



**HAL**  
open science

## Peut-on écrire une histoire des libertés publiques ?

Cyrille Dounot

► **To cite this version:**

Cyrille Dounot. Peut-on écrire une histoire des libertés publiques?. LGDJ. Penser l'ancien droit public. Regards croisés sur les méthodes des juristes (III), N. Laurent-Bonne, X. Prévost (dir.), LGDJ, Paris, 2021, 300 p., , pp. 99-147, 2022, 978-2275080505. hal-03528098

**HAL Id: hal-03528098**

**<https://uca.hal.science/hal-03528098>**

Submitted on 17 Jan 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Peut-on écrire une histoire des libertés publiques ?

Poser la question de l'écriture de l'histoire des libertés publiques est déjà problématique, tant le sujet semble à la fois immense et pourtant peu traité, offrant « de nouveaux territoires à conquérir »<sup>1</sup>. Il n'est pas question de nier que les libertés publiques ont une histoire, bien sûr<sup>2</sup>, mais un constat s'impose : d'une part, il n'existe ni manuel, ni précis, ni traité publié sous l'intitulé *Histoire des libertés publiques* ou sous un titre approchant. Il n'y a, à notre connaissance, que la notable exception d'un fascicule du Jurisclasseur *Libertés publiques*, désormais archivé<sup>3</sup>. D'autre part, les facultés de droit n'offrent que peu de cours relatifs à l'histoire des libertés publiques. Un recensement rapide donne à voir que neuf d'entre elles seulement proposent une telle matière à leurs étudiants, la plupart du temps en master<sup>4</sup>.

Face à ce constat, il pourrait être tentant de conclure que, s'il n'existe pas de littérature sur le sujet, et si peu d'enseignements, c'est que, au-delà d'un simple manque d'intérêt, la chose est impossible<sup>5</sup>. La question de l'écriture de l'histoire des libertés publiques serait celle d'une impasse, celle qui affecte les libertés publiques elles-mêmes. L'existence de la matière *Libertés publiques* fait l'objet d'un questionnement académique, d'où par contrecoup, les flottements sur l'existence d'une histoire de cette matière. L'idée que les libertés publiques forment du moins un tout cohérent, sinon une branche du droit à part entière, est contestée par une part notable de la doctrine. Plusieurs auteurs lui refusent la consécration de « 'discipline'

---

<sup>1</sup> M. MATHIEU, « L'histoire des droits de l'homme et des libertés fondamentales. De nouveaux territoires à conquérir », J. Krynen, B. d'Alteroche (dir.), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 479-493. L'auteur ajoute qu'« en dépit de la richesse et de l'intérêt des questions qu'elle recouvre, l'histoire des droits de l'homme et des libertés fondamentales commence à peine à s'imposer comme une matière digne d'être cultivée par les historiens du droit », p. 486.

<sup>2</sup> D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2009, p. 3 : « Les droits de l'homme ne sont pas une catégorie intemporelle. Ils ont émergé, à l'issue d'une longue maturation de la pensée politique et philosophique, à une époque et en un lieu donné : l'Europe des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles » ; p. 6 : « les droits de l'homme ne sont pas un corps de principes éternels et immuables » ; « les droits de l'homme ont une histoire », etc.

<sup>3</sup> FR. SAINT-BONNET, *Histoire des libertés publiques*, dans P. Wachsmann et F. Picod (dir.), *Jurisclasseur Libertés publiques*, fasc. 10.

<sup>4</sup> Liste dressée en fonction des informations disponibles sur les sites internet des facultés, par niveau d'études : en licence 3, à Grenoble, un cours d'« Histoire des droits de l'Homme » ; à Nantes, un cours d'« Histoire des libertés publiques » ; à Paris V, un cours intitulé « Histoire des droits fondamentaux » ; en master 1, à Cergy, au sein du master *Droit des libertés et des droits de l'homme*, un cours de 33h d'« Histoire des droits de l'Homme » ; en master 2 : à Clermont-Ferrand, au sein du master *Culture juridique*, un cours de 32h intitulé « Fondements historiques et philosophiques des libertés publiques » ; à Évry, au sein du master *Administration et échanges internationaux*, parcours *Coopération et solidarité internationale*, un cours de 15h intitulé « Histoire et philosophie des droits de l'homme » ; à Grenoble, au sein du master *Droit et histoire des droits de l'homme*, plusieurs cours d'histoire du droit dont un de 32h intitulé « Histoire de la protection internationale et européenne des droits de l'Homme », un de 24h intitulé « Histoire de la garantie des droits fondamentaux » et un de 18h « Histoire des libertés - sécurité, répression et libertés individuelles » ; à Lille, au sein du master *Histoire du droit et des institutions*, un cours d'« Histoire des droits de l'Homme » via la plateforme UNJF ; à Limoges, au sein du master *Histoire du droit et des institutions, Institutions coutumières et gestion des conflits*, un cours intitulé « Histoire des droits fondamentaux » ; à l'Université Catholique de Lyon, au sein du master *Histoire, Théorie et Pratique des Droits de l'Homme*, mention *Droit des libertés*, un cours de 24h intitulé « Histoire de la garantie des Droits et libertés » ; à Toulon, au sein du master *Pratique des droits fondamentaux*, un cours intitulé « Histoire comparée des libertés ». Il semble que le cours intitulé « Théorie et histoire des droits de l'Homme » du master 2 *Droits de l'Homme et droit humanitaire* de Paris II ait cessé d'exister.

<sup>5</sup> « Peut-il exister une histoire positive des libertés fondamentales ? Certains ont pu en douter », PH. SEGUR, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2014, n°20, p. 8.

à part entière »<sup>6</sup>, d'autres donnent des « indices » d'un tel refus : les variations des intitulés des ouvrages, l'éclatement des règles, la fragmentation des juridictions, la pluralité de la doctrine, l'existence d'incertitudes conceptuelles<sup>7</sup>.

D'aucuns y voient une « discipline performative » n'existant que par la force du discours, n'ayant « d'autre consistance qu'*idéologique* » et dont le corpus ne préexiste pas à la « constitution/institution de la discipline »<sup>8</sup>. Ce ne serait finalement qu'une « discipline [qui] n'a d'autre objet que de faire exister son objet », comme l'admettait Claude-Albert Colliard<sup>9</sup>. Elle n'aurait pas « d'objet spécifique » puisqu'elle relèverait « de l'idéologie, en aucune façon de la science, même ramenée à une technologie »<sup>10</sup>. En tout cas, « les libertés publiques ne revendiquent aucune 'autonomie' »<sup>11</sup>.

Cette vision revient à minimiser le fait que les *libertés publiques* font, depuis 1954, l'objet d'une attention particulière dans la formation des juristes. Et, si elles ne sont pas une discipline au sens fort, elles sont cependant une matière<sup>12</sup>. Cet enseignement propre et obligatoire est introduit dans les facultés de droit par le décret n°54-343 du 27 mars 1954 modifiant le régime des études et des examens en vue de la licence en droit (art. 4). Il est établi sous la forme d'un semestre de cours en 4<sup>e</sup> année, pour la section « droit public et science politique ».

En 1962, ce cours d'un semestre descend en 3<sup>e</sup> année, et sert de pivot à la culture juridique des apprentis juristes puisqu'il fait désormais partie des « matières communes à tous les candidats », et plus uniquement aux publicistes<sup>13</sup>. Les *Programmes des examens en vue de la licence en droit et en vue de la licence ès sciences économiques*, annexés à l'arrêté du 8 août

---

<sup>6</sup> X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2018, n°145, p. 87.

<sup>7</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, « Existe-t-il un droit des libertés ? », *RDLF* 2017, chron. n°04.

<sup>8</sup> P. WACHSMANN, « Une discipline performative : les libertés publiques ou fondamentales », Fr. Audren, S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, 2018, p. 265-278, ici p. 269.

<sup>9</sup> *Ibid.* L'auteur justifie sa qualification de discipline performative par un argument très vrai, mais qui ne nous paraît pas suffisant : « la seule institution, sous ce nom, d'un enseignement spécifique véhicule un message : il existe une discipline dont cet enseignement rend compte et son intitulé a pour fonction d'indiquer le caractère libéral du système juridique français. La fonction de l'entreprise est ainsi d'exhiber, de donner à voir ce qui n'existe pas, en tout cas pas évidemment, indépendamment d'elle ». Si le tableau est exact – et la fonction idéologique avérée – il convient, pour le dépasser, d'indiquer en quoi cette intention est réalisée ou non. Un cours de *Libertés publiques* peut (et doit) montrer en quoi tel gouvernement réalise ou bafoue les libertés, en quoi il est contradictoire avec ses pétitions de principes, ou en quoi il y est fidèle. Il semble que la vertu critique du discours juridique sur les libertés suffise amplement à corriger l'aspect idéologique (libéral) dénoncé par l'auteur.

<sup>10</sup> *Id.*, p. 270.

<sup>11</sup> P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2017, 8<sup>e</sup> éd., n°8, p. 10.

<sup>12</sup> J. MORANGE, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, 8<sup>e</sup> éd., p. 9 ; J. CHEVALLIER, « Ce qui fait discipline en droit », Fr. Audren, S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, 2018, p. 55, expose que la *matière* ne suffit pas à caractériser la *discipline*.

<sup>13</sup> Art. 6 du décret n°62-768 du 10 juillet 1962 fixant le régime des études et des examens de la licence en droit et de la première année de la licence ès sciences économiques. De là vient peut-être l'inexactitude de plusieurs auteurs indiquant que cet enseignement, créé en 1954, ne devient obligatoire qu'en 1962 (cf. J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2003, t. 1<sup>er</sup>, p. 4 ; X. DUPRE DE BOULOIS, art. cit. ; FR. SAINT-BONNET, *op. cit.*, n°1). Certains pays francophones, tels le Maroc, établissent dès 1960 cet enseignement en troisième année, sous forme d'une heure hebdomadaire, cf. Art. 4, Arrêté du ministre de l'Éducation nationale n° 961-60 du 25 octobre 1960 portant organisation du régime des études et des examens en vue de la licence en droit.

1962, détaillent le contenu de cet enseignement et donnent à voir l'unité d'objet qu'il recouvre :

« I. La notion des droits publics individuels et sociaux. Son histoire, ses fondements philosophiques et juridiques.

II. Les différentes techniques juridiques de reconnaissance et de protection des libertés publiques.

III. Les libertés et les droits publics consacrés par le droit positif français »<sup>14</sup>.

Le point névralgique pour l'historien du droit est évidemment l'appel à faire comprendre l'« histoire » et, subsidiairement, les « fondements philosophiques » de ces « droits publics individuels et sociaux ». Il semble toutefois que cela n'ait pas vraiment eu d'influence, si l'on en juge les ouvrages publiés sous ce titre<sup>15</sup>. Depuis cette date, aucun texte règlementaire n'est allé si loin dans le détail (pourtant sommaire) des aspects que devait aborder ce cours. En 1993, le nom de la matière enseignée en licence change pour devenir le « droit des libertés fondamentales », sans plus de précisions sur son contenu<sup>16</sup>.

Ce détour par les amphithéâtres permet d'asseoir ce que la matière a de spécifique, à savoir non la particularité des règles, mais l'unité d'objet, la prise en main des droits et libertés des citoyens (ou des hommes) par la puissance publique<sup>17</sup>. Cette matière a pour objet propre d'étudier ensemble « toutes les règles qui concourent à l'aménagement et à la protection des libertés »<sup>18</sup>. Ainsi définie, cette matière semble éminemment propice à une lecture historique. Il paraît possible, et même pertinent, d'écrire cette histoire d'un point de vue juridique, et d'ailleurs, « les chercheurs ont ouvert la voie à l'émergence d'une matière à part entière »<sup>19</sup>.

Un historien s'est déjà demandé « Comment écrire l'histoire des droits de l'homme ? », du point de vue non de la méthode historique, mais du positionnement historien, du fait des soubassements idéologiques et psychologiques de cette « histoire complexe, parsemée de

---

<sup>14</sup> JORF, 10 août 1962, p. 7977.

<sup>15</sup> Il faut mettre à part quelques titres, comme le manuel de Jean Morange, qui insiste sur la présence invariable d'« un certain nombre d'éléments » : « une mise en lumière des origines historiques et philosophiques des notions abordées ; une théorie générale des libertés ; une description plus précise du régime juridique de certains droits et libertés », J. MORANGE, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, p. 19. Son ouvrage est conçu dans une « logique historique », préférée à une « logique normativiste », faisant apparaître les droits et libertés comme « le produit d'une histoire », et dans lequel « la notion de droits de l'homme [...] sera envisagée dans une perspective de long terme », p. 20. Le manuel de G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2009 est le plus prolixe, consacrant tout son titre II à l'« Histoire des libertés publiques », de 1789 à 1948 (p. 56-134). Celui de R. LETTERON, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2012, aborde « la construction des libertés publiques » en une vingtaine de pages. Cependant, le plus souvent, les « repères historiques » se limitent à quelques banalités d'une ou deux pages dans les ouvrages de droit positif, cf. X. DUPRE DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, p. 4-6.

<sup>16</sup> Arrêté du 19 février 1993, annexe, *Description des licences et des maîtrises du secteur droit et science politique*. L'intitulé est repris par l'arrêté du 30 avril 1997 relatif au diplôme d'études universitaires générales Droit et aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et science politique

<sup>17</sup> Sur les aspects théoriques de la justification de la matière, v. G. MORANGE, *Contribution à la Théorie générale des Libertés publiques*, thèse droit, Nancy, 1940 ; PH. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, thèse droit, Paris, 1968.

<sup>18</sup> J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2003, t. 1<sup>er</sup>, p. 1.

<sup>19</sup> M. MATHIEU, « L'histoire des droits de l'homme et des libertés fondamentales. De nouveaux territoires à conquérir », J. Krynen, B. d'Alteroche, *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 480.

tours, détours ou retours, d'oublis, d'amnésie volontaire ou non, d'occultations ou de réactivations au gré des événements politiques »<sup>20</sup>. Ce questionnement, en apparence anodin, va vite révéler son utilité en abordant l'objet « libertés publiques » sous l'angle de l'histoire du droit. En effet, de nombreux problèmes se rencontrent dès qu'on tente d'appréhender les libertés publiques en historien du droit (I), cependant des possibilités peuvent être esquissées pour les dépasser (II).

## I. L'étendue des problèmes

Les problèmes affectant l'histoire des libertés publiques recouvrent en partie les embarras touchant les libertés publiques elles-mêmes, et notamment la question philosophique de la liberté, dans le sillage de la querelle des Anciens et des Modernes, mise en avant par Benjamin Constant dans un discours célèbre prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819, intitulé *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*. Cependant, un des problèmes spécifiques de l'écriture de l'histoire des libertés publiques est celui des bornes. Il convient en effet de savoir où commence et où finit l'étude d'un phénomène, d'un droit, d'une institution. Or, la difficulté majeure d'une histoire des libertés publiques est justement celle de poser des limites, d'enserrer ces libertés dans un cadre chronologique défini. Au regard de cette exigence radicale, une série de problèmes vient empêcher une lecture unanime du temps dans lequel les libertés publiques se déploient. Une étude, non exhaustive, des problèmes soulevés par la question des droits pousse à interroger successivement le nom, le support, le sujet, le fondement, la substance, la garantie et le contenu.

### A. Le nom

La question initiale à laquelle est confronté l'historien des libertés publiques est celle du nom de la matière étudiée. Nul n'ignore que la thématique des droits et libertés recouvre des noms variés voire opposés : libertés publiques, libertés individuelles, libertés fondamentales, droits de l'homme, droits individuels, droits fondamentaux, droits humains, etc. Or, cette diversité d'appellation n'est pas sans conséquence sur la matière elle-même, ces intitulés endossant « des conceptions très hétérogènes des droits et libertés en question. Certains entendent avant tout mettre l'accent sur des valeurs exprimées par les droits et libertés ; d'autres veulent marquer leur ancrage dans l'étude du droit positif, soit pour promouvoir plus particulièrement un champ disciplinaire, celui du contentieux constitutionnel, soit pour s'aligner sur le vocabulaire des ordres juridiques internationaux et européens »<sup>21</sup>.

L'expression *Droits de l'homme* renvoie à une « dimension politique et philosophique qui sous-tend le droit positif », cependant ces droits « ne forment pas une catégorie juridique » ni même une « catégorie de doctrine opératoire »<sup>22</sup>. L'expression « évoque une conception

---

<sup>20</sup> J.-P. NANDRIN, *Hommes et normes. Enjeux et débats du métier d'un historien*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016, p. 565-596.

<sup>21</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 50. Aussi, dans la suite de cet article, nous emploierons l'expression plus neutre de « droits et libertés ».

<sup>22</sup> X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2018, n°165, p. 94.

jusnaturaliste des droits »<sup>23</sup>. Elle répond à des « exigences politiques et morales, plus ou moins inspirées par le libéralisme politique et ses extensions, considérées en dehors de tout contexte proprement juridique »<sup>24</sup>. Elle paraît de ce point de vue peu propice à une histoire qui remonterait avant le XVII<sup>e</sup> voire le XVIII<sup>e</sup> siècle, quand bien même d'aucuns s'échinent à remonter aux premières manifestations de tel ou tel droit de l'homme, envisagé sous l'angle de la philosophie politique bien plus que du droit. De fait, l'expression « droits de l'homme » servant à désigner ces droits et libertés n'est pas antérieure au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>25</sup>. Si, de fait, une chose peut exister avant de recevoir un nom, il apert que dans ce domaine, l'apparition du nom est concomitante de la chose.

L'expression plus fréquente en droit positif de *Droits fondamentaux* ou de *Libertés fondamentales* présente l'inconvénient majeur de n'être « pas stabilisée »<sup>26</sup>. Cette terminologie varie « à la fois en fonction d'évolutions doctrinales, et il faut bien l'avouer, parfois en fonction d'effets de mode »<sup>27</sup>. De surcroît, il n'y a pas d'univocité du concept, et V. Champeil-Desplats distingue « au moins quatre conceptions des droits et libertés fondamentaux », dont plusieurs posent problème<sup>28</sup>. L'une, dite axiologique, « ne s'épuise dans aucune norme formelle » (E. Picard), et attribue aux droits ou libertés la qualité de fondamental « indépendamment de leur reconnaissance comme telle dans le droit positif »<sup>29</sup>. Cette indépendance postulée au regard de la norme est évidemment gênante pour l'historien des droits et libertés, qui s'intéresse aux règles juridiques plus qu'aux idées qui les portent.

Une autre conception, dite structurelle, est tout aussi problématique en prétendant constituer « un ensemble de normes [que les droits et libertés fondamentaux] structurent et valident », étant par eux-mêmes « au fondement du droit »<sup>30</sup>. Ainsi posée, cette conception très récente invalide tout ordre juridique ne répondant pas à ces critères, à savoir la totalité des ordres juridiques d'avant la fin du XX<sup>e</sup> siècle (et en grande parties les ordres juridiques actuels, du moins ceux qui ne « collent » pas avec ces vues doctrinales).

Enfin, l'usage des expressions « droits fondamentaux » ou « libertés fondamentales » dans le sens que nous leur donnons aujourd'hui ne remonte pas plus haut que le XX<sup>e</sup> siècle<sup>31</sup>. En

---

<sup>23</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, n°30, p. 24.

<sup>24</sup> L. FAVOREU ET ALII, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, n°88, p. 75.

<sup>25</sup> La première occurrence semble remonter au pasteur Jurieu, *Lettres pastorales adressées aux fidèles qui gémissent sous la captivité de Babylone*, Rotterdam, 1686, p. 35, opposant dialectiquement les « droits de Dieu » aux « droits de l'homme », tous deux conservés par le glaive de l'autorité. Ce n'est qu'après 1760 que les droits de l'homme sont conçus sur un mode autonome, détachés des droits de Dieu et souvent accolés à ceux du citoyen. L'*Encyclopédie* ne contient pas l'expression, mais seulement celle de *droits du citoyen*, aux articles « Citoyen » et « Crime ».

<sup>26</sup> H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2019, n°1, p. 21.

<sup>27</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 13.

<sup>28</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 57.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 58.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 60.

<sup>31</sup> L'article de M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 49-64, a joué un rôle notable dans la diffusion de l'expression. Jean Rivero reconnaissait sans complexe qu'« aux temps, lointains peut-être, mais enfin pas encore préhistoriques » où il faisait ses études de droit, personne ne lui a « jamais parlé de l'existence de droits fondamentaux », in « Rapport de synthèse », *Revue internationale de droit comparé*, n° 33-2, 1981, p. 659 (=L. Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica-PUAM, 1982, p. 515).

définitive, ce n'est pas un hasard si les *Grands arrêts du droit des libertés fondamentales* – dont l'avant-propos prend soin de s'inscrire « en rupture avec [un] tropisme exclusivement publiciste » et de constater qu'il n'existe pas de consensus sur l'intitulé de la matière – ne contiennent qu'une décision antérieure à 1945, à savoir un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation de 1876 relatif à la rétroactivité de la loi pénale *in mitius*<sup>32</sup>. Inconsciemment, en l'occurrence, ou explicitement, le prisme mis sur les libertés fondamentales réduit le champ historique des libertés publiques à peau de chagrin.

Une analyse semblable pourrait s'opérer à partir de la dénomination de *Droits humains*, assez contestée<sup>33</sup>. Cet intitulé d'origine étrangère (*human rights*) n'ayant été adopté ni par le législateur, ni par le constituant, et peu reçu par la doctrine, ne renvoie qu'à une vision très récente des droits et libertés, marquée par l'idéologie féministe<sup>34</sup>. Il est reproché à cet intitulé « une double turpitude historique et linguistique »<sup>35</sup>. De plus, la traduction adoptée au Canada ou en Suisse par l'expression *Droits de la personne* renvoie en France à la conception propre qu'en a l'Église catholique, « à l'encontre de la notion laïque et rationaliste des droits de l'Homme », dans un ancrage jusnaturaliste<sup>36</sup>.

L'appellation plus classique de *Libertés publiques* renvoie à une catégorie au sens plein, caractérisée « par le fait qu'elles sont consacrées essentiellement par la loi [...], que leur objet consiste pour l'essentiel à protéger l'individu de la puissance publique »<sup>37</sup>. Cette appellation recouvre l'ensemble des « permissions de rang législatif attribuées à des catégories générales de bénéficiaires »<sup>38</sup>. Cet ancrage auprès du législateur est doublé, pour une partie de la doctrine, par une consistance propre des libertés envisagées. Elle englobe la liberté de choix ou la liberté d'autonomie, mais exclut la liberté-créance, relevant d'un régime juridique différent<sup>39</sup>. D'autres auteurs excluent de ce champ les droits politiques ou les droits de solidarité<sup>40</sup>. Cette notion de *libertés publiques* « coïncide avec le premier stade de la réalisation juridique des droits de l'homme en France, celui de l'État légal [...] la fin du second Empire et le début de la III<sup>e</sup> République »<sup>41</sup>.

De surcroît, cette appellation risque de verser dans le chauvinisme, puisque « les libertés publiques se rattachent à un ordre juridique national »<sup>42</sup>. De la sorte, une histoire des libertés publiques commence avec le travail libérateur du législateur national, et s'arrête tant aux

---

<sup>32</sup> X. DUPRE DE BOULOIS (coord.), *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2019, p. 659.

<sup>33</sup> D. LOCHAK, « Terminologie 'Droits de l'homme'. Avis sur la dénomination 'droits de l'homme', 19 novembre 1998 », Chr. Lazerges (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016, p. 1-10.

<sup>34</sup> *Id.*, n°5.

<sup>35</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, n°31, p. 24.

<sup>36</sup> D. LOCHAK, art. cit., n°16.

<sup>37</sup> X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2018, n°165, p. 94.

<sup>38</sup> L. FAVOREU ET ALII, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, n°88, p. 75.

<sup>39</sup> P. ROLLAND, « Libertés publiques », J. Andriantsimbazovina et alii (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 655.

<sup>40</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, n°32, p. 25.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2019, n°25, p. 53. Pour J. MORANGE, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, 8<sup>e</sup> éd., p. 6, « de telles libertés ne se conçoivent que dans le cadre d'un système juridique déterminé ».

frontières de la patrie qu'aux limites posées à l'action du Parlement, ce qui renvoie au second problème, celui du support, qui n'est pas sans lien avec le problème du nom.

## B. Le support

Il est possible d'affirmer, à la suite de Jean Morange, que « la formulation des libertés publiques n'est pas un pur problème de forme »<sup>43</sup>. Au-delà de l'aspect symbolique qu'un texte vient signifier, la question juridique du support des libertés publiques se pose avec acuité. Elle n'est pas sans rappeler quelques analogies avec le questionnement relatif au nom. Ainsi, la terminologie est associée à des fondements différents, internes ou externes aux ordres juridiques, mais aussi à des assises disciplinaires variées : « l'ère des 'libertés publiques' était ancrée dans le droit administratif, celle des droits fondamentaux marquerait l'avènement du droit constitutionnel »<sup>44</sup>. Au-delà de ces questions théoriques, des problèmes historiques sont soulevés par la formulation des droits et libertés.

Si l'on estime que les déclarations de droits sont le support de la matière, alors la borne chronologique du XVIII<sup>e</sup> siècle semble indépassable. Il est de notoriété publique que le mouvement des déclarations de droits ou de principes naît au XVIII<sup>e</sup> siècle, dans le monde anglo-saxon. Les premiers textes sont issus du continent américain, avec la *Déclaration des droits de l'État de Virginie* du 12 juin 1776, qui servira d'ébauche à la *Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique* du 4 juillet 1776<sup>45</sup>. Elle sera suivie de la *Déclaration des droits du Maryland*, du 11 novembre 1776, de la *Déclaration des droits de la Caroline septentrionale* de décembre 1776, et de trois autres déclarations avant la *Déclaration des droits* des 21 août et 26 septembre 1789 (*United States Bill of Rights*).

De même pour le cas français, où la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, en débat du 20 au 26 août 1789, est présentée au Roi qui donne « accession à ces articles » le 5 octobre 1789, texte qui sera placé en préambule de la constitution du 3 septembre 1791<sup>46</sup>.

Toutes ces choses bien connues bornent ici le sujet : l'histoire des libertés publiques considérées du point de vue de leur support déclaratif débute à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Elle semble aussi coïncider avec le règne des libertés publiques, puisque les « bornes » de la liberté « ne peuvent être déterminées que par la Loi » (art. 4 DDHC). Cette histoire n'est pas finie, puisque des déclarations ne cessent d'être adoptées, notamment dans le cadre des institutions internationales (*Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948,

<sup>43</sup> J. MORANGE, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, 8<sup>e</sup> éd., p. 23.

<sup>44</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 75.

<sup>45</sup> Ce fait est relevé par tous, notamment par G. JELLINEK, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, Paris, 1902, p. 18 (= *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°1, 1995, p. 109) dans le texte qui servira de fondement à la querelle que lui opposera Boutmy, cf. D. KLIPPEL, « La polémique entre Jellinek et Boutmy. Une controverse scientifique ou un conflit de nationalismes ? », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°1, 1995, p. 79-94. Sur d'autres aspects, v. V. ZUBER, « L'origine protestante des droits de l'Homme. Retour sur un débat célèbre : la querelle Jellinek-Boutmy », Ph. Benedict, H. Daussy, P.-O. Léchoy (dir.), *L'Identité huguenote. Faire mémoire et écrire l'histoire (XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle)*, Genève, Droz, 2014, p. 523-541.

<sup>46</sup> Sur la cessation inopinée des débats et des travaux déclaratifs, et les variations entre le texte de 1789 et celui de 1791, v. ST. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Pluriel, Hachette, 1988, p. 256-257.



*Déclaration des droits de l'enfant* de 1959) où elles constituent un des éléments les plus solennels du *soft law*, habituellement sous forme de « résolutions ayant valeur de recommandation »<sup>47</sup>.

La deuxième hypothèse à retenir quant au support des libertés publiques est celle de la loi, de « leur rapport privilégié à la loi »<sup>48</sup>. D'abord, parce que tel est le rôle dévolu à la loi par le constituant de 1958, de fixer « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (art. 34). Ensuite, car c'est dans ce sens que le doyen Hauriou glosait les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 : « Toutes les libertés individuelles présentent le caractère commun d'être des formes de la liberté, laquelle consiste [...] à pouvoir faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi et à ne pouvoir être contraint de faire que ce que la loi ordonne. C'est donc la liberté selon la loi ; la loi seule peut défendre, la loi seule peut ordonner ; la loi est la limite de la liberté en même temps qu'elle en est la garantie »<sup>49</sup>. Une telle approche lui permet sans hésiter d'aborder les libertés civiles selon trois groupes, dont le premier reprend les termes et les concepts du droit romain, envisageant le *status libertatis*, le *connubium* et le *commercium*. Les libertés du second groupe, les libertés spirituelles, « ne sont pas aussi anciennes que celles du premier groupe, par conséquent, les *Déclarations des droits* du XVIII<sup>e</sup> siècle ont eu un certain mérite à formuler celles qu'elles ont formulées (liberté de conscience, liberté de la presse, liberté de réunion) »<sup>50</sup>.

Une telle présentation classique permet évidemment d'écrire l'histoire des libertés publiques sur une longue durée, puisant dans les lois anciennes les premiers éléments juridiques de la liberté, chez les Romains certes, mais aussi, pourquoi pas, chez d'autres peuples de l'Antiquité<sup>51</sup>. C'est ce qu'affirme Fr. Saint-Bonnet : « une histoire des libertés publiques est possible. Elle peut être entamée **avant la Révolution** et être achevée avec la **mise en cause de la suprématie de la loi**, expression de la volonté générale en 1971 »<sup>52</sup>. C'est d'ailleurs pourquoi certains considèrent « que les 'libertés publiques' appartiennent à un cadre révolu, celui de la France du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle », justement à cause de la relégation « au second plan [de] la garantie législative »<sup>53</sup>.

La troisième hypothèse est alors celle de la constitutionnalisation des droits et libertés. Si l'on retient le postulat de l'école formaliste, « il ne pourra y avoir de droits fondamentaux sans formalisation de la Constitution (ou sans convention internationale aux caractéristiques

---

<sup>47</sup> V. LASSERRE *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, Paris, 2015, n°197, p. 338. V. également LES RAPPORTS DU CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*. Étude annuelle, n° 64, 2013.

<sup>48</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 38.

<sup>49</sup> M. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929, 2<sup>e</sup> éd., p. 650.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 653.

<sup>51</sup> L. WAELKENS, « L'origine romaine des Droits et libertés fondamentaux », *Annales de la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy*, vol. 2, 2009-2010, p. 187-210, reprend et développe les éléments de « l'ensemble des privilèges [qui] formaient le *status libertatis* ».

<sup>52</sup> FR. SAINT-BONNET, *Histoire des libertés publiques*, dans P. Wachsmann et F. Picod (dir.), *Jurisclasseur Libertés publiques*, fasc. 10, point-clé n°1. Il ajoute plus loin : « Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel de la conformité de la loi au droit constitutionnel des libertés en 1971 constitue le *terminus ad quem* de cette brève histoire de libertés publiques », n°2.

<sup>53</sup> J. MORANGE, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, 8<sup>e</sup> éd., p. 10.

particulières) »<sup>54</sup>. Autrement dit, « un ordre juridique ne comporte par conséquent pas de droits fondamentaux si [les normes] ne sont pas de rang formellement constitutionnel »<sup>55</sup>. Il est évident qu'une telle conception restrictive ne permet pas d'écrire d'histoire des droits et libertés, à moins de se contenter d'une histoire immédiate remontant, pour la France, à 1971. Cette conception était explicitement rejetée par les professeurs de droit républicains, qui refusaient tout contrôle de constitutionnalité des lois pour des motifs tout autant politiques que juridiques<sup>56</sup>.

La dernière hypothèse à envisager est celle du privilège, qui s'écarte de la loi en ce qu'il ne vise, comme son nom l'indique, qu'une catégorie d'individus, mais qui s'en rapproche en ce qu'il est, de plus en plus, dans la main du roi<sup>57</sup>. Le privilège est, pour l'Ancien Régime, le mode ordinaire, pourrait-on dire, d'octroi des droits et libertés : « Privilège est synonyme de franchises, d'exemptions, d'immunités, de libertés »<sup>58</sup>. La portée de tels actes est circonscrite par des critères géographiques, temporels, sociaux ou professionnels, de sorte qu'ils ne visent que l'une ou l'autre catégorie de sujets. Ces concessions « portent sur des droits et libertés ciblés : la liberté de croyance et d'opinion, la sûreté, habeas corpus, la fiscalité... »<sup>59</sup>. Il convient toutefois de relativiser ce support dont l'histoire s'arrête (officiellement) la nuit du 4 août 1789, quelques jours avant que se pose la question du sujet des droits, l'homme ou le citoyen.

### C. Le sujet

Si l'on considère maintenant le sujet des droits et libertés, là encore la question est complexe. Dans les ordres juridiques antiques, à Rome par exemple, « le droit n'appartient pas à l'homme en tant que tel (concept moderne), mais à celui qui fait partie de la cité »<sup>60</sup>. Les droits et libertés accordés au citoyen supportent alors une histoire ancienne, quand les droits et libertés accordés à l'homme, en tant que construction théorique et doctrinale bien plus récente, sont inconnus de l'Antiquité et du Moyen Âge<sup>61</sup>. En revanche, les débats sont

---

<sup>54</sup> L. FAVOREU ET ALII, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, n°74, p. 65.

<sup>55</sup> *Id.*, n°99, p. 83.

<sup>56</sup> N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, p. 257.

<sup>57</sup> M. BOULET-SAUTEL, « Réflexions sur le privilège dans la France de l'Ancien Régime », *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010, p. 249-256. Le privilège n'est pas, à l'encontre d'une vulgate surannée, un instrument tyrannique, cf. Y. DURAND, « Les privilèges selon Sieyès ou le triomphe de la désinformation », *Histoire, économie & société*, n°11-2, 1992, p. 295-323.

<sup>58</sup> P. OURLIAC, « Libertés et privilèges », dans Fr. Bluche (dir.), *Dictionnaire du Grand Siècle*, Paris, Fayard, 2005, p. 873.

<sup>59</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 165.

<sup>60</sup> J. GAUDEMET, « Des 'droits de l'homme' ont-ils été reconnus dans l'Empire romain ? », *Labeo*, 33, 1987, p. 9.

<sup>61</sup> J. GAUDEMET, « Des 'droits de l'homme' dans l'Antiquité ? », R. Feenstra et alii (dir.), *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum, à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire*, I, Amsterdam, Gieben, 1995, p. 105, rappelle ce que « la doctrine moderne des droits de l'homme » doit à la « philosophie individualiste, qui l'importe au XVIII<sup>e</sup> siècle, selon laquelle tout homme, par sa seule qualité d'homme, sa dignité humaine, est titulaire de 'droits fondamentaux'. Cela suppose que le droit soit tenu pour un attribut de l'homme, quels que soient son sexe, sa race, sa place dans le groupe social [...] de telles idées ont été le plus souvent étrangères au monde gréco-romain antique ».

intenses à la fin de l'époque moderne sur la quiddité du sujet. Rousseau par exemple, dans un passage ardu qu'il juge lui-même, en note, contradictoire, nous dit qu'« il s'agit de bien distinguer les droits respectifs des citoyens et du souverain, et les devoirs qu'ont à remplir les premiers en qualité de sujets, du droit naturel dont ils doivent jouir en qualité d'hommes » (*Du contrat social*, II, 4). Ainsi, après avoir affirmé que le citoyen s'abandonne tout entier au souverain pour jouir des droits et libertés qu'il lui assure exclusivement, Rousseau fait place à un droit naturel attaché à la qualité d'homme.

En 1789, les débats portent aussi sur cette considération. Mounier penche du côté de l'homme, et propose de rédiger une déclaration « pour préparer une constitution » et « connaître les droits que la justice naturelle accorde à tous les individus » (9 juillet 1789)<sup>62</sup>. Duport est plus explicite encore, vantant « une déclaration convenable à tous les hommes à toutes les nations. Voilà l'engagement que vous avez pris à la face de l'Europe : il ne faut pas craindre ici de dire des vérités de tous les temps et de tous les pays » (18 août 1789)<sup>63</sup>. Pétion, le 23 août 1789, affirme que c'est « l'homme en général » qui est visé par ce processus<sup>64</sup>. Ce discours n'est pas propre à la France, puisque Thomas Paine estime que ces droits caractérisent la nature humaine, et visent « l'homme en tant qu'il est homme : les droits naturels sont ceux qui appartiennent à l'homme en raison de son existence »<sup>65</sup>.

Cependant, le texte de la DDHC, à l'analyse, consiste à « affirmer l'imprescriptibilité des droits de l'homme et à ne consacrer pour l'essentiel que des droits du citoyen »<sup>66</sup>. L'art. 11 de la DDHC permet de voir le passage d'un sujet à un autre, puisque « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme » et qu'en conséquence « tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». En l'occurrence, que le droit soit référé à l'homme ou au citoyen ne change pas grand-chose au fait qu'il ait été proclamé solennellement par les constituants de 1789, et qu'il tranche avec le régime juridique précédent.

Toutefois, la distinction du sujet intéresse l'écriture de l'histoire des libertés publiques, puisqu'une orientation sur l'homme ouvre sur l'universel, tandis qu'une orientation sur le citoyen restreint l'histoire à celle de l'ordre juridique envisagé. L'une est plus universelle, l'autre plus nationale. L'histoire française de la liberté d'expression tiendra compte de la date pivot de 1789, tout en n'omettant ni les règles antérieures (l'arrêt du Conseil du roi du 5 juillet 1788, le *Règlement* des États Généraux du 24 janvier 1789), ni les concrétisations consécutives (le décret du 13 janvier 1791 abolissant la censure du théâtre, la loi du 23 août 1791 sur les délits de presse, la constitution du 3 septembre 1791, titre 3, chap. 5, art. 17), ni les restrictions ultérieures (le décret du 29 mars 1793 rétablissant la censure). L'histoire générale de la liberté d'expression s'attachera plus à montrer comment « l'approche

<sup>62</sup> Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (=AP), t. 8, Paris, Paul-Dupont, 1875, p. 216.

<sup>63</sup> AP 8, p. 451.

<sup>64</sup> AP 8, p. 475.

<sup>65</sup> TH. PAINE, *Les droits de l'homme*, Paris, Belin, 1987, p. 99, cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 30.

<sup>66</sup> ST. RIALS, « Le mystère des origines », *Droits*, 8, 1988, p. 18.

française », située dans le fil jusnaturaliste « de la revendication de ces droits de l'homme, 'droits naturels, inaliénables et sacrés' », passe d'abord par l'encadrement législatif, quand l'approche anglo-saxonne, plus pragmatique et fondée sur la *common law*, tend à « se préserver par avance des limitations plus ou moins insidieuses que le législateur pourrait imposer »<sup>67</sup>. Le premier amendement à la Constitution fédérale des États-Unis d'Amérique est révélateur de ce phénomène : « Le Congrès ne fera aucune loi [...] restreignant la liberté de parole ou de la presse ».

La question du sujet des droits et libertés est renouvelée par l'expression 'droit et libertés fondamentaux', puisque « le sujet universel des droits disparaît et ne devient qu'une présupposition et une possibilité parmi d'autres »<sup>68</sup>. Ce n'est plus simplement la question de l'homme ou du citoyen, mais bien celle d'attribuer des droits à des choses (animaux, fleuves, etc.). L'écriture de l'histoire de ces « droits » est celle, au mieux d'une histoire immédiate (les droits de la nature n'éclorant qu'à l'orée du XXI<sup>e</sup> siècle), au pire d'une histoire sans objet. Ce détour par la nature permet de glisser vers un autre problème, celui du fondement des droits et libertés.

#### D. Le fondement

La question du fondement est l'une des plus complexes tant des libertés publiques que de leur histoire. Comme l'indique Ph. Ségur, « pour définir ces libertés, il faut soit les rapporter à un droit naturel inhérent à la nature humaine (thèse jusnaturaliste), soit les identifier à partir du niveau supralégislatif où elles sont garanties (thèse positiviste). Dans le premier cas, elles procèdent d'un droit qui, par hypothèse, est de toujours et n'a pas d'origine sinon doctrinale ou déclarative. Dans le second, leur définition relève d'une problématique formelle qui, par principe, est anhistorique (normativisme). Dès lors, l'étude génétique des libertés fondamentales est le plus souvent ramenée à celle de quelques textes dans leur application plus ou moins erratique »<sup>69</sup>. Ainsi, la question du fondement est des plus épineuses et pose des « défis épistémologiques » sérieux<sup>70</sup>. Sans entrer dans le fond du débat – qui n'intéresse que secondairement l'historien des droits et libertés – il convient de rappeler les termes vifs par lesquels Michel Troper considérerait les droits de l'homme d'un point de vue positiviste. Si d'une part, la norme juridique n'existe que posée par une autorité habilitée dans un ordre juridique déterminé, et, d'autre part, les hommes possèdent et exercent des droits indépendamment de l'État, alors « le problème est très vite résolu : il n'y a point de droits de l'Homme »<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 29, 26.

<sup>68</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 79.

<sup>69</sup> PH. SEGUR, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2014, n°20, p. 8.

<sup>70</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 15. Il s'agit, selon cet auteur, de la résoudre « en une analyse des conditions socio-historiques et juridiques de leur émergence », p. 24, ce à quoi elle s'attèle dans son chapitre 2 « Fonder les droits et libertés », p. 86-162.

<sup>71</sup> M. TROPER, « Le positivisme et les droits de l'Homme », B. Binoche, J.-P. Cléro (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007, p. 233, cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, p. 15.

Abordé différemment, le problème du fondement place le juriste devant une alternative : si c'est la nature, alors des reflets de ce droit naturel peuvent se trouver dans tout système juridique, quelque ancien qu'il soit, ce qui pousse certains à exciper de « la dimension anhistorique du droit naturel »<sup>72</sup>. En revanche si c'est le droit positif, il faut partir du moment historique où la bascule s'opère d'une conceptualisation des droits et libertés vers leur formalisation au sein d'un ordre juridique. C'est pourquoi Michel Villey termine son ouvrage consacré au sujet sur la « Naissance et prolifération des droits de l'homme au XVII<sup>e</sup> siècle ».

Un autre problème surgit. Puisque c'est de l'homme qu'il s'agit, le droit naturel y afférent devrait être aussi immuable que lui, et son histoire terminée une fois sa déclaration effectuée. À ce titre, « les droits de l'homme n'ont pas d'histoire »<sup>73</sup>. Cependant, à rebours de cette logique trop évidemment jusnaturaliste, de nombreux auteurs considèrent que les droits et libertés sont « affectés par une dynamique qui les amène à évoluer sans cesse »<sup>74</sup> ou encore que « la notion de droits de l'homme est plurale et évolutive »<sup>75</sup>. Chose que constatent sans difficulté les historiens du droit.

Ce qui rend la tâche plus ardue encore est que l'opposition droit naturel – droit positif n'est pas toujours pensée comme telle, et donc, ne permet pas toujours d'écrire une histoire des droits et libertés articulée autour de cette dialectique. Pour Hobbes, le droit de nature est contractualisé, et devient seulement alors civil. Le fondement des droits et libertés n'est pas tant la nature que la volonté du souverain, de ce Léviathan conçu comme agrégation des pouvoirs individuels. « Hobbes, c'est le positivisme volontariste »<sup>76</sup>. Comme le dit St. Rials, « l'état civil n'est pas le dépassement de l'état de nature mais, d'une certaine façon, son restaurateur à la suite des perturbations qui ont pu y intervenir »<sup>77</sup>. Chez Rousseau, l'affirmation nette et répétée de l'autorité de la loi naturelle se conjugue avec l'affirmation tout aussi nette de la toute-puissance de la volonté générale. S'il écrit qu'il n'est pas permis « d'enfreindre les lois naturelles par le contrat social » (*Lettres écrites de la montagne*, 6<sup>e</sup> lettre), il écrit aussi que « le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens [de membres] » (*Du contrat social*, II, 4).

Dès lors, comment déterminer le fondement des droits, quand s'opposent les fondations, naturelles ou positives ? Léo Strauss tente de démêler la contradiction : « En renonçant à tous les droits en faveur de la société, l'homme perd le droit d'invoquer le droit naturel contre les verdicts de la société, c'est-à-dire contre la loi positive : tous les droits deviennent des droits sociaux. Une société libre repose et s'appuie sur l'intégration du droit naturel dans la loi positive. Cette interprétation est légitime dans une société édiflée conformément au droit

---

<sup>72</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 32.

<sup>73</sup> J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2003, p. 19. Il explicite « Les droits de l'homme n'ont pas d'histoire en ce sens qu'ils ne s'inscrivent pas dans une histoire qui [...] s'ordonnerait en un déroulement linéaire intelligible ».

<sup>74</sup> D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2009, p. 6.

<sup>75</sup> X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2018, n°22, p. 31.

<sup>76</sup> ST. RIALS, « Des droits de l'homme aux lois de l'homme. Aux origines de la pensée juridique moderne », *Commentaire*, 1986/2, n° 34, p. 285.

<sup>77</sup> *Id.*

naturel. La volonté générale prend la place de la loi naturelle »<sup>78</sup>. Les droits naturels disparaissent au profit des droits positifs, qui viennent les fixer puisque « dans l'état civil, tous les droits sont fixés par la loi » (*Du contrat civil*, II, 6). C'est ce que Rousseau appelle le « droit naturel raisonné, différent du droit naturel proprement dit » (*Manuscrit de Genève*, II, 4).

Un autre élément de complication tient à la définition des libertés publiques par l'intervention du pouvoir, où ne sont dites publiques que les libertés aménagées par la loi. Que cette posture soit purement technique (définir ce qu'est une liberté publique) ou idéologique (au service du positivisme), peu importe. Elle aboutit à restreindre le champ temporel des libertés publiques à celui de l'intervention du législateur. Or, comme le reconnaît Gaston Jèze, « l'étendue et l'efficacité des libertés individuelles dépendent, en totalité, de l'appréciation des gouvernants »<sup>79</sup>. Il s'ensuit que l'histoire des libertés publiques considérée sous cet angle pourrait, de manière assez paradoxale, exclure les pays de *common law* dont l'essentiel des libertés consacrées vient du juge, et non du législateur<sup>80</sup>. Une société qui admettrait, par exemple, la liberté de pensée, mais ne l'inscrirait pas dans sa loi, n'intégrerait pas une telle histoire des libertés publiques. C'est pourquoi certains auteurs mettent en garde contre « la fragilité des fondements » des droits et libertés, en l'occurrence du fondement démocratique<sup>81</sup>. Si, en effet, les droits et libertés ne sont que du droit positif, alors une nouvelle majorité politique suffira à les renverser, et leur histoire se confondra peu ou prou avec celle des élections et de l'opinion.

Pour autant, ce questionnement a-t-il une incidence réelle sur l'écriture de l'histoire des droits et libertés ? L'exemple de l'esclavage permet d'en douter. Louis X, par édit du 3 juillet 1315, affirme que « selon le droit de nature, chacun doit naître franc », et constate l'extinction de l'esclavage en France, usage long de plusieurs siècles en Occident<sup>82</sup>. Il légifère ensuite : « comme la servitude moult nous déplaît [...] avons ordonné et ordonnons à tous lieux, villes et communautés et personnes singulièrement et généralement, que par tout notre royaume les serviteurs seront amenés à franchise ». Il assoit cette disposition de droit positif sur le droit naturel, tout comme le fera le décret Schœlcher du 27 avril 1848<sup>83</sup>. Ce dernier s'ouvre par des considérants éminemment jusnaturalistes : « Considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine [...] et] supprime le principe naturel du droit et du devoir ». Ce n'est qu'ensuite qu'il pose la conséquence normative en son article 1<sup>er</sup> : « L'esclavage sera entièrement aboli dans toutes les colonies et possessions françaises ». De l'un à l'autre exemple, la liberté native de tout homme est positivée par une règle explicitement référée à la

---

<sup>78</sup> L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Paris, 1969, p. 295.

<sup>79</sup> G. JEZE, *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Paris, 1929, p. 168, cité par P. WACHSMANN, *art. cit.*, p. 274.

<sup>80</sup> Bien que les choses aient changé au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle, cf. J. BEATSON, « Le Royaume-Uni et la Nouvelle Déclaration des Droits », *Revue française de droit constitutionnel*, 2001/4 (n° 48), p. 687-694.

<sup>81</sup> J. MORANGE, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, p. 273.

<sup>82</sup> FR.-A. ISAMBERT ET ALII, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1821, t. 3, p. 102-104.

<sup>83</sup> J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, 1848, t. 48, p. 194.

nature de l'homme. Ainsi, l'affirmation, même contraignante, d'une liberté naturelle à l'homme ne peut se passer de sa traduction en droit positif.

L'écriture des libertés publiques, fussent-elles naturelles, devra prendre en compte le moment (ou les moments, le cas échéant) de leur introduction dans l'ordre juridique considéré. Cependant, le fondement d'un droit ou d'une liberté, naturel ou positif, importe finalement assez peu au regard de leur histoire. Pour nous en tenir à l'esclavage, son opposition foncière à la nature libre de l'homme n'a pas empêché les rois de France d'en encadrer l'exercice dans les « Îles de l'Amérique », pas plus qu'il n'avait empêché les Romains de le pratiquer, eux qui répétaient pourtant avec Ulpien que, « selon le droit naturel, tous les hommes naissent libres » (D. 1, 1, 4).

En définitive, le problème du fondement des droits et libertés, au regard de l'écriture de leur histoire, est plus un problème herméneutique qu'un problème heuristique, comme peut l'éclairer la notion d'abus de droit. La conséquence du « caractère naturel » des droits de 1789 aboutit à leur absolutité. Cependant, « l'individu peut nuire à d'autres, ou à tous, en exerçant son droit propre dans certaines conditions », conduisant à restreindre l'usage d'un droit naturel déjà positif<sup>84</sup>. Toute la contradiction vient de la conception jusnaturaliste moderne résumée dans la Déclaration de 1789 comportant des « droits naturels, inaliénables et sacrés » s'expliquant « historiquement par le jeu inéluctable des réactions sociales » mais aboutissant « à l'absolutisme des droits subjectifs »<sup>85</sup>. Jossierand fait partie de ces civilistes ayant « pris parti en faveur de la *relativité* des droits contre la doctrine *absolutiste* à laquelle l'école philosophique du XVIII<sup>e</sup> siècle, les lois de la période révolutionnaire et la grande codification napoléonienne avaient donné une faveur passagère qu'expliquait seul un désir de réaction violente contre le passé mais qui venait se heurter, en tant que doctrine permanente, à l'essence même du droit et à sa mission sociale »<sup>86</sup>. Tout le travail de l'historien des libertés publiques consistera à démêler les prétentions à la naturalité d'un droit et les formes normatives qu'il revêt, à les confronter et à les ordonner, à suivre la « tendance à limiter les libertés en leur assignant un but »<sup>87</sup>. Ce qui conduit à examiner ensuite la substance de ces droits et libertés.

---

<sup>84</sup> J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2003, t. 1<sup>er</sup>, p. 91-92. C'est retrouver la thématique de l'effet horizontal des droits fondamentaux, à savoir « si, et dans quelle mesure, la liberté de l'un n'est pas seulement *limitable* par la liberté de l'autre, mais est également *limitée*, en vertu de la Constitution », J. MASING, « Avant-propos », Th. Hochmann, J. Reinhardt (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2018, p. 6.

<sup>85</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1939, p. 6.

<sup>86</sup> *Id.*, p. 9. Il explicitait plus haut l'idée qu'« à chaque fois qu'il [l'individu] exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution, *civilter* », p. 7. La jurisprudence, dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, a reconnu la possibilité d'abuser d'un droit ou d'une liberté, en l'occurrence du droit de propriété pourtant assuré « de la manière la plus absolue » (art. 544 du code civil), avec l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 2 mai 1855, dit « de la fausse cheminée ». La Cour de cassation, dans les affaires des sources Saint-Galmier (10 juin 1902) ou des dirigeables de Clément-Bayard (3 août 1915), valide cette théorie de l'abus du droit de propriété.

<sup>87</sup> J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2003, t. 1<sup>er</sup>, p. 92.

## E. La substance

Ici, la question essentielle à soulever est celle de la nature intime des droits et libertés, à savoir s'ils constituent ou non un droit subjectif. La doctrine soutient majoritairement la position selon laquelle « les libertés et droits fondamentaux se présentent comme des droits subjectifs c'est-à-dire, de manière sommaire, des intérêts reconnus aux individus par le système juridique dont ils sont susceptibles de solliciter la réalisation devant un juge »<sup>88</sup>. X. Bioy fait du subjectivisme l'une des cinq sources philosophiques des droits de l'homme, et n'hésite pas à affirmer que « tous les droits fondamentaux sont des droits subjectifs »<sup>89</sup>.

Cette manière d'entendre la substance des droits et libertés est pourtant historiquement située. Elle remonte pour l'essentiel à l'œuvre des publicistes du XIX<sup>e</sup> siècle, et notamment la théorie des droits publics subjectifs de Georg Jellinek. Avant cet octroi de la part de l'État, il n'y a que des « droits-reflets » dont jouissent par exemple les esclaves romains. Il n'y a pas « cette capacité, que l'État procure à l'individu, de mettre en mouvement dans son propre intérêt l'ordre juridique »<sup>90</sup>. Cette existence de droits publics subjectifs, qui dépend de la seule volonté de l'État, implique « d'un côté, que comme les libertés publiques, leur existence est liée à leur affirmation dans un ordre juridique, et d'un autre côté, que l'étendue de leur reconnaissance est limitée par la volonté et la capacité juridique que s'accorde la personne publique elle-même »<sup>91</sup>. Certains publicistes français (Jacquelin, Barthélémy, Marie, Bonnard) ont même estimé que le recours pour excès de pouvoir avait pour objet de sanctionner de tels droits publics subjectifs<sup>92</sup>.

Cette doctrine est elle-même dépendante de la date de naissance assignée au droit subjectif, question qui sous-tend l'ensemble de la conception des droits et libertés. Dans cette veine, D. Lochak oppose la conception antique du droit, « celle d'un 'droit objectif' », à la conception moderne, dans laquelle « le droit s'adresse à des individus – des sujets de droit », et ajoute à juste titre que « la notion de droit subjectif [...] sera le soubassement nécessaire pour construire la théorie des droits de l'homme »<sup>93</sup>. De la sorte, l'histoire des droits et libertés ne commencera qu'avec cette conception nouvelle du droit. L'Antiquité et le Moyen Âge, par défaut de conception subjectiviste, sont exclus de cette histoire : « dans la philosophie politique antique dominante – holiste, inégalitaire, ignorant la notion même de droits subjectifs, a fortiori de droits opposables au pouvoir – les droits de l'homme sont, on le voit, tout simplement impensables »<sup>94</sup>. C'est aussi la conclusion de Bernardo Albanese, pour qui le droit subjectif n'est pensable qu'avec l'apparition médiévale du participe parfait

---

<sup>88</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, p. 37.

<sup>89</sup> X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2018, n°23, p. 31 et n°65, p. 54.

<sup>90</sup> G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, Paris, Giard-Brière, 1913, p. 50.

<sup>91</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 41.

<sup>92</sup> N. FOULQUIER, « L'analyse du discours juridique. Le concept de droit subjectif en droit administratif », L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, Paris, 2005, p. 45.

<sup>93</sup> D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2009, p. 8.

<sup>94</sup> *Id.*, p. 9.



substantivé *directum* pour désigner le droit (au détriment du terme classique *ius*), dont la complexité résulte « de la convergence en une unité des valeurs renfermées dans *dirigere* (activité ordonnante), *directum* (disposition résultant de cette activité) et *rectum* (critère idéal de justice) »<sup>95</sup>.

Il convient alors de savoir précisément quand s'opère ce passage de l'une à l'autre conception. De nombreux auteurs rattachent aux « théories du droit naturel subjectif » le développement d'une vision individualiste et contractualiste sous-jacente aux libertés publiques, vision qui remonte à Guillaume d'Occam mais trouve sa complète expression chez Grotius<sup>96</sup>. Cette lecture doit beaucoup à Michel Villey, dont la *Formation de la pensée juridique moderne* constitue un point de passage obligé<sup>97</sup>. Un certain consensus doctrinal renvoie au juriste hollandais la définition du droit comme subjectif (« le droit est la qualité morale de la personne qui rend apte à posséder ou accomplir justement une action », *De jure belli ac pacis*, I, 1, 4), bien que des prémices d'un tel chamboulement se trouvent dans la seconde scolastique espagnole qu'il avait tant lue (Soto, Molina)<sup>98</sup>. Cependant, Villey attribue à Hobbes le décisif tournant subjectiviste amenant à « la fondation du positivisme juridique »<sup>99</sup>. Cette « révolution copernicienne » subjectiviste en entraîne une autre par voie de conséquence : « Avoir un droit, c'est pouvoir *exiger* une chose, la *revendiquer* en justice. Octroyer un droit, c'est promettre d'en *garantir* effectivement la jouissance à son titulaire. En cela réside la nouveauté des Déclarations des droits de l'homme »<sup>100</sup>.

De ces débats doctrinaux (intenses et irrésolus), il ressort que l'écriture de l'histoire des droits et libertés sera foncièrement différente au regard de la position adoptée. Si l'existence d'un droit subjectif à Rome semble rejetée<sup>101</sup>, sa naissance médiévale ou moderne fait déplacer la borne temporelle à partir de laquelle appréhender cet objet juridique que sont les droits et libertés. Mais, qu'elle remonte au XIV<sup>e</sup> siècle ou au XVII<sup>e</sup> siècle, elle permet toutefois de les étudier et d'écrire leur histoire moderne et contemporaine. Ce qui n'est le cas du problème suivant, celui de la garantie de ces droits.

## F. La garantie

---

<sup>95</sup> B. ALBANESE, « Verba tene, res sequuntur. Réflexions sur le mot 'droit' », *Conférence*, 41, 2015, p. 516.

<sup>96</sup> J. GAUDEMET, « Des 'droits de l'homme' ont-ils été reconnus dans l'Empire romain ? », *Labeo*, 33, 1987, p. 8, n. 1 ; J. MORANGE, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, p. 32 ; H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2019, n°37, p. 63.

<sup>97</sup> D. GUTMAN, « Droit subjectif », D. Alland, St. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 529-533.

<sup>98</sup> P. HAGGENMACHER, « Droits subjectifs et système juridique chez Grotius », L. Foisneau (dir.), *Politique, droit et théologie chez Bodin, Grotius et Hobbes*, Paris, Kimé, 1997, p. 73-130.

<sup>99</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1968, p. 635. Ce point a été contesté par P.-FR. MOREAU, « Michel Villey, lecteur de Hobbes », *Droits*, 29, 1999, p. 105-117. V. également O. Jouanjan, « Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique », *Droit et société*, n° 71, 2009/1, p. 27-45.

<sup>100</sup> M. VILLEY, « Polémique sur les 'droits de l'homme' », *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Paris, Cerf, 2014, p. 252.

<sup>101</sup> M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique de droit français et étranger*, 24 (1946-1947), p. 201-228.

Proclamer un droit subjectif est une chose, en assurer l'effectivité en est une autre, et l'histoire des droits et libertés se ressent de cette différence. En effet, peut-on parler de libertés publiques ou de droits de l'homme sans que leur garantie soit assurée par les pouvoirs publics ? On connaît les critiques faites, dès 1789, à l'absence de garantie (Buzot). Les Constituants ont explicitement affirmé « s'affranchir de la tyrannie d'un modèle », celui de la garantie concrète des droits et libertés, notamment juridictionnelle<sup>102</sup>. Mounier estimait, par exemple, que « la garantie des droits relève pour l'essentiel de la loi bien faite et des mœurs »<sup>103</sup>. L'absence de garanties est pourtant décrite comme « l'un des points faibles dans l'histoire française », puisque « la relative continuité dans l'énoncé des droits de l'homme par les déclarations n'a pas été accompagnée par la mise en place de garanties suffisantes »<sup>104</sup>. L'on connaît les remarques de Taine regrettant « des interdictions expresses qui empêchent d'avancer plusieurs sortes de lois », son éloge de la Cour suprêmes des États-Unis et son souhait d'établir un organe qui reçoive « la plainte du particulier lésé »<sup>105</sup>.

Cependant, cette question de la « garantie prudentielle des droits de l'homme face à la loi imparfaite est remplacée par celle de leur accomplissement, sous la forme de droits du citoyen, par la loi parfaite », loi qui assurera « inévitablement la garantie des droits et réconciliera l'homme et le citoyen »<sup>106</sup>. C'est pourquoi Stéphane Rials peut ajouter que « dans une telle perspective [...] l'antinomie de la loi et de la liberté devient absurde : la loi est ontologiquement libératrice ».

Face à cette posture, tant idéologique que juridique, puisqu'adoptée en France jusqu'en 1958, l'historien des libertés publiques hésitera sur le parti à prendre<sup>107</sup>. Considérer que la garantie des droits est implicite, et faire courir l'histoire depuis la formalisation des droits et libertés, ou à l'inverse exiger une garantie juridique, et rapprocher près de nous les commencements des libertés publiques. La première posture est pourtant assez peu respectueuse de l'état réel des libertés publiques. Un contre-exemple manifeste est donné par la condamnation de Lacordaire et de Montalembert pour l'ouverture illégale d'une école primaire libre. Condamnés à 100 F d'amende, et à la fermeture de l'école, par la Cour des Pairs, ils se sont vus opposer l'inefficacité de l'art. 69 de la Charte de 1830 intéressant la « liberté de l'enseignement ». Pour le procureur général, cet article « ne peut être une raison pour en conclure qu'à l'instant même la législation qui nous régissait sur ce point a dû être regardée comme anéantie »<sup>108</sup>. Car, « tout en proclamant, comme principe constitutionnel, qu'il devra être pourvu par une loi à l'instruction publique et à la liberté de l'enseignement, la Charte a laissé au pouvoir législatif le soin de donner les institutions nouvelles qu'elle

---

<sup>102</sup> ST. RIALS, « Le mystère des origines », *Droits*, 8, 1988, p. 13.

<sup>103</sup> ST. RIALS, « Le mystère des origines », *Droits*, 8, 1988, p. 18.

<sup>104</sup> J. MORANGE, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, 8<sup>e</sup> éd., p. 93. Il dresse plus loin un constat lucide : « Le XVIII<sup>e</sup> siècle a proclamé des libertés qu'il n'a pas su mettre en œuvre. Le XIX<sup>e</sup> siècle s'y est essayé sans parvenir à les garantir. Il a fallu attendre le XX<sup>e</sup> siècle, dans sa seconde moitié, pour que les garanties rendent enfin effectives et 'réelles' les libertés énoncées deux siècles plutôt », p. 107.

<sup>105</sup> Sur ces textes, v. E. GASPARI, *La pensée politique d'Hippolyte Taine : entre traditionalisme et libéralisme*, thèse droit, Aix, PUAM, 1993, p. 282-283.

<sup>106</sup> ST. RIALS, « Le mystère des origines », *Droits*, 8, 1988, p. 14.

<sup>107</sup> Le conseil d'État s'est prononcé deux fois quant à l'absence de valeur juridique de la DDHC, CE, 9 mai 1913, *Roubeau*, Rec. p. 521 et CE, 4 février 1944, *Guieysse*, Rec. p. 45.

<sup>108</sup> *Cour des Pairs. Affaire du Cte Montalembert. Procès-verbaux*, Paris, De l'Imprimerie Royale, 1831, p. 33.

regardait comme nécessaires sur ce point »<sup>109</sup>. Le jugement reprend cette argumentation défavorable à la garantie des droits, considérant que l'article 69, « en ordonnant qu'il sera pourvu successivement par des lois séparées aux objets énoncés dans ledit article, n'a pas abrogé les lois antérieures relatives à ces matières », fussent-elles liberticides.

L'historien des libertés publiques hésitera d'autant plus sur le parti à prendre qu'avec l'apparition des droits sociaux dans la législation française du XIX<sup>e</sup> siècle, la question s'est de nouveau posée de leur garantie réelle. Un exemple est donné par la tentative de création de mécanismes ouvrant, à ceux qui s'estimaient exclus à tort de l'assistance publique, la voie aux recours pour excès de pouvoir. La notion de droit à l'assistance avait même été introduite en 1903 par le député socialiste Léon Mirman, notion qui « diffère essentiellement de la charité en ce qu'elle reconnaît aux intéressés définis par la loi un droit et qu'elle leur donne un moyen légal de faire valoir ce droit »<sup>110</sup>. L'article proposé disposait : « Tout Français privé de ressources, soit âgé de 70 ans, soit atteint d'une infirmité ou d'une maladie [...] a droit, aux conditions et sous les réserves ci-après, aux services de la solidarité sociale ». Le Sénat a supprimé ces expressions, et la loi du 14 juillet 1905 relative à l'assistance obligatoire aux vieillards, aux infirmes et aux incurables privés de ressources, établit simplement que le Français nécessiteux « reçoit, aux conditions ci-après, l'assistance instituée par la présente loi »<sup>111</sup>. La tentative de garantie avait échoué.

Il est vrai que d'aucuns estiment ces droits-créances, ces « droits à » dits de deuxième génération, radicalement distincts des « droits de », dits de première génération, et que « libertés et créances ne relèvent pas, en ce qui concerne leur mise en œuvre, des mêmes techniques juridiques »<sup>112</sup>. Quoiqu'il en soit de ce débat, la question de la garantie des droits réduite à la seule « première génération » continue de poser problème à l'historien des droits et libertés. S'il doit retenir l'effectivité d'une garantie desdits droits et libertés, il sera conduit à reculer assez tard le terminus *a quo*. En effet, s'il s'agit de vérifier que les droits et libertés reconnus et déclarés soient garantis, il convient de sortir de l'orientation legaliste dans laquelle la France a longtemps vécu. Question embarrassante qui conduit à faire commencer l'histoire française des droits et libertés en 1958, avec l'introduction du contrôle de constitutionnalité de la loi, ou en 1971 avec la prise en compte de la Déclaration de 1789 et du préambule de la constitution de 1946 comme éléments du fameux « bloc de constitutionnalité », voire en 2008 avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. D'autant qu'avec le temps et la « jurisprudence constructive du Conseil constitutionnel », l'idée de garantie des droits s'est grossie d'autres notions, dont celle du procès équitable, qui « résume les fondements de l'ensemble des droits constitutionnels de la

---

<sup>109</sup> Id., p. 33-34.

<sup>110</sup> L. MIRMAN, « Une loi de solidarité sociale », *Revue politique et parlementaire*, n°109, juillet 1903, p. 73. Il écrivait aussi : « Il ne suffit pas de proclamer un droit, il faut le faire vivre. Pour qu'il passe du domaine des mots dans celui des faits, pour qu'il vive non d'une vie idéale mais réelle, il faut – s'il est méconnu – qu'il puisse se défendre, et deux conditions lui sont alors nécessaires : il faut qu'il puisse invoquer les règles précises sur lesquelles il fonde sa plainte, et il faut qu'il soit admis à faire juger cette plainte par quelque tribunal impartial et compétent », *id.*, p. 54. À ce sujet, v. C. BEC, *Assistance et République. La recherche d'un nouveau contrat social sous la III<sup>e</sup> République*, Ivry-sur-Seine, Éditions de l'Atelier, 1994, p. 223 s. ; S. AUDIER, *La pensée solidariste, aux sources du modèle social républicain*, Paris, PUF, 2010.

<sup>111</sup> JORF, 15 et 16 juillet 1905, p. 3949.

<sup>112</sup> J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2003, t. 1<sup>er</sup>, p. 92

justice, du droit à l'accès aux tribunaux, du droit au recours juridictionnel, à l'aide juridictionnelle, à la connaissance du droit, à l'exécution des décisions de justice ainsi qu'à l'application effective des droits de la défense »<sup>113</sup>.

À la considérer aussi extensivement, la garantie des droits ne serait véritablement effective qu'au XXI<sup>e</sup> siècle, ce qui restreint considérablement le champ de l'écriture de son histoire, à moins de faire sienne l'idéologie de 1789 et d'affirmer de manière performative, comme la Déclaration, qu'une société « dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée [...] n'a point de constitution », et qu'écrire une constitution suffit à garantir les droits. Mais, ainsi entendue, l'histoire des libertés publiques peut alors reculer de plusieurs décennies, puisque le discours dominant sous l'Ancien Régime considérait que « c'est au droit public à conserver [...] à chaque individu, la propriété, la liberté, l'honneur et la vie »<sup>114</sup>. Sans mécanisme particulier de garantie, comment poser 1789 comme date pivot, alors que le discours juridique attribuant au droit public la garantie des droits (par la bonne volonté du souverain ou la bonne volonté des constituants) est semblable, sinon identique ?

Certains reconnaissent pourtant que « la liberté des sujets du roi, les libertés dont jouissaient plus spécifiquement certains d'entre eux n'étaient pas un leurre », qu'« il existait en France et en Europe occidentale un climat de liberté qui explique la formation, l'éclosion et la diffusion d'idées nouvelles au XVIII<sup>e</sup> siècle »<sup>115</sup>. Dès lors, « on était en présence de droits individuels et collectifs que l'on pouvait faire valoir selon des procédures devant des tribunaux et des juges relativement indépendants »<sup>116</sup>. L'historien du droit Georges Boyer pouvait même affirmer que, du temps de l'Ancien Régime, « les garanties données aux droits individuels étaient sérieuses, souvent plus efficaces que celles existant de nos jours »<sup>117</sup>.

A *contrario*, Hauriou croyait « ouverte la question de l'inconstitutionnalité des dispositions » des lois anticléricales de la III<sup>e</sup> République, justement par méconnaissance des droits et libertés<sup>118</sup>. Ces lois, « dans celles de leurs dispositions qui mettent hors du droit commun les biens ou les personnes ecclésiastiques, sont manifestement contraires aux principes de la liberté individuelle, de la propriété individuelle, de la liberté de conscience et des cultes, de la liberté de l'enseignement et de l'égalité devant la loi. Duguit a eu parfaitement raison d'attacher le grelot sur tous ces points »<sup>119</sup>. L'absence de mécanisme efficace de garantie ne permettait au doyen de Toulouse que de poser la question, et de constater la violation des droits et libertés, mais ne l'empêchait pas d'écrire l'histoire de ces libertés malmenées par le pouvoir.

---

<sup>113</sup> TH. RENOUX, « Garantie des droits (au sens de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) », J. Andriantsimbazovina et alii (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 447.

<sup>114</sup> A.-FR. PROST DE ROYER, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, Lyon, Aimé de La Roche, 1782, t. 2, p. 506, v<sup>o</sup> *Acquéreur*, cité par D. DEROUSSIN, « Droit naturel, droit civil et garanties des droits dans la doctrine juridique de la fin de l'Ancien Régime », p. 150.

<sup>115</sup> J. MORANGE, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, p. 25.

<sup>116</sup> *Id.*

<sup>117</sup> G. BOYER, « La liberté individuelle sous l'Ancien Régime », *Les garanties des libertés individuelles*, Paris, Sirey, 1933, p. 17.

<sup>118</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929, 2<sup>e</sup> éd., p. 291.

<sup>119</sup> *Id.*, p. 290.

Il en va de même au niveau international. Dans le sillage de l'Organisation des Nations Unies, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, sans valeur juridique, a dû être complétée par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adoptés le 16 décembre 1966. Entrés en vigueur en 1976, ils ont été ratifiés par la France en 1980. Ce n'est qu'à compter de leur introduction dans notre ordre juridique, en 1981, que les Français ont pu saisir le Comité des droits de l'Homme chargé de vérifier la garantie effective des droits et libertés énoncés en 1948 et 1966. À quel moment faut-il commencer l'écriture de l'histoire de ces droits et libertés onusiens ? Là encore, le problème de la date se pose, 1948, 1966, 1976 voire 1981. Mais il serait assez vain de considérer uniquement l'intégration dans l'ordre juridique et l'application formelle des droits et libertés, et de repousser à 1981 le commencement de cette histoire<sup>120</sup>. Une telle histoire étriquée aurait encore à souffrir un dernier problème, celui du contenu.

## G. Le contenu

Le problème du contenu des droits et libertés dépend pour partie de leur prétention à être universels et valables pour tous, en tout temps, à tel point que l'universalisme des droits de l'homme est souvent présenté comme « un élément clef de leur justification »<sup>121</sup>. Cependant leur contenu évolue, et le modèle réputé unique se divise selon les aires géographiques, faisant perdre l'idée d'universalité. Pourrait-on néanmoins s'accorder sur un contenu minimum, sorte de plus petit commun dénominateur des droits et libertés ? Certains estiment ainsi que les droits et libertés sont « garantis par et en liaison avec les valeurs de la démocratie et les idéaux de la prééminence du droit », dans le sillage des cours internationales et de quelques instruments européens ou internationaux<sup>122</sup>. La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe de 1990 estime d'ailleurs que « la démocratie pluraliste et l'État de droit sont essentiels pour garantir le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales »<sup>123</sup>. La Charte de Paris, du 21 novembre 1990, atteste que « les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit » constituent la clef de voûte de la « nouvelle Europe ».

D'autres estiment que « les droits de l'homme et les libertés fondamentales constituent l'un des fondements essentiels des sociétés démocratiques » tout en postulant que « la démocratie n'existe que si elle pratique la reconnaissance, la mise en œuvre et le respect des droits de l'homme ou des droits humains »<sup>124</sup>. Ces droits « sont indissociables de la qualité de

---

<sup>120</sup> La même question se pose évidemment pour le droit communautaire avec la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* de 2000, entrée en vigueur avec le traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

<sup>121</sup> ST. BAUZON, « Droits de l'homme : dogmatisme ou réalisme juridique ? », J. Ferrand, H. Petit (dir.), *Fondations et naissances des droits de l'homme*, T. 1, *L'odyssée des droits de l'homme*, Paris, 2003, p. 195.

<sup>122</sup> P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2017, 8<sup>e</sup> éd., n°7, p. 7.

<sup>123</sup> *Document de la réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE*, 29 juin 1990.

<sup>124</sup> H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2019, p. 21. Ils constituent même « le patrimoine juridique commun de l'humanité », ce qui exclut soit du droit soit de l'humanité les ordres juridiques ou les peuples dont les ordres juridiques n'y sont pas conformes. Cette position est trop extrême pour être retenue.

l'État de droit et de la démocratie dans un pays »<sup>125</sup>. De surcroît, « les droits de l'homme, loin d'être anti-démocratiques, sont le code de la démocratie. Sans eux, pas d'accès possible à la démocratie, sans ce code pas de connexion possible à la démocratie »<sup>126</sup>. Ce point est même conçu comme un axiome : « Que la démocratie soit la garante des droits de l'homme, c'est là une sorte d'évidence, constamment rappelée dans les instruments internationaux »<sup>127</sup>. Il y aurait là « une forme de consubstantialité entre la démocratie et les droits fondamentaux : les droits de l'homme ne peuvent exister que dans une démocratie et, réciproquement, on n'est pas dans une démocratie si l'ensemble des droits fondamentaux ne sont pas respectés »<sup>128</sup>. Il ne s'agit pas de critiquer cette pétition de principe, mais simplement de remarquer le problème que pose un tel point de vue au regard de l'histoire des libertés publiques<sup>129</sup>.

Dès lors, une société non démocratique (bien qu'il faille encore s'entendre sur la définition d'une telle société) est réputée ne pas jouir de libertés publiques. Elle sort du champ de l'histoire des libertés publiques, faute de matière. L'aporie de cette vision est de considérer les choses de façon binaire (existence ou absence de libertés) en fonction de la forme du gouvernement. Elle revient ainsi à nier *a priori* l'existence de libertés publiques dans certains régimes non démocratiques, que ce soit la France monarchique<sup>130</sup> ou les expériences autoritaires européennes du XX<sup>e</sup> siècle (l'État français du maréchal Pétain, l'Espagne de Franco, le Portugal de Salazar, la Grèce des colonels, etc.), sans parler des totalitarismes. Or, s'il est évident que ces régimes ont restreint l'une ou l'autre voire la majeure partie des libertés publiques (et les études ne manquent pas<sup>131</sup>), il n'est pas moins évident que certaines

---

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> D. ROUSSEAU, « Les droits de l'homme sont-ils anti-démocratiques ? », *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 656.

<sup>127</sup> D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2009, p. 73. Elle fait de la « démocratie » la seconde condition d'existence des droits de l'homme, la première étant « l'État de droit » et la troisième « la justice sociale ».

<sup>128</sup> *Id.*, p. 74.

<sup>129</sup> Cette affirmation est sans cesse rabâchée, mais rarement prouvée. Un argument pertinent est celui de l'implication de « la participation de tous les citoyens au pouvoir [...] par elle-même l'expression d'une forme de liberté : la liberté politique », *id.*, p. 73. Elle est même explicitement discutée de-ci de-là, en refusant de « postuler que la liberté politique et les libertés 'civiles' s'engendrent mutuellement, de façon automatique », *id.*, p. 74.

<sup>130</sup> Sur le respect, notamment, des garanties procédurales, v. J. M. HERNANDEZ VELEZ, « Le respect de la procédure et la protection des libertés dans l'Ancien Régime d'après les remontrances des parlements (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », en ligne.

<sup>131</sup> Entre autres exemples, v. J.-P. COSTA, *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, Paris, Éd. Sciences et techniques humaines, 1986, p. 29 : « [...] cette période de notre Histoire qui n'est pas parmi les plus glorieuses et qui, sur le plan des libertés, a été un intermède désastreux. Sorte de 'fascisme mou'. [...] Il n'est donc pas étonnant que, de 1940 à 1944, l'État français ait pris systématiquement des mesures limitant ou supprimant les libertés publiques : persécutions raciales, mainmise sur la presse et sur la radio, éviction des partis, procès politiques, juridictions d'exception, arrestations arbitraires, violations du droit du travail » ; J.-P. LE CROM, « Droit de Vichy ou droit sous Vichy ? Sur l'historiographie de la production du droit en France pendant la Deuxième Guerre mondiale », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n°9, septembre-décembre 2009, p. 9 : « Il est clair que le droit constitutionnel et une partie importante du droit pénal, tout ce qu'on rassemble aujourd'hui sous l'expression 'libertés publiques' ont été touchés de plein fouet par l'autoritarisme liberticide de Vichy » ; H. ROUSSO, *Le régime de Vichy*, Paris, PUF, 2012, p. 63 : « La Révolution nationale s'est déployée dans le contexte d'une violence d'État sans précédent depuis la Terreur. Dans une première phase, jusqu'en 1942, celle-ci se traduit par la suppression des libertés fondamentales, la mise en place d'un contrôle de la population, la répression d'opposants réels ou désignés comme tels ('gaullistes', communistes, francs-maçons),

libertés publiques ont continué d'être sauvegardées, et que d'autres ont même éclos. À ne considérer que l'exemple français, c'est par les lois des 3 septembre 1940 et 8 avril 1942 que la liberté d'association devient plus libérale, en n'excluant plus les congrégations religieuses du bénéfice de cette liberté, et que la liberté de l'enseignement étend son empire, par la suppression de l'interdiction faite aux religieux d'enseigner par loi du 7 juillet 1904<sup>132</sup>. De même, les ordres de juridictions ont maintenu ou accru l'exercice des libertés publiques. L'ordre administratif est réputé (parfois excessivement) avoir sauvegardé les « principes généraux du droit » au nom de la « doctrine Bouffandeau »<sup>133</sup>. L'ordre judiciaire s'est illustré par l'arrêt Teyssier, rendu par la Cour de cassation le 28 janvier 1942, posant le principe du consentement du patient en matière de traitement médical, donnant ainsi aux droits individuels une portée accrue.

L'histoire des libertés publiques se condamnerait à une cécité volontaire en définissant les libertés publiques par la démocratie, en excluant de son champ les régimes non démocratiques, et en postulant que les régimes démocratiques offrent de soi une garantie suffisante. Il serait uniquement possible d'écrire une histoire politique ou philosophique des libertés publiques, faisant la suite des idées ou des faits qui donneront naissance à la démocratie, mais il serait impossible d'écrire l'histoire juridique des libertés publiques, censées n'exister que concomitamment à ce régime politique.

Le même raisonnement vaut pour tout autre contenu idéologique imposé à la théorie des droits et libertés, notamment celui de l'État de droit, dont l'assimilation doctrinale s'est seulement faite « à partir des années 80 »<sup>134</sup>, pour devenir un « standard international »<sup>135</sup>. Outre l'ambiguïté majeure du concept (comme si l'État ne se soumettait au droit que depuis l'ère du constitutionnalisme libéral, et comme si cela était systématique depuis<sup>136</sup>), elle entraîne la même conséquence du point de vue de l'histoire des libertés publiques : celle-ci ne saurait commencer qu'avec le respect de l'État de droit, c'est-à-dire la soumission du législateur à des principes supérieurs, dont la constitution. Le processus d'incorporation

---

l'exclusion, voire la persécution de groupes entiers (juifs, étrangers), traqués non pour ce qu'ils pensent ou ce qu'ils font mais pour ce qu'ils sont ».

<sup>132</sup> Sur le premier aspect, et sa confirmation à la Libération, v. J.-P. COSTA, *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, Paris, Éd. Sciences et techniques humaines, 1986, p. 88. Ce dernier mentionne aussi « le projet de Constitution du Maréchal Pétain [qui] mentionnait nombre de droits et libertés (exigeant il est vrai de la part des citoyens la discipline), et prévoyait qu'une Cour Suprême de Justice, devant laquelle tout citoyen pourrait introduire un recours, garantirait le maintien des droits et libertés », *id.*, p. 29.

<sup>133</sup> Cf. J. MASSOT, « Le conseil d'État et le régime de Vichy », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n°58, 1998, p. 83-99. Les appréciations très élogieuses du président Cassin, dans son hommage du 23 décembre 1944 exaltant « les assemblées plénières du contentieux [...] qui annulaient en pleine occupation allemande de nombreuses décisions prises à Vichy en violation des principes fondamentaux de notre droit public respecté depuis 1789 », sont contrebalancées par toute une série de travaux, de J. MARCOU, *Le Conseil d'État sous Vichy : 1940-1944*, thèse droit, Grenoble, 1984 à PH. FABRE, *Le Conseil d'État et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, sans omettre ceux de D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972 (reprint 2015) et *id.*, « Le Conseil d'État sous Vichy et le Consiglio di Stato sous le fascisme. Éléments pour une comparaison », *Le Droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 51-95.

<sup>134</sup> D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2009, p. 57.

<sup>135</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2014, 4<sup>e</sup> éd., p. 178.

<sup>136</sup> Sur les « limites de l'État de droit », v. J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2017, p. 139-143.

formelle des droits et libertés dans les constitutions, doublé d'un processus de constitutionnalisation par attribution d'une valeur constitutionnelle à des droits et libertés antécédents, et d'un processus d'internationalisation par ratification de conventions internationales, conduit à repousser le terminus *a quo* de l'histoire des libertés publiques. Celle-ci ne commencerait que très tardivement, au sortir de la Seconde guerre mondiale. On le pressent, une telle restriction conceptuelle nuit à la possibilité même d'une histoire des libertés publiques, repensées à l'aune de critères tardifs ou axiomatiques.

Ainsi présentée, l'écriture des droits et libertés pose un certain nombre de problèmes, de nature diverse, mais qui ne sont pas insurmontables. Reste à entrevoir les possibilités d'écriture de cette histoire.

## II. Le champ des possibles

Des problèmes envisagés plus haut, découle la question centrale pour l'historien de la date à partir de laquelle il est envisageable de parler de l'un ou l'autre de ces droits et libertés. Selon la solution apportée aux problèmes évoqués plus haut, le terminus *a quo* pourra varier sensiblement (de l'Antiquité au XX<sup>e</sup> siècle), et donner à l'expression « histoire des libertés publiques » une coloration bien différente. L'idée dominante est toutefois que ces libertés publiques sont issues de la « pensée juridique du XVIII<sup>e</sup> siècle »<sup>137</sup>. La chose est d'ailleurs presque contemporaine du mot, puisque l'introduction de l'expression « libertés publiques » dans la langue française remonte au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>138</sup>.

Le terminus *ad quem* ne fait pas plus l'unanimité. S'il faut saluer l'audace et la cohérence de ceux qui arrêtent cette histoire nationale des libertés publiques en 1971, avec la fin de la suprématie de la loi découlant de la décision *Liberté d'association*<sup>139</sup>, d'autres auteurs font de la matière une histoire continue, toujours vivante.

Aussi, convient-il d'examiner les différentes façons d'écrire l'histoire des libertés publiques, que l'on peut tenter de grouper en cinq classes : l'histoire disciplinaire, l'histoire isolée, l'histoire jalonnée, l'histoire généalogique et l'histoire générale. Cette classification n'a rien d'exhaustif ni de définitif, puisqu'il s'agit simplement d'essayer de catégoriser des manières d'écrire cette histoire des droits et libertés. Une écriture n'a, semble-t-il, jamais été tentée, celle de l'histoire technicienne. Une telle vision ne s'attacherait qu'à ce que les libertés publiques ont de commun avec les autres branches du droit, qu'à ce qu'elles leur empruntent. Elle envisagerait essentiellement la technique juridique mise au service de la liberté concernée, mais se rapprocherait par là-même d'une histoire de la justice ou d'une histoire de la procédure. Il s'agirait par exemple d'étudier l'histoire du principe de légalité ou des modes de saisine du juge administratif (recours pour excès de pouvoir, référé-liberté, etc.). La légitimité d'une telle démarche n'est pas à démontrer, mais une telle écriture ne permettrait pas de saisir la globalité du phénomène des libertés.

---

<sup>137</sup> J. MORANGE, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, p. 6.

<sup>138</sup> Sur cette apparition, v. l'excursus « Origine de l'expression 'libertés publiques' ».

<sup>139</sup> FR. SAINT-BONNET, *Histoire des libertés publiques*, dans P. Wachsmann et F. Picod (dir.), *Juriste des Libertés publiques*, fasc. 10, n° 2.



## A. L'histoire disciplinaire

L'histoire disciplinaire est l'étude historique des droits ou des libertés publiques au sein de la branche du droit qui les contient. Les libertés publiques ayant une vocation transversale, touchant à tous les domaines du droit, l'ampleur des matières sollicitées interdirait toute exhaustivité. Il serait en revanche possible de rattacher l'histoire de telle liberté publique à l'histoire de telle branche du droit qui la contient : l'histoire du droit constitutionnel pour les déclarations des droits et les mécanismes constitutionnels de garantie, l'histoire du droit européen, pour les conventions internationales et les cours supranationales, l'histoire du droit international pour les instruments et mécanismes de garantie, l'histoire du droit administratif concernant les pouvoirs de police et les autorités administratives, l'histoire du droit pénal quant à la sûreté et à liberté individuelle, l'histoire du droit privé pour la propriété ou la liberté du mariage ou des contrats, l'histoire du droit social pour les libertés syndicales et le droit de grève, l'histoire du droit des affaires pour la liberté du commerce et de l'industrie, l'histoire de la procédure pour l'accès aux tribunaux, etc. Au fil du temps, des textes normatifs et des décisions de justice, cet ensemble peut croître de manière étonnante. Ainsi, l'une ou l'autre branche du droit, nouvellement dotée d'un droit ou d'une liberté qualifié de fondamental, viendra enrichir le corpus disciplinaire. Par exemple, le droit de l'actionnaire de participer aux décisions des organes de la société ayant été rangé parmi les « droits fondamentaux d'associé » (Cass. civ. 2, 13 juillet 2005, Bull. II, n°194), il convient dès lors d'intégrer l'histoire du droit des sociétés à la prise en compte des droits et libertés.

Cette manière d'écrire l'histoire des libertés publiques est très homogène, et permet d'étudier un droit ou une liberté dans son cadre de naissance et de déploiement, et d'en apprécier les évolutions législatives ou jurisprudentielles. Elle permet de constater l'ampleur que prend cette liberté dans le champ disciplinaire restreint envisagé. Cependant, elle est limitée par son objet d'étude, une branche déterminée du droit, et – le plus souvent – par ses bornes géographiques, un ordre juridique précis. Elle tend à négliger certains droits et libertés, difficilement rattachables à l'une ou l'autre branche. Entre autres exemples, le droit à la vie privée déborde du seul cadre du droit civil ou du droit européen, et les nombreux conflits de droits auxquels il donne lieu ne permettent pas une analyse bornée à une discipline juridique unique.

De surcroît, une telle écriture tend à donner une coloration très largement publiciste à la matière, dans le sillage d'ailleurs des enseignements touchant ces droits et libertés. Les privatistes semblent moins soucieux de mettre en avant l'aspect libéral de telle ou telle disposition qu'ils ont à étudier. L'appréhension de la propriété est, de ce point de vue, révélatrice, puisqu'elle n'est que très rarement ou très rapidement envisagée en tant que liberté ou droit fondamental<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> FR. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2008, ne consacrent qu'un bref développement au « caractère fondamental » du droit de propriété, n° 165, p. 260-261. W. DROSS, *Droits des biens*, LGDJ, Paris, 4<sup>e</sup> éd., 2019, ne fait qu'évoquer de loin la question dans son introduction.

Pour ces raisons, une telle manière d'écrire l'histoire des droits et libertés risque de passer à côté de l'évolution générale de l'idée de liberté dans une société donnée, ou plus largement dans une civilisation. Par exemple, reconnaître que la liberté religieuse a été consentie aux fidèles de la « Religion Prétendue Réformée » par Henri IV par le biais de l'édit de Nantes (art. 6) ne fait pas de la société politique française du XVI<sup>e</sup> siècle un modèle des droits et libertés en général, encore moins à l'aune des conceptions actuelles des droits et libertés. De même, la simple étude de l'histoire du droit constitutionnel ne permet qu'une lecture biaisée des libertés publiques, rhétorique ou déclamatoire avant 1971, effective mais repensée après. C'est pourquoi l'histoire disciplinaire ne suffit pas à rendre compte de l'histoire juridique des droits et libertés.

## B. L'histoire isolée

La deuxième manière d'aborder l'histoire des droits et libertés peut être qualifiée d'isolée au sens où un droit ou une liberté sera étudié en lui-même, au titre de sa singularité. Car, si « l'histoire générale de la garantie des droits [...] reste encore à écrire », « l'histoire spécifique de tel droit ou de telle liberté, en revanche, peut être alimentée par les travaux d'historiens du droit dont les recherches portent sur le domaine auquel se rattache le droit ou la liberté considéré »<sup>141</sup>. L'idée sous-jacente est ici d'isoler le champ d'étude à un objet juridique précis et déterminé (tel droit, telle liberté, tel cadre institutionnel), indépendamment de la branche du droit à laquelle il répond. Il s'agit alors d'envisager une liberté en soi, et d'en tracer le régime juridique, qu'il soit national ou comparé à d'autres ordres juridiques, et sur un temps suffisamment long pour permettre d'en saisir les évolutions.

Cette manière de faire est la plus répandue, puisqu'il existe de nombreux travaux portant sur l'une ou l'autre des libertés consenties ou assurées par des États. À titre d'exemple – car il serait impossible de recenser toute la bibliographie existante – l'ont peut souligner des travaux précieux et complets de Jean Morange sur la liberté d'expression<sup>142</sup>, de Dominique Avon sur la liberté de conscience<sup>143</sup>, ou les volumes plus anciens de Paul Nourrisson sur la liberté d'association<sup>144</sup>. L'on peut rattacher à cette histoire singulière les travaux qui, décrivant le régime juridique d'une liberté, commencent par écrire l'histoire de cette liberté. Ainsi des thèses de Sabine Monchambert sur la liberté de l'enseignement<sup>145</sup> ou de Roger Arnette sur la liberté de réunion<sup>146</sup>. Il peut également s'agir d'étudier un aspect particulier de la liberté envisagée,

---

<sup>141</sup> M. MATHIEU, « L'histoire des droits de l'homme et des libertés fondamentales. De nouveaux territoires à conquérir », J. Krynen, B. d'Alteroche, *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 489.

<sup>142</sup> J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

<sup>143</sup> D. AVON, *La liberté de conscience. Histoire d'une notion et d'un droit*, Rennes, PUR, 2020.

<sup>144</sup> P. NOURRISSON, *Histoire de la liberté d'association en France depuis 1789*, Paris, Sirey, 2 vol., 1920. Sur le sujet, v. également J.-CL. BARDOUT, *Les libertés d'association. Histoire étonnante de la loi de 1901*, Paris, Juris-Service, 1991.

<sup>145</sup> S. MONCHAMBERT, *La liberté de l'enseignement*, Paris, PUF, 1983.

<sup>146</sup> R. ARNETTE, *La liberté de réunion en France. Son histoire, sa législation*, Paris, Arthur Rousseau, 1894.

D'autres travaux abordent des questions particulières au sein d'une liberté, comme ceux de Germain Sicard sur la liberté de l'enseignement<sup>147</sup>, ou les libertés de travail et d'entreprendre, au sein du vaste champ de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>148</sup>. De même, l'ouvrage à quatre mains de ce dernier et de Brigitte Basdevant-Gaudemet sur les communes françaises s'intéresse à la fois à la liberté scolaire et à la liberté des cultes<sup>149</sup>. Enfin, divers ouvrages d'historiens n'oublient pas les aspects juridiques des droits et libertés, tels ceux de Pierre Rosanvallon<sup>150</sup>, d'Olivier Christin<sup>151</sup> ou de Laurent Le Gall<sup>152</sup> sur le droit de vote, ceux de Philippe Martin sur l'histoire du livre et la liberté de la presse<sup>153</sup> ou les nombreux travaux portant sur les libertés municipales à l'époque médiévale<sup>154</sup>. Le journaliste Eugène Hatin a aussi dressé un panorama, certes ancien mais assez complet, de l'histoire de la liberté de la presse<sup>155</sup>.

À côté de ces ouvrages, il existe également une large bibliographie d'articles consacrés à l'une ou l'autre des libertés, ou à l'un de ses aspects. Ici, le coup d'œil sera rapide et partiel, mais l'on peut souligner quelques articles, concernant la liberté d'expression<sup>156</sup>, la liberté de la presse<sup>157</sup>, la liberté de communication<sup>158</sup>, la liberté individuelle<sup>159</sup>, la liberté de l'enseignement<sup>160</sup>, la liberté religieuse<sup>161</sup>, la liberté d'association<sup>162</sup>. Ce genre d'études est, le plus souvent, appliqué à une époque entendue largement, à l'encontre d'une autre perspective

<sup>147</sup> G. SICARD, *Enseignement et politique en France de la Révolution à nos jours*, Paris, Godefroy de Bouillon, 2 vol., 2010-2011.

<sup>148</sup> A. PLESSIS (dir.), *Naissance des libertés économiques. Liberté du travail et liberté d'entreprendre : le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier, leurs conséquences, 1791-fin XIX<sup>e</sup>*, Paris, Institut d'histoire de l'industrie, 1993.

<sup>149</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET G. SICARD, *Les communes françaises: L'enseignement et les cultes de la fin de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Champion, 2005.

<sup>150</sup> P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992.

<sup>151</sup> O. CHRISTIN, *Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, Paris, Seuil, 2014.

<sup>152</sup> L. LE GALL, *A voté. Une histoire de l'élection*, Paris, Anamosa, 2017.

<sup>153</sup> Notamment l'*Histoire de l'édition française* dirigée avec Roger Chartier, en 4 vol., Paris, Promodis, 1983-1986.

<sup>154</sup> V. not. *Les origines des libertés urbaines. Actes du XVI<sup>e</sup> congrès des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur (Rouen, 7-8 juin 1985)*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1990. Pour les historiens du droit, v. not. R.-C. VAN CANEGEM, « Le problème des chartes de liberté », *Studia historica Gandensia*, 1980, p. 3-15.

<sup>155</sup> E. HATIN, *Manuel théorique et pratique de la liberté de la presse. Histoire, législation, doctrine et jurisprudence, bibliographie, 1500-1868*, Paris, Librairie Pagnerre, 2 vol., 1868.

<sup>156</sup> J. DE MALAFOSSE, « La liberté d'expression dans les assemblées politiques », *VI<sup>e</sup> semana internacional de estudios sociales*, Barcelone, 1969, p. 135-148 ; J. IMBERT, « Administration et spectacles jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 1991, t. 69 (3), p. 359-365 ; J.-L. GAZZANIGA, « Notes sur la liberté de parole de l'avocat », *Défendre par la parole et par l'écrit. Études d'histoire de la profession d'avocat*, Toulouse, 2004, p. 69-80 ; B. BERNABE, « Quelle(s) liberté(s) d'expression avant 1881 ? », *Revue du Droit Public*, 2012, n°3, p. 742-765, M.-B. BRUGUIERE, « La liberté d'expression à l'opéra », *Opéra, politique et droit. Mélanges Marie-Bernadette Bruguière*, Toulouse, 2014, p. 43-63.

<sup>157</sup> B. BERNABE, « Histoire de la presse et des médias », B. Beignier, B. de Lamy, E. Dreyer (dir.), *Traité du droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, 2009, p. 11-67.

<sup>158</sup> Y. DANAN, *Histoire postale et libertés publiques : le droit de libre communication des idées et opinions par voie de correspondance*, Paris, LGDJ, 1965.

<sup>159</sup> G. BOYER, « La liberté individuelle sous l'Ancien Régime », *Les garanties des libertés individuelles*, Paris, Sirey, 1933, p. 1-25.

<sup>160</sup> E. POULAT, « Liberté scolaire, laïcité républicaine », *La Pensée*, 1984, n°238, p. 42-51.

<sup>161</sup> L.-E. HALKIN, *De l'inquisition à la tolérance et à la liberté religieuse*, Liège, 1965 ; J. LECLERCQ, « La liberté religieuse au cours de l'histoire », *Concilium*, 1966, t. XVIII, p. 7-19.

<sup>162</sup> FR. SAINT-BONNET, « La liberté d'association, garantie des libertés publiques », *Humanisme et droit. Mélanges en l'honneur de Jean Dhommeaux*, Paris, Pedone, 2013, p. 97-114.

historiographique plus jalonnée dans le temps, examinant ces mêmes droits avec précision. Cela mène au troisième genre d'écriture de l'histoire des libertés publiques.

### C. L'histoire jalonnée

L'histoire jalonnée est plus limitée que l'histoire isolée, puisqu'elle envisage la liberté ou le droit concerné sur un temps court : les jalons sont ceux d'un régime, d'une période, d'un règne, etc. Il s'agit d'un morcellement encore plus vif de l'histoire générale des droits et libertés, puisqu'il vise à connaître et à expliquer, avec le plus d'exactitude possible, le régime juridique envisagé dans un laps de temps restreint.

Cette histoire peut envisager une étude globale des libertés mais cantonnée à une période donnée, comme les thèses de Jean-Pierre Machelon sur les débuts de la III<sup>e</sup> République<sup>163</sup> ou de Gérard Fomerano relative au Second Empire<sup>164</sup>, ou propre à une contrée, comme la thèse de Martial Mathieu<sup>165</sup>. Ce genre d'écriture permet de mieux montrer les contradictions ou les apories d'une époque, les conflits qui peuvent naître entre les libertés, les unes envers les autres, ou contre une politique aux accents autoritaires.

L'histoire jalonnée peut aussi aborder un seul aspect d'une liberté publique, en retraçant une donnée particulière, notamment dans le cadre si vaste de la liberté d'expression<sup>166</sup>. Il s'agit là encore de montrer une dynamique d'ensemble, favorable à la liberté, mais contrariée ici ou là par des oppositions, des restrictions, des limitations. Contre le postulat contemporain de l'indivisibilité des droits et libertés<sup>167</sup>, l'histoire permet de voir concrètement les zones d'ombre ou de pénombre au sein d'une législation globalement favorable aux libertés.

L'histoire jalonnée peut aussi envisager l'étude du concept de droit ou de liberté dans un ordre juridique bien délimité, qu'il soit temporel, spatial ou confessionnel<sup>168</sup>. Enfin, et c'est le cas le plus fréquent, cette histoire peut viser l'étude particulière d'une liberté sur un temps bref. Ici encore la bibliographie est abondante, et il n'est pas question d'en donner une liste

---

<sup>163</sup> J.-P. MACHELON, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1976.

<sup>164</sup> G. FOMERANO, *Intervention administrative et régime juridique des libertés publiques sous le Second Empire*, thèse droit, Nice, 1975.

<sup>165</sup> M. MATHIEU, *Des libertés delphinales aux droits de l'homme (1349-1789). Essai sur la condition juridique des gouvernés*, thèse droit, Grenoble II, 2001.

<sup>166</sup> N. DROIN, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011 ; N. MALLET-POUJOL, *Les franchises de l'histoire. Essai sur la liberté d'expression en matière historique*, Paris, Mare & Martin, 2020.

<sup>167</sup> M.-J. REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des Droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 7, 2009, p. 75-86 ; E. DECAUX, « Universalité, indivisibilité et interdépendance des droits de l'homme : les principes et leur application », *Droits Fondamentaux*, n°16, 2018, p. 1-11.

<sup>168</sup> J. GAUDEMET, « Droit canonique et droits de l'homme », *L'Année canonique*, 1971, t. XV, p. 383-395 ; G. LIVET, « L'Alsace et les 'libertés' aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles : introduction à une analyse des droits de l'Homme avant l'époque des 'Lumières' », *Saisons d'Alsace*, 1984, p. 8-32 ; A. GOURON « Libertés et liberté dans le droit coutumier de la France méridionale », *La notion de liberté au Moyen Âge, Islam, Byzance, Occident. Penn-Paris-Dumbarton Oaks Colloquia. IV : session des 12-15 octobre 1982*, Paris, Les Belles Lettres, 1985, p. 161-190 ; D. LAMBRECHT, « Le droit savant aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles : contribution aux droits de l'homme », *L'individu face au Pouvoir, Troisième partie : Europe occidentale XII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions. t. XLVIII, Bruxelles, 1989, p. 367-376 ; R. SCIALOM, « Les droits de l'homme et le droit hébraïque », *Revue historique de droit français et étranger*, 2012, n°90(4), p. 599-617.

exhaustive. Plusieurs colloques ont réuni de nombreuses communications posant autant de jalons d'une histoire des libertés<sup>169</sup>. Mentionnons quelques droits et libertés étudiés selon ce prisme : la liberté du commerce<sup>170</sup>, la liberté individuelle<sup>171</sup>, la liberté de l'enseignement<sup>172</sup>, la liberté de la presse<sup>173</sup>, la liberté de culte<sup>174</sup>, les libertés locales<sup>175</sup>, la liberté d'association<sup>176</sup>.

L'avantage de ces études est double : au regard de l'objectif d'écriture de l'histoire des libertés publiques, il fournit les éléments d'une histoire générale ; au regard de l'histoire du droit, il procure un tableau plus exact de la situation juridique des individus face à l'autorité étatique.

#### D. L'histoire généalogique

Le quatrième mode d'écriture de l'histoire des droits et libertés est le mode généalogique, au sens où cet exercice tend à rattacher un droit ou une liberté à une origine plus ou moins lointaine. La nouveauté juridique que constitue tel droit ou telle liberté est gommée au profit d'une continuité historique affirmée ou recherchée. Ici, la part belle est faite aux études de nature philosophique, mais les juristes ne sont pas en reste. Le plus souvent, elle s'exerce à l'occasion de l'écriture de l'histoire d'un support, d'un texte garantissant des droits et libertés.

L'exemple le plus caractéristique, et le plus commenté, est celui de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Stéphane Rials indique qu'« une généalogie

---

<sup>169</sup> M. VOVELLE, J. IMBERT (dir.), *Les droits de l'homme et la conquête des libertés. Des Lumières aux révolutions de 1848*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1988 ; J. FERRAND, H. PETIT (dir.), *L'odyssée des Droits de l'homme*, t. I, *Fondations et naissances des Droits de l'homme*, t. II : *Mises en œuvre des droits de l'homme*, t. III, *Enjeux et perspectives des droits de l'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2003 ; M. MATHIEU (dir.), *Droit naturel et droits de l'homme. Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit, Grenoble-Vizille, 27-30 mai 2009*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2011.

<sup>170</sup> PH. STEINER, « La liberté du commerce : le marché des grains », *Dix-huitième siècle*, 1994, t. 26, p. 201-214.

<sup>171</sup> M. BLOCH, « Liberté et servitude personnelles au Moyen Âge, particulièrement en France : contribution à une étude des classes », *Anuario de Historia del Derecho Espanol*, 1934, p. 19-115 (= *Mélanges historiques*, Paris, 1963, p. 296 s.) ; J.-R. TOLLEC, *La liberté individuelle sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, à travers les recueils Sirey*, Paris, Cujas, 1965 ; J.-M. BERLIERE, « Police et libertés sous la III<sup>e</sup> République : le problème de la police des mœurs », *Revue historique*, 1990, t. 574, p. 235-275 ; J.-CL. GAUSSENT, « Sortir du royaume de France au XVIII<sup>e</sup> siècle : des Languedociens en liberté surveillée », *Bulletin de la Société de l'histoire du protestantisme français*, 2005, t. 151, p. 397-419 ; J.-L. LE QUANG, « La commission sénatoriale de la liberté individuelle face aux mesures de haute police (1804-1814) : loi intégrée, loi contournée ? », *Annales historiques de la Révolution Française*, 2018, n°394, fasc. 4, p. 79-104.

<sup>172</sup> E. ESCALIER, « L'Université de France et la liberté d'enseignement sous la Restauration », *Revue politique et parlementaire*, 1954, n°634, pp. 62-69 ; L. TRENARD, « La liberté de l'enseignement à la veille de 1848 », *Revue du Nord*, 1967, t. XLIX, p. 421-481 ; FR. HAUT, « Vers la liberté de l'enseignement supérieur (1870-1875) », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1984, n°1, p. 37-56.

<sup>173</sup> G. LE POITVIN, *La liberté de la presse depuis la Révolution (1799-1815)*, Paris, H. Champion, 1901 ; E. DERIEUX, « La loi du 29 juillet 1881 », *Revue du droit public et de la science politique*, 1981, p. 1501-1548 ; D. LE BEGUEC, « De la rhétorique parlementaire à la rhétorique judiciaire : la défense de la liberté de la presse sous la Restauration », *Droits*, 2003, n°36, p. 21-38.

<sup>174</sup> J. GAUDEMET, « De la liberté constantinienne à une Église d'État », *Revue de droit canonique*, 1973, p. 59-76.

<sup>175</sup> *Les libertés urbaines et rurales, du XI<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle. Actes du colloque international de Spa, 5-8 septembre 1966*, Bruxelles, 1968 ; FR. BURDEAU, *Libertés locales, libertés chéries*, Paris, Cujas, 1983 ; S. SOLEIL, « L'Ancien Régime, centralisateur ou respectueux des libertés ? », Chr. Boutin, Fr. Rouvillois (dir.), *Décentraliser en France. Idéologie, histoire et prospective*, Paris, F.-X. de Guibert, 2003, p. 13-32.

<sup>176</sup> L. JAUME, « Une liberté en souffrance : l'association au XIX<sup>e</sup> siècle », Cl. Andrieu et alii (dir.), *Associations et champ politique : la loi du 1901 à l'épreuve du siècle*, Paris, 2001, p. 75-100 ; J.-P. MACHELON, « La liberté d'association sous la III<sup>e</sup> République : le temps du refus (1871-1901) », *id.*, p. 141-155.

plausible de la notion de droits de l'homme peut sans doute être esquissée »<sup>177</sup>, mais ajoute cependant que la Déclaration de 1789 est « irréductible [...] à quoi que ce soit qui la précède mais elle ne peut se comprendre qu'au terme du bouillonnement des contradictions de la philosophie politique moderne »<sup>178</sup>. Une histoire généalogique serait alors essentiellement une histoire intellectuelle, une histoire conceptuelle, bien plus qu'une histoire juridique. Il est vrai que l'abondante bibliographie portant sur le texte français insiste sur les éléments philosophiques et politiques<sup>179</sup>. Cependant, d'autres travaux ont orienté les recherches sur les aspects proprement juridiques. Si « cette quête de la 'généalogie' des droits de l'homme relève pleinement de l'histoire des idées politiques », « poussée jusqu'aux prémices du concept de droits naturels subjectifs, elle relève aussi de l'histoire de la pensée juridique »<sup>180</sup>. Les études ne manquent pas sur le rôle du droit naturel (et de l'École du droit naturel moderne) dans la maturation du concept même de droits de l'homme<sup>181</sup>. D'autres études se sont attachées à répertorier des influences moins soulignées mais tout aussi prégnantes dans l'élaboration du texte de 1789<sup>182</sup>.

Une telle histoire généalogique a aussi été menée plus loin dans le temps, en cherchant les précédents les plus anciens jusque dans l'Antiquité<sup>183</sup>. Toutefois, comme l'indique J. Gaudemet, « il ne serait pas de bonne méthode historique de vouloir trouver aux premiers siècles de notre ère la reconnaissance de droits dont on ne commence à parler que plus d'un millénaire plus tard », d'autant que « la doctrine moderne des droits de l'homme repose sur une représentation de l'homme dans la société fondamentalement différente de celle qu'a

<sup>177</sup> ST. RIALS, « Le mystère des origines », *Droits*, 8, 1988, p. 7.

<sup>178</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>179</sup> D. DOUMERGUE, « Les origines historiques de la Déclaration des droits », *Revue du droit public et de la science politique*, 1904, p. 673-733 ; V. MARCAGGI, *Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Paris, 1904 ; M. GRONDIN, *La doctrine politique de Locke et les origines de la Déclaration des droits de 1789*, thèse droit, Bordeaux, 1920 ; ST. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1988 ; M. THOMANN, « Origines et sources doctrinales de la Déclaration des droits », *Droits*, 8, 1988, p. 55-70 ; G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993 ; V. ZUBER, *L'origine religieuse des droits de l'homme*, Genève, Labor et fides, 2017.

<sup>180</sup> M. MATHIEU, « L'histoire des droits de l'homme et des libertés fondamentales. De nouveaux territoires à conquérir », J. Krynen, B. d'Alteroche, *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 481.

<sup>181</sup> J. DUFOUR, *Les droits de l'homme : droit naturel et historique, droit, individu et pouvoir, de l'École du droit naturel à l'École du droit historique*, Paris, PUF, 1991 ; M. MATHIEU (dir.), *Droit naturel et droits de l'homme. Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit, Grenoble-Vizille, 27-30 mai 2009*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2011.

<sup>182</sup> J. DE SAINT-VICTOR, *Les racines de la liberté. Le débat français oublié, 1689-1789*, Paris, Perrin, 2007 ; A. MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*. Aix-en-Provence, PUAM, 2010 ; TH. CARVALHO,

*La physiocratie dans l'Europe des lumières. Circulation et réception d'un modèle de réforme de l'ordre juridique et social*, Mare & Martin, 2020.

<sup>183</sup> T. HONORE, « Les droits de l'homme chez Ulpian », H. Jones (dir.), *Actes de la 50<sup>e</sup> session de la société internationale F. de Vischer*, Bruxelles, 1998, p. 235-243 ; J. GAUDEMET, « Des 'droits de l'homme' ont-ils été reconnus dans l'Empire romain ? », *Labeo*, 33, 1987, p. 7-23 ; *id.*, », R. Feenstra et alii (dir.), *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum, à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire*, I, Amsterdam, Gieben, 1995, p. 105-115 ; L. WAELKENS, « L'origine romaine des Droits et libertés fondamentaux », *Annales de la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy*, vol. 2, 2009-2010, p. 187-210.

connue l'Antiquité »<sup>184</sup>. C'est pourquoi son questionnement sur l'existence et la reconnaissance des droits de l'homme dans l'Empire romain procède par étapes, par dégagement quasi archéologique d'éléments, de procédures, de techniques, de doctrines se rapprochant de l'idée moderne des droits de l'homme. Sa conclusion revient logiquement à détourner la question initiale : « Rome n'a jamais dressé de catalogue des droits. Elle s'est d'ailleurs moins préoccupée de proclamer des droits que d'en assurer le respect ». Il n'y a donc pas de droits de l'homme dans l'Antiquité, mais une approche de plus en plus tournée vers l'homme et ses droits : « l'apport de la philosophie grecque ouvre les perspectives. Le Christianisme, en se diffusant, fait prévaloir une nouvelle conception de l'homme. Si l'on ne parle pas de ses droits, on reconnaît sa dignité, ce qui implique le respect de sa personne, de sa liberté, de ce qui est nécessaire à sa vie matérielle, et aussi (bien qu'avec encore de graves réserves) de sa conscience »<sup>185</sup>.

Dans ce domaine cependant, la recherche de la plus haute antiquité mène parfois dans une double impasse, celle du sens et celle de l'objet. D'une part, par forçage de sens en voulant trouver dans une disposition juridique ancienne la concrétisation d'un droit ou d'une liberté. De ce point de vue, l'ouvrage de Kiara Neri et Liliana Haquin Sáenz est assez révélateur<sup>186</sup>. Les auteurs font remonter l'idée des libertés aux origines écrites du droit, en tant que règles « qui commencent à établir certaines garanties au profit des hommes »<sup>187</sup>. Dès lors, tout est liberté dans le monde juridique, et tant « l'idée de justice » chez les Égyptiens, les Mésopotamiens, les Indiens ou les Chinois, que « la protection des personnes vulnérables » (femmes, enfants) ou « l'invention de la démocratie » dans la Grèce antique sont des manifestations des « droits de l'homme ». D'autres auteurs sont conduits à supposer ou sur-interpréter des racines au phénomène, voyant dans le droit romain ou le christianisme *ut sic* la matrice de tous nos droits et libertés.

D'autre part, par perte de l'objet. Il est assez significatif que la plupart des tentatives de voir dans l'Antiquité le « point de départ où a germé la construction progressive d'idéaux associés ensuite à l'affirmation juridique des droits et libertés » ne visent en réalité que la pensée politique et philosophique de cette époque, et non le droit<sup>188</sup>. Cette perspective de continuité historique s'inscrit simplement « dans un objectif plus heuristique de reconstitution d'une généalogie de la pensée des droits et libertés et des conditions socio-politiques de leur formulation »<sup>189</sup>. V. Champeil-Desplats esquisse trois « écueils méthodologiques » relatifs à cette écriture. S'il n'y a rien à redire aux deux premiers (celui de la sous-estimation des « faits et pensées contradictoires [...] pour ne sélectionner que ceux qui nourriront la perspective de continuité » et celui de « l'historisme où 'les mouvements successifs d'apparition des droits et libertés' (H. Oberdoff) se trouvent valorisés, voire survalorisés »), le troisième,

---

<sup>184</sup> J. GAUDEMET, « Des 'droits de l'homme' ont-ils été reconnus dans l'Empire romain ? », *Labeo*, 33, 1987, p. 8.

<sup>185</sup> *Id.*, p. 23.

<sup>186</sup> K. NERI, L. HAQUIN SAENZ, *Histoire des droits de l'homme de l'Antiquité à l'Époque moderne*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

<sup>187</sup> *Id.*, p. 10.

<sup>188</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 89.

<sup>189</sup> *Id.*, p. 99.

l'anachronisme, est bien plus critiquable, en ce qu'il paraît au contraire nécessaire à l'écriture d'une histoire générale des droits et libertés.

## E. L'histoire générale

Le dernier mode possible d'écriture d'une histoire des droits et libertés est celle d'une histoire générale. Or, en la matière, le rejet de l'anachronisme n'est pas un principe *a priori* de l'histoire du droit, du moins si l'on s'entend sur la chose<sup>190</sup>. L'historien du droit « aura encore plus de peine à se passer totalement des notions anachroniques que les historiens non spécialisés »<sup>191</sup>. Il les emploie « à titre heuristique, pour nous fournir des desseins précis, des problèmes à résoudre, des hypothèses de travail à vérifier, comme une instigation à chercher de ce qu'il en était dans le passé »<sup>192</sup>. L'historien du droit a même « plus besoin » que les autres historiens de ces concepts anachroniques, contraint « par la technicité des termes juridiques » (R. Feenstra)<sup>193</sup>. Ils ne déterminent pas ce que l'on trouve dans le passé, mais constituent une invitation à la recherche, et permettent de désigner une pratique ou une institution innommée.

Le meilleur antidote au mésusage de l'anachronisme est à puiser dans la doctrine scolastique de l'analogie d'attribution, permettant d'utiliser un terme technique en l'appliquant à des solutions juridiques diverses, c'est-à-dire non entièrement identiques (non univoques) mais communiant dans une certaine communauté de signification (et par là non entièrement équivoques)<sup>194</sup>. Pour prendre l'exemple de la propriété, droit naturel, imprescriptible, inviolable et sacré, chacun sait que la propriété dite romaine du Code civil n'a pas grand-chose à voir avec les modes d'appropriation des Romains, et qu'il faut pour le saisir passer par l'étude de la doctrine romano-canonique médiévale<sup>195</sup>. Cependant, point n'est besoin d'aller chercher un « méta-concept » de propriété pour parler, sans anachronisme, des modes juridiques de possession<sup>196</sup>. Le concept même de propriété, entendu analogiquement, suffit amplement. Il n'y a en effet pas de pure équivocité entre le *dominium*, la *proprietas* et la

---

<sup>190</sup> Cf. H. R. HOETINK, « Les notions anachroniques dans l'historiographie du droit », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*, vol. 23-1, 1955, p. 1-20. M. TROPER, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales ESC*, 1992-6, p. 1171-1183, distingue entre anachronisme des faits, condamnable, et anachronisme des concepts, justifiable. V. aussi N. LAURENT-BONNE, X. PREVOST, « Observations sur l'anachronisme des concepts », N. Laurent-Bonne, X. Prévost (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, Paris, LGDJ, 2016, p. 5-10 ; FR. OST, « L'anachronisme des concepts : un symptôme ? Penser les différences, écarts et frontières », N. Laurent-Bonne, X. Prévost (dir.), *Penser l'ancien droit privé. Regards croisés sur les méthodes des juristes (II)*, Paris, LGDJ, 2018, p. 39-50.

<sup>191</sup> H. R. HOETINK, *art. cit.*, p. 10.

<sup>192</sup> H. R. HOETINK, *art. cit.*, p. 16.

<sup>193</sup> R. FEENSTRA, cité par H. R. HOETINK, *art. cit.*, p. 17.

<sup>194</sup> PH.-M. MARGELIDON, Y. FLOUCAT, *Dictionnaire de philosophie et de théologie thomistes*, Paris, Parole et Silence, 2011, v° *Analogie*, p. 22 : « Un concept ou un terme sont analogues d'une analogie de rapport ou d'attribution lorsqu'ils peuvent s'appliquer à une chose ou à plusieurs selon qu'elles ont rapport à une autre, à laquelle le concept et le terme en question conviennent de manière principale ».

<sup>195</sup> R. FAIVRE-FAUCOMPRES, « Aux origines du concept moderne de propriété : *dominium* et *proprietas* dans le droit romano-canonique (XII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle) », N. Laurent-Bonne, N. Pose, V. Simon (dir.), *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, Paris Mare & Martin, 2014, p. 103-117.

<sup>196</sup> R. FAIVRE-FAUCOMPRES, « Le métaconcept de propriété à l'épreuve du droit romano-canonique », N. Laurent-Bonne, X. Prévost (dir.), *Penser l'ancien droit privé. Regards croisés sur les méthodes des juristes (II)*, Paris, LGDJ, 2018, p. 187-214.



propriété de l'art. 544, mais bien un rapport extrinsèque, celui de l'appropriation d'une chose, bien qu'il soit entendu juridiquement selon des termes et des modalités spécifiques<sup>197</sup>. Ce terme est proprement appliqué à ce que nous appelons la propriété au sens de l'art. 544 du code civil, et analogiquement applicable aux modes d'appropriation qui mobilisent l'usus, le fructus ou l'abusus sur une chose relativement à son maître. En partant de ce principe, les droits et libertés peuvent analogiquement référer aux situations juridiques profitables aux sujets/citoyens dans un rapport d'émancipation ou d'autonomie. Sans qu'il soit besoin d'attendre l'apparition du droit subjectif, de la théorie des droits de l'homme ou d'une garantie effective des droits, il est analogiquement possible d'écrire une histoire juridique des droits et libertés.

La mise en garde de Jean Gaudemet contre une utilisation excessive de l'anachronisme reste pleinement valide. Il estimait vaine la « recherche [d]es manifestations d'une notion dans l'histoire d'une époque qui ne l'a pas formulée », redoutant un « jeu dans une perspective anachronique » et « un mépris de l'histoire et de la spécificité des époques », ajoutant cet avertissement : « mettre dans une époque ce qu'elle n'a pas connu risque de priver la notion étudiée de toute substance et de rigueur »<sup>198</sup>. Pour autant, l'emploi du principe d'analogie ne ruine pas les efforts méthodologiques déployés pour éviter de rattacher indûment une liberté moderne à un régime juridique antique, comme le montre l'exemple de la liberté de culte.

À cet égard, il est remarquable que cette liberté, la première proclamée juridiquement dans un texte contraignant, ne soit jamais mentionnée comme prodrome du mouvement d'écriture et de reconnaissance des droits et libertés. On rattache, avec raison, l'idée de liberté et de nature des choses aux Grecs, l'individualisme aux Stoïciens, la dignité de l'homme aux Chrétiens, mais ce ne sont là que les soubassements intellectuels de ce que deviendront les droits et libertés. Ce ne sont pas encore des règles juridiques applicables dans un ordre juridique. Or, la liberté de culte, établie par Constantin au lendemain de sa victoire du Pont Milvius en 312, a tous les atours d'une liberté publique, analogiquement entendue (elle ne constitue pas une prérogative individuelle opposable à l'État, et n'est pas déclarée sous forme brève). Cet édit « de Milan », en réalité publié à Nicomédie, établit la liberté de culte dans tout l'Empire. Les empereurs Constantin et Licinius donnent « aux Chrétiens et à tous les hommes le libre pouvoir de suivre la religion que chacun voudra, afin que la divinité qui préside au ciel soit à jamais propice et à nous et à nos sujets » (LACTANCE, *De la mort des persécuteurs*, XLVIII). Plus loin, ils ajoutent : « Nous entendons que la liberté que nous accordons aux Chrétiens soit commune à tous nos autres sujets, afin de ne contraindre la dévotion de personne ». De plus, ce texte rend aux Chrétiens les églises qui leur avaient été confisquées précédemment. J. Gaudemet a raison d'écrire qu'il s'agit du « premier texte législatif dans l'histoire à formuler un tel principe », sans que cela vienne contredire l'absence

---

<sup>197</sup> Ce que Carl Schmitt appelle la « prise des terres », ce « *radical title* [d'où] dérivent tous les rapports ultérieurs de possession et de propriété ; propriété commune ou individuelle, possession ou jouissance selon les formes qu'elles prennent en droit public ou privé, en droit social ou international », C. SCHMITT, *Le nomos de la terre, dans le droit des gens du Ius publicum europaeum*, Paris, PUF, 2012, p. 53.

<sup>198</sup> J. GAUDEMET, « Le monde antique et les droits de l'homme. Quelques observations », H. Jones (dir.), *Le monde antique et les droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, p. 175

de droits de l'homme dans l'Antiquité<sup>199</sup>. Pour user de la métaphore corporelle, et à supposer que ce texte soit comme l'acte de naissance des droits et libertés, la croissance et la maturité seront de loin postérieures à ce texte, envisageables dans une histoire générale qui s'écrira selon des étapes, des moments<sup>200</sup>.

La mise en forme juridique des droits et libertés peut se satisfaire d'une histoire écrite par étapes, à l'instar de ce que proposent Norberto Bobbio et Gregorio Peces-Barba, qui « offrent des reconstructions similaires de l'histoire de l'émergence des droits et libertés [...] par étapes, suivant une méthode d'exposition assez proche de la présentation des classifications classiques des droits et libertés par générations »<sup>201</sup>. Toutefois, chez ces auteurs, l'esquisse de l'histoire des libertés publiques est (trop) fortement marquée par un tropisme anglo-saxon, tributaire de l'idéologie libérale exaltant l'Angleterre comme terre promise des droits et libertés<sup>202</sup>. Ce biais méthodologique est par ailleurs aussi présent chez nombre d'auteurs français<sup>203</sup>. Cette prépondérance de l'élément anglais, essentiellement composé de la *Magna Carta* de 1215, de la *Petition of Rights* de 1628, de l'*Habeas Corpus* de 1679 et du *Bill of Rights* de 1689, ne répond pourtant pas aux données juridiques de l'histoire. Pour s'en tenir au XIII<sup>e</sup> siècle, si la Grande Charte apporte de réels avantages en matière de liberté individuelle<sup>204</sup>, les garanties procédurales sont presque inexistantes (deux seules mentions du *judicium legale*, art. 39 et 52) au regard de ce qu'offre, la même année, le droit canonique renouvelé lors du IV<sup>e</sup> concile du Latran (en matière de défense, de citation, d'appel, de récusation des juges, d'écriture des actes, etc.)<sup>205</sup>.

---

<sup>199</sup> J. GAUDEMET, « Des 'droits de l'homme' ont-ils été reconnus dans l'Empire romain ? », *Labeo*, 33, 1987, p. 19.

<sup>200</sup> M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929, p. 651 s., distinguait les libertés de la vie civile et les droits civils et politiques, pour tenter d'en dresser un schéma historique et d'en écrire l'histoire séquentielle.

<sup>201</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 143.

<sup>202</sup> *Id.*, p. 165, fait remonter « les premiers actes déclaratoires » à la « Charte des libertés déclarée en 1100 par Henri I<sup>er</sup> d'Angleterre ».

<sup>203</sup> Cf. H. OBERDORFF, « Quelle protection des droits de l'homme aujourd'hui ? », Fr. Genton, Ph. Gréciano, *Stéphane Hessel. Les perspectives d'un engagement*, Bayonne, IFJD, 2020, p. 113 : « Le Royaume-Uni est l'un des berceaux de l'invention des droits de l'homme. Les premiers grands textes les concernant ont été adoptés dans ce pays : la Pétition des droits de 1628 [...] l'*Habeas Corpus* de 1679 » ; FR. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, Paris, Champs, 2009, rappelle la place de « l'exemple anglais » (p. 24) et donne comme textes fondateurs la Grande charte et la Déclaration des droits de 1689.

<sup>204</sup> L'art. 42 dispose : « Il sera dorénavant légal pour toute personne qui Nous est loyale de sortir de notre royaume et d'y revenir, librement et en toute sécurité, par voie terrestre ou voie maritime. Sauf temporairement, en temps de guerre, pour le bien commun du Royaume, et à l'exception des prisonniers et des hors-la-loi, qui seront traités d'après les lois du pays, et du peuple de la nation qui en guerre contre nous. Les marchands seront traités tel que susdit ».

<sup>205</sup> Pour une approche comparée, v. K. PENNINGTON, « Reform in 1215 : *Magna Carta* and the Fourth Lateran Council », *Bulletin of Medieval Canon Law*, 32 (2015), p. 97-125. Sur Latran IV, voir A.-J. DUGGAN, « Conciliar Law 1123-1215 : The Legislation of the Four Lateran Councils », W. Hartmann, K. Pennington (dir.), *The History of Canon Law in the Classical Period, 1140-1234 : From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Washington, CUA Press, 2008, p. 318-366 et sur les aspects procéduraux, v. K. PENNINGTON, « The Jurisprudence of Procedure », W. Hartmann, K. Pennington (dir.), *The History of Courts and Procedure in Medieval Canon Law*, Washington, CUA Press, 2016, p. 125-159.

De même, au XVII<sup>e</sup> siècle, la sûreté des Français soutient aisément la comparaison avec celle, tant vantée, des Anglais<sup>206</sup>. D'une part, par ses aspects positifs, car les règles concernant la présentation devant le juge n'ont rien à envier au régime français<sup>207</sup>. Les États Généraux de 1614 réclament, en matière criminelle, l'interrogatoire du prisonnier dans les vingt-quatre heures de son arrestation, disposition qui passe dans le droit positif par l'ordonnance de 1629 (art. 186), 50 ans avant l'Angleterre, avec un délai divisé par trois. Cette ordonnance enjoint aux juges de libérer les prisonniers le jour même de leur élargissement « à peine de tous dommages-intérêts contre les geôliers » (art. 111). Cela est repris par l'art. 6 des Délibérations de la Chambre Saint Louis de 1648 qui dispose « Qu'aucun des sujets du roi, de quelque qualité et condition qu'il soit, ne pourra être détenu prisonnier passé vingt-quatre heures, sans être interrogé, suivant les ordonnances, et rendu à son juge naturel ». Ces délibérations seront certes annulées, mais le texte sera repris plus tard par Louis XIV. L'ordonnance criminelle de 1670 dispose que « Les prisonniers pour crimes seront interrogés incessamment, et les interrogatoires commencés au plus tard dans les vingt-quatre heures après leur emprisonnement, à peine de tous dépens, dommages et intérêts contre le juge qui doit faire l'interrogatoire ; et à faute par lui d'y satisfaire, il y sera procédé par un autre officier, suivant l'ordre du tableau » (tit. 14, art. 1<sup>er</sup>). Pour assurer ce délai, les geôliers ont l'obligation d'informer les procureurs, dans ce même délai de vingt-quatre heures, de tout nouvel emprisonnement (tit. 13, art. 15). S'il n'y a point appel, c'est-à-dire passage devant le juge, ils doivent « mettre les accusés hors des prisons » (art. 29). Comme l'estime André Laingui, « c'est l'ordonnance criminelle de 1670 qui a fait pénétrer dans la législation moderne le principe selon lequel les règles de procédure pénale, par leur minutie même, protègent la liberté individuelle »<sup>208</sup>. D'autres règles protectrices seront adoptées par l'édit de 1685 sur l'administration de la justice au Châtelet de Paris.

D'autre part, par ses aspects négatifs, car l'Angleterre et la France connaissent des techniques juridiques absolutistes défavorables à la liberté individuelle, *Bill of attainder* ou lettre de cachet<sup>209</sup>. Celui-là est un acte législatif déclarant une personne, ou un groupe de personnes, coupable de quelque crime, le punissant sans procès, et conduisant non pas à l'enfermement de l'individu mais à sa mise à mort. Cette technique remonte au XIV<sup>e</sup> siècle (avant l'institution de nos lettres de cachet au XVI<sup>e</sup> siècle), et le dernier individu frappé

<sup>206</sup> Pour les uns, « [l']histoire politique des droits individuels dans leur acception moderne s'est d'abord écrite en Angleterre » et « l'adoption de l'*Habeas Corpus Act* en 1679 permet de jeter les bases, toujours actuelles, des garanties essentielles de la liberté individuelle prise en la sûreté », L. FAVOREU ET ALII, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, n°17, p. 13-14. D'autres louent « la vieille préoccupation de la *common law* pour la liberté individuelle », en faisant de ce *writ* « l'un des aspects centraux de la *rule of law*, à savoir la proscription de l'arbitraire », et en le qualifiant d'un des « remède les plus généraux et les plus efficaces en vue de protéger les libertés individuelles », D. BARANGER, « Habeas Corpus », J. Andriantsimbazovina et alii (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 473-475.

<sup>207</sup> G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2009, p. 68 : « L'Acte d'*habeas corpus* de 1679 régleme le droit à la sûreté dans ses modalités les plus infimes. Après avoir posé le principe essentiel que tout détenu doit être présenté à un juge dans les trois jours de son arrestation, il prévoit des exceptions, fixe le taux des amendes encourues par les geôliers récalcitrants, et ajoute quelques garanties qui n'ont d'intérêt que pour les Britanniques ».

<sup>208</sup> A. LAINGUI, « Nouveauté et permanence dans le droit criminel au XVII<sup>e</sup> siècle », Y.-M. Bercé (dir.), *Destins et enjeux du XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 1985, p. 70.

<sup>209</sup> Sur la réalité des lettres de cachet, v. CL. QUETEL, *Les lettres de cachet. Une légende noire*, Paris, Perrin, 2011.

d'atteindre l'a été en 1798 (Lord Edward FitzGerald meneur de la Rébellion irlandaise de 1798), 9 ans après la disparition des lettres de cachet (8 octobre 1789).

Une histoire générale des libertés publiques, faisant usage du principe de l'analogie au service de l'anachronisme conceptuel, nourrie des histoires parcellaires déjà écrites et délivrée des préjugés divers et variés est dès lors possible. Quelques essais ont été tentés de ce point de vue, mais butant toujours sur 1789 comme date charnière d'une telle histoire. D'un côté, les deux volumes d'Augustin Challamel donnent trop à l'Antiquité et s'arrêtent à la Révolution<sup>210</sup>. De l'autre, des publicistes contemporains sont rivés à 1789 comme date de naissance supposée des droits et libertés<sup>211</sup>. Une des pistes envisagées par M. Mathieu est de retourner le point de vue traditionnellement adopté par les publicistes, « presque toujours placés du côté du pouvoir, du côté de l'État »<sup>212</sup>. Une histoire générale des libertés publiques envisagera donc « les phénomènes juridiques et sociaux, non plus du point de vue du pouvoir, mais de celui des corps et communautés (pour l'époque antérieure à 1789), de celui de l'individu (pour celle qui lui est postérieure), et des deux points de vue (à partir des années 1880) »<sup>213</sup>. Tout l'intérêt de cette piste est de mêler dans une même histoire juridique, par le biais de l'analogie, des phénomènes certes disparates mais unis par l'objet principal de la matière, les droits et libertés entendus non du côté de la puissance publique, mais du côté des administrés. Ici, ce qui importe n'est pas le *sujet* des droits et libertés (une communauté, un individu), ni forcément l'*objet matériel* (les droits et libertés considérés individuellement) mais l'*objet formel* qui les unit (les règles juridiques qui les encadrent), c'est-à-dire ce par quoi ou à raison de quoi les droits et libertés sont connus. Une telle manière d'écrire l'histoire des droits et libertés amène « de très belles rencontres », notamment « avec des législations et réglementations anciennes, dont il serait très faux de croire qu'elles sont en tous les domaines moins soucieuses des libertés que celles d'aujourd'hui (que l'on en juge par la liberté de ton et d'expression qui existe au XIX<sup>e</sup> siècle) »<sup>214</sup>. Les ingrédients sont réunis, il ne reste qu'à donner vie à cette histoire.

## Excursus. Origine de l'expression « libertés publiques »

Si l'expression de « liberté publique », au singulier, est fréquente sous l'Ancien Régime<sup>215</sup>, l'expression de « libertés publiques », au pluriel, ne semble pas usitée avant le

---

<sup>210</sup> A. CHALLAMEL, *Histoire de la liberté en France depuis les origines jusqu'en 1789*, Juvet & Cie, Paris, 1886, 2 vol.

<sup>211</sup> G. VEDEL, « Abrégé de l'histoire des droits de l'homme en France depuis 1789 », *Commentaire* 1992/3, n°59, p. 639-646 et 1992/4 n°60, p. 923-928 ; G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2009, p. 56-134.

<sup>212</sup> M. MATHIEU, « L'histoire des droits de l'homme et des libertés fondamentales. De nouveaux territoires à conquérir », J. Krynen, B. d'Alteroche, *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 482.

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> *Id.*, p. 483.

<sup>215</sup> Une des premières occurrences est dans la traduction de la lettre que François I<sup>er</sup> envoie à Paul III en 1542, contre les « calomnies » de Charles-Quint, qui invoque « le commun salut » et « la liberté publique », cf.

XVII<sup>e</sup> siècle. La première occurrence paraît remonter à 1612, chez le juriste Josias Bérault, dans son édition commentée de la coutume de Normandie. Elle intervient au sujet de la clameur de haro, permettant de faire appréhender un malfaiteur sur le champ, présentée comme « un préservatif pour la révérence due à la justice » et surtout « la terreur des violateurs des droits & libertés publiques »<sup>216</sup>. Il est intéressant de noter que cette première occurrence intervient précisément dans le cadre d'une procédure juridique garantissant une liberté, et permettant à l'honnête sujet de faire intervenir les autorités pour défendre la paix publique.

En 1641, l'expression apparaît de nouveau sous la plume du capucin Yves de Paris, évoquant le rôle de l'intégrité et du courage dans les emplois publics, dont les détenteurs sont « dépositaires [...] des libertés publiques »<sup>217</sup>. Ce XXI<sup>e</sup> chapitre aborde plus largement la question des « Peuples [...] résolus à quitter cette farouche liberté de la nature, pour vivre dans les ordres de la Police » et de la « puissance supérieure » qu'ils se sont donnée pour « servir à la conservation du bien commun »<sup>218</sup>.

En 1649, et cela n'est pas étonnant, l'expression refait surface dans la traduction française d'un acte politique britannique, la *Déclaration du Parlement d'Angleterre, touchant les efforts [...] pour ôter toute sorte de malentendus et de différends entre la République d'Angleterre et le Royaume d'Écosse*. Traduite par ordre du Conseil d'État de la jeune république cromwellienne, cette déclaration adoptée le 14 juillet 1649 par le « Parlement croupion » invoque « le maintien & défense de la Religion & des Libertés Publiques, & droits des deux Nations »<sup>219</sup>.

Quelques décennies plus tard, le canoniste Louis Thomassin emploie la formule en deux sens distincts. D'abord, pour désigner quelques libertés particulières, conçues sous la forme de privilèges. Ainsi traduit-il l'expression « droit public » par « libertés publiques du Clergé » quand il s'agit du privilège du for rappelé par le concile de Laval de 1242<sup>220</sup>. Ensuite, pour désigner des concessions faites par le roi d'Angleterre en 1253, promettant d'observer « la grande charte des libertés publiques »<sup>221</sup>. Thomassin réunit ainsi sous le même vocable de « libertés publiques » tant des prérogatives propres à un ordre, réputées de droit public et indérogeables, que des actes législatifs à valeur générale.

Sous le règne de Louis XV, l'expression se retrouve à plusieurs reprises liée à l'histoire de l'Angleterre, à commencer par la *Bibliothèque anglaise, ou Histoire littéraire de la Grande*

---

*Translation de l'épître du Roy Treschrestien François premier [...] à nostre saint Père Paul troisième*, Paris, chez Robert Estienne, 1543, fol. 4 r<sup>o</sup>.

<sup>216</sup> J. BÉRAULT, *La coutume réformée du pays et duché de Normandie*, Rouen, chez David du Petit Val, 1614<sup>2</sup>, LIII, p. 101.

<sup>217</sup> Y. DE PARIS, *Les morales chrestiennes*, Paris, chez Denis Thierry, t. 3, 1641, p. 193. Sur Charles de la Rue, en religion le P. Yves de Paris, v. B. CHEDOZEAU, « Yves de Paris », *Dictionnaire de spiritualité ascétique et mystique*, Paris, Beauchesne, 1994, t. XVI, col. 1566-1575.

<sup>218</sup> *Id.*, p. 192.

<sup>219</sup> *Déclaration du Parlement d'Angleterre, touchant les Efforts qu'il a faits depuis peu pour ôster toute sorte de mal-entendus & de différens entre la République d'Angleterre & le Royaume d'Escosse*, Londres, chez Matthieu Simons, 1649, p. 11.

<sup>220</sup> L. THOMASSIN, *Ancienne et nouvelle discipline de l'Église*, Paris, chez François Muguet, 1681, IV, 2, 91, 7, p. 406.

<sup>221</sup> *Id.*, IV, 3, 21, p. 581.

*Bretagne* publiée de 1717 à 1728 par le pasteur Armand Boisbelean de La Chapelle<sup>222</sup>. Le 7<sup>e</sup> volume, paru en 1720, raconte les oppositions du Parlement aux tentatives de Charles II d'Angleterre d'introduire la liberté de religion pour les catholiques et les protestants non conformistes, tout en relevant les protestations des « partisans de la Liberté ». Parmi eux, Anthony Ashley-Cooper, 2<sup>e</sup> comte de Shaftesbury, s'exprime en faveur des « Loix & Libertés publiques, qui étaient attaquées » du fait « que l'on ne pouvait plus dire librement ce que l'on pensait »<sup>223</sup>. Quelques pages plus loin, l'auteur s'autorise une réflexion personnelle sur les événements, estimant que « les plus grands Seigneurs sont d'ordinaire trop avares ou trop ambitieux pour ne sacrifier pas à leurs passions toutes les libertés publiques »<sup>224</sup>.

Ce même volume renferme un autre emploi de l'expression, s'agissant cette fois de traiter l'histoire de la Réforme aux Pays-Bas. Il fait état de la résistance du Conseil de Flandre aux instances de l'Inquisition, qui voulut enjoindre aux officiers de police de « prêter main forte aux Inquisiteurs, de saisir et de mettre en prison les gens au gré du St-Office, sans s'informer des raisons ». À cela, les villes concernées répliquèrent « que ce qu'on leur demandait était dans une opposition diamétrale aux libertés publiques »<sup>225</sup>.

En 1724, le 11<sup>e</sup> volume reproduit des extraits des *Mémoires* de Gilbert Burnet, évêque anglican de Salisbury, dont l'un déplore « l'abandon entier des libertés publiques » par le « Parlement loyal » de 1685, à cause de son recrutement jugé plus aristocratique que démocratique<sup>226</sup>. La traduction complète des *Mémoires pour servir à l'histoire de la Grande-Bretagne* de Burnet, qui paraît en 1725, reprend aussi à son compte l'expression. Tantôt pour flatter Clarendon, « l'Avocat des Libertés Publiques », tantôt pour qualifier la « Loi des parlements triennaux » (*Triennial Acts*) de « plus sûr Boulevard des Libertés Publiques »<sup>227</sup>. Dans le second tome, ce sont plusieurs grands hommes d'État anglais qui sont réputés « paraître zélés pour les Libertés Publiques »<sup>228</sup>.

D'autres ouvrages traitant de l'histoire d'Angleterre mentionnent les libertés publiques. En 1730, l'*Abrégé chronologique de l'histoire d'Angleterre*, très hostile à Charles I<sup>er</sup>, le présente comme ne perdant « aucune occasion d'enfreindre les libertés publiques »<sup>229</sup>. En 1733, les *Remarques* de Tindal sur l'histoire d'Angleterre de Rapin de Thoyras renvoient à Matthieu Paris pour faire des quatre membres du « Grand Conseil ou Parlement » nouvellement imaginé par le roi d'Angleterre au XIII<sup>e</sup> siècle, « les *Conservateurs des Libertés*

---

<sup>222</sup> Michel de La Roche, écarté de la rédaction après le t. 5, n'a pas contribué à répandre l'expression.

<sup>223</sup> A. B. D. M. T., *Bibliothèque angloise, ou Histoire littéraire de la Grande Bretagne*, t. 7, 1<sup>ère</sup> partie, Amsterdam, chez David Paul Marret, 1720, p. 314.

<sup>224</sup> *Id.*, p. 325.

<sup>225</sup> A. B. D. M. T., *Bibliothèque angloise, ou Histoire littéraire de la Grande Bretagne*, t. 7, 1<sup>ère</sup> partie, Amsterdam, chez David Paul Marret, 1720, p. 396.

<sup>226</sup> ARMAND DE LA CHAPELLE, *Bibliothèque angloise, ou Histoire littéraire de la Grande Bretagne*, t. 11, 1<sup>ère</sup> partie, Amsterdam, chez Pierre de Coup, 1724, p. 385.

<sup>227</sup> G. BURNET, *Mémoires pour servir à l'histoire de la Grande-Bretagne sous les règnes de Charles II et de Jacques II*, La Haye, chez Isaac Vaillant, t. 1<sup>er</sup>, 1725, pp. 316, 397.

<sup>228</sup> G. BURNET, *Mémoires pour servir à l'histoire de la Grande-Bretagne sous les règnes de Charles II et de Jacques II*, La Haye, chez Isaac Vaillant, t. 2, 1725, p. 99.

<sup>229</sup> [JEAN GUILLAUME DE CHEVRIERES], *Abrégé chronologique de l'histoire d'Angleterre*, Amsterdam, chez François Changuion, 1730, p. 373.

publiques »<sup>230</sup>. De même, il n'est pas surprenant que sous la plume d'un auteur anglais, Conyers Middleton, on retrouve le champ lexical de la tyrannie couplé à « l'oppression des libertés publiques »<sup>231</sup>. L'abbé Millot, dans ses *Éléments de l'histoire d'Angleterre*, écrit qu'Édouard I<sup>er</sup> fut invité par ses barons « à prendre en main la défense des libertés publiques et des droits de la couronne »<sup>232</sup>.

Enfin, l'*Histoire d'Angleterre* de David Hume reprend plusieurs fois l'expression. D'abord pour désigner les hérauts de la *Magna Carta*, dont 25 barons furent nommés « comme conservateurs des Libertés publiques »<sup>233</sup>. Ensuite pour exalter la figure de quelques valeureux opposants à Charles I<sup>er</sup> qui « eurent assez de courage pour entreprendre, à leurs frais et leurs périls, la défense des libertés publiques »<sup>234</sup>. Dernier texte de ce corpus évoquant Albion, la *Gazette de Vienne*, qui regrette « l'état précaire des libertés publiques » de l'Angleterre de Georges III, et « les différentes atteintes portées à la Constitution par l'emploi violent du Pouvoir Ministériel »<sup>235</sup>.

Cependant, le peuple anglais n'est pas le seul à bénéficier de ce rattachement littéraire aux libertés publiques. Les Saxons y ont aussi droit, eux qui regardaient « comme dangereuses pour leurs libertés publiques » les institutions carolingiennes, dont les *missi dominici*<sup>236</sup>. Toutefois, ils surent, à l'instar des autres peuples de l'empire de Charlemagne (Frisons, Goths, Aquitains, Bavares, etc.) faire valoir leurs droits, de sorte que « chacun en particulier se regardait comme le dépositaire des libertés publiques »<sup>237</sup>. Les Polonais en sont aussi gratifiés, notamment dans une épopée due au littérateur Genu-Soalhat de Mainvilliers :

« Dans les fiers Polonais les Sarmates antiques  
Reconnaissent leurs fils, leurs libertés publiques »<sup>238</sup>.

---

<sup>230</sup> N. TINDAL, *Remarques historiques et critiques sur l'histoire d'Angleterre de Mr Rapin Thoyras*, La Haye, chez P. Gosse et J. Neaulme, 1733, p. 85.

<sup>231</sup> C. MIDDLETON, *Histoire de Cicéron, tirée de ses écrits et des monumens de son siècle*, Paris, chez Didot, 1749, t. 2, p. 342.

<sup>232</sup> CL.-FR.-X. MILLOT, *Éléments de l'histoire d'Angleterre, depuis son origine sous les Romains*, Paris, chez P. E. G. Durand, 1769, t. 1<sup>er</sup>, p. 266.

<sup>233</sup> D. HUME, *Histoire d'Angleterre contenant la Maison de Plantagenet*, Amsterdam, 1769, t. 3, p. 263.

<sup>234</sup> D. HUME, *Histoire de la Maison de Stuart sur le trône d'Angleterre*, Londres, 1761, t. 2, p. 48.

<sup>235</sup> *Gazette de Vienne*, mercredi 8 novembre 1769, n°89, p. 1.

<sup>236</sup> J. D. WEGUELIN, *Histoire universelle et diplomatique contenant les événemens les plus remarquables qui sont arrivés depuis le commencement du règne de Pépin jusqu'au partage de la monarchie*, Berlin, chez G. J. Decker, 1777, t. 2, p. 248.

<sup>237</sup> *Id.*, p. 527.

<sup>238</sup> G. S. CHEVALIER DE MAINVILLIERS, *La Petreade, ou Pierre Le Créateur*, Amsterdam, chez J. H. Schneider, 1762, p. 93.