faire appliquer la Convention européenne des droits de l'homme par les États qui en sont signataires. Quant la Cour de justice de l'Union européenne, elle siège à Luxembourg.

Au contraire : les premiers juges à devoir appliquer en Belgique le droit international en matière de droits fondamentaux, ce sont les juges belges. Et cela vaut pour l'ensemble des juridictions judiciaires : justice de paix, tribunal de police, tribunal de première instance (correctionnel, civil, ...), cours d'appel, etc. Chacune de ces juridictions a ses propres compétences, mais quand une question touchant un droit fondamental se pose devant n'importe lequel de ces juges, il est tenu d'appliquer les textes en vigueur dans ce domaine. Ce peut notamment être le juge de paix si, par exemple, dans le contentieux qu'il doit gérer, il est question d'une atteinte au droit de propriété, qui est aussi un droit fondamental.

Donc c'est un mauvais réflexe de penser que si l'on rencontre un problème avec un droit fondamental, il faut immédiatement aller jusqu'à Strasbourg. D'ailleurs, si l'on fait cela, la Cour européenne des droits de l'homme va déclarer le recours irrecevable. En effet, une condition essentielle de procédure auprès de cette Cour est d'avoir d'abord « épuisé les voies de recours internes » : cela veut dire qu'on doit d'abord avoir essayé de régler le problème devant les institutions nationales. Et si l'on n'a pas obtenu satisfaction à ce niveau, alors il est possible d'aller à Strasbourg.

On entend aussi souvent parler de recours devant le Conseil d'État ? De quoi s'agit-il ?

C'est une juridiction belge, qui est un peu à part. Il s'agit de la juridiction administrative suprême : son rôle est de vérifier si les actes adoptés par les gouvernements belges et par leurs administrations sont conformes aux normes qui leur sont supérieures, c'est-à-dire aux lois et à la Constitution. Le Conseil d'État veille donc notamment à ce que le pouvoir exécutif respecte les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution belge. Concrètement, si un acte est pris par un gouvernement ou une administration (y compris une administration communale, provinciale ou régionale) et que cet acte pose question par rapport à un droit fondamental, il est susceptible d'être annulé par le Conseil d'État.

Les particuliers, aidés d'un avocat le cas échéant, peuvent donc adresser ce qu'on appelle un « recours en annulation » au Conseil d'État, en défendant l'idée que telle décision ou tel refus d'accorder quelque chose n'est pas compatible avec tel ou tel droit fondamental garanti par la Constitution. Et si le Conseil d'État partage cette vision, s'il est d'accord avec le requérant, il a le pouvoir d'annuler l'acte pris par l'autorité.

Et ça, c'est important de le mesurer parce qu'on pourrait avoir l'impression que les droits fondamentaux sont des idées un petit peu vagues, des idées pour militants, voire même des idées un peu évanescences. Non : ils ont une véritable

réalité juridique et ils peuvent servir à faire annuler, à faire disparaître des décisions qui ont été prises par les autorités, quand ces décisions sont incompatibles avec ces droits. Et cela arrive quotidiennement.

Le Conseil d'État vérifie donc si les actes des gouvernements et des administrations sont compatibles avec les lois et la Constitution... Mais si c'est une nouvelle loi qui vient violer la Constitution ou des traités internationaux en matière de droits fondamentaux, qui peut intervenir ?

C'est le rôle de la Cour constitutionnelle, qui est encore une autre juridiction. Elle aussi a le pouvoir d'annuler des règles mais pas, comme le Conseil d'État, celles produites par les gouvernements et leurs administrations [pouvoir exécutif]. La Cour constitutionnelle se penche sur les normes produites par les parlements [pouvoir législatif].⁸ En Belgique, ces normes législatives peuvent être des lois, des décrets ou des ordonnances, selon le parlement concerné (au niveau fédéral ou au niveau d'une région ou d'une communauté).

Et là, on touche à un point de « friction » ou de conflit de valeur possible entre deux types de normes : celles adoptées par les parlements et celles auxquelles se réfèrent les juges. Avec la possibilité que les premiers, composés de représentants démocratiquement élus, voient leurs décisions annulées par les seconds qui, à proprement parler, ne sont pas élus. On touche alors à l'équilibre délicat entre l'État de droit et la démocratie. Mais j'anticipe peut-être sur d'autres questions et on pourra y revenir.⁹

Il faudra en effet y revenir en détail. Mais pour rester sur le cadre belge en matière de droits fondamentaux, deux petites précisions. La première : le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle sont bien des institutions du niveau fédéral ?

Oui. On peut d'ailleurs dire que, pour l'essentiel, le système juridictionnel en Belgique n'est pas régionalisé : tant les cours et tribunaux judiciaires (avec au sommet la Cour de cassation) que le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle sont des institutions fédérales et ont donc un champ d'action national.

⁸ En Belgique, « il revient au *pouvoir législatif* de légiférer, c'est-à-dire d'édicter les lois, des règles générales qui organisent tant les rapports entre les personnes (physiques ou morales) que les rapports entre les citoyens et les pouvoirs publics ». Il revient au *pouvoir exécutif* « d'appliquer les lois, en mettant en œuvre les moyens qui y sont nécessaires, notamment en édictant des réglementations ». Il revient au pouvoir judiciaire « d'appliquer les règles de droit aux litiges qui lui sont soumis afin de trancher ces derniers, et de sanctionner les violations de la loi pénale qui sont portées à sa connaissance. » (CRISP, Vocabulaire politique, consultable en ligne : <https://www.vocabulairepolitique.be/>).

⁹ Ce point est développé dans la deuxième analyse de cette série.

Une autre précision... Quand le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle « annulent une règle » produite par un gouvernement ou par un parlement, que se passe-t-il concrètement ?

Cette norme juridique ne s'applique plus, elle disparaît, comme si elle n'avait pas été adoptée ou même comme si elle n'avait jamais existé. Et donc il reste à l'autorité qui avait adopté le texte d'origine la possibilité d'en adopter un nouveau, sur le même sujet, qui idéalement tient compte des motifs de l'annulation. L'autorité peut donc légiférer ou réglementer quand même sur ce sujet mais autrement, en revoyant sa copie. D'ailleurs on peut aussi voir dans les décisions qui sont prises par le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle des formes d'injonctions ou de conseils qui vont orienter la façon d'adopter les normes futures.

Cela, c'est la théorie. En pratique, les choses se passent parfois autrement. Tout récemment, en novembre 2023, vous êtes intervenu, avec d'autres (juristes, professeurs d'université, acteurs associatifs), pour dénoncer une violation du principe que vous venez d'expliquer : le gouvernement fédéral belge a en effet ignoré délibérément l'annulation d'une de ses décisions par le Conseil d'État. Peut-on rappeler les faits ?

Je crois en effet que c'est important d'en dire quelques mots. Il s'agit donc de l'accueil des demandeurs d'asile dans des logements prévus à cet effet, qui sont en nombre insuffisants. La secrétaire d'État à l'Asile et à la Migration a pris la décision de réserver les logements disponibles aux familles et d'en exclure les hommes seuls. Le Conseil d'État considère que cette décision n'est pas compatible avec la législation et qu'elle ne peut donc pas être appliquée comme telle.

Malgré ce rappel à l'ordre, on a pu lire que la secrétaire d'État, soutenue par son gouvernement, continuerait à appliquer cette politique, en prétendant qu'elle ne pouvait pas faire autrement, à défaut de moyens et de logements disponibles. Cela est contestable (même si on ne crée pas des logements d'un jour à l'autre), car cela fait deux ans au moins que cette crise est entamée : il n'était donc pas impossible de faire quelque chose pour résoudre ces difficultés, pourvu qu'on y accorde de l'importance et de la volonté. Et là, on touche à l'idée essentielle d'État de droit, selon laquelle une autorité est tenue de respecter les normes qui lui sont supérieures et qui s'imposent à elle. Cela vaut pour le droit d'asile comme pour le reste.¹⁰

¹⁰ Nous revenons sur ces faits et plus largement sur la notion d'État de droit dans la deuxième analyse de cette série.

On se penchera plus longuement sur cet événement et, plus largement, sur cette notion d' « État de droit », au cours de nos prochaines entrevues. Mais je voudrais vous poser pour finir une question plus personnelle... Comme citoyen et comme professeur, vous semblez particulièrement attaché à l'étude et à l'enseignement des droits fondamentaux : pour quelles raisons ?

Je dirais d'abord qu'étudier les droits fondamentaux permet de toucher à de nombreux sujets de société, qui intéressent à peu près tout le monde et dont on parle couramment dans l'actualité. Cela va des conditions de détention des détenus aux mesures prises face au Covid-19, en passant par le droit de manifester ou bien la question de l'autodétermination de l'identité de genre, liée à l'évolution des mœurs qu'on observe au cours des dernières décennies.

Ce sont là des questions importantes, que l'angle des droits fondamentaux permet d'aborder d'une façon rigoureuse. On ne se demande pas « *Est-ce que c'est bien ou pas ?* » de façon morale, parce que chacun a là-dessus son point de vue. Pour reprendre l'exemple de l'autodétermination des identités de genre : est-ce bien de laisser les gens choisir pour eux ou faut-il être plus « encadrant » à ce niveau-là ? Ce sont des positions éthiques que chacun est libre de développer. Mais du point de vue juridique, on ne se pose pas exactement la même question. On se demande : « *Qu'est-ce que l'État peut ou doit faire, par rapport à ces sujets-là ? Est-ce que l'État est obligé de faire certaines choses pour rendre un droit fondamental effectif ? Ou au contraire, est-ce que l'État ne peut pas faire certaines choses parce que ce serait contraire à un droit fondamental ?* » Cela permet de dessiner les limites de la marge d'action des États.

En d'autres termes, il y a d'une part ce que les individus font ou voudraient faire et d'autre part, autour d'eux, il y a des autorités, des législateurs, des gouvernements qui vont participer à l'encadrement de la vie sociale mais pas n'importe comment. Il y a des limites à l'action des pouvoirs publics : des limites positives (ce que les autorités doivent faire) et des limites négatives (ce qu'elles ne peuvent pas faire).

Je trouve que c'est une façon très intéressante de réfléchir au fonctionnement de la vie collective et d'en discuter, à travers un raisonnement construit. On peut bien sûr aborder les mêmes thèmes autrement, par exemple par le biais de la philosophie ou de la sociologie. Mais le faire sous l'angle juridique, et spécialement sous l'angle des droits fondamentaux, permet de développer une technique rigoureuse pour éclairer ces questions. Pour moi, c'est très stimulant.

Propos recueillis par Steve Bottacin
Janvier 2024

Pour aller plus loin...

Frédéric BOUHON (interrogé par Steve Bottacin), *Droits fondamentaux, démocratie, État de droit : où allons-nous ? II. État de droit et démocratie : un couple en tension*, Infor Famille Education Permanente, 2024

Frédéric BOUHON, Andy JOUSTEN, Xavier MINY, Emmanuel SLAUTSKY, *L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception*, Courrier hebdomadaire du CRISP 2020/1 (n° 2446)

« Migration : qu'allons-nous pouvoir dire à nos étudiants ? » par un collectif de signataires, in *Le Soir*, 20/09/2023 : <https://www.lesoir.be/538243/article/2023-09-20/migration-quallons-nous-pouvoir-dire-nos-etudiants>

La Constitution belge : https://www.senate.be/doc/const_fr.html

La Déclaration universelle des droits de l'homme
https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/frn.pdf

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT>

La Convention européenne des droits de l'homme
https://www.cncdh.fr/sites/default/files/2022-02/cedh_0_1.pdf

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques
<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>