

# **FASCICULE DE COURS**

## **PROTECTION DES LIBERTÉS ET DES DROITS FONDAMENTAUX**

**(TOME 1)**



*Rémy DANDAN*

# Sommaire

---

<b>Sommaire</b>	<b>2</b>
<b><i>Ce n'est peut-être pas le début, mais ce n'est sûrement pas la fin</i></b>	<b>7</b>
<b><i>Présentation de l'épreuve du grand oral</i></b>	<b>8</b>
<b><i>Mise en garde</i></b>	<b>10</b>
<b><i>Introduction</i></b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 1 : Définitions</b>	<b>11</b>
I) Les droits de l'Homme	11
II) La liberté	12
III) Les libertés publiques	13
IV) Le caractère relatif de la « fondamentale » des droits et libertés	14
V) La protection des libertés et des droits fondamentaux	16
A) La nécessaire construction d'un État de droit	17
1) Le respect de la hiérarchie des normes	17
2) L'égalité des sujets de droit	19
3) L'indépendance de la justice	20
a) La nécessité d'une justice indépendante	20
b) Le principe de séparation des pouvoirs	21
B) Le dualisme juridictionnel	23
<b>Chapitre 2 : Un universalisme des droits et libertés dits « fondamentaux » ?</b>	<b>24</b>
<b>Chapitre 3 : Peut-on retenir une typologie des droits et libertés fondamentaux</b>	<b>25</b>
I) Les typologies en fonction de l'objet	25
A) Les droits civils et les droits politiques	25
B) Les droits économiques, sociaux et culturels	26
C) Les libertés individuelles et les libertés collectives	29
II) Les typologies en fonction de la nature	29
A) Les droits subjectifs et les droits objectifs	29
B) Les droits substantiels et les droits garanties	30
III) La typologie en fonction de la valeur normative	30
IV) La typologie chronologique	31
<b>Chapitre 4 : Quelques éléments philosophique et historique</b>	<b>32</b>
I) Les fondements philosophiques des droits et des libertés	32
A) L'humanisme	33
B) Le subjectivisme	34
C) L'individualisme	34
D) Le jusnaturalisme moderne	34
E) Le libéralisme	35
II) Chronologie de la reconnaissance des droits et des libertés	35
A) Une consécration progressive et internationale des droits de l'Homme	35
B) Des droits et libertés reconnus mais méconnus	38
<b>Partie 1 : Le système de protection des libertés et des droits fondamentaux</b>	<b>40</b>
<b>Chapitre 1 : Les sources de la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales</b>	<b>40</b>
I) Les sources à l'échelle nationale	40
A) Le corps du texte de la Constitution de 1958	40
B) Le préambule de la Constitution de 1958	42
C) La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen	43
1) Éléments historiques	43

2)	La valeur de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen _____	45
D)	Le préambule de la Constitution de 1946 _____	47
1)	Les principes fondamentaux relatifs aux lois de la République _____	48
2)	Les principes particulièrement nécessaires à notre temps _____	49
E)	La Charte de l'environnement _____	50
1)	Les droits et libertés définis dans la Charte de l'environnement _____	50
a)	Le principe de précaution _____	52
b)	Le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé _____	52
2)	La valeur juridique de la Charte de l'environnement _____	52
3)	Les dispositions de la Charte de l'environnement sont-elles invocables devant le juge ? _____	54
F)	Les composantes prétoriques du bloc de constitutionnalité _____	57
1)	Les principes de valeur constitutionnelle _____	57
2)	Les objectifs de valeur constitutionnelle _____	57
II)	Les sources à l'échelle internationale et européenne _____	59
A)	Les sources à l'échelle internationale _____	60
1)	Les textes généraux _____	60
a)	Les textes généraux à l'échelle mondiale _____	60
a.1)	La Déclaration universelle des droits de l'Homme _____	61
a.2)	Les pactes internationaux de 1966 _____	64
a.2) 1.	Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques _____	65
a.2) 2.	Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels _____	67
a.2) 3.	Les enjeux communs de ces deux pactes _____	67
b)	Les textes généraux à l'échelle régionale _____	69
b.1)	La Convention américaine relative aux droits de l'Homme _____	69
b.2)	La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples _____	70
b.3)	La Charte arabe des droits de l'Homme _____	72
2)	Les textes spécifiques _____	73
a)	La répression du crime de génocide, la lutte contre la torture et l'élimination de la discrimination raciale _____	73
a.1)	La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 _____	73
a.2)	La Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discriminations raciales du 7 mars 1966 _____	75
b)	La protection des droits des femmes _____	77
b.1)	Les discriminations à l'égard des femmes _____	77
-	Concernant d'abord la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 _____	77
-	La Création de l'ONU Femmes _____	80
b.2)	La lutte contre les violences faites aux femmes _____	81
c)	La protection des droits de l'enfant _____	83
d)	La protection des personnes handicapées _____	85
B)	Les sources à l'échelle européenne _____	86
1)	La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	86
a)	La portée de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	86
b)	Le contenu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	90
c)	L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	94
c.1)	Une effectivité qui ne dépend pas de la réciprocité de son application _____	94
c.2)	Le contrôle des réserves _____	95
c.3)	Le champ d'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	95
c.4)	L'applicabilité directe et l'effet direct de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	96
c.5)	La possibilité du recours individuel _____	97

c.6) La primauté de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales	97
c.7) L'effet utile de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales	98
c. 8) Le principe de subsidiarité	100
2) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	100
a) La portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	101
b) Le contenu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	102

## Chapitre 2 : Les organes de la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

	<b>102</b>
I) À l'échelle nationale	102
A) Les juges nationaux	103
1) Le juge constitutionnel	103
a) La compétence contentieuse du Conseil constitutionnel	103
a.1) Juge de la constitutionnalité des lois	103
- Le contrôle obligatoire	103
- Le contrôle « a priori »	104
- Le contrôle « a posteriori » ou question prioritaire de constitutionnalité	104
a.2) Juge de la répartition des compétences entre la loi et le règlement	107
a.3) Juge du contentieux électoral et référendaire	107
b) Le rôle consultatif du Conseil constitutionnel	107
c) Le Conseil constitutionnel et la protection des libertés et des droits fondamentaux	108
2) La répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire	111
a) La protection des libertés et des droits fondamentaux par l'ordre des juridictions administratives	113
a.1) Les garanties offertes par le juge administratif	113
a.1.1) L'indépendance du juge administratif	113
a.1. 2) L'impartialité du juge administratif	114
a.2) Les compétences du juge administratif	115
a.2.1) L'extension des pouvoirs du juge administratif	115
a.2.2) Les procédures de référé	118
<b>Le référé-suspension :</b>	119
<b>Le référé-liberté :</b>	120
<b>Le référé conservatoire ou référé « toutes mesures utiles »</b>	121
b) La protection des libertés et des droits fondamentaux par l'ordre des juridictions judiciaires	122
b.1) Une compétence judiciaire confiée par le Constituant	123
b.2) Plus précisément :	125
B) Les institutions nationales	128
1) Les autorités administratives indépendantes (ou AAI)	128
a) Définition	129
a.1) Les autorités de régulation	129
a.2) Les autorités de protection des droits	130
a.3) Focus sur le défenseur des droits	130
b) Les « autorités administratives indépendantes » sont-elles de véritables autorités administratives indépendantes ?	132
b.1) De véritables autorités administratives	132
b.2) Une véritable indépendance des « autorités administratives indépendantes » ?	132
c) Les pouvoirs des autorités administratives indépendantes	133
d) Quelle est la nature des actes pris par les autorités administratives indépendantes ?	134
2) Les autorités publiques indépendantes (ou API)	135
Focus sur la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (ou CNCDH)	136
II) À l'échelle européenne	138
A) Les juges européens	138
1) La Cour de Justice de l'Union Européenne	138

a)	L'apport de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans la construction d'un ordre juridique au sein de l'Union _____	139
b)	La Composition de la Cour de Justice de l'Union Européenne _____	140
c)	Les moyens d'actions de la Cour de Justice de l'Union Européenne _____	142
d)	Le fonctionnement de la Cour de Justice de l'Union Européenne _____	144
c.1)	Étape écrite _____	144
c.2)	Étape orale (facultative) : l'audience publique _____	144
2)	La Cour Européenne des Droits de l'Homme _____	145
a)	Composition de la Cour Européenne des droits de l'Homme _____	145
b)	Le fonctionnement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme _____	147
c)	La recevabilité des requêtes _____	149
d)	Les tiers et la Cour Européenne des Droits de l'Homme _____	150
e)	La portée des arrêts et décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme _____	150
B)	Les institutions européennes liées à la protection des libertés et des droits fondamentaux _____	152
1)	Le Conseil de l'Europe _____	152
a)	L'origine du Conseil de l'Europe _____	154
b)	La Composition du Conseil de l'Europe _____	154
c)	Objectifs et modes d'action _____	155
d)	Les organes du Conseil de l'Europe _____	155
d.1)	Les organes dépendant du Conseil de l'Europe _____	156
d.1.1)	Le Comité des Ministres _____	156
d.1.2)	Assemblée parlementaire ou Assemblée consultative _____	157
d.1.3)	Le Secrétariat _____	158
d.2)	Les instances indépendantes _____	158
d.2.1)	La Cour européenne des droits de l'Homme [Voir Partie 1, Chapitre 2, II), A), 2)] _____	158
d.2.1)	La Commission européenne pour la démocratie par le droit ou Commission de Venise _____	159
2)	Les Institutions de l'Union Européenne liées aux Droits de l'Homme _____	160
a)	La Cour de Justice de l'Union Européenne [Voir Partie 1, Chapitre 2, II), A), 1)] _____	161
b)	Le Parlement Européen _____	161
c)	L'agence des droits fondamentaux _____	162
d)	L'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (EIGE) _____	163
C)	La collaboration entre le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne pour la protection des libertés, des droits fondamentaux et de la démocratie _____	163
III)	À l'échelle internationale _____	164
A)	Les juges internationaux des droits Humains _____	164
1)	La Cour pénale Internationale _____	164
a)	La compétence de la Cour Pénale Internationale _____	166
b)	Les organes de la Cour Pénale Internationale _____	167
c)	La définition des différents crimes dont la Cour Pénale Internationale a la compétence _____	168
d)	Critiques et illustrations _____	171
2)	Les différents Tribunaux pénaux internationaux _____	172
a)	Le Tribunal International pour le Rwanda _____	173
b)	Le Tribunal International chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (TPIY) _____	175
c)	Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux _____	177
B)	Les institutions internationales des droits Humains _____	178
1)	Le Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies _____	178
	Quelle est la portée de la décision du comité des droits de l'Homme des Nations-Unies ? _____	179
2)	Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels _____	184
3)	La Cour Internationale de Justice _____	185
a)	Éléments historiques _____	186
b)	Le fonctionnement de la Cour Internationale de Justice _____	189
b.1.	La procédure contentieuse _____	189
b.2.	Procédure consultative _____	191

**Partie 2 : les libertés et les droits fondamentaux \_\_\_\_\_ 192**

**Chapitre 1 : la dignité, une composante transversale des droits de l'Homme et des libertés fondamentales \_\_\_\_\_ 192**

I)	Les fondements de la dignité _____	192
A)	Les sources internationales _____	193
1)	La Déclaration de Philadelphie de 1944 _____	193
2)	La Charte des Nations-Unies de 1945 _____	194
3)	La Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948 _____	194
4)	L'acte constitutif de l'UNESCO _____	194
5)	Les pactes internationaux des Nations-Unies (PIDCP et PIDESC) _____	195
6)	Les Conventions de Genève _____	195
7)	Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie _____	196
B)	Les sources nationales _____	197
1)	La protection législative _____	197
2)	La protection constitutionnelle _____	199
II)	La portée de la dignité _____	200

**Chapitre 2 : La liberté personnelle et le libre développement de soi \_\_\_\_\_ 201**

I)	La notion de liberté personnelle _____	201
II)	Illustration avec la liberté corporelle _____	202
A)	Le droit de disposer de son corps _____	203
B)	La liberté sexuelle _____	203
1)	Le libre choix de son orientation sexuelle _____	204
2)	La liberté des pratiques sexuelles _____	206
3)	La prostitution _____	210
a)	Définition _____	210
b)	Le régime juridique de la prostitution _____	211
b.1)	Le principe : la légalité de la prostitution _____	212
b.2)	La répression de la clientèle, du racolage et du proxénétisme _____	214
b.3)	Vers une abolition de la prostitution ? _____	217
C)	La liberté de donner la vie ou droit de procréer _____	218
1)	La procréation médicalement assistée _____	219
a)	Une ouverture à venir de la procréation médicalement assistée _____	219
b)	L'encadrement de la procréation médicalement assistée _____	225
2)	L'interdiction de la gestation pour autrui _____	226
a)	Le régime juridique de la gestation pour autrui _____	227
a.1)	En France _____	227
a.2)	À l'étranger _____	229
b)	Le régime juridique de la filiation suite à une gestation pour autrui _____	229
b.1)	L'admission de la retranscription de l'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui _____	229
b.2)	La question du parent d'intention : _____	234
b.3)	Une GPA désintéressée à venir ? _____	236
3)	Le droit de ne pas donner la vie _____	237
a)	L'interruption volontaire de grossesse _____	237
b)	L'interruption médicale de grossesse _____	241
c)	La contraception _____	242

## Ce n'est peut-être pas le début, mais ce n'est sûrement pas la fin

---

Les écrits sont terminés !

Si cette affirmation vous paraît être évidente, vous vous trompez.

Pour être passé par là, je sais qu'avant de passer les écrits on est convaincu que les épreuves orales ne seront pas les plus compliquées, « *parce qu'au final si on a réussi à préparer quatre épreuves pour les écrits, où serait la difficulté à n'en préparer plus que deux ?* »<sup>1</sup>

En réalité, c'est une période compliquée sur le plan mental qui va commencer.

Pour réussir votre préparation au grand oral, j'ai besoin de vous.

Moi, j'ai fait l'essentiel de mon job.

J'ai écrit ces deux tomes de protection des libertés et des droits fondamentaux, un fascicule de réponses à des questions de culture juridique ou de questions subsidiaires, et un fascicule d'actualité<sup>2</sup>.

Il ne me reste plus qu'à vous écouter lors des simulations au grand oral, analyser vos prestations et vous en faire un retour pour que le jour de l'examen vous réussissiez.

Ça c'est mon job. Maintenant à vous de faire le vôtre. Et ça ne sera pas simple, car si je peux maîtriser la partie objective de la formation, Je ne suis pas maître de votre état d'esprit que je veux positif, de votre investissement, de votre curiosité, de votre rigueur, de votre constance, bref : de votre motivation.

Alors pour réussir cette formation, j'ai besoin que vous restiez focus.

N'oubliez pas que vous n'êtes plus qu'à quelques semaines de remporter le ticket d'entrée pour la carrière que vous convoitez tant. Ce n'est pas le moment de se relâcher, et c'est encore moins le moment de capituler.

Ce n'est pas la nature de l'épreuve qui sera difficile à gérer, C'est l'attente.

Le simple fait d'avoir passé vos écrits vous a déjà pris beaucoup de vos forces. Et j'espère que vous avez pu récupérer, comme je vous l'avais conseillé, pendant quelques jours après les écrits.

---

<sup>1</sup> Dont l'anglais ...

<sup>2</sup> que j'ai voulu écrire sur le même format que mon travail sur les réseaux sociaux, pour que l'information soit claire, concise, et pour ne pas me moquer de vous, comme ça peut se faire ailleurs, en me contentant de vous copier/coller les arrêts

Ce qui va être compliqué à gérer c'est évidemment ce temps qui vous rapproche du jour de l'épreuve du grand oral, qui vous impose de travailler avec rigueur et constance alors que vous n'êtes pas certain de passer cette épreuve.

Cette question : « *est-ce que tu ne révises pas pour rien ?* » Va sans doute vous occuper l'esprit, et il vous appartient chaque jour de vous convaincre que vous ne travaillez pas pour rien.

Vous ne travaillez pas pour rien parce que tôt ou tard vous allez passer cette épreuve du grand oral, et le travail que vous allez fournir les prochaines semaines ne sera jamais perdu. Ce qui est acquis est acquis.

Vous ne travaillez pas pour rien parce que vos pronostics sur vos écrits, ne m'intéressent pas. Que vous pensiez que vous avez échoué aux écrits, c'est votre avis, je le respecte, mais je m'en fiche. Vous n'êtes pas à l'abri d'une bonne surprise, et quand vous vous en rendrez compte il sera trop tard pour commencer à travailler.

Vous ne travaillez pas pour rien, parce que de manière générale vous ne travaillez pas seulement pour réussir un examen. Vous vous destinez à une profession qui est celle des derniers défenseurs des libertés et des droits fondamentaux. Que vous soyez affairistes, publicistes, pénalistes, civilistes etc, peu importe, à votre échelle vous allez contribuer à la protection des droits et des libertés dans votre travail, et dans votre participation au débat public. Vous avez une culture juridique, et vous allez la développer encore pour justifier de votre expertise, de votre qualité d'avocat, pour élever le débat à l'heure où la bassesse est le principe, Par définition donc, et parce que vous êtes en posture professionnelle, la préparation de l'épreuve du grand oral sera un plaisir, un travail de nature à affirmer vos convictions et à conforter les garanties de l'Etat de droit.

Vous n'êtes pas n'importe qui.

Vous êtes de futurs défenseurs de cet État de droit.

Vous êtes de futurs défenseurs des droits humains.

Vous serez l'une des étoiles dans la constellation des avocats, qui éclaire à la lueur du droit, les zones sombres de la société.

Si devenir avocat est votre rêve, vous avez maintenant une date pour le concrétiser.

Au travail !

## Présentation de l'épreuve du grand oral

---

Comme vous le savez, l'examen d'entrée à l'école des avocats ou CRFPA se déroule en deux phases :

- Les épreuves d'admissibilité (les écrits)
- Les épreuves d'admission (les oraux)



Les épreuves d'admission sont d'une part le grand oral, d'autre part l'épreuve d'anglais.

En France, les épreuves d'admission débutent le 2 novembre de chaque année ou le premier jour ouvrable qui suit. Le calendrier est toutefois fixé par le président de chaque université organisant l'examen, qui en informe le centre régional de formation professionnelle d'avocats dans le ressort territorial duquel est située l'université. Ainsi, chaque IEJ a un calendrier de déroulement des épreuves orales différent, ce qui explique que certains candidats seront examinés dès le 2 novembre alors que d'autres ne passeront qu'au début du mois de décembre.

Les modalités des épreuves d'admission sont prévues à l'article 7 de l'arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats.

Ainsi :

*« Nul ne peut se présenter aux épreuves d'admission s'il n'a été déclaré admissible par le jury. Les épreuves orales d'admission comprennent :*

*1° Un exposé de quinze minutes, après une préparation d'une heure, suivi d'un entretien de trente minutes avec le jury, sur un sujet relatif à la protection des libertés et des droits fondamentaux permettant d'apprécier les connaissances du candidat, la culture juridique, son aptitude à l'argumentation et à l'expression orale.*

*Cette épreuve se déroule en séance publique.*

*La note est affectée d'un coefficient 4.*

*2° Une interrogation en langue anglaise.*

*La note est affectée d'un coefficient 1.*

*Les épreuves d'admission sont notées de 0 à 20. ».*

Vous l'aurez donc compris, l'épreuve du grand oral est l'épreuve d'admission la plus importante, de par ses attentes et son coefficient.

Pour réussir cet examen, il est impératif de répondre aux attentes du jury sus-énumérées :

- Connaissance de la protection des libertés et des droits fondamentaux
- Culture juridique
- Aptitude à l'argumentation juridique
- Aptitude à l'expression orale

Seul un oral répondant à l'intégralité de ces critères pourra être réussi.

Il convient de porter une attention particulière à l'article 10 de l'arrêté du 17 octobre 2016 qui prévoit qui précise les modalités de la notation des candidats, prenant en compte le niveau

global, au-delà de la seule performance du candidat. Ainsi, l'article 10 de l'arrêté du 17 octobre 2016 dispose que :

*« Après avoir comparé les moyennes obtenues par les candidats et les prévisions de réussite avec celles des autres centres d'examen organisant l'accès au même centre régional de formation professionnelle d'avocats, le jury arrête le 1er décembre de l'année de l'examen ou le premier jour ouvrable suivant la liste des candidats déclarés admis. (...) ».*

## Mise en garde

---

Comme vous l'aurez compris, le programme de l'épreuve du grand oral est très vaste, et ne se limite pas à la protection des libertés et des droits fondamentaux. Il inclut également la culture juridique, mais aussi des compétences oratoires qui ont une influence considérable sur le bon déroulement de votre oral, et sur l'appréciation qui sera portée sur votre discours. Travaillez vos capacités oratoires !

De plus, aucun fascicule de cours ni aucun manuel ne saurait se substituer à votre esprit critique et à votre curiosité pour approfondir les notions développées dans le présent support qui, par définition, a vocation à être un appui (le plus exhaustif possible) à votre travail (qui reste la substance de votre préparation). Allez donc au-delà du présent fascicule, soyez curieux, soyez critique, c'est ce qui vous permettra de conduire l'échange le jour J, et de convaincre.

Toutefois, n'ayez crainte ! Le présent fascicule a pour ligne directrice de couvrir l'intégralité du programme, avec exhaustivité certes, mais aussi et surtout avec analyse, concision et synthèse. L'apprendre par cœur ? Pourquoi pas ...

Mais le connaître par cœur sans être capable de créer des liens entre les notions, sans être capable de mettre en perspective ces connaissances avec l'actualité, et sans être capable de construire une argumentation ni une critique ne vous servira à rien.

Alors entre l'apprendre ou le comprendre, je vous recommande la seconde option.

Avant de vous souhaiter une bonne lecture, je souhaite également vous indiquer, dans la même logique, que toutes les jurisprudences mentionnées dans le présent fascicule ne sont pas à connaître par cœur.

Si je vous ai mis les références de nombreuses décisions, c'est que vous alliez lire celles qui vous intéressent, pour satisfaire votre curiosité. Il ne s'agit sûrement pas d'une « injonction d'apprendre bêtement ».

Encore une fois, préférez comprendre qu'apprendre. Ça n'est que de cette manière que vous saurez filtrer l'information essentielle de l'information accessoire, et par conséquent, ça n'est que comme ça que vous saurez filtrer la jurisprudence essentielle de celle qui ne permet que d'illustrer un propos.

Bonne lecture !

## Introduction

---

### Chapitre 1 : Définitions

---

L'appréhension de la protection des libertés et des droits fondamentaux implique de définir les notions qui composent cette matière :

- La protection,
- Les libertés,
- Et les droits fondamentaux.

La lecture des différentes sources (manuels, Constitution, conventions, lois etc.) permet de constater une utilisation plutôt aléatoire des expressions de « droits et libertés », « droits fondamentaux », « libertés fondamentales », « libertés publiques », « droits de l'Homme » ou encore « droits humains ». Ces aléas de l'emploi de chacune de ces expressions est le fruit d'une absence de définition dans le droit positif.

Il convient d'éclairer l'ensemble de ces définitions et leur complexité afin de les employer avec rigueur, quand bien même nous ne parviendrons pas à poser clairement des définitions que le droit positif lui-même n'a pas entrepris de consacrer.

#### I) Les droits de l'Homme

---

« Droits de l'Homme », voilà une expression autant désirée que critiquée. En effet, l'expression de « Droit de l'Homme » renvoie à l'idée de droits suprêmes, sacrés, intangibles, dont on ne pourrait jamais être privé, tant nous chérissons aujourd'hui la paix.

Depuis quelques années pourtant, cette référence à « l'Homme » fait grincer des dents. Certains la qualifient de sexiste et préféreraient l'expression de « droits humains ». Ce serait oublier que ce ne sont pas les droits qui sont humains, mais les titulaires de ces droits. On pourrait alors proposer la qualification de « droit de l'humain », qui serait plus juste d'une part, et moins sexiste d'autre part (si tant est que l'on oublie la définition de « l'Homme », avec un grand « H », qui fait référence non pas au genre mais à la race humaine).

Parmi les premiers réfractaires aux « droits de l'Homme », il faut également citer Olympe de Gouges. En effet, Marie Gouze, veuve Aubry, dite Olympe de Gouges, née le 7 mai 1748, morte guillotinée le 3 novembre 1793 à Paris, est une femme de lettres française, devenue femme politique. Elle est considérée comme l'une des pionnières du féminisme français. Femme de lettre, femme engagée de l'époque révolutionnaire, Olympe de Gouges

est l'auteure de la « *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* »<sup>3</sup>, qui se voulait être une réponse, une provocation, une invitation à la réflexion quant à la qualification de « Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ». Son œuvre ne se limite pas à la rédaction symbolique de cette déclaration dépourvue de reconnaissance juridique. Elle a également laissé de nombreux écrits en faveur des droits civils et politiques des femmes et de l'abolition de l'esclavage des Noirs. Aujourd'hui encore, elle est souvent prise pour emblème par les mouvements pour la libération des femmes.

Plus récemment les réfractaires aux « droits de l'Homme » il est possible de citer la ministre des affaires étrangères Suisse, Annick Cojean, qui dans un article publié dans le journal « Le Monde »<sup>4</sup> le 17 décembre 2008, déclarait « l'expression « droits de l'Homme » n'est plus adaptée à la société moderne et égalitaire d'aujourd'hui. La langue se doit d'accompagner les évolutions sociales, et le terme droits humains se comprend comme une adaptation logique à l'égalité des sexes. ».

Pour en revenir aux « droits de l'Homme », cette expression n'est juridiquement pas genrée, et il convient de ne pas l'interpréter si restrictivement, dans l'attente de la résolution des problématiques de prédominance de genre par l'Académie française.

Les « droits de l'Homme » renvoient à l'Homme en tant qu'humain. En cette qualité de membre de la race humaine, l'Homme bénéficie de droit. C'est une vision plus philosophique que juridique, issue du naturalisme, des droits naturels que l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen prévoit qu'ils n'ont « de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. ».

Cette référence à l'Homme sous-entend un universalisme de ces droits, qui seraient inhérents à chaque humain, en tout lieu et en tout temps, au simple motif qu'il est membre de la race humaine. C'est d'ailleurs cette conception universaliste qui incite les détracteurs des « droits de l'Homme » à parler de « droits humains ». Toutefois l'universalisme de ces droits est critiquable, et fera l'objet de développements ultérieurs. Ce qui est certains c'est que cette expression de « droits de l'Homme » fait référence à une volonté au moins philosophique de démocratiser l'idée selon laquelle tout homme est par nature titulaire de droits, en tout lieu et en tout temps, du seul fait de son appartenance à la race humaine. C'est cette philosophie qui a guidé la rédaction de plusieurs textes internationaux, à portée plus symbolique que juridique (au moins à l'époque de leur rédaction) tels que la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou la déclaration universelle des droits de l'Homme.

Si les non-juristes préfèrent toujours aujourd'hui cette expression de « droits de l'Homme » aux autres qualifications possibles, c'est sûrement du fait de sa portée universaliste, plus mobilisatrice.

## II) La liberté

---

<sup>3</sup> Pour votre culture juridique, allez lire ce texte, accessible [ici](#)

<sup>4</sup> Annick Cojean, « Droits humains, c'est plus moderne », Le Monde, 17 décembre 2009.

« La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens », c'est en ces mots que Montesquieu définissait la liberté.

Et pourtant, Montesquieu a lui-même soulevé la difficulté de l'Homme à définir la liberté, dans son œuvre majeure « De l'esprit des lois », en écrivant : « Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manières, que celui de liberté. »<sup>5</sup>.

L'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen proclame que nous naissons libres. Son article 4 précise que « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

La liberté peut alors se définir comme le pouvoir d'agir ou de ne pas agir, sans autre contrainte que le respect de la liberté d'autrui. En effet, pour que je sois libre, la liberté d'autrui ne doit pas être absolu, car elle pourrait s'imposer à moi comme une contrainte, comme une contrainte illégitime à mon pouvoir d'agir ou de ne pas agir.

Il convient désormais de définir l'indissociable couple droit-liberté. La liberté ne peut être garantie que si elle est indissociable du droit. En effet, comme le conçoit le professeur Henri Oberdorff, « Si la liberté est un espace d'action pour l'individu, le droit est un outil d'encadrement et d'organisation de l'exercice d'une liberté ou des libertés. ». Le droit se conçoit alors comme un outil de protection des libertés, en ce qu'il consacre, encadre et protège les libertés consacrées. Le droit est l'outil nécessaire à la construction d'un système de protection de la liberté. Sans droit pas de libertés, sans libertés le droit est vide de substance.

Ce couple droit-liberté exige un État de droit, c'est-à-dire un système institutionnel qui garantit le respect d'une hiérarchie des normes, une égalité des sujets de droit, l'indépendance de la justice, et la séparation des pouvoirs.

### III) Les libertés publiques

---

L'expression « libertés publiques » implique de maîtriser la définition de la liberté telle que définie précédemment, et de comprendre la référence « publique ».

La partie « publique » des « libertés publiques » renvoie à la puissance publique, qui a pour rôle de protéger ces libertés publiques. Elles sont publiques parce qu'elles sont d'intérêt général, d'intérêt public, de nécessité publique, et à ce titre la puissance publique doit les garantir à tous sujets de droit.

La Constitution fait référence à ces libertés publiques en son article 34, en les faisant entrer dans le domaine de la loi. En effet, l'élaboration des règles concernant les droits civiques et

---

<sup>5</sup> Montesquieu, « De l'esprit des lois » (Chapitre II du livre XII), Genève, 1748

les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques relèvent de la compétence du législateur.

Cette référence constitutionnelle marque une différence essentielle entre libertés publiques et droits de l'Homme. En effet, si les droits de l'Homme relèvent davantage de l'ordre philosophique, les libertés publiques entrent elles dans l'ordre juridique et institutionnel. Cette affirmation doit toutefois être modérée eu égard à l'intégration indirecte des droits de l'Homme dans le bloc de constitutionnalité, compte tenu de la référence à la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans le préambule de la Constitution de 1958.

Pour rappel, en 1958, la Constitution était le seul texte à valeur constitutionnelle. Il a fallu attendre 1971 pour que le Conseil Constitutionnel attribue une valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1946<sup>6</sup>, par une décision « Liberté d'association ». Cette décision marque une rupture et permet au Conseil Constitutionnel de se référer à d'autres textes et principes à valeur constitutionnelle que la Constitution, en leur conférant une valeur égale à celle-ci. Cette rupture a ainsi permis au Conseil constitutionnel d'intégrer la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans le bloc de constitutionnalité<sup>7</sup>, ce qui a pour conséquence d'intégrer indirectement les droits de l'Homme dans l'ordre juridique, les rendant bien plus concrets qu'une simple philosophie. La différence libertés publiques et droits de l'Homme n'est donc pas si catégorique.

#### Pour la culture :

*En France, le cours de libertés publiques a été créé en 1954 et a été rendu obligatoire en 1962 en Licence en droit. Dans le monde, il n'existe pas d'enseignement universitaire intitulé « droits de l'Homme, libertés fondamentales et libertés publiques ». Ces matières sont intégrées dans des matières plus classiques. Aux États-Unis d'Amérique, les libertés sont protégées dans le cadre du droit constitutionnel, et leur étude se fait dans le cadre du droit constitutionnel. Dans les États européens, on a cette idée que les droits et libertés fondamentaux se trouvent dans la Constitution et en font des Constitutions modernes. Ainsi, la Constitution allemande est la première à avoir un titre sur les droits fondamentaux. En France, c'est un peu différent puisqu'il n'y a pas de liste de libertés dans la Constitution, mais son préambule prévoit que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits et libertés tels que consacrés par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et le préambule de la Constitution de 1946 ». C'est ainsi par une technique de renvoi et non par l'intégration directe dans le corpus constitutionnel que la France a consacré au plus haut niveau des droits et libertés.*

#### IV) Le caractère relatif de la « fondamentalité » des droits et libertés

---

Ne cherchez pas « fondamentalité » dans le Larousse, ce mot n'existe pas. C'est un mot inventé par la doctrine, une dérive du mot « fondamental » avec le suffixe « -ité », afin de discuter du « caractère fondamental » des droits et des libertés.

---

<sup>6</sup> Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, Liberté d'association (décision n°71-44 DC)

<sup>7</sup> Conseil constitutionnel, 27 décembre 1973, Taxation d'office (décision n°73-51 DC)

Le fondamentalisme étant d'une part définie comme la tendance de certains adeptes d'une religion quelconque à revenir à ce qu'ils considèrent comme fondamental, et étant d'autre part revêtu d'une connotation péjorative, il est aisé de comprendre le choix de la « fondamentalité » des droits et libertés plutôt que de parler d'un fondamentalisme.

Quoi qu'il en soit parler de « fondamentalité » implique de définir ce qui est fondamental. Est fondamental ce qui sert de base, de fondement, ce qui est essentiel voire substantiel dans l'ordre juridique d'un État de droit.

Le premier à avoir évoqué le caractère fondamental des droits, est Portalis, à la fin du XVIIIème siècle, dans son discours sur le projet de loi portant sur la propriété, où il qualifiait le droit de propriété de « *droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver* ».

Il est très difficile aujourd'hui de dresser une liste exhaustive et surtout confirmée de droits et libertés fondamentaux. Cette difficulté résulte du flou de cette qualification dont on ignore juridiquement la définition (aucun texte objectif ne définit le caractère fondamental d'un droit ou d'une liberté), mais aussi du flou créé par les acteurs du système juridique qui qualifie de fondamental des droits et des libertés non reconnus comme tel par d'autres acteurs. La doctrine contribue largement à ce désordre en interprétant les qualifications presque hasardeuses du Conseil constitutionnel, des juges ou du législateur, qui n'expliquent pas l'attribution de cette « fondamentalité ». Cela relève parfois plus de la prédiction que de l'interprétation.

Il en résulte qu'il est difficile de définir ce qui ne l'a jamais été par les institutions compétentes. Mais à défaut de définir précisément une notion abstraite, il est possible d'envisager la compréhension de l'intention, lorsqu'un droit ou une liberté est qualifié de « fondamental ».

Il semble que la référence à la « fondamentalité » traduit une intention de reconnaître une valeur importante, essentielle, à un droit ou à une liberté. Mais de quelle valeur parle-t-on, formelle ou matérielle ?

Une première approche tient compte de la valeur formelle des droits et libertés pour qualifier de fondamental un droit ou une liberté. Par valeur formelle on entend valeur normative c'est-à-dire la place dans la hiérarchie des normes du droit ou de la liberté considérée. Selon cette conception, sera considéré comme fondamental tout droit ou toute liberté dont la valeur est au moins supra législative, c'est-à-dire consacré et protégé par un texte conventionnel ou constitutionnel. Cette définition a l'avantage de concrétiser dans notre ordre juridique ce qui serait philosophiquement fondamental, cette conception rend juridiquement tangible la « fondamentalité ». Cette perception limitée à la valeur a toutefois pour inconvénient d'exclure de son champ un certain nombre de droits et de libertés, non consacrés au niveau supra législatif, mais pourtant tout aussi fondamentaux.

Il peut alors paraître plus approprié d'envisager la « fondamentalité » de manière moins formelle, plus matérielle, en développant une définition concentrée sur le contenu plus que

sur la valeur normative des droits et des libertés. Une telle conception paraît plus adaptée mais elle est hélas vidée de sa portée tellement elle est subjective, tellement elle dépend de la vision en un temps et en un lieu donné de ce qui est ou n'est pas fondamental.

En conclusion, chacune de ces conceptions de la « fondamentalité » a ses avantages, et justifie la qualification de « fondamental » de droits et de libertés eu égard à leur valeur ou à leur contenu. Il n'en est pas moins que l'appréciation de la « fondamentalité » demeure très difficile, et cette difficulté est à l'origine d'une raréfaction de cette référence à la « fondamentalité », au bénéfice des libertés publiques par exemple. De plus, cette « fondamentalité » lorsqu'elle persiste est difficilement intelligible ce qui en affaiblit la portée matérielle et l'appréciation formelle ou normative.

### Pour la culture

*L'expression « droits fondamentaux » est de tradition allemande, puisque c'est la Loi fondamentale de Bonn (actuelle Constitution de la République Fédérale allemande) qui rend fondamentaux des droits susceptibles d'un recours constitutionnel spécifique garantissant leur applicabilité et leur effectivité face à tout pouvoir public.*

## V) La protection des libertés et des droits fondamentaux

Protéger, c'est défendre, assurer contre un risque, un mal.

Plus juridiquement, protéger les libertés et les droits fondamentaux implique de les défendre face aux risques auxquels ils peuvent être confrontés. Ces risques peuvent être divers :

- L'action des différents pouvoirs (exécutif, législatif, juridictionnel),
- La périlleuse recherche d'une conciliation entre les libertés et droits fondamentaux d'une part, et l'impératif d'ordre public d'autre part,
- Les actes individuels contraires aux droits et libertés (terrorisme, délinquance, criminalité, etc.).
- etc.

L'adhésion au « contrat social » théorisé par Jean-Jacques Rousseau implique que la société protège les libertés et droits fondamentaux du citoyen, dès lors que celui-ci accepte d'en céder une partie dans l'intérêt de tous.

Cette organisation de la société, autour des droits et libertés, autour du citoyen et autour de l'État, compose l'ingénierie de la protection de nos droits, de nos libertés. Le droit articulera les relations de chacun de ces acteurs, afin qu'un équilibre soit trouvé dans leurs interactions, afin qu'aucun ne puisse porter une atteinte illégitime à l'autre. Les outils de cet équilibre sont les normes et les institutions qui les produisent, qui les protègent.

Protéger les libertés et les droits fondamentaux requiert donc de construire un système juridique permettant d'assurer ces droits et libertés contre l'ensemble des risques susceptibles de les remettre en cause. La protection des libertés et des droits fondamentaux impose la construction d'un État de droit.



## A) La nécessaire construction d'un État de droit

La protection des libertés et des droits fondamentaux implique la consécration des libertés et des droits fondamentaux d'une part, ainsi que la construction d'un système de protection de ces droits et libertés consacrés. Ces deux piliers composent les fondations de l'État de droit.

Comme il l'a été expliqué précédemment, cette organisation de la société, autour des droits et libertés, autour du citoyen et autour de l'État, compose l'ingénierie de la protection de nos droits, de nos libertés. Il appartient au droit d'articuler les relations de chacun de ces acteurs, afin qu'un équilibre soit trouvé dans leurs interactions, afin qu'aucun d'entre eux ne puisse porter une atteinte illégitime à l'autre. Aucun d'entre eux c'est-à-dire ni le citoyen, ni l'État, c'est la substance même de l'État de droit. Pour le définir, l'État de droit doit être défini en ce qu'il est le standard du régime juridique et politique fondé par les droits fondamentaux.

En dépit de son caractère substantiel, la notion d' « État de droit » est quasi-absente du droit positif français, ce qui n'enlève rien à sa valeur fondamentale.

Alors comment la comprendre ? La réponse à cette question implique de déterminer les attentes du citoyen et de l'État. Le citoyen, membre de la société, attend de l'État la plus large protection possible de ses droits et libertés, qu'ils soient fondamentaux ou non. L'État tend à garantir la République et la préservation de l'ordre public. L'État doit donc mettre en place un système de droit permettant de garantir une République une et indivisible, laïque sociale et démocratique.

Il en résulte un nécessaire équilibre dans ce « contrat social » conclu entre les citoyens d'une part, et l'État d'autre part, pour un bon fonctionnement de notre société. Cet équilibre impose des contraintes aux citoyens, et à l'État. Et c'est cette soumission de l'État au droit qui est l'originalité de notre système institutionnel, et la substance de l'État de droit. C'est ce qui distingue l'État de droit des autres systèmes juridiques et institutionnels moins protecteurs des libertés et des droits fondamentaux.

L'État de droit peut alors se définir comme étant un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit.

Pour qu'un État puisse être qualifié d'État de droit, il doit présenter plusieurs garanties telles que :

- Le respect de la hiérarchie des normes
- L'égalité des sujets de droit
- L'indépendance de la justice

### 1) Le respect de la hiérarchie des normes

La notion d' « État de droit » est d'origine allemande (*Rechtsstaat*), et a été redéfinie au début du vingtième siècle par le juriste autrichien Hans Kelsen, comme un État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée. Dans ce modèle, chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. Un tel système suppose, par ailleurs, l'égalité des sujets de droit devant les normes juridiques et l'existence de juridictions indépendantes.

Hans Kelsen est l'un des plus éminents juristes de l'histoire du droit. De nationalité autrichienne, il a été avocat, juge, philosophe et professeur d'université. Il est à l'origine du « normativisme », et est à l'origine de la théorie dite de la pyramide des normes (ou « pyramide de Kelsen ») ou théorie pure du droit.

Cette théorie du « normativisme » vise à expliquer de façon objective tout système juridique en fonction de l'ordonnement des différentes normes et sources du droit, assurant ainsi une explication rationnelle et fonctionnelle au principe de hiérarchie des normes et du droit international public. Le principe fondamental de cette théorie s'appuie sur l'idée de conformité. Ainsi, la norme inférieure valide ne peut être contraire à la norme qui lui est immédiatement supérieure. À défaut de conformité de la norme inférieure à la norme supérieure, un contentieux pourra aboutir à l'« annulation » ou la « correction » de la norme inférieure contraire invalide.

C'est cette hiérarchisation des normes et ce principe de conformité qui sont à la base d'un autre principe : le principe de l'impérativité de la norme juridique. En effet, une norme est impérative en ce qu'elle s'impose aux normes inférieures, qui doivent lui être conformes.

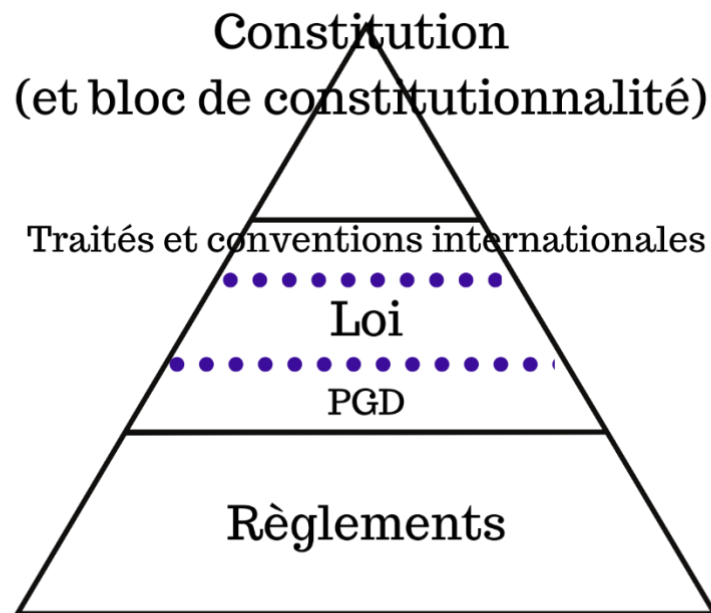
Notre système juridique est incontestablement le fruit de cette théorie et de ces principes.

*Mais qu'est-ce qu'une norme ?* Sans entrer dans les méandres des débats entre constitutionnalistes, nous pouvons définir la norme comme étant un terme synonyme de la règle de droit, de la règle juridique. Une norme peut être juridique, éthique, religieuse, morale etc. c'est un devoir être.

*Comment se hiérarchisent les normes ?*

Voici la « pyramide des normes », dite « pyramide de Kelsen », qui symbolise l'organisation hiérarchique des normes.

Les normes représentées au sommet de la pyramide sont les normes les plus élevées dans l'ordre juridique interne, celles auxquelles toute norme inférieure doit être conforme.



Au-delà du respect de la hiérarchie des normes, l'État de droit requiert une égalité des sujets de droit, et l'indépendance de la Justice.

## 2) L'égalité des sujets de droit

L'égalité des sujets de droit constitue en effet la deuxième condition de l'existence d'un État de droit. Pour être plus précis, c'est l'égalité des sujets de droit et devant le droit qui est ici visé.

L'État de droit implique en effet que tout individu, toute organisation, puissent contester l'application d'une norme juridique, dès lors que cette dernière n'est pas conforme à une norme supérieure.

Il convient alors de définir ce qu'est un sujet de droit. Le sujet de droit peut être défini comme étant une personne juridique. En droit français, les individus et les organisations reçoivent la qualité de personne juridique, elles peuvent être physique ou morale. Un sujet de droit est donc une personne juridique, c'est-à-dire un titulaire de droits et d'obligations, dont il peut se prévaloir et dont il est redevable. Cette personnalité juridique lui confère par définition un rôle dans l'État de droit.

L'État est un sujet de droit, c'est une personne juridique, et c'est précisément ce qui caractérise un État de droit. En effet, l'État étant lui-même considéré comme une personne morale, toutes ses décisions sont ainsi soumises au respect du principe de légalité, à l'instar des autres personnes juridiques. Ainsi, l'action de la puissance publique est encadrée, elle est soumise au principe de légalité.

Il en résulte que dans un État de droit, les contraintes qui pèsent sur l'État sont fortes : les règlements qu'il édicte et les décisions qu'il prend doivent respecter l'ensemble des normes juridiques supérieures en vigueur (lois, conventions internationales et règles constitutionnelles), sans pouvoir bénéficier d'un quelconque privilège de juridiction, ni d'un

régime dérogatoire au droit commun. L'État est un sujet de droit, par principe soumis au droit commun, tout comme le citoyen.

Les personnes physiques et morales de droit privé peuvent ainsi contester les décisions de la puissance publique en lui opposant les normes qu'elle a elle-même édictées.

Ce principe d'égalité implique donc une absence de traitement différencié entre les sujets de droit.

Dans ce cadre, le rôle des juridictions est primordial, et leur indépendance, une nécessité incontournable.

### 3) L'indépendance de la justice

La nécessité d'une justice indépendante implique le respect du principe de séparation des pouvoirs afin qu'elle puisse respecter les exigences de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui prévoit que « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* ».

#### a) *La nécessité d'une justice indépendante*

Pour avoir une portée pratique, le principe de l'État de droit suppose l'existence de juridictions indépendantes, compétentes pour trancher les conflits entre les différentes personnes juridiques en appliquant à la fois le principe de légalité, qui découle de l'existence de la hiérarchie des normes, et le principe d'égalité, qui s'oppose à tout traitement différencié des personnes juridiques.

Une telle conception de l'État de droit implique l'existence d'une séparation des pouvoirs et d'une justice indépendante. En effet, la Justice faisant partie de l'État, seule son indépendance à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif est en mesure de garantir son impartialité dans l'application des normes de droit.

Par ailleurs, les juridictions doivent être en mesure de confronter les différentes normes, afin de juger de leur légalité, y compris s'il s'agit de règles ayant un rang élevé dans la hiérarchie. Une loi ou une convention internationale contraire à la Constitution doit ainsi être écartée par le juge et considérée comme non valide. L'État de droit suppose donc l'existence d'un contrôle de constitutionnalité.

Compte tenu du caractère complexe d'un tel contentieux, Kelsen a proposé de le confier à une juridiction unique et spécialisée, en dehors de la dualité juridictionnelle, ayant la qualité de Cour constitutionnelle.

L'État de droit est avant tout un modèle théorique. Mais il est également devenu un thème politique, puisqu'il est aujourd'hui considéré comme la principale caractéristique des régimes démocratiques. En faisant du droit un instrument privilégié de régulation de l'organisation politique et sociale, il subordonne le principe de légitimité au respect de la légalité. Il justifie ainsi le rôle croissant des juridictions dans les pays qui se réclament de ce modèle.

La nécessaire condition d'une justice indépendante est une séparation des pouvoirs.

*b) Le principe de séparation des pouvoirs*

Élaborée par John Locke (1632-1704) et Montesquieu (1689-1755), la théorie de la séparation des pouvoirs vise à séparer les différentes fonctions de l'État, afin de limiter l'arbitraire et d'empêcher les abus liés à l'exercice de missions souveraines.

Le bon fonctionnement de l'État de droit implique donc une séparation entre les trois pouvoirs de l'État :

- Le pouvoir exécutif
- Le pouvoir législatif
- Le pouvoir juridictionnelle

Il paraît en effet évident, même si l'histoire démontre le contraire, que les libertés et les droits fondamentaux ne peuvent pas être garantis si celui qui y porte atteinte est de même avec celui qui les consacre ou celui censé en condamner les atteintes illégitimes.

L'État de droit se définit par opposition à la monarchie absolue. Or, partant du constat que, dans le régime de la monarchie absolue, ces trois pouvoirs sont le plus souvent confondus et détenus par une seule et même personne, la théorie de la séparation des pouvoirs plaide pour que chacun soit exercé par des organes distincts, indépendants les uns des autres, tant par leur mode de désignation que par leur fonctionnement.

Chacun de ces organes devient ainsi l'un des trois pouvoirs :

- Le pouvoir exécutif est détenu par le chef de l'État et les membres du Gouvernement,
- Le pouvoir législatif est exercé par des assemblées représentatives,
- Le pouvoir juridictionnel revient aux juridictions.

L'objectif assigné par Montesquieu à cette théorie est d'aboutir à l'équilibre des différents pouvoirs : « Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. ». Ce qu'il faut alors déduire de cette citation est que chacun des pouvoirs est un contre-pouvoir pour les autres, un élément de modération des excès, un gardien des abus et de l'arbitraire.

La théorie de la séparation des pouvoirs est souvent invoquée dans les régimes démocratiques, elle a été plus ou moins rigoureusement mise en pratique. Sont ainsi nés des régimes de séparation stricte des pouvoirs, et des régimes de séparation souple des pouvoirs.

Les régimes de séparation stricte des pouvoirs sont les régimes où l'État s'organise autour des trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, tous spécialisés et organiquement séparés. Ainsi, aucun d'entre eux ne peut empiéter sur les prérogatives des autres. Chacun des pouvoirs est donc indépendant à la fois dans son mode de désignation et dans son fonctionnement avec une absence d'interférences réciproques. Alors, en principe le pouvoir

exécutif ne peut intervenir dans l'élaboration des lois et le pouvoir législatif ne peut intervenir dans des fonctions relevant du gouvernement.

Ce modèle de séparation stricte des pouvoirs est celui qui a fortement inspiré les rédacteurs de la Constitution américaine, qui ont institué en 1787 un régime présidentiel organisé selon une séparation stricte des trois pouvoirs, tempérée toutefois par l'existence de moyens de contrôle et d'action réciproques conçus conformément à la doctrine des "*checks and balances*" (contrôles et contrepoids).

Afin d'éviter que chacun des pouvoirs n'abuse de ses prérogatives, les constituants américains ont ainsi prévu un strict partage des compétences entre organes fédéraux et États fédérés. Ils ont également réparti le pouvoir législatif entre deux assemblées, donné au Président un droit de veto sur les textes législatifs, et reconnu parallèlement au Sénat la faculté de s'opposer aux nominations relevant du Président ou encore aux traités internationaux négociés par l'administration.

Il en résulte que la pratique du régime de séparation stricte des pouvoirs est plus souple que la théorie qui implique une absence totale d'interférences entre les pouvoirs. En effet, une séparation trop stricte des pouvoirs peut aboutir à la paralysie des institutions : tel fut le cas en France sous le Directoire (1795-1799) et sous la IIe République (1848-1851), où le conflit entre l'exécutif et le législatif s'est à chaque fois soldé par un coup d'État, bien loin des impératifs démocratiques et républicains.

Aussi de nombreux régimes préfèrent-ils le principe de séparation souple des pouvoirs ou régime de la collaboration des différents pouvoirs, à celui de leur stricte séparation.

Les régimes de séparation souple des pouvoirs sont des régimes favorisant la collaboration des différents pouvoirs. La distinction entre les pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel demeure, mais ces pouvoirs disposent de moyens d'action les uns à l'égard des autres.

Concrètement, un tel régime de séparation des pouvoirs donne par exemple la faculté pour le chef de l'État de dissoudre l'une des chambres composant le Parlement, la possibilité pour le pouvoir législatif de renverser le Gouvernement, la soumission des magistrats du parquet à l'autorité hiérarchique du Gouvernement en sont autant d'exemples.

La France a développé sa propre conception de la séparation des pouvoirs, qui est une séparation souple avec des attributs de séparation stricte. Il existe une véritable conception française de la séparation des pouvoirs, reconnue par le Conseil constitutionnel, dans une décision du 23 janvier 1987<sup>8</sup>.

Cette séparation des pouvoirs à la française se distingue de la théorie classique, puisqu'elle trouve son origine dans les lois des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795) qui interdisent aux tribunaux de l'ordre judiciaire de connaître des litiges intéressant l'administration. Par ces textes, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont été soustraits au contrôle des juridictions judiciaires, au motif que celles-ci ne disposaient pas

---

<sup>8</sup> Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence

d'une légitimité suffisante pour juger des actes émanant d'autorités procédant du suffrage universel et agissant au nom de l'intérêt général. L'institution d'une juridiction administrative à compter de l'an VIII (1799) devait partiellement modifier cette situation : depuis cette date, les actes de l'administration ont pu être contestés, mais devant une juridiction, distincte de l'autorité judiciaire. Au sommet de l'ordre administratif se trouve le Conseil d'État, créé en 1799, qui outre ses fonctions juridictionnelles exerce un rôle de conseil du Gouvernement.

La « conception française de la séparation des pouvoirs » est donc aujourd'hui associée à l'existence d'une dualité de juridictions dans notre système institutionnel et juridictionnel, garant de nos droits et libertés.

### *B) Le dualisme juridictionnel*

---

Très simplement, le dualisme juridictionnel se définit comme l'existence d'une dualité d'ordre juridictionnel : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

L'ordre judiciaire se divise en deux catégories de juridictions : les juridictions civiles et les juridictions pénales. Les juridictions civiles tranchent les litiges (loyer, divorce, consommation, succession ...) mais n'infligent pas de peines. Les juridictions pénales sanctionnent les atteintes aux personnes, aux biens et à la société. La Cour de cassation est la juridiction au sommet de l'ordre judiciaire.

L'ordre administratif se compose lui des juridictions administratives, indépendantes de l'administration, et organisées en trois échelons : les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État au sommet de l'ordre administratif. Ces juridictions administratives veillent à assurer l'équilibre entre les prérogatives de puissance publique et les droits des citoyens, et sont à ce titre compétentes pour connaître de tout litige opposant l'administration à ses administrés.

Le dualisme juridictionnel implique une dualité de compétence, avec des compétences réservées aux juridictions judiciaires d'une part, et d'autres compétences réservées aux juridictions administratives d'autre part. Les éventuels conflits de compétence pouvant surgir entre ces ordres sont du ressort du Tribunal des conflits.