

Andreas Kley

Freiheitsrechtskataloge als Garantie oder Gefahr für die Freiheit?

1. Problem

Die Terrorbekämpfung ist zu einer Staatsaufgabe des Verfassungsstaates westlichen Typs geworden. Da Terror von jedermann ausgehen kann, richtet sich der Verdacht auch gegen jedermann. Das verlangt nach flächendeckender Überwachung. Es ist offensichtlich, dass die Terrorbekämpfung das in den Verfassungen garantierte Recht auf Privatsphäre (z.B. Art. 8 EMRK, Art. 13 BV) beeinträchtigt. Die Kritik an der staatlichen Terrorbekämpfung setzt bei der Verfassungsgarantie an, die durch die gesetzlichen Schranken und die reale Überwachungstätigkeit eingeschränkt werde. Diese Sichtweise ist vertretbar. Es kann aber auch aus einer umgekehrten Richtung gefragt werden: Ist nicht schon die Tatsache, dass die modernen Verfassungen spezielle Freiheitsgarantien aufweisen, ein Symptom für die Gefährdung der menschlichen Freiheit? Dass die Terrorbekämpfung ein Freiheitsrecht einschränkt, ist vor diesem Hintergrund ein zusätzliches Problem, das die Sachlage noch prekärer macht.

2. Simon Kaiser: Vom Vergessen der Freiheit

Der freisinnige Nationalrat Simon Kaiser (1828-1898, im Amt 1857-1887) behandelte in seiner französischen Verfassungsgeschichte das Problem der Freiheitsrechtskataloge:

«Wo ist die Erklärung der Menschenrechte nötig, welchen Verfassungen müssen sie vorausgesetzt werden? Die Antwort ist höchst einfach: Da, wo sie existieren, wo der einzelne die Rechte hat, die er verlangen würde,... ist ihre Abfassung unnötig. Das Leben zeigt sie kräftiger, als die Schrift es könnte, und nur für den, dem das Leben etwas Anderes als die naturgemässe Entfaltung des menschlichen Wesens ist, kann es nötig werden, sie in Buchstaben vorzuführen. Er wird sie aber dann gar nicht verstehen. Eine Abfassung aus andern Gründen ist gar nicht denkbar, mit einziger Ausnahme der in der heutigen Erfahrung sich zeigenden Ansicht, dass man eine Zusammenstellung aller seiner Handlungen und Rechte wünscht, warum? Um sie zusammengestellt zu haben. Es liegt derselben entweder etwas ästhetisches Gefühl oder der Ordnungsgeist eines Bibliothekars zu Grunde, der die Bücher fein hübsch gestellt, mit Etiketten geziert wissen will. Es ist aber hier sehr zu fürchten, dass die, welche es aus diesem Grunde wollen, in denselben Fehler fallen wie der eben bemeldete Bibliothekar. Dieser ist selig, seine Bücher geordnet zu sehen; dann darf man ihm keines verrücken, auch zum Gebrauche nicht (...). Jener ist zufrieden, die Grundrechte auf dem Papier zu haben; er bekümmert sich dann um die Ausführung nicht: es beginnt bei diesem schon der Unterschied zwischen Papier und Wirklichkeit sich zu zeigen. (...) Eben für solche Personen, die den Gedanken haben könnten, ohne schriftliche Aufzeichnung Etwas nicht gelten zu lassen, muss diese notwendig werden. Es sind aber eben die oben erwähnten Personen, die noch Anklänge des Despotismus fühlen. Die Grundrechte von 1793 sprechen dies auch in Veranlassung des Art. 7¹ aus: ‚Die Notwendigkeit, diese Rechte aufzuzeichnen, setzt entweder die Gegenwart oder die frische Erinnerung des Despotismus voraus‘. Es muss diesem richtigen Gedanken aber noch beigefügt werden, dass auch eine drohende Zukunft entgegenstehen könnte, ohne dass sie aus der Vergangenheit sich herleitet. Dies ist der Fall, wenn ein Volk in seinem Leben sich vergisst, den Geist seiner Formen nicht mehr kennt, wenn es altert und schwach wird. Dann kann eine solche Aufzeichnung gleichsam als Hülfe des Gedächtnisses dienen, wie man dem Alter mit Schriften zu Hülfe kommt. (...) Die Kunst ist zu wissen, wann ist diese Zeit.»²

¹[Strenggenommen bezieht sich der Hinweis «diese Rechte» nur auf die Gedanken- und Meinungsäusserungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit und die Religionsfreiheit.]

²Simon Kaiser, Französische Verfassungsgeschichte von 1789-1852 in ihrer historischen Aufeinanderfolge, Leipzig 1852, S. 427 f.

Der Staat findet Freiheit vor; sie geht dem Staat voraus. Die Freiheit ist freilich etwas so selbstverständliches, dass sie dem Vergessen anheimfällt. Kaiser schlägt als Mittel gegen das Vergessen das Aufschreiben, d.h. das Positivieren der Freiheit vor. Nach seinem Sinnbild wird damit die Bibliothek mit Büchern gefüllt, aber wehe, es werde ein Buch verrückt: Dann kommt der ordnungsliebende Bibliothekar zum Einsatz.

Bemerkenswerterweise ist im Verfassungsrecht fast aller Rechtsstaaten der von Kaiser beschriebene Weg beschritten worden. Man hat offenbar auch im Hinblick auf die Zukunft den Despotismus gefürchtet und die Freiheitsrechte schriftlich festgehalten. Das Naturrecht allein wurde als ungenügend angesehen. Damit geht aber die Gefahr einher, dass die doppelten Grundlagen der Freiheit im vorausgesetzten Naturrecht und im Verfassungsrecht gegeneinander ausgespielt werden. So könnte man etwa behaupten, dass ausschliesslich die im Verfassungsrecht festgeschriebenen Rechte auch wirklich zu beachten seien, nicht aber andere Freiheitsrechte. Um diesen interpretatorischen Kunstgriff zu verhindern, hält das Amendment IX der amerikanischen Unionsverfassung von 1789 fest: *«The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.»*

3. Freiheitsrechtskataloge als Gradmesser realer Freiheit

Simon Kaisers Überlegungen ergeben einen Gradmesser der Freiheit: Enthält eine liberale Verfassung keine Freiheitsrechte, so ist dies in Ordnung bzw. ein Zeichen für reale Freiheit und naturrechtliche Freiheitsgarantie. Diese ist zu selbstverständlich und die Erinnerung an die Despotie noch zu wach, als dass Freiheit verfassungsmässig fixiert werden müsste. Enthält eine liberale Verfassung einen umfangreichen Katalog von Freiheitsrechten, so deshalb, weil das Volk gewissermassen vergesslich geworden ist und an Freiheit erinnert werden muss. Die verfassungsmässig festgeschriebenen Rechte sind Anzeichen einer drohenden Gefahr. Es sind die Vergesslichkeit und die Bequemlichkeit, welche die Menschen – zunächst noch unbemerkt – der Unfreiheit zuführen.

Diese Überlegungen sind von unübersehbarer Aktualität. International gesehen ist es wichtig, die Menschenrechte in Konventionen zu garantieren, weil deren Geltung gegenwärtig in vielen Staaten angefochten wird. In den demokratischen Verfassungsstaaten ist dies derzeit nicht der Fall; dennoch sind auch diese daran gegangen, erschöpfende Freiheits-

rechtskataloge in ihre Verfassungstexte aufzunehmen. Kaisers These zufolge stellt sich hierbei die Frage: Ist die vielfache und redundante Aufzeichnung von Freiheitsrechten selbst als Symptom einer Gefahr zu werten, welche die Freiheit bedroht?

Welche Gefahr droht? Zunächst mag man etwa an das eingangs beschriebene Problem einer übertriebenen Abwehr des Terrorismus durch Lauschangriffe und Überwachungsmassnahmen denken. Könnte jedoch auch eine Diktatur populistischer Parteien und ihrer Oberhäupter drohen? Oder notrechtliche Massnahmen wegen Umweltkatastrophen? – Nein, das sind nicht die Gefahren, die – denkt man Kaiser weiter – die Freiheit bedrohen. Denn sie drohen gewissermassen von aussen und rühren von einer offenen oder versteckten Gegnerschaft zu den Freiheitsrechten her. Kaiser aber hatte die Freiheit nicht durch eine Gegnerschaft, sondern durch interne Umwandlungsprozesse des Freiheitsverständnisses in Gefahr gesehen.

Die sich aufblähenden Grundrechtskataloge in den Verfassungen sind nur das äussere Symptom eines internen Umdeutungsvorgangs. Die Gefährdung liberaler Freiheit schreitet im Versteckten voran: Sie gründet in der zunehmenden Vergesellschaftung und Sozialisierung aller Lebensbereiche des Menschen durch den Staat und seine Apparatur. Die Menschen gewöhnen sich an diesen Zustand des sozialen Umsorgtseins und der umfassenden Prävention. Tocqueville sieht im demokratischen Staat mit der umfassenden Herrschaft der Rechtsgleichheit eine «gewaltige, bevormundende Macht»³:

«Sie ist unumschränkt, ins einzelne gehend, regelmässig, vorsorglich und mild. Sie wäre der väterlichen Gewalt gleich, wenn sie wie diese das Ziel verfolgte, die Menschen auf das reife Alter vorzubereiten; statt dessen aber sucht sie bloss, sie unwiderruflich im Zustand der Kindheit festzuhalten (...). Sie arbeitet gerne für deren Wohl; sie will aber dessen alleiniger Betreuer und einziger Richter sein; sie sorgt für ihre Sicherheit, ermisst und sichert ihren Bedarf, erleichtert ihre Vergnügungen, führt ihre wichtigsten Geschäfte, lenkt ihre Industrie, ordnet ihre Erbschaften, teilt ihren Nachlass; könnte sie ihnen nicht auch die Sorge des Nachdenkens und die Mühe des Lebens ganz abnehmen?»

³ Alexis de Tocqueville, Über die Demokratie in Amerika, Zweiter Teil [1840], Zürich 1987, S. 463 f.

Tocqueville ahnt, dass «diese Art geregelter, milder und friedlicher Knechtschaft»⁴ sich «im Schatten der Volkssouveränität»⁵ einnistet und die Menschen über ihren wahren Zustand der Freiheit täuscht. Der umsorgende Staat stellt die in der Präambel der schweizerischen Bundesverfassung beschworene Gewissheit, «dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht», direkt in Frage. Denn dieser Staat deutet die Freiheitsrechte selbst um und gibt ihnen ganz andere Funktionen. Sie verlieren ihren ursprünglichen Charakter einer Garantie staatsfreien und beliebigen Handelns. Von innen her, d.h. aus Sicht der Menschen, die an diesen Umformungsprozessen beteiligt sind, ist diese Gefahr kaum zu bemerken, denn sie wirkt sich durchaus wohltätig aus.

Wertmässige Grundlage dieses Aufsatzes ist die Freiheitsauffassung der Aufklärung, wie sie in Frankreich und den Vereinigten Staaten entwickelt worden ist und in der Schweiz im 19. Jahrhundert rezipiert wurde. Der Staat findet die Freiheit vor; sie ist ihm naturrechtlich vorausgesetzt und ihre Positivierung hat einen beispielhaften Charakter. Die individuelle Freiheit schützt ein beliebiges, von den Berechtigten selbst bestimmtes Verhalten innerhalb der Schranken der Polizeigüter und des Strafrechtes. Die Transformierung der Freiheitsrechte setzt an zwei unterschiedlichen Positionen der liberalen Theorie an: Durch Umdeutungen wird erreicht, dass der Freiheitsgebrauch nicht mehr beliebig sein darf, sondern sich an höheren Werten orientieren muss. Der Freiheitsgebrauch wird dadurch edler und höherwertig (siehe 4). Ferner wird die Grundlage der Freiheit ausgehöhlt: Eine Vielfalt einander widersprechender Rechte entwertet und beseitigt die Freiheit, indem der Staat zur Koordinationsinstanz wird (siehe 5).

4. Kein beliebiger, sondern verantwortlicher Freiheitsgebrauch

Die «konstitutiv-institutionelle» Grundrechtstheorie führte zusammen mit der ausgreifenden Gesetzgebungstätigkeit dazu, dass der Gebrauch der Freiheitsrechte nicht mehr allein dem Belieben der Träger anheimgestellt ist. Vielmehr bestimmt der Staat über die institutionellen Bindungen der Freiheit bzw. dass diese Freiheit rechtlich *verantwortlich* gebraucht werden soll. Das zeigt sich in Meinungsäusserungsdelikten

⁴ Tocqueville (Anm. 3) 464.

⁵ Tocqueville (Anm. 3) 465.

des Strafrechtes⁶ und etwa in Verboten des Medienrechtes. Mit der Drittwirkungslehre werden die Freiheitsrechte selbst dazu benutzt, die Freiheitsausübung in eine Pflichterfüllung umzufunktionieren. Peter Saladin hat diese Tatsache klar bezeichnet: Die Einzelnen sind Träger der «Grundrechts-Pflicht» geworden⁷.

Die neue Freiheitsauffassung im Sinne der konstitutiv-institutionellen Grundrechtstheorie wird von der «Political Correctness» überlagert. Diese in den USA als Gegenbewegung zum Rassismus entstandene Denkrichtung ächtet abwegige Meinungen und Haltungen gesellschaftlich. Sie kann im Verbund mit den zunehmenden gesetzlichen Restriktionen dazu führen, dass Kants Palladium, die Meinungs- und Pressefreiheit, erstickt wird. Diese besonders anfälligen Freiheiten sind der Gradmesser individueller Freiheit. John Stuart Mill (1806-1873) lobte in seinem Essay *Über die Freiheit* (1859) Exzentriker. Es sei wünschenswert, dass sich exzentrische Naturen finden würden, welche die Meinungstyrannie brechen könnten. Exzentrik bedeute Charakterstärke, und ihr Mass in einer Gesellschaft stehe in der Regel in einem positiven Verhältnis zu Genie, Geisteskraft und moralischem Mut⁸.

Die *Political Correctness* nimmt zunehmend den Status einer Mehrheitsauffassung ein, die keinen Widerspruch duldet. Wer ihr trotzdem widerspricht, verlässt den Kreis des gesellschaftlich Vernünftigen⁹. Das Unvernünftige scheint nach den Erfahrungen des 20. Jahrhunderts eine derart grosse Gefahr darzustellen, dass Freiheit auf Unvernunft gesellschaftlich nicht mehr akzeptiert werden kann. Dem zugrunde liegt ein institutionelles Denken auf gesellschaftlicher Ebene, das zusammen mit den rechtlichen Bindungen Freiheit nur noch in einem gesellschaftlich

⁶ Z.B. Art. 261bis StGB, Art. 10 RTVG, SR 784.40. Siehe dazu: Andreas Kley, Meinungsfreiheit und Werbeverbote, in: *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, S. 639 ff.

⁷ Peter Saladin, Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte, in: Ders., *Die Kunst der Verfassungserneuerung*, Basel 1998, S. 87-106, S. 89.

⁸ John Stuart Mill, *Die Freiheit, On Liberty* (1859), Zürich 1945, S. 202.

⁹ Es lassen sich weitere Beispiele dieser freiheitsfeindlichen Wirkung der political correctness anführen, etwa ein jüngeres Beispiel: Der Präsident des Studierendenrates der Universität Zürich kritisierte anlässlich der gleichzeitigen Berufung von acht deutschen Professoren, dass es an der Universität Zürich zu viele deutsche Professoren gebe. Er trat damit eine gross angelegte Debatte los, musste sich aber für die Äusserung entschuldigen und vom Präsidium zurücktreten, vgl. *NZZ* vom 29.2.2008 Nr. 50 S. 55. Ein etwas anders gelagerter Fall ist jener des ehemaligen Zürcher Regierungsrates Eric Honegger, der aber eindrücklich die Macht „der » Gesellschaft zum Ausdruck bringt. Honegger wurde neben anderen Personen für den Untergang der Fluggesellschaft Swissair verantwortlich gemacht und verlor infolge fast sämtliche gesellschaftliche Positionen. Die gesellschaftliche Ächtung läuft nach seinem Bericht auf eine Vernichtung hinaus. Daran ändert der Freispruch im Strafprozess nichts, vgl. Eric Honegger, *Erinnerungsprozess*, Zürich 2007.

verantwortbaren Spielraum duldet. In den letzten Jahren sind Sätze wie die nachfolgenden vielfach geäußert worden¹⁰:

«Doch Freiheit ist nicht ohne Grenzen. Sie ist weder mit Beliebigkeit noch mit Verantwortungslosigkeit gleichzusetzen. Es wäre zu billig, die Freiheiten der Demokratie (...) für grenzenlos zu halten. Freiheit setzt sich diese Grenze selbst. Freiheit fragt nach der rettenden Klarheit für heute und morgen. (...). Handeln in Freiheit meint nicht ein beliebiges Tun, sondern dasjenige Handeln, das der Zukunft zugewandt und an der Frage orientiert ist, wie der Nächste leben kann. Das bestimmt auch die Verantwortung im Blick auf die Freiheit der Presse.

Wer dagegen allein das Wort von Goethes Tasso als Orientierung für die Reichweite der Freiheit wählt – ‚Erlaubt ist, was gefällt‘ –, schafft keinen besonders weiten Spielraum, sondern greift zu kurz. Die Antwort, die Tasso erhält, heißt: ‚Erlaubt ist, was sich ziemt.‘»

Diese unfreiheitliche Haltung, sie mag ethisch und vernunftgemäß noch so gut begründet sein, ächtet gesellschaftlich abweichende Meinungen: Sie ist von Grund auf illiberal¹¹. Dabei werden rechtlicher und gesellschaftlicher Freiheitsgebrauch oftmals miteinander vermengt, wie das folgende Beispiel zeigt. Der Künstler Thomas Hirschhorn zeigte an einer von der Pro Helvetia geförderten Ausstellung eine Installation, in der er gegen das Bild von Bundesrat Christoph Blocher zu urinieren schien. Das Bild führte zum Skandal und in der Folge – nach einer aufgeregten Parlamentsdebatte – dazu, dass das Budget der Stiftung Pro Helvetia um eine Million Franken gekürzt wurde¹². Es liesse sich nun entweder sagen, dass der Künstler aufgrund seiner vulgären Handlung einer gesellschaftlichen Norm widersprochen habe, oder aber sogar, dass er die «Grundrechts-Pflicht» auf Achtung der Menschenwürde verletzt

¹⁰ Wolfgang Huber, «Verantwortlich im Sinne der Pressefreiheit» – Impulsvortrag beim Verband Deutscher Zeitschriftenverleger, Berlin, 3. November 2006, http://ekd.de/vortraege/huber/061103_huber_berlin.html. Siehe zum hier angesprochenen Karikaturen-Streit: Andreas Kley, Wie neutral ist die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts in Glaubens- und Weltanschauungsfragen? In: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), *Religiöse Neutralität*, Zürich 2008, S. 65 ff., S. 75, Anm. 37.

¹¹ Sie entspricht dem Urteil des Bundesgerichts in Sachen Brupbacher, vgl. Urteil vom 15.1.1937 i.S. Paulette Brupbacher (Proz P 206 / MB, nicht veröff.). Das Urteil ist in einer illiberalen Zeit gefällt worden. Vgl. auch Kley (Anm. 6).

¹² Amtl. Bull 2004 N 2037 ff., 2095 f. 2138 f.; 2004 S 802 ff., 865 ff., 904, 942 f. Die Räte konnten sich nicht einigen; die Einigungskonferenz schlug eine Kürzung um Fr. 180'000 vor, d.h. um jenen Betrag, welchen die umstrittene Ausstellung gekostet hatte. Die Einigung scheiterte in der Schlussabstimmung, womit der vom Ständerat niedriger eingestellte Budgetposten obsiegte (Kürzung um 1 Million Franken).

haben. Ob so oder so spielt eigentlich keine Rolle. Entscheidend ist, dass der Staat die Künstler über seine Finanzmittel abhängig macht. Verstossen jene in ihrem Tun gegen gesellschaftliche Normen, folgen entsprechende Sanktionen auf den Fuss.

Die Sanktion mittels Budgetkürzung durch die Bundesversammlung ist Ausdruck vergesellschafteter Freiheit. Im Sinne eines liberalen Verteilungsprinzips würde der Staat schon gar nicht zum Mäzen gemacht werden, weshalb sich das Problem von Anfang an gar nicht stellen würde. Soll der Staat die Künstler unterstützen, so sichern die liberalen Rechte, namentlich die Kunstfreiheit, innerhalb der Schranken des Strafrechtes, einen beliebigen Kunstaussdruck.

5. Entwertung der Freiheitsrechte durch Rechte- und Instanzeninflation

Die konstitutiv-institutionelle Theorie hat die Menschenwürde und die verfassungsmässigen Freiheitsrechte bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung ausgedehnt, um Freiheit möglichst umfassend zu garantieren. Heute ist in der Schweiz der Begriff «Menschenwürde» in der Verfassung an vier Stellen erwähnt¹³. Bei der Bundesverfassung 1999 handelt es sich um eine der «würdehaltigsten» Verfassungen der Welt¹⁴. Ferner wird der Ausdruck in Gesetzgebung und Gesellschaft massenhaft verwendet. Diese unablässige Wiederholung zeugt nun nicht von einem besonders starken Schutz der Menschenwürde und der Freiheitsrechte, sondern vom Gegenteil: Der Begriff «Menschenwürde» ist förmlich aufgebläht, also inflationiert (lat. das «sich aufblasen», das «anschwellen») worden, insofern er als argumentatives Instrument für alles und jedes eingesetzt wird. Es handelt sich um einen wohlklingenden Ausdruck, der beliebige Anliegen mit einem philosophisch-rechtsstaatlichen Gestus im Sinn der *Political Correctness* untermauert und keinen Widerspruch duldet: Wer sich gegen das «menschenwürdegestützte» Anliegen stellt, der ist gegen die Menschenwürde – und das ist nicht zulässig; wer diesem Grundsatz widerspricht, wird stigmatisiert¹⁵. Die

¹³ Art. 7, 12, 119 Abs. 2, 119 Abs. 1, 120 Abs. 2 BV 1999, «Würde der Kreatur» bzw. «intégrité des organismes vivants».

¹⁴ Vgl. Andreas Kley, Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, in: Mélanges Pierre Moor, Berne: Stämpfli Verlag 2005, S. 95-114, S. 98.

¹⁵ Vgl. Kley (Anm. 14), S. 107

mit der Ausdehnung der Idee der Freiheitsrechte und der Menschenwürde verbundene Inflationierung derselben wendet sich damit gegen ihren Ausgangspunkt: die liberalen Freiheitsrechte.

Es gibt weitere Beispiele dieser schädlichen Werteinflation. Die Bundesverfassung anerkennt in Art. 120 Abs. 2 die «Würde der Kreatur»; sie erstreckt den Würdebegriff auf die Tier- und Pflanzenwelt. Die Eidg. Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH) hatte die Aufgabe, die Tragweite dieser Würde u.a. bei den Pflanzen genauer zu bestimmen, und veröffentlichte am 14. April 2008 einen entsprechenden Bericht. Die Kommission gelangte zu verschiedenen Schlussfolgerungen, so etwa dazu, dass es bei den Pflanzen kein absolutes Eigentum geben könne: «Niemand darf... nach völlig freiem Belieben mit Pflanzen umgehen»¹⁶. Der Schutz der Natur- und Pflanzenwelt war bisher eine Aufgabe der Umweltschutz-, Naturschutz- und Heimatschutzgesetzgebung gewesen. Mit der «Würde der Kreatur», die im französischen Verfassungstext fehlt («intégrité»), wurde eine bislang menschliche Kategorie auf die Pflanzenwelt ausgedehnt. Jede Erstreckung führt notwendigerweise zur Verflachung, Verdünnung und Schwächung der grundlegenden Idee: Der Menschenwürde.

Die Gegnerschaft zu den Freiheitsrechten und zur liberalen Staatsauffassung hatte sich im 19. Jahrhundert als solche ausdrücklich zu erkennen gegeben. So hatte Carl Ludwig von Haller in seiner «Restauration» formuliert, dass es wegen des *regressus in infinitum* keine freien Menschen, sondern einen obersten Freien, den Fürsten geben müsse. Dieser regiere den Staat als sein *Patrimonium*, und darin könne es keine Rechte der Untertanen geben, da diese ihm gehörten¹⁷. So etwas konnte in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts jedoch niemand mehr behaupten. Die Formen der Gegnerschaft gegen die liberale Freiheit sind freilich wesentlich subtiler geworden. Alle kommunistischen Staaten

¹⁶ Vgl. EKAH, Die Würde der Kreatur bei Pflanzen, Die moralische Berücksichtigung von Pflanzen um ihrer selbst willen, EKAH April 2008, S. 20.

Commission fédérale d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain (CENH) : La dignité de la créature dans le règne végétal. La question du respect des plantes au nom de leur valeur morale, Berne, avril 2008, p. 20.

¹⁷ Carl Ludwig von Haller, Restauration der Staatswissenschaft. Oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt. In 6 Bänden. Band 1: Darstellung, Geschichte und Kritik der bisherigen falschen Systeme. Allgemeine Grundsätze der entgegengesetzten Ordnung Gottes und der Natur, 2. Auflage Winterthur 1820, Neudruck Aalen 1964, S. 446-448.

wiesen umfangreiche und vielversprechende Kataloge von Freiheitsrechten und sozialen Grundrechten auf. Die erfolgreichen Gegner der liberalen Freiheit sind nicht *gegen*, sondern stehen vielmehr *für* die Freiheit ein, deuten sie aber so um, dass keine liberale Freiheit mehr vorliegt. Eine erfolgreiche Form der Umdeutung besteht darin, überhaupt alles als rechtliche Freiheitsbetätigung zu werten. So werden heute immer mehr Rechte gefordert und eingeräumt bis hin zu sogenannten Gruppenrechten – etwa dem Recht auf Entwicklung¹⁸ oder einem behaupteten Recht auf saubere Luft¹⁹. Die Multiplikation der verfassungsmässigen Rechte ist selbst das Symptom des laufenden Umformungsvorganges. Die ausufernde Rede von «Rechten auf...» will nicht etwa liberale Freiheit im Sinne von Staatsabwesenheit, sondern ist paradoxerweise selbst das Mittel zur deren Abschaffung. An diese Rede gebunden ist nämlich die Erwartung, dass sich die liberale Freiheit in dem Masse auflöst, wie sich die Berechtigten im Gestrüpp ihrer zahllosen, sich gegenseitig aufhebenden Rechte verheddern²⁰.

Die Rechte-Inflation wird neuerdings auch von einer Inflation von Instanzen begleitet, die selber Recht sprechen oder sich über Grundrechte aussprechen. Es ist in der Sache noch ein geringeres Problem, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auch in elementaren Grundrechtsfragen den nationalen Höchstgerichten widerspricht und das Gegenteil als grundrechtskonform gebietet. Dass sich verschiedene oberste Gerichtshöfe in elementaren Grundrechtspositionen widersprechen – etwa in der Frage, ob es ein Recht auf anonyme Geburt geben soll – trägt zwar nicht zur Stärkung der Grundrechte bei, ist aber eine unvermeidbare Begleiterscheinung jeden Instanzenzuges. Weit fragwürdiger ist die Inflationierung staatlicher Behörden, die sich neben den Gerichten zu Grundrechtsfragen äussern. So bestehen in der Schweiz für verschiedene Grundrechtsfragen Spezialkommissionen, so etwa die auf einem UNO-Abkommen zur Bekämpfung des Rassismus beruhende

¹⁸ Vgl. Eibe Riedel, Menschenrechte der dritten Dimension, *EuGRZ* 1989, S. 9 ff.

¹⁹ Mit Urteil vom 30.1.2008 hat das Bundesverwaltungsgericht einen Anspruch auf saubere Luft verneint, Abteilung I, A-2723/2007; vgl. auch die Diskussion am 5. Menschenrechtsforum in Luzern, *NZZ* vom 24.4.2008 Nr. 95, S. 19.

²⁰ Beispiele: Mehrere Volksbegehren zielen darauf ab, verfassungsmässige Ansprüche unter Hinweis auf bestehende Gegenansprüche abzubauen, so die sog. «Verwahrungsinitiative» am 8. 2. 2004 (Art. 123a BV 1999) angenommen, welche mit dem Recht periodischer Haftprüfung (Art. 5 Abs. 4 EMRK) kaum zu vereinbaren ist. Die Ausschaffungsinitiative (BBl 2007 4969) und die Minarettinitiative (BBl 2007 3231) dürften ebenfalls Bestimmungen des Völkerrechts widersprechen.

²¹ Siehe mit allen Nachweisen: Heinz Hausheer, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, *ZBJV* 2003, 585 ff., insb. S. 599 ff.

Eidgenössische Kommission gegen den Rassismus²². Zwei eidgenössische Ethikkommissionen beschäftigen sich mit der Würde des Menschen und der Würde der Kreatur²³. Ferner wird seit mehreren Jahren die Schaffung einer schweizerischen Menschenrechtskommission diskutiert²⁴. Es gibt viele Gründe für die Einrichtung dieser Kommissionen. Es ist freilich nicht zu übersehen, dass neben einer Multiplikation der Rechte nun auch eine Multiplikation der über diese Rechte sprechenden Instanzen stattfindet. Im Sinn von Kaiser ist dies als Symptom einer Krise zu werten, in der die Idee liberaler Freiheit buchstäblich zerredet, vergesellschaftet und vergesetzlicht wird. Den berechtigten Menschen wird eine Freiheits-Illusion vorgeführt: Angesichts der vielen Worte und Instanzen zu Freiheit und Menschenwürde mögen die Einzelnen glauben, sie seien besonders frei und in ihrer Würde geschützt. Entscheidend ist jedoch der selbstverantwortlich wahrgenommene Handlungsspielraum, den der Staat vorbehaltlos respektiert, indem er die Einzelnen schlicht unbehelligt lässt. Es sind die einzelnen Berechtigten – und niemand anders, welche die Freiheit verwirklichen. Dies stellt die Präambel der Bundesverfassung von 1999 ganz richtig fest.

Man kann die Gedanken von Simon Kaiser und Alexis de Tocqueville aufnehmen und im Hinblick auf die heutige Situation zuspitzen: Ist der Geist des demokratischen Volkes so stark gealtert und geschwächt, dass dessen Rechte in Form einer langen Liste verfassungsmässig verankert werden müssen, um sie vor dem Vergessen zu bewahren? Freilich helfen diese vielen Worte nichts; sie sind im Gegenteil Ausdruck dessen, was fortgesetzt über den wahren Zustand der Freiheit täuscht.

²² Art. 7 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDK) vom 21. Dezember 1965, SR 0.104.

²³ Siehe die Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK), Nr. 14/2007: Präimplantationsdiagnostik II: Spezielle Fragen zur gesetzlichen Regelung und zur HLA-Typisierung; Eidgenössische Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH), Die Würde der Kreatur bei Pflanzen - Die moralische Berücksichtigung von Pflanzen um ihrer selbst willen, Bern 2008.

²⁴ Siehe die parlamentarische Initiative von Nationalrätin Müller-Hemmi Nr. 01461, der Folge gegeben wird, vgl. *Amtl. Bull.* 2003 N 12; vgl. den Bericht über die Arbeiten zu einem Menschenrechtszentrum, *NZZ* 7.4.2008, Nr. 80, S. 10.

Andreas Kley

Les « catalogues des libertés », garants ou dangers pour la liberté?

La lutte contre le terrorisme est devenue une tâche de l'Etat démocratique et constitutionnel en Occident. Comme la terreur peut trouver son origine dans chaque individu, le soupçon peut aussi se porter sur chacun d'entre eux. Cela nécessite une surveillance généralisée. Il est évident que la lutte contre le terrorisme porte atteinte au droit à la sphère privée qui est garanti, par exemple dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 13 de la Constitution fédérale suisse. La critique de la lutte de l'Etat contre le terrorisme se fonde sur la garantie constitutionnelle qui limite les activités concrètes de surveillance par des bornes légales. Ce point de vue est légitime. Cependant, on peut poser la question autrement: le fait que les constitutions modernes contiennent des garanties des libertés individuelles n'est-il pas un symptôme de la menace contre les libertés? La lutte contre le terrorisme porte atteinte au droit à la liberté. Cette toile de fond pose un problème supplémentaire qui rend la situation encore plus précaire.

1. Simon Kaiser: L'oubli de la liberté

Le conseiller national radical Simon Kaiser (1828-1898), qui occupe cette fonction de 1857 à 1887), traite dans son *Histoire constitutionnelle de la France* du problème des catalogues des libertés individuelles:

« Là où la Déclaration des droits de l'homme est nécessaire, doivent-ils figurer dans les constitutions? La réponse est très simple: là où ils

existent, où l'individu possède ceux qu'il est en droit de réclamer [...] leur rédaction explicite n'est pas nécessaire. La vie les montre bien plus vigoureusement qu'un texte ne pourrait le faire, et la représentation explicite sous forme écrite ne peut devenir nécessaire que pour celui qui considère que la vie est autre chose que le développement naturel de l'essence humaine. Mais l'individu serait alors incapable de comprendre ce catalogue. Une rédaction explicite, pour d'autres raisons, paraît impensable, sauf pour ceux qui tentent actuellement l'expérience de compiler toutes les situations et les droits, dans le seul but de les avoir compilés. L'origine d'une telle démarche remonte à quelque sentiment esthétique ou au sens de l'ordre d'un bibliothécaire qui veut que les livres soient bien rangés et munis d'étiquettes. Le risque que nous courons alors est que ceux, qui veulent conserver les libertés pour la même raison, tombent dans la même erreur que ce bibliothécaire. Un tel est heureux de voir ses livres bien rangés, et on ne peut déplacer le moindre volume, même si on désire l'utiliser. [...] tel autre est content d'avoir les droits noir sur blanc. Le problème de l'application ne préoccupe pas de tels individus. Avec eux apparaît déjà la différence entre papier et réalité. [...] C'est précisément pour des gens qui sont tentés de ne rien accepter, sinon ce qui est fixé par écrit que cela semble nécessaire. Ce sont des gens qui se souviennent encore du despotisme. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 justifie aussi l'article 7¹: «La nécessité d'énoncer des droits suppose ou la présence ou le souvenir récent du despotisme ». A cette idée – juste – il faut cependant ajouter qu'on pourrait aussi, dans l'avenir, se trouver face à une menace qui ne trouverait pas son fondement dans le passé. C'est le cas lorsqu'un peuple s'oublie et ne distingue plus l'esprit et les formes, lorsqu'il vieillit et devient faible. A ce moment, la rédaction de textes peut servir d'aide à la mémoire, de même qu'on s'aide, l'âge venu, avec l'écriture. [...] Tout l'art est de savoir quand il est l'heure de le faire². »

L'Etat trouve la liberté devant lui, car elle l'a précédé. Elle semble tellement évidente qu'elle peut tomber dans à l'oubli. Dans un tel cas, Kaiser propose l'écrit, c'est-à-dire la concrétisation positive de la liberté. Selon sa comparaison, la bibliothèque se remplit de livres... mais gare au déplacement d'un livre, car c'est alors l'heure du bibliothécaire épris d'ordre!

¹ «Ces droits» désignent la liberté de pensée, d'opinion, de réunion et de religion.

² Simon Kaiser: Französische Verfassungsgeschichte von 1789-1852 in ihrer historischen Aufeinanderfolge. Leipzig 1852, p. 427 sq.

Il est très remarquable que presque tous les Etats de droit ont suivi la voie décrite par Kaiser. On craignait visiblement le risque de despotisme et on fixait par conséquent les libertés. Le droit naturel seul ne suffisait pas. Mais cela implique le danger que le double fondement de la liberté, dans le droit naturel présupposé et dans le droit constitutionnel, se dresse l'un contre l'autre. On pourrait alors prétendre que seuls les droits fixés dans le droit constitutionnel doivent vraiment être respectés, mais pas les autres libertés individuelles. Afin d'éviter cet artifice d'interprétation, l'amendement IX de la Constitution des Etats-Unis de 1789 déclare: *«L'énumération de certains droits dans la Constitution ne pourra être interprétée comme déniaut ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple»*.

2. Les catalogues de libertés indicateurs de la liberté réelle?

Les réflexions de Simon Kaiser nous livrent des indicateurs de la liberté: il est normal qu'une Constitution libérale ne mentionne pas les libertés, c'est un indice de l'existence d'une liberté réelle et d'une garantie des libertés par le droit naturel. Cette garantie va de soi, mais les souvenirs du despotisme sont encore trop vivants, d'une époque où il était nécessaire de fixer constitutionnellement la liberté. Si une Constitution libérale contient un vaste catalogue des libertés individuelles, c'est parce que le peuple, devenu oublieux, doit être rendu attentif à la liberté. Les droits fixés par voie constitutionnelle sont les indices d'un danger ou d'une menace. L'oubli et la paresse mènent les hommes à la perte de la liberté, un danger dont ils ne se rendent pas compte immédiatement.

Ces réflexions sont d'une actualité évidente. Au niveau international, il est important de garantir les droits de l'homme par des conventions, parce qu'ils sont actuellement contestés dans de nombreux Etats. Ce n'est pas, actuellement, le cas dans les Etats démocratiques qui se sont pourtant mis à inclure des catalogues de libertés exhaustifs dans leurs constitutions. Si l'on suit Simon Kaiser se pose alors la question de savoir si cette mise par écrit, répétée et redondante, des droits et des libertés, est à considérer comme le symptôme d'un danger qui les menace?

On pourrait d'abord penser à une réaction exagérée face au terrorisme, avec des opérations offensives d'écoute et de surveillance, ou à une *dictature* de partis populistes et de leurs chefs ou à des mesures d'urgence dues à des catastrophes climatiques. Non ! Si l'on actualise Simon Kaiser, ce ne sont pas ces dangers qui menacent la liberté. Les menaces, surtout extérieures, proviennent d'une hostilité patente ou cachée, envers les droits fondamentaux. Simon Kaiser avait localisé le danger dans les transformations internes de la compréhension de la liberté elle-même.

Les catalogues hypertrophiés des droits fondamentaux ne sont que le symptôme d'un processus de réinterprétation interne. La menace contre la liberté libérale avance discrètement et à petits pas. Elle repose sur la socialisation croissante, sur la mainmise socialisante de l'Etat et de son appareil dans tous les domaines de la vie humaine. Les gens s'habituent toujours plus à cette prise en charge sociale et à cette prévention globale. Tocqueville reconnaissait déjà dans l'Etat démocratique, avec son pouvoir illimité dans le domaine de l'égalité des droits, un « pouvoir immense et tutélaire » :

« Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux. Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer des hommes à l'âge mur ; au contraire, il ne cherche qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance [...]. Il travaille volontiers à leur bonheur ; mais il veut en être l'unique agent et le seul arbitre ; il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie, règle leurs successions, divise leurs héritages. Que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre³ ? »

Tocqueville pressent que « cette sorte de servitude, réglée, douce et paisible »⁴ va s'incruster « à l'ombre même de la souveraineté du peuple »⁵ et qu'elle va tromper les hommes sur l'état réel de leur liberté. L'Etat-providence menace directement le principe que prône le préambule de la Constitution fédérale suisse, à savoir que « seul est libre celui qui use de sa liberté », puisque cet Etat donne un autre sens aux libertés et leur donne d'autres fonctions. Elles perdent ainsi leur caractère original, et disparaît la garantie d'actions libres qui ne sont pas limitées par l'Etat. De l'intérieur, c'est-à-dire dans la perspective de ceux qui partici-

³ Alexis de Tocqueville: *De la démocratie en Amérique*, tome II [1840], 4^e partie, chap. 6.

⁴ Tocqueville, *ibid.*

⁵ Tocqueville, *ibid.*

pent à ces processus de réforme, cette menace reste imperceptible, parce qu'elle semble avoir des effets bienfaisants.

Les valeurs, qui constituent la base de ma contribution, c'est la conception de la liberté défendue par les Lumières au XVIII^e siècle, développée en France et aux Etats-Unis, reprise par la Suisse au XIX^e siècle: l'Etat trouve la liberté devant lui, elle lui est imposée par le droit naturel. La concrétiser positivement a une signification exemplaire. La liberté individuelle protège des comportements que le détenteur de la liberté peut concrétiser lui-même, dans les limites des règles de police et du droit pénal. La transformation des droits et des libertés attaquent deux piliers de la théorie libérale. D'abord, par le changement conceptuel: l'usage concret de la liberté n'est plus laissé au libre arbitre de chacun mais doit être fonction de valeurs supérieures. L'usage de la liberté semble prendre dès lors un sens plus noble et moralement supérieur (voir partie 3). De plus, le fondement de la liberté est *miné*: une multiplicité de droits, souvent en opposition les uns contre les autres, dévalorise et évacue la liberté parce que l'Etat est instauré comme instance de coordination de ces droits (voir partie 4).

3. Usage responsable et non arbitraire de la liberté

La théorie « constitutive-institutionnelle » des droits fondamentaux, de concert avec une activité *légiférante* qui ne cesse de s'accroître, a amené une situation où l'usage de la liberté n'est plus laissé au bon vouloir de celui qui détient ces droits. Au contraire, c'est l'Etat qui décide des liens institutionnels de la liberté, qui impose comment cette liberté doit être utilisée d'une manière juridiquement responsable. Cela apparaît dans le droit pénal touchant aux délits en relation avec la liberté d'expression⁶ ou dans les limitations des droits des médias. En vertu de l'*effet horizontal* des droits fondamentaux, les libertés sont, elles-mêmes, utilisées en vue de transformer leur usage en l'accomplissement d'un devoir. Peter Saladin a bien caractérisé ce phénomène: les individus sont soumis à un «devoir de droit fondamental».

⁶ Par ex. Art. 261bis CPS, Art. 10 Loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV), RS 784.40. Voir aussi là-dessus: Andreas Kley, Meinungsfreiheit und Werbeverbote, in: *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, p. 639 sqq.

Cette nouvelle conception de la liberté s'accompagne du «politiquement correct», une manière de penser qui a son origine dans la lutte contre le racisme aux Etats-Unis et qui condamne socialement toute opinion ou attitude déviante. Combinée avec des restrictions légales toujours croissantes, elle risque d'étouffer ce qu'Emmanuel Kant considérait comme palladium, la liberté d'opinion et de presse. Celles-ci, particulièrement fragiles, sont de bons indicateurs de la liberté individuelle. Dans *De la liberté*, un essai de 1859, le philosophe anglais John Stuart Mill (1806-1873) faisait la louange des effets d'une conduite excentrique. Selon lui, il faut qu'il y ait des gens qui pourfendent la tyrannie de l'opinion. L'excentricité signifie forte personnalité et caractère. Leur importance dans une société est généralement proportionnelle au génie, à la vigueur mentale et au courage moral du groupe⁷.

Le «politiquement correct» devient de plus en plus une conception de la majorité qui ne tolère aucune contradiction. Celui qui s'y oppose se place en dehors de ce qui est *socialement raisonnable*⁸. L'irraisonnable semble un tel danger après les expériences du XX^e siècle que la *liberté de la non-raison* ne peut plus être tolérée. Une telle attitude se fonde sur une conception institutionnelle de la société qui, de concert avec les limitations légales, ne peut concevoir la liberté que dans les limites d'une marge de manœuvre socialement responsabilisée. Ces dernières années, combien de fois a-t-on entendu de tels propos⁹:

«La liberté n'est pas sans limites. Elle n'est ni arbitraire ni dénuée de responsabilité. Il serait trop facile de considérer les libertés démocratiques comme illimitées. La liberté se pose elle-même des limites.

⁷ John Stuart Mill: *On Liberty* (1859); ici: *Über die Freiheit*, Zürich 1945, p. 202.

⁸ On peut trouver d'autres exemples de l'effet dévastateur du «politiquement correct» sur la liberté. Récemment, lors de la nomination simultanée de huit professeurs originaires d'Allemagne, le Président du Conseil des étudiants de l'Université de Zürich a critiqué le nombre trop élevé de professeurs allemands à l'Université. Il a initié un large débat et a dû par la suite présenter des excuses pour ses propos et démissionner de sa présidence (voir *NZZ* du 29 février 2008 N° 50, p. 55). Un cas un peu différent, qui illustre bien le pouvoir de la «société», est celui de l'ancien conseiller d'Etat zurichois Eric Honegger: il a entre autres été rendu responsable d'avoir causé la faillite de Swissair et a perdu presque toutes ses positions socio-professionnelles, bien qu'il ait été pénalement acquitté par les tribunaux. Le ban de la société revient, selon Eric Honegger, à un anéantissement de la personne (voir Eric Honegger: *Erinnerungsprozess*, Zürich 2007).

⁹ Ainsi Wolfgang Huber: «Verantwortlich im Sinne der Pressefreiheit», Impulsvortrag beim Verband Deutscher Zeitschriftenverleger, Berlin, 3. November 2006, http://ekd.de/vortraege/huber/061103_huber_berlin.html. Sur la controverse des caricatures voir Andreas Kley: «Wie neutral ist die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts in Glaubens- und Weltanschauungsfragen?», in: René Pahud de Mortanges (éd.), *Religöse Neutralität*, Zürich 2008, p. 65 sqq., p. 75, n. 37.

Aujourd'hui et demain, elle doit s'orienter d'après la clarté salvatrice. [...] Agir librement ne veut pas dire agir arbitrairement, mais s'orienter vers l'avenir et se poser la question comment peut vivre notre prochain. Cela définit aussi la responsabilité dans la perspective de la liberté de presse.

Celui qui, en revanche, considère comme repère le Tasso de Goethe pour définir l'ampleur de la liberté (« est permis ce qui plaît ») ne définit pas un terrain d'application bien ample, mais il vise trop bas. La réponse adressée à Tasso est bien: « est permis ce qui est convenable ».

Une telle attitude *ennemie* de la liberté, même si elle correctement justifiée au niveau éthique et rationnel, prohibe toute opinion socialement déviante: elle est fondamentalement anti-libérale¹⁰. Souvent, l'usage légal et l'usage social de la liberté sont même confondus. Prenons l'exemple de l'artiste Thomas Hirschhorn, dont une installation dans le cadre d'une exposition partiellement financée par Pro Helvetia, le montrait dans une position qui laissait penser qu'il urinait contre une photo du conseiller fédéral Christoph Blocher. Cela a provoqué un scandale et amené par la suite, après des débats parlementaires très chauds, à la suppression d'un million de francs dans le budget de Pro Helvetia¹¹. On pourrait dire que l'artiste a enfreint une *norme sociale* par son attitude vulgaire, ou même qu'il a violé un «devoir de droit fondamental» lui dictant le respect de la dignité humaine. Ni l'une ni l'autre affirmation n'est correcte: ce qui est en jeu, c'est que l'Etat rend les artistes dépendants en leur attribuant des subsides. Si ces derniers violent des *normes sociales*, ils sont punis par des sanctions financières.

La sanction financière de l'Assemblée fédérale est une expression de la *liberté socialisée*. Selon une stricte répartition libérale des tâches, l'Etat ne devrait pas se faire mécène, et le problème ne se poserait pas. Même s'il alloue des subsides à des artistes, les droits fondamentaux, notamment la liberté de l'art selon l'article 21 de la Constitution fédérale suisse, leur garantissent toute liberté d'expression artistique, dans les limites du droit pénal.

¹⁰ Cela correspond au jugement du Tribunal fédéral dans l'affaire Brupbacher. Urteil vom 15.1.1937 i.S. Paulette Brupbacher (Proz P 206 / MB, non publié). Le jugement est tombé à une époque d'anti-libéralisme. Voir aussi Kley, *art.cit.* (n. 6).

¹¹ Voir Amtl. Bull 2004 N 2037 ff., 2095 f., 2138 f.; 2004 S 802 ff., 865 ff., 904, 942 f. Les conseils n'ont pas pu se mettre d'accord; la conférence de conciliation proposa la suppression de 180000 francs, soit le montant qu'avait coûté l'exposition en question. L'entente, au vote final, se fit sur la position du Conseil des Etats qui exigeait un budget plus bas, en fait une diminution d'un million.

4. La dévalorisation des libertés par l'inflation des droits et des instances

Pour garantir la liberté aussi complètement que possible, la théorie «constitutive-institutionnelle» a ciselé la dignité humaine et les libertés constitutionnelles jusque dans les branches les plus fines de l'ordre juridique. Aujourd'hui, la dignité humaine est mentionnée quatre fois dans la Constitution fédérale de 1999¹² qui, dans le monde, est l'une des mieux «trempées de dignité»¹³. Le terme abonde aussi dans la législation et dans la société. Mais cette répétition inlassable ne donne pas une protection particulièrement forte à la dignité humaine, bien au contraire! Le concept de «dignité humaine» est carrément victime d'une *inflation*, dans la mesure où il sert d'argumentation pour n'importe quoi. Il s'agit d'un *terme harmonieux* qui peut tout accompagner, ce qui révèle une attitude philosophique et légaliste dans le sens d'un «politiquement correct» ne tolérant aucune contradiction. Celui qui ose se dresser contre un propos soutenu par l'argument de la dignité humaine est contre cette dernière, et cela est illicite! Qui contredit ce principe est automatiquement sous le coup de la stigmatisation¹⁴. L'inflation des libertés, due à l'extension des droits et de la dignité humaine, devient l'ennemie de ce qui se trouvait à son point de départ: les libertés libérales.

Il y a d'autres exemples de cette *inflation néfaste de valeurs*. Dans son texte allemand, la Constitution fédérale suisse reconnaît à l'article 120 alinéa 2 « la dignité de la créature », élargissant le concept de dignité aux sphères des animaux et des plantes. La Commission fédérale d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain (CENH) avait pour tâche de concrétiser la notion, constitutionnellement indéterminée, de la dignité de la créature dans le règne végétal. Elle a publié le 14 avril 2008 un rapport en conséquence, qui arrive à diverses conclusions. Par exemple, la majorité des membres de la commission refuse l'idée d'une propriété absolue sur les plantes: «Personne n'est en droit de disposer

¹² Art. 7, 12, 119 alinéa 2, 119 alinéa 1, 120 alinéa 2 Cst. féd. 1999, «Würde der Kreatur» respectivement „intégrité des organismes vivants».

¹³ Andreas Kley: «Sakralisierung von Staatsrecht und Politik», in: *Mélanges Pierre Moor*. Berne 2005, pp. 95-114, p. 98.

¹⁴ Vgl. Kley, *ibid.*, p. 107.

des végétaux selon son bon plaisir»¹⁵. Jusqu'alors, la protection de la faune et de la flore relevait de la législation sur la protection de l'environnement, de la nature et du patrimoine. Avec la «dignité de la créature», qui n'apparaît pas dans la version en français (il y est question d'«intégrité»), on a élargi au domaine des plantes un concept qui relevait jusqu'alors exclusivement du domaine de l'homme. Toute extension amène nécessairement à la superficialité, la dilution et l'affaiblissement de l'idée-mère, ici celle de la dignité humaine.

Au XIX^e siècle, les adversaires des libertés et de la conception libérale de l'Etat jouaient franc-jeu et à visage découvert. Dans sa Restauration, Carl Ludwig de Haller formulait par la voie d'un *regressus in infinitum* qu'il ne pourrait y avoir des hommes libres, mais seulement un supérieur libre, le souverain. Celui-ci règne sur l'Etat, son *patrimonium*. Ce système ne tolère pas l'idée des droits des sujets qui lui appartiennent *en propriété*¹⁶. Dans la seconde moitié du XX^e siècle, de tels propos auraient été impensables, les oppositions à la liberté libérale s'étant en effet considérablement affinées. Tous les Etats communistes disposaient de catalogues de libertés fondamentales et de droits sociaux, complets et prometteurs. Les adversaires de la liberté libérale, ceux qui ont du succès, ne sont pas *contre*, mais luttent *pour* la liberté, mais ils la réinterprètent, si bien que la liberté libérale disparaît. Une forme réussie de cette réinterprétation, c'est une évaluation en termes d'usage juridique de la liberté. On exige aujourd'hui de plus en plus de droits et on parvient même à obtenir des droits collectifs, comme le droit au développement¹⁷ ou le droit prétendu à l'air pur¹⁸. La multiplication des droits constitutionnels est le symptôme d'un processus de transformation en cours. Le discours proliférant sur des «droits à...» ne vise pas la liberté libérale dans le sens de l'absence d'autorités étatiques, il est bel et bien l'instrument de son abolition. Conséquence de ce discours: la liberté libérale se dissout au fur et à mesure que les ayants droit

¹⁵ Commission fédérale d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain (CENH): *La dignité de la créature dans le règne végétal. La question du respect des plantes au nom de leur valeur morale*. Berne, avril 2008, p. 20.

¹⁶ Carl Ludwig von Haller: *Restauration der Staatswissenschaft. Oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*, 6 tomes, t. I: «Darstellung, Geschichte und Kritik der bisherigen falschen Systeme. Allgemeine Grundsätze der entgegengesetzten Ordnung Gottes und der Natur», 2^e éd., Winterthur 1820/Aalen 1964, pp. 446-448.

¹⁷ Eibe Riedel: *Menschenrechte der dritten Dimension*, in: *EuGRZ* 1989, pp. 9 sqq.

¹⁸ Avec son jugement du 30 janvier 2008, le Tribunal fédéral a refusé le droit à un air propre. Abteilung I, A-2723/2007. Voir également la discussion au 5^e Forum des droits de l'homme à Lucerne, in: *NZZ* du 24/4/2008, N^o 95, p. 19.

s'empêchent dans la broussaille de leurs droits innombrables et se contredisant mutuellement¹⁹.

L'*inflation* des droits s'est récemment accompagnée d'une *inflation* des instances qui statuent et qui traitent des droits fondamentaux. Dans les faits, il apparaît secondaire que la Cour européenne pour les droits de l'homme contredise les plus hautes instances nationales et prenne une décision contraire. Que des cours de plus haute instance se contredisent en matière des droits fondamentaux élémentaires, par exemple dans des litiges concernant le droit à une naissance anonyme, ne fortifie guère les droits fondamentaux²⁰, c'est le corollaire inévitable d'une voie d'appel. Ce qui s'avère beaucoup plus problématique, c'est l'*inflation* d'autres instances étatiques que les tribunaux, qui se prononcent en matière de droits fondamentaux. Ainsi il existe en Suisse des commissions spéciales pour diverses questions de droits fondamentaux, par exemple la Commission fédérale contre le racisme (CFR)²¹ qui se fonde sur une Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Deux commissions nationales d'éthique s'occupent de la dignité humaine et de la dignité de la créature²². De plus, la création d'une commission suisse des droits de l'homme est en discussion depuis plusieurs années²³. Il y a bien des raisons valables pour la création de telles commissions, mais on ne saurait ignorer qu'il y a, à côté de la multiplication des droits, une multiplication des instances statuant sur ces droits.

Dans la perspective de Simon Kaiser, c'est le symptôme d'une crise; l'idée libérale de la liberté est littéralement émiettée par un excès de discours, socialisée et mise dans un carcan légal. Aux ayants droit, on

¹⁹ Par exemple, diverses initiatives visent à réduire certaines protections constitutionnelles, en relevant d'autres protections qui s'y opposent, comme celle dite «d'internement à vie» qui est devenue texte constitutionnel (Art. 123 Cst. féd. 1999) par la décision du peuple et des cantons du 8 février 2004, mais qui est en contradiction avec le droit à la revue périodique de la détention (Art. 5 al. 4 CEDH). De même, l'initiative sur le renvoi (FF 2007 4725) et l'initiative contre les minarets (FF 2007 3045) sont partiellement en contradiction avec le droit international.

²⁰ Heinz Hausheer: Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, in: ZBJV 2003, pp. 585 sqq., notamment pp. 599 sqq.

²¹ Art. 7 de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, RS 0.104.

²² Voir la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, NEK-CNE, N° 14/27: diagnostic préimplantatoire II (seulement en allemand); pour le CENH, voir n. 15 ci-devant.

²³ Voir l'initiative parlementaire de la conseillère nationale Müller-Hemmi Nr. 01461, in: *Amtl. Bull.* 2003 N 12. Voir le rapport sur les travaux concernant un centre des droits de l'homme, *NZZ* 7/4/2008, N° 80, p. 10.

présente en spectacle une illusion de liberté. Face à tant de paroles et d'instances dans le domaine de la liberté et de la dignité humaine, ces ayants droit croient qu'ils sont particulièrement libres et protégés dans leur dignité. Et ils perdent de vue l'essentiel, le fait de savoir si l'Etat respecte sans ambages leur marge de manœuvre, dans la mesure où il laisse l'individu simplement tranquille et livré à lui-même. Ce sont ces ayants droit qui réalisent la liberté, et personne d'autre. Voilà le sens profond et véritable du préambule de la Constitution fédérale suisse de 1999.

On est donc en droit de reprendre les arguments de Simon Kaiser et d'Alexis de Tocqueville, et de les rendre un peu plus percutants dans la situation d'aujourd'hui. L'esprit des peuples démocratiques est-il tellement vieilli et faible que leurs droits doivent être constitutionnellement fixés dans de longues listes, pour les sauver de l'oubli? A vrai dire, ces longs textes ne changent rien; au contraire, ils sont l'expression de ce qui continue à nous tromper sur l'état réel de la liberté.