

CRFPA 2022



**FASCICULE DE COURS
PROTECTION DES LIBERTÉS ET DES
DROITS FONDAMENTAUX**

Tome 1
Rémy Dandan

Sommaire

Sommaire	2
<i>Ce n'est peut-être pas le début, mais ce n'est sûrement pas la fin</i>	7
Présentation de l'épreuve du grand oral	9
Mise en garde	10
Introduction	11
Chapitre 1 : Définitions	11
I) Les droits de l'Homme	11
II) La liberté	13
III) Les libertés publiques	14
IV) Le caractère relatif de la « fondamentale » des droits et libertés	15
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	18
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
Chapitre 2 : Un universalisme des droits et libertés dits « fondamentaux » ?	24
Chapitre 3 : Peut-on retenir une typologie des droits et libertés fondamentaux	25
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
Chapitre 4 : Quelques éléments philosophique et historique	32
I) Les fondements philosophiques des droits et des libertés	33
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	36
A) Une consécration progressive et internationale des droits de l'Homme	36
B) Des droits et libertés reconnus mais méconnus	38
Partie 1 : Le système de protection des libertés et des droits fondamentaux	40
Chapitre 1 : Les sources de la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales	40
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 _____	49
2)	Les principes particulièrement nécessaires à notre temps _____	50
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 _____	53
2)	La valeur juridique de la Charte de l'environnement _____	53
3)	Les dispositions de la Charte de l'environnement sont-elles invocables devant le juge ? _____	55
F)	Les composantes prétoriennes du bloc de constitutionnalité _____	58
1)	Les principes de valeur constitutionnelle _____	58
2)	Les objectifs de valeur constitutionnelle _____	58
II)	Les sources à l'échelle internationale et européenne _____	60
A)	Les sources à l'échelle internationale _____	60
1)	Les textes généraux _____	60
a)	Les textes généraux à l'échelle mondiale _____	61
a.1)	La Déclaration universelle des droits de l'Homme _____	62
a.2)	Les pactes internationaux de 1966 _____	65
a.2) 1.	Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques _____	66
a.2) 2.	Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels _____	68
a.2) 3.	Les enjeux communs de ces deux pactes _____	69
b)	Les textes généraux à l'échelle régionale _____	70
b.1)	La Convention américaine relative aux droits de l'Homme _____	70
b.2)	La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples _____	72
b.3)	La Charte arabe des droits de l'Homme _____	73
2)	Les textes spécifiques _____	74
a)	La répression du crime de génocide, la lutte contre la torture et l'élimination de la discrimination raciale _____	75
a.1)	La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 _____	75
a.2)	La Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discriminations raciales du 7 mars 1966 _____	76
b)	La protection des droits des femmes _____	78
b.1)	Les discriminations à l'égard des femmes _____	78
-	Concernant d'abord la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 _____	78
-	La Création de l'ONU Femmes _____	81
b.2)	La lutte contre les violences faites aux femmes _____	83
c)	La protection des droits de l'enfant _____	84
d)	La protection des personnes handicapées _____	86
B)	Les sources à l'échelle européenne _____	88
1)	La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	88
a)	La portée de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	88
b)	Le contenu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	92
c)	L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	96
c.1)	Une effectivité qui ne dépend pas de la réciprocité de son application _____	96
c.2)	Le contrôle des réserves _____	96
c.3)	Le champ d'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	97
c.4)	L'applicabilité directe et l'effet direct de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales _____	98
c.5)	La possibilité du recours individuel _____	98

c.6) La primauté de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales	99
c.7) L'effet utile de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales	100
c. 8) Le principe de subsidiarité	102
2) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	102
a) La portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	102
b) Le contenu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	103

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

	104
I) À l'échelle nationale	104
A) Les juges nationaux	104
1) Le juge constitutionnel	104
a) La compétence contentieuse du Conseil constitutionnel	105
a.1) Juge de la constitutionnalité des lois	106
- Le contrôle obligatoire	106
- Le contrôle « a priori »	106
- Le contrôle « a posteriori » ou question prioritaire de constitutionnalité	106
a.2) Juge de la répartition des compétences entre la loi et le règlement	109
a.3) Juge du contentieux électoral et référendaire	109
b) Le rôle consultatif du Conseil constitutionnel	110
c) Le Conseil constitutionnel et la protection des libertés et des droits fondamentaux	110
2) La répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire	114
a) La protection des libertés et des droits fondamentaux par l'ordre des juridictions administratives	115
a.1) Les garanties offertes par le juge administratif	116
a.1.1) L'indépendance du juge administratif	116
a.1. 2) L'impartialité du juge administratif	117
a.2) Les compétences du juge administratif	118
a.2.1) L'extension des pouvoirs du juge administratif	118
a.2.2) Les procédures de référé	120
Le référé-suspension :	121
Le référé-liberté :	122
Le référé conservatoire ou référé « toutes mesures utiles »	123
b) La protection des libertés et des droits fondamentaux par l'ordre des juridictions judiciaires	124
b.1) Une compétence judiciaire confiée par le Constituant	125
b.2) Plus précisément :	127
B) Les institutions nationales	131
1) Les autorités administratives indépendantes (ou AAI)	131
a) Définition	131
a.1) Les autorités de régulation	132
a.2) Les autorités de protection des droits	132
a.3) Focus sur le défenseur des droits	132
b) Les « autorités administratives indépendantes » sont-elles de véritables autorités administratives indépendantes ?	134
b.1) De véritables autorités administratives	134
b.2) Une véritable indépendance des « autorités administratives indépendantes » ?	135
c) Les pouvoirs des autorités administratives indépendantes	136
d) Quelle est la nature des actes pris par les autorités administratives indépendantes ?	137
2) Les autorités publiques indépendantes (ou API)	138
Focus sur la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (ou CNCDH)	139
II) À l'échelle européenne	141
A) Les juges européens	141
1) La Cour de Justice de l'Union Européenne	141

a)	L'apport de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans la construction d'un ordre juridique au sein de l'Union	142
b)	La Composition de la Cour de Justice de l'Union Européenne	143
c)	Les moyens d'actions de la Cour de Justice de l'Union Européenne	144
d)	Le fonctionnement de la Cour de Justice de l'Union Européenne	147
c.1)	Étape écrite	147
c.2)	Étape orale (facultative) : l'audience publique	147
2)	La Cour Européenne des Droits de l'Homme	148
a)	Composition de la Cour Européenne des droits de l'Homme	148
b)	Le fonctionnement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme	150
c)	La recevabilité des requêtes	152
d)	Les tiers et la Cour Européenne des Droits de l'Homme	153
e)	La portée des arrêts et décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme	153
B)	Les institutions européennes liées à la protection des libertés et des droits fondamentaux	155
1)	Le Conseil de l'Europe	155
a)	L'origine du Conseil de l'Europe	158
b)	La Composition du Conseil de l'Europe	159
c)	Objectifs et modes d'action	159
d)	Les organes du Conseil de l'Europe	160
d.1)	Les organes dépendant du Conseil de l'Europe	160
d.1.1)	Le Comité des Ministres	160
d.1.2)	Assemblée parlementaire ou Assemblée consultative	161
d.1.3)	Le Secrétariat	162
d.2)	Les instances indépendantes	163
d.2.1)	La Cour européenne des droits de l'Homme [Voir Partie 1, Chapitre 2, II), A), 2)]	163
d.2.1)	La Commission européenne pour la démocratie par le droit ou Commission de Venise	163
2)	Les Institutions de l'Union Européenne liées aux Droits de l'Homme	164
a)	La Cour de Justice de l'Union Européenne [Voir Partie 1, Chapitre 2, II), A), 1)]	166
b)	Le Parlement Européen	166
c)	L'agence des droits fondamentaux	167
d)	L'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (EIGE)	168
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	168
III)	À l'échelle internationale	169
A)	Les juges internationaux des droits Humains	169
1)	La Cour pénale Internationale	169
a)	La compétence de la Cour Pénale Internationale	171
b)	Les organes de la Cour Pénale Internationale	172
c)	La définition des différents crimes dont la Cour Pénale Internationale a la compétence	173
d)	Critiques et illustrations	176
2)	Les différents Tribunaux pénaux internationaux	177
a)	Le Tribunal International pour le Rwanda	178
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)	180
c)	Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux	182
B)	Les institutions internationales des droits Humains	183
1)	Le Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies	183
	Quelle est la portée de la décision du comité des droits de l'Homme des Nations-Unies ?	184
2)	Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels	190
3)	La Cour Internationale de Justice	190
a)	Éléments historiques	191
b)	Le fonctionnement de la Cour Internationale de Justice	194
b.1.	La procédure contentieuse	194
b.2.	Procédure consultative	196

Partie 2 : les libertés et les droits fondamentaux _____ 197

Chapitre 1 : la dignité, une composante transversale des droits de l'Homme et des libertés fondamentales _____ 197

I) Les fondements de la dignité _____	197
A) Les sources internationales _____	198
1) La Déclaration de Philadelphie de 1944 _____	198
2) La Charte des Nations-Unies de 1945 _____	199
3) La Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948 _____	199
4) L'acte constitutif de l'UNESCO _____	200
5) Les pactes internationaux des Nations-Unies (PIDCP et PIDESC) _____	200
6) Les Conventions de Genève _____	201
7) Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie _____	202
B) Les sources nationales _____	202
1) La protection législative _____	202
2) La protection constitutionnelle _____	205
II) La portée de la dignité _____	206

Chapitre 2 : La liberté personnelle et le libre développement de soi _____ 206

I) La notion de liberté personnelle _____	206
II) Illustration avec la liberté corporelle _____	208
A) Le droit de disposer de son corps _____	208
B) La liberté sexuelle _____	209
1) Le libre choix de son orientation sexuelle _____	209
2) La liberté des pratiques sexuelles _____	211
3) La prostitution _____	215
a) Définition _____	216
b) Le régime juridique de la prostitution _____	217
b.1) Le principe : la légalité de la prostitution _____	218
b.2) La répression de la clientèle, du racolage et du proxénétisme _____	220
b.3) Vers une abolition de la prostitution ? _____	224
C) La liberté de donner la vie ou droit de procréer _____	225
1) La procréation médicalement assistée _____	225
a) Une ouverture à venir de la procréation médicalement assistée _____	226
b) L'encadrement de la procréation médicalement assistée _____	232
2) L'interdiction de la gestation pour autrui _____	233
a) Le régime juridique de la gestation pour autrui _____	234
a.1) En France _____	234
a.2) À l'étranger _____	236
b) Le régime juridique de la filiation suite à une gestation pour autrui _____	236
b.1) L'admission de la retranscription de l'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui _____	236
b.2) La question du parent d'intention : _____	241
b.3) Une GPA désintéressée à venir ? _____	243
3) Le droit de ne pas donner la vie _____	244
a) L'interruption volontaire de grossesse _____	244
b) L'interruption médicale de grossesse _____	248
c) La contraception _____	250

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 ?* »¹

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.

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 vous réussissiez le jour J.

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.

Croyez-moi : ça en vaut la peine !

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.

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.

¹ Vous aviez oublié l'anglais ?

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 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* »², 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, parmi 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 »³ 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.

² Pour votre culture juridique, allez lire ce texte, accessible [ici](#)

³ Annick Cojean, « Droits humains, c'est plus moderne », Le Monde, 17 décembre 2009.

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

« *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.* »⁴.

L'article 1^{er} 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.

⁴ Montesquieu, « *De l'esprit des lois* » (Chapitre II du livre XII), Genève, 1748

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 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 1946⁵, 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 constitutionnalité⁶, 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

⁵ Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, Liberté d'association (décision n°71-44 DC)

⁶ Conseil constitutionnel, 27 décembre 1973, Taxation d'office (décision n°73-51 DC)

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 dérivation du mot « fondamental » avec le suffixe « -ité », afin de discuter du « caractère fondamental » des droits et des libertés.

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 XVIII^{ème} 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 qualifient 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 fondamental.

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, judiciaire),
- 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.

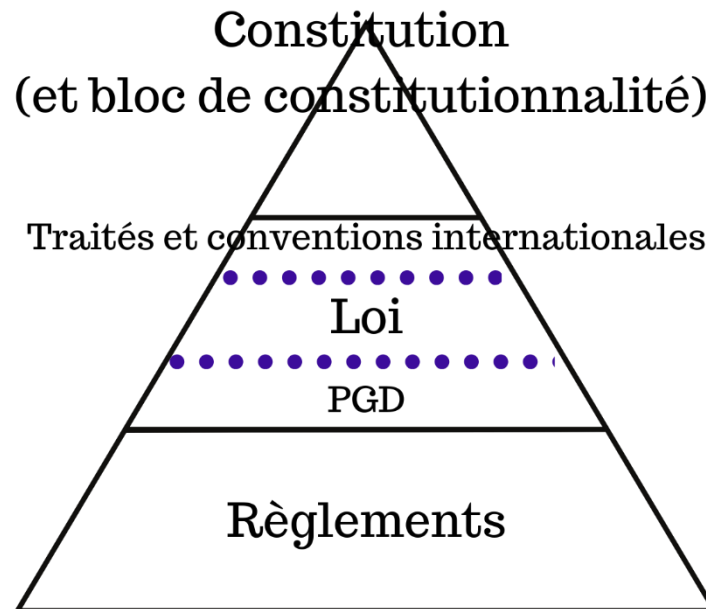
Notre système juridique est incontestablement le fruit de cette théorie et de ces principes.

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 mèche 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 1987⁷.

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 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.

⁷ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence

Chapitre 2 : Un universalisme des droits et libertés dits « fondamentaux » ?

En parlant de droits de l'Homme, de droits humains ou de droits de l'humain, il y a une véritable intention de considérer comme étant universel un ensemble de droits et de libertés qui devraient être intrinsèques à l'humanité, inhérents à l'État de droit.

La réalité est encore une fois éloignée de la théorie, tous les pays ne sont pas des États de droit, mais aussi et surtout chaque État interprète subjectivement et souverainement des droits et des libertés que l'on voudrait objectifs.

Qu'est-ce que l'universalisme ? L'universalité des droits et des libertés implique-t-elle que les droits de l'Homme soient appliqués de la même manière, en tout temps et en tout lieu, à tous les humains ? Y a-t-il universalité des droits et libertés lorsqu'ils sont appliqués partout, mais avec une adaptation à chaque culture, à chaque société ? Le pluralisme de nos sociétés permet-il un universalisme des droits et des libertés ?

Idéalement, l'universalisme des droits et libertés voudrait que ceux-ci soient d'application immédiate, perpétuelle, en tout lieu et en tout temps et de la manière la plus absolue possible. Toutefois, les mêmes textes qui consacrent ces droits et libertés voulus comme universels, interdisent l'abus de droit (exemple : l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen), et permettent de limiter ces droits et libertés au nom de considérations d'ordre public ou au nom de la nécessaire conciliation avec d'autres droits et libertés de même valeur. Il appartient alors à chaque État, d'adapter son ordre juridique interne, souverainement, pour opérer de telles conciliations. Cette appréciation souveraine des limites aux droits et libertés a pour conséquence immédiate une nécessaire subjectivité de la portée de ces droits et libertés, qui ne permet pas une conception identique à l'international.

Par conséquent, il semble que l'universalisme des droits et libertés ne doit pas se concevoir comme leur application immédiate, perpétuelle, en tout lieu et en tout temps et de la manière la plus absolue possible, mais plutôt comme leur application sur l'ensemble des territoires, avec une marge d'appréciation subjective de leur portée. Mais cela impliquerait alors que ces droits et libertés soient reconnus universellement au sein des ordres juridiques étatiques, ce qui n'est pas le cas.

En effet, tous les États, tous les ordres juridiques étatiques ne reconnaissent pas uniformément les droits et libertés dits fondamentaux. Ces droits de l'Homme sont plus ou moins reconnus, plus ou moins consacrés, plus ou moins protégés. En réalité, ces droits de l'homme prétendent à un universalisme des droits de l'Homme pour en renforcer la portée, la valeur et l'acceptation. Mais l'inspiration occidentale et libérale de la consécration de ces droits de l'Homme est un obstacle politique et institutionnel à leur application au sein de régime à l'organisation différente. À titre d'illustration, la rédaction de la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 proclamait des droits et libertés avec une forte influence des démocraties libérales, ce qui explique pourquoi le bloc soviétique avait rejeter ces droits et libertés.

Il en résulte qu'en raison de la diversité de nos cultures et de nos sociétés, l'universalisme des droits et libertés peut être critiqué en ce qu'il ne peut pas être pensé comme une application uniforme des droits de l'Homme, mais plutôt comme la volonté qu'un bloc de droits et de libertés soit appliqué le plus largement possible, à l'international, avec une portée et des limites dont l'appréciation est souverainement appréciée à l'échelle d'un maximum d'État (certains ne reconnaissant pas ces droits ou ne les protégeant pas concrètement).

Chapitre 3 : Peut-on retenir une typologie des droits et libertés fondamentaux

D'un point de vue doctrinal et pédagogique, établir une typologie permet de faciliter l'étude des libertés et des droits fondamentaux. Toutefois, la simplification requise pour établir une typologie est une limite à cette présentation. Ainsi, toutes les typologies sont critiquables et il est aujourd'hui difficile de n'en retenir qu'une, parmi les cinq qui seront étudiés ci-après.

I) Les typologies en fonction de l'objet

A) *Les droits civils et les droits politiques*

Les droits civils et politiques (ou droits de première génération que l'on étudiera après) sont historiquement apparus au XVIII^{ème} siècle, consacrés symboliquement par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, puis consacrés plus formellement au sein du Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP) de 1966.

L'intention était simple et est résumée dans le préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen :

« Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. »

Par ailleurs, le préambule du pacte international des droits civils et politiques précise que :

« La reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »

Ainsi, la consécration des droits civils et politiques s'inscrit donc dans une volonté de préserver la dignité humaine, qui impose une protection de droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme tels que la liberté, la justice et la paix dans le monde.

Plus largement (mais sans être exhaustif) ces droits civils et politiques sont notamment :

- Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité
- Les libertés fondamentales de croyance, de religion et d'opinion, d'expression, d'association
- Le droit à l'égalité sans discrimination
- Les droits démocratiques (droit de voter et d'être éligible à des élections)
- La liberté de circulation et d'établissement
- Les garanties juridiques qui servent à protéger les individus arrêtés, détenus, accusés ou condamnés en vertu des lois pénales
- Etc.

B) Les droits économiques, sociaux et culturels

Les droits économiques et sociaux (ou droit de deuxième génération) sont les droits fondamentaux qui concernent le lieu de travail, la sécurité sociale, la vie familiale, la participation à la vie culturelle, l'accès au logement, l'alimentation, l'eau, ou encore les soins de santé et l'éducation.

Plusieurs textes, nationaux et internationaux consacrent ces droits économiques, sociaux et culturels.

C'est par exemple le cas, au niveau international, de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948), du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), Convention relative aux droits de l'enfant (1989), Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990), Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006).

Au niveau régional, il est possible de citer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (1950), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969) ou encore la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981).

Ces droits incluent donc les droits des travailleurs, le droit à la sécurité sociale et à la protection sociale, le droit à une protection et à une assistance familiale, le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à la santé, le droit à l'éducation ou encore les droits culturels.

Plus précisément, les droits des travailleurs sont les droits qui concernent les conditions de travail y compris le droit de ne pas être astreint au travail forcé, le droit d'avoir un travail librement choisi ou accepté, le droit à un salaire équitable et à une rémunération égale pour un travail de valeur égale, le droit à des loisirs et à la limitation raisonnable de la durée du travail, le droit à la sécurité et à l'hygiène du travail, le droit de former des syndicats et de s'y affilier, et le droit de grève.

Le droit à la sécurité sociale et à la protection sociale inclut également le droit de ne pas se voir refuser une couverture sociale arbitrairement ou abusivement et le droit de jouir, dans des conditions d'égalité, d'une protection suffisante en cas de chômage, de maladie, de vieillesse ou d'autres cas de perte de moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de la volonté de l'intéressé.

Parmi les droits sociaux, il faut également citer le droit à une protection et à une assistance familiale qui intègre le droit au mariage librement consenti, le droit à la protection de la maternité et de la paternité et le droit à la protection des enfants contre l'exploitation économique et sociale.

Est également consacré au titre des droits sociaux le droit à un niveau de vie suffisant, y compris le droit à l'alimentation, le droit d'être à l'abri de la faim, le droit à un logement convenable, à l'eau et à des vêtements.

La protection du droit à la santé implique l'accès aux équipements, produits et services sanitaires, le droit de travailler et de vivre dans un milieu sain, le droit à la prophylaxie des maladies épidémiques et les droits liés à la santé sexuelle et génésique.

Le droit à l'éducation implique quant à lui le droit à l'enseignement primaire obligatoire et gratuit, le droit à l'enseignement secondaire et supérieur accessible à tous, avec l'instauration progressive de la gratuité, et la liberté pour les parents de choisir des écoles pour leurs enfants.

Enfin, les droits culturels, y compris le droit de participer à la vie culturelle, de participer aux progrès scientifiques et d'en bénéficier et le droit des auteurs de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique.

Ces droits sont des droits de l'homme qui, comme les autres droits individuels, comportent deux libertés, *la liberté par rapport à l'État* et *la liberté grâce à l'aide de l'État*. Par exemple, le droit à un logement convenable inclut le droit d'être à l'abri d'une expulsion forcée pratiquée par des agents de l'État (*liberté par rapport à l'État*) et le droit de recevoir une assistance pour faciliter l'accès à un logement convenable dans certaines situations (*liberté grâce à l'aide de l'État*).

Ces droits économiques, sociaux et culturels, sont de mieux en mieux définis dans les ordres juridiques nationaux, régionaux et internationaux. Le fait de les accepter comme droits de l'homme oblige les États à faire en sorte que toute personne se trouvant dans le pays (pas seulement les nationaux) puisse en jouir et de fournir des voies de recours s'ils sont violés.

Comme pour les autres droits de l'homme, la reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, associés au principe de non-discrimination, met l'accent sur les groupes de la société les plus exclus, les plus marginalisés et les plus exposés à la discrimination.

Vous l'aurez compris, cette typologie distingue les droits civils et politiques des droits sociaux, économiques et culturels. Faut-il pour autant les opposer ou considérer que cette distinction est fondamentale ?

Non. On avait tendance dans le passé à parler des droits économiques, sociaux et culturels comme s'ils étaient fondamentalement différents des droits civils et politiques mais l'établissement de deux catégories de droits est artificiel. Certes elle permet une approche plus pédagogique et une étude plus aisée de l'objet et de la nature des droits et des libertés fondamentaux, cette distinction n'en est pas moins dommageable.

Plusieurs raisons ont conduit à l'établissement de ces deux catégories de droits, ce qui a eu pour effet de faire perdre de vue les éléments qu'ils avaient en commun.

Tout d'abord, une distinction a été établie à l'origine pour des raisons historiques. La Déclaration universelle des droits de l'homme ne fait pas de distinction entre les droits. Cette distinction est apparue dans le contexte du durcissement des tensions lors de la guerre froide entre le bloc de l'Est et le bloc de l'Ouest. Les pays à économie de marché de l'Ouest ont eu tendance à mettre davantage l'accent sur les droits civils et politiques, tandis que les pays à économie planifiée du bloc de l'Est insistaient sur l'importance des droits économiques, sociaux et culturels. Ceci a conduit à la négociation et à l'adoption de deux pactes distincts, l'un sur les droits civils et politiques et l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels. Toutefois, cette stricte séparation a depuis été abandonnée pour revenir à l'architecture originale de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

Par ailleurs, les droits économiques, sociaux et culturels ont été vus comme exigeant des investissements importants tandis que l'on disait, concernant les droits civils et politiques, qu'il suffisait que l'État s'abstienne de porter atteinte aux libertés individuelles. Il faut admettre que de nombreux droits économiques, sociaux et culturels nécessitent parfois des investissements importants (financier ou humain) pour que soit garanti leur plein exercice. Cependant, ils nécessitent aussi que l'État s'abstienne de porter atteinte aux libertés individuelles, par exemple aux libertés syndicales ou au droit d'avoir un travail librement choisi. De la même façon, les droits civils et politiques, bien qu'ils portent sur des libertés individuelles, nécessitent également des investissements pour que leur plein exercice soit garanti (système judiciaire opérationnel, établissements pénitentiaires respectant la dignité humaine, un dispositif d'aide juridique, des élections justes et libres, etc.).

Par ailleurs, on dit parfois des droits économiques, sociaux et culturels qu'ils sont vagues ou imprécis, comparés aux droits civils et politiques. Si les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas tous aussi clairement définis dans les instruments relatifs aux droits de l'Homme, il en va de même pour ce qui est des droits civils et politiques. Pour illustrer ce propos, il est possible de citer le droit d'être à l'abri de la faim (droit économique et social) et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (droits civils et politiques). Une définition précise de ces droits, qu'ils appartiennent à l'une ou à l'autre des catégories, ne peut être donnée. Pire, il est possible d'envisager un recoupement dans leur portée.

En effet, enfin et en réalité, tous les droits de l'homme sont liés. À titre d'illustration, il est souvent plus difficile pour une personne qui ne sait ni lire ni écrire de trouver du travail, de participer à des activités politiques ou d'exercer sa liberté d'expression. De même, il y a moins de risques de famines lorsque les individus peuvent exercer leurs droits politiques, et notamment leur droit de vote. Par conséquent, à y regarder de près, le fait d'établir deux catégories de droits, « les droits civils et politiques » d'un côté et « les droits économiques, sociaux et culturels » de l'autre, n'a guère de sens.

C'est pour ces raisons qu'aujourd'hui la stricte distinction est atténuée et que l'on fait de plus en plus référence aux droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux.

C) Les libertés individuelles et les libertés collectives

La démocratie reconnaît un certain nombre de libertés (liberté de conscience, de culte, d'expression, d'opinion) comme étant des droits fondamentaux de la personne. L'exercice de ces droits se manifeste dans la vie privée et dans la vie publique, à titre individuel et à titre collectif. Ainsi la qualification de liberté individuelle ou de liberté collective dépend du titulaire de cette liberté : l'individu ou le collectif.

Ainsi certains droits peuvent s'exercer à l'échelle individuelle, d'autre n'ont de sens que dans le cadre d'un exercice collectif. Toutefois, cette distinction n'a pas de conséquence sur le régime juridique de ces droits et libertés, quand bien même il est plus facile d'imaginer que l'usage des libertés collectives présente plus de risque pour l'ordre public qu'un usage individuel des droits et libertés. Cette hypothèse n'est pas pour autant une généralité, et n'aura pour conséquence qu'un contrôle plus stricte par le juge, sans pour autant que cela aboutisse à l'édiction d'un régime juridique distinct. Les libertés collectives peuvent donc être plus contraintes que les libertés individuelles au regard du risque plus évident de trouble à l'ordre public, sans pour autant qu'un régime juridique autonome ne leur soit conféré.

Par ailleurs, cette distinction liberté individuelle/liberté collective n'est pas absolue, puisqu'il est possible de considérer que certaines de ces libertés sont mixtes, c'est-à-dire qu'elles peuvent être défendues individuellement, dans un contexte collectif. À titre d'illustration, la liberté de religion est une liberté individuelle généralement défendue à l'échelle du collectif.

II) Les typologies en fonction de la nature

A) Les droits subjectifs et les droits objectifs

Par définition les droits subjectifs renvoient au sujet de droit alors que les droits objectifs renvoient à l'objet.

En principe, le droit objectif se définit comme l'ensemble des règles qui visent à organiser la conduite de l'Homme en société, et dont le respect est assuré par la puissance publique. Mais

une distinction est à faire entre le droit objectif et les droits objectifs. Concrètement, le droit objectif délimite la part de liberté et de contrainte de chaque membre de la société, il définit ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, afin de permettre une vie paisible en société. De la société la plus primitive à l'organisation la plus élaborée, chaque société établit ainsi des règles destinées à régir son fonctionnement et à organiser les relations des personnes qui la composent. Les droits objectifs sont donc tous les droits qui permettront cette vie paisible en société.

Les droits subjectifs regroupent quant à eux les prérogatives dont peuvent se prévaloir les individus et dont l'exercice est soumis à la protection de l'État.

Il est alors possible de considérer que les droits subjectifs sont des droits dont peut se prévaloir directement le sujet de droit devant les juridictions, alors que les droits objectifs ont pour vocation première de régir la vie en société, et impliquent une protection par la puissance publique.

Il n'en résulte pas pour autant une opposition entre droits objectifs et droits subjectifs, mais une nécessaire complémentarité, car la vie en société implique une action à l'échelle individuelle, et aussi une action à l'échelle collective.

B) Les droits substantiels et les droits garantis

La distinction droits substantiels/droits garantis est une distinction comparable à la distinction entre la fin et ses moyens. En effet, les droits garantis sont les droits qui garantissent l'applicabilité et la pérennité des droits substantiels.

Les droits substantiels sont les droits qui reconnaissent au sujet de droit une prérogative, un droit, un pouvoir. Les droits garantis sont l'outil de protection de ces droits substantiels, c'est-à-dire qu'ils se définissent comme étant les instruments garantissant la protection des droits substantiels. Ces droits garantis sont plutôt des droits procéduraux (droit à un procès équitable, droit à un recours effectif, droits de la défense etc.).

Ainsi, sans droits substantiels aucune nécessité des droits garantis. Sans droits garantis aucune pérennité des droits substantiels.

III) La typologie en fonction de la valeur normative

Cette typologie centrée sur la valeur normative des droits et libertés implique qu'ils soient consacrés dans un ordre juridique étatique, régional ou international. Or, comme il l'a été démontré précédemment, les droits et libertés dits fondamentaux ne sont pas toujours consacrés intégralement et uniformément dans ces ordres juridiques. Cette typologie a à l'encore des avantages d'ordre pédagogique, qui œuvrent davantage à la compréhension de la matière plutôt qu'à l'appréciation de leur mise en œuvre concrète. Cette typologie permet

ainsi de souligner la judiciarisation des droits et libertés, et le rôle de l'État et de ses institutions dans leur consécration et leur protection.

Cette typologie a toutefois pour inconvénient d'être connotée et incomplète.

En effet cette typologie est péjorativement connotée en ce qu'elle hiérarchise des droits et libertés dont il serait souhaité qu'ils soient le plus largement consacrés, par les textes les plus importants dans la hiérarchie des normes. Or, il semble qu'une telle typologie distingue les droits et libertés eu égard aux textes qui les consacrent, aux textes qui les protègent, comme s'il existait des droits et libertés de premier rang, et d'autre deuxième rang, etc. Certes tous les droits et libertés ne sont pas identiques, mais est-il pour autant souhaitable de les hiérarchiser, plutôt que de tendre vers une véritable «
fondamentalité » ?

Philosophiquement, une telle distinction en fonction de la valeur ne serait pas possible dès lors que les droits et libertés fondamentaux tendent à être reconnus comme sacrés, intangibles et indissociables de l'Homme.

C'est toutefois dans une logique juridique et non philosophique que la hiérarchisation des droits et des libertés est appréciée dans le cadre de cette typologie. Ainsi, plus la norme qui consacre et protège un droit ou une liberté est élevée dans la hiérarchie des normes, plus le droit ou la liberté en question sera considérée comme importante. Et inversement.

L'étude des droits et libertés par le prisme de cette typologie implique une approche centrée sur un ordre juridique en particulier. Il convient alors de se concentrer sur l'ordre juridique français. Ainsi, en France, le texte le plus élevé de la hiérarchie des normes est la Constitution et son bloc de constitutionnalité. Les droits consacrés par ces textes seraient alors les plus importants (dignité, liberté, propriété, sûreté, résistance à l'oppression, etc.).

Cette typologie est toutefois critiquable, d'une part parce qu'elle manque à la valeur et à l'intention philosophique qui fonde ces droits et libertés, et d'autre part parce que le sens de cette typologie s'atténue face à la reconnaissance dans l'ordre juridique interne, parfois au plus haut niveau, de droits et libertés consacrés par des conventions régionales ou internationales, ou par la jurisprudence européenne.

IV) La typologie chronologique

La typologie la plus moderne distingue les droits et libertés selon leur apparition chronologique. Cette typologie s'inscrit dans une approche historique des droits et des libertés, qui permet de comprendre le contexte historique dans lequel s'inscrit chaque évolution dans la consécration et la protection des droits et des libertés qui fondent notre société.

Quatre générations de droits et de libertés peuvent alors se distinguer.

La première génération correspond à la période postrévolutionnaire. Cette première génération de droits et de libertés se matérialise au sein de la Déclaration des droits de

l'Homme et du citoyen de 1789, qui proclame les droits civils et politiques énumérées plus tôt dans ce fascicule (droit à la propriété, à la sûreté, résistance à l'oppression etc.). Pour rappel, plus récemment, ces droits civils et politiques ont été consacrés à l'international au sein du Pacte international des droits civils et politiques (1966) et ont désormais valeur constitutionnelle depuis que la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est incluse dans le bloc de constitutionnalité.

La deuxième génération de droits et de libertés correspond aux droits économiques et sociaux proclamés par la Constitution de 1848, puis par la Constitution de 1946 et son préambule. Ils ont été évoqués dès la Révolution industrielle puis consacrés et développés dès la fin de la seconde guerre mondiale. Il s'agit des droits-créances, les « droits à », c'est-à-dire ces droits qui impliquent une action de la puissance publique pour leur mise en œuvre. L'État est débiteur de ces droits, le sujet de droit en est le créancier. Ces droits sont notamment les droits des travailleurs, le droit aux loisirs, etc.

La troisième génération de droits et de libertés concerne plus le collectif que l'individu, et correspond au développement de la solidarité sociale. Elle garantit des droits à l'échelle collective, au stade du groupe. Ces droits de troisième génération sont notamment le droit à la paix, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le droit au développement, etc. Ils sont essentiellement consacrés par des textes régionaux ou internationaux et son concomitant du développement des droits sociaux dont le régime ne varie que très peu, et aboutit d'ailleurs à la consécration des droits culturels.

Enfin, la quatrième génération de droits et de libertés est en débat quant à sa nature et à sa portée encore imprécise. En effet, cette quatrième génération inclurait les droits liés au développement des technologies, nouvelles technologies et biotechnologies, mais aussi les droits liés aux questions de bioéthiques ou du développement du numérique.

Chapitre 4 : Quelques éléments philosophique et historique

Il est à mon sens important que vous maîtrisiez quelques éléments philosophique et historique à propos de la reconnaissance des droits et libertés, afin que vous puissiez mettre en tension les limites qui tentent d'être posées (ou sont posées) aujourd'hui par l'État, au regard de l'intention au moment de leur consécration. En effet, lorsqu'on limite une liberté, il est important de s'interroger afin de savoir si on ne va pas justement à l'encontre de la philosophie de ce qui est originellement fondamental pour notre société.

I) Les fondements philosophiques des droits et des libertés

Parce que l'Homme précède le pouvoir, et « Que les gouvernements, celui d'aujourd'hui comme les autres, n'aiment pas la liberté, n'est pas nouveau »⁸, l'Homme s'est organisé en État de droit, par aboutissement de cinq réflexions philosophiques que le professeur Xavier Bioy développe parfaitement dans son manuel « Droits fondamentaux et libertés publiques »⁹.

Ces cinq courants philosophiques sont :

- L'humanisme
- Le subjectivisme
- L'individualisme
- Le Jusnaturalisme moderne
- Le libéralisme

A) L'humanisme

Le terme d'humanisme est aujourd'hui entré dans le langage courant comme une certaine forme d'altruisme et de bienveillance. Pourtant à l'origine, l'humanisme est un mouvement littéraire et artistique né à la Renaissance. Le mot "humanisme" a une origine étymologique latine : "*humanitas*", qui désigne l'étude des langues anciennes que sont le latin et le grec. Ainsi, l'humanisme est un mouvement intellectuel qui s'épanouit surtout dans l'Europe du XVI^{ème} siècle et qui tire ses méthodes et sa philosophie de l'étude des textes antiques.

Plus concrètement, l'humanisme est une philosophie qui place l'Homme et les valeurs humaines au-dessus de toutes les autres valeurs.

Les droits de l'Homme se fondent sur l'idée que ces droits sont ceux de tous les êtres humains, parce qu'ils appartiennent à la même race : humaine. Ces droits et libertés ont une valeur morale et philosophique supérieure. Les Humains ont plus de valeur que les autres races sur Terre, quand bien même tout être a une valeur particulière. Avant même la renaissance, l'Humanisme a une origine religieuse, la philosophie humaniste vient du Livre. Le polythéisme est une forme d'animisme. L'humanisme commence à partir du moment où un seul Dieu parle aux Hommes, nous choisit comme interlocuteur, et nous a fait à son image. Les lettres de Saint Paul démocratisent cette idée selon laquelle nous sommes tous égaux face aux droits et libertés auxquels nous avons droit parce qu'humains, lorsqu'il écrit « *on est tous enfants de Dieu* ». Cette lettre participe à la démocratisation de l'humanisme. La symbolique religieuse se poursuit dans l'apparence. Ainsi, nous sommes faits à l'image de Dieu, et à ce titre nous

⁸ François Sureau, « Sans la liberté », Editions Tracts Gallimard

⁹ Xavier Bioy, « Droits fondamentaux et libertés publiques », 6^{ème} édition, LGDJ

méritons tous une protection et un respect notamment pas la reconnaissance à tout un chacun de droits et de libertés inhérents à la qualité humaine.

B) Le subjectivisme

Le subjectivisme est une théorie qui s'oppose à l'objectivisme en ce qu'elle ramène l'existence à celle du sujet, de la pensée. Cette philosophie permet de privilégier le sujet plutôt qu'une appréciation purement objective et détaché du sujet de droit.

Cette philosophie subjectiviste part d'un principe simple : si l'on est humain, il faut être un sujet. Qui dit subjectivisme, dit sujet. Cette philosophie s'inscrit donc en rupture avec la représentation antique purement positiviste. Cette théorie positiviste tend à se représenter le monde indépendamment du sujet de droit (ex : le christianisme est une vision positiviste).

Le subjectivisme dit que rien n'existe sans ce qui fait de moi un sujet de droit : ma conscience. Parmi les protagonistes de ce mouvement philosophique, il est possible de citer Saint Jean Duns Scott qui considérait que les connaissances humaines ne sont que celles dont j'ai conscience en tant que sujet. Les Hommes sont ainsi limités, la connaissance n'étant que ce que nous arrivons à penser. La connaissance n'est alors qu'une représentation individuelle des choses. Cette conception subjectiviste de Saint Jean Duns Scott se lie au nominalisme de Guillaume d'Occam qui considère qu'on ne connaît les choses que par le nom qu'on leur donne, par convention.

C) L'individualisme

L'individualisme est une conception philosophique, politique, sociale et morale qui prend les droits, les intérêts et la valeur de l'individu comme base de valeurs.

Dans cette conception philosophique seul l'individu est connaissable mais c'est aussi la seule valeur. L'autonomie de l'individu règne et la valeur finale de la société, c'est l'individu. Cette philosophie inspire l'idée même de République selon M. Gauchet : « *faire de l'individu un porteur d'intérêt* ». Ainsi, la République, c'est gouverner dans l'intérêt de tous les individus.

Attention à ne pas confondre subjectivisme et individualisme : le subjectivisme est la philosophie qui tend à considérer la réalité au regard de ce qui peut se penser à l'échelle du sujet, plutôt que manière purement objective. L'individualisme tend à faire de l'individu, un curseur de la réflexion juridique et sociétale, en faisant de l'individu la finalité de la société.

D) Le jusnaturalisme moderne

Le jusnaturalisme moderne est la philosophie du droit naturel moderne. Cette philosophie prend la forme du contractualisme (droit naturel produit par le contrat social). Cette philosophie des droits de l'Homme est ainsi fondée sur l'idée que l'individu a conclu un contrat

avec la société pour sa sécurité, son bonheur. Il accepte ainsi de se soumettre à des restrictions en contrepartie d'une garantie des droits et libertés. Ce droit naturel moderne fait de la raison le moteur de la société.

Il convient alors de distinguer entre une contractualisation horizontale et verticale. Dans le contrat vertical, l'individu est considéré comme étant, de fait, inclus dans la société et donc dans le contrat social. Cette philosophie considère que le contractualisme est la meilleure façon de mettre l'individu au centre de la société. La plupart des contractualistes sont des contractualistes verticaux (Grotius, Locke, Rousseau). Il existe un autre contractualisme, le contractualisme horizontal, dont l'un des adeptes les plus connus est Thomas Hobbes, qui considère que l'individu n'est pas obligé de rentrer dans un contrat social. L'individu peut alors renoncer à vivre, renoncer à la protection des autres etc. L'individu n'est donc pas de fait inclus dans ce contrat social, il choisit d'y adhérer ou non. Une fois ce contrat accepté, l'individu n'est plus autonome, il abandonne une part de sa liberté au profit de l'unité, de la protection, ce que reflète le Léviathan qui représente le souverain qui garantit nos libertés, mais nous oppriment.

Le point commun du contractualisme horizontal ou vertical, c'est la raison.

E) Le libéralisme

Le libéralisme est une philosophie qui implique que les structures de l'État soient tournées vers les libertés, c'est-à-dire que dans cette conception philosophique, la finalité de l'action politique est la liberté.

Comme le rappelle le professeur Xavier BIOY¹⁰ : « Le libéralisme renvoie autant à un ensemble de courants philosophiques et politiques attachés à la protection des libertés individuelles contre le pouvoir, qu'à une ingénierie institutionnelle, juridique, tendant à limiter le pouvoir pour garantir ces libertés. ». Le libéralisme prévoit ainsi l'existence d'un État restreint pour garantir les libertés.

Cette philosophie souligne donc l'opposition État/Liberté, considérant qu'il faut relativiser l'influence de l'État dans la vie de la société pour garantir les libertés. La difficulté est de trouver la frontière entre action et restriction de l'État, afin de garantir au mieux le respect des libertés, c'est-à-dire que le libéralisme admet l'idée que la liberté ne peut pas être absolue, qu'elle doit dans certaines circonstances exceptionnelles être limitée par l'État, mais les limites posées doivent être proportionnées. Le libéralisme est donc l'idée d'un État fort pour protéger les droits et les libertés, État qui n'admettrait de faiblesses que face au strict nécessaire.

¹⁰ Xavier BIOY, « Droits fondamentaux et libertés publiques », collections « Cours », LGDJ, Lextenso, 6^{ème} édition, 2020

II) Chronologie de la reconnaissance des droits et des libertés

A) *Une consécration progressive et internationale des droits de l'Homme*

Aujourd'hui la majeure partie des pays du monde ont souscrit aux textes fondamentaux de la protection des libertés et des droits fondamentaux, au moins par une signature et une ratification, bien moins par l'application de ces textes fondamentaux.

Les droits de l'Homme se veulent universalistes et inhérents à l'humain et pourtant, les textes qui consacrent les droits de l'Homme et qui ont une valeur normative aujourd'hui sont tous très récents (Ex : Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme de 1950).

En effet, la maturation de ces droits et libertés a été longue, mais ce temps et l'Histoire ont été nécessaires pour que les droits de l'Homme soient consacrés et protégés juridiquement, et ne se conçoivent plus simplement comme une philosophie. Ce temps de la maturation était nécessaire pour que la violation de normes initialement conçues comme philosophiques et morales soit sanctionnée devant les juridictions sur le fondement de textes dont la valeur normative la plus élevée a été reconnue.

La France n'a pas été la première dans la chronologie de la consécration juridique des droits de l'Homme.

C'est le Royaume-Uni qui est le véritable berceau des droits de l'Homme au sens juridique. Ainsi, trois des plus grands textes précurseurs de la consécration des droits de l'Homme sont des textes britanniques : la Magna Carta, la Pétition des droits et l'Habeas Corpus.

Dans un premier temps, le Royaume-Uni a signé en 1215 le premier grand tournant de la consécration juridique des droits de l'Homme, en adoptant la Magna Carta ou « Grande Charte » qui énumère ce qui plus tard allait être considéré comme les droits de l'Homme. Parmi eux figure :

- Le droit de l'Église à ne pas être soumise à l'influence d'un gouvernement,
- Le droit de tous les citoyens libres à posséder et à hériter des biens et à être protégés contre des impôts excessifs,
- Le droit des veuves ayant hérité de propriétés d'être libres de ne pas se remarier,
- Les principes de jugement en bonne et due forme et les principes d'égalité devant la loi
- L'interdiction de la corruption et des abus des officiels.

Aujourd'hui encore la Magna Carta reste largement considérée comme l'un des documents juridiques les plus importants pour le développement de la démocratie moderne, elle a marqué un tournant crucial dans la lutte pour assurer la liberté.

Dans un deuxième temps, le Royaume-Uni a consacré les droits individuels dans le Royaume au sein de la Pétition des droits de 1628. Ce texte a été élaboré en 1628 par le Parlement

anglais et envoyé à Charles I^{er} comme un exposé des libertés civiles. L'une des justifications politique et historique de cette Pétition des droits est le refus par le Parlement de financer la politique étrangère impopulaire du roi. Des arrestations et des emprisonnements arbitraires pour opposition à ces mesures avaient déclenché au Parlement une violente hostilité contre Charles I^{er} et contre George Villiers, premier duc de Buckingham. La Pétition des droits, initiée par Sir Edward Coke, était fondée sur d'anciens statuts et d'anciennes chartes et s'appuyait sur 4 principes :

- Aucune taxe ne peut être levée sans le consentement du Parlement,
- Aucun sujet ne peut être emprisonné sans cause (qui sera réaffirmé par l'habeas corpus),
- Aucun soldat ne peut être cantonné chez l'habitant
- La loi martiale ne peut être utilisée en temps de paix.

Enfin, en 1679, l'Habeas Corpus est adopté sous forme de loi. Ce texte garantit la liberté individuelle et protège de l'arbitraire, elle protège la sûreté, notamment par cette formule : « *Toute personne emprisonnée a le droit d'être présentée à un juge pour qu'il statue sur la validité de l'arrestation.* ».

La consécration textuelle des droits de l'Homme par les britanniques précède donc largement la consécration française de ces mêmes droits.

En effet, en France il a fallu attendre 1789 pour qu'une déclaration des droits de l'Homme et du citoyen voit le jour et dont les premiers mots sont : « *Tous les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.* ». Inspirée de la déclaration de l'indépendance américaine de 1776 et de l'esprit des Lumières, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 marquait le début d'une ère politique nouvelle, qui considère l'importance philosophique des droits et libertés consacrés par la Déclaration, et qui doivent orienter la politique. En effet, la portée de cette Déclaration est longtemps restée symbolique, jusqu'à ce que la V^e République explicite son attachement à elle en la citant dans le préambule de sa constitution, et jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel en reconnaisse la valeur constitutionnelle en 1971¹¹.

Plus tard, en 1948, la déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) est adoptée. Ce texte est fortement inspiré de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) et de la main du français René Cassin.

La DDHC et la DUDH sont deux textes modernes qui traduisent la destinée des droits de l'Homme : devenir universels.

Parmi les États-membres de l'Union européenne, certains ont inscrits ces droits et libertés fondamentaux dans leur Constitution. Ainsi à titre d'illustration, l'Allemagne les a consacrés dans la Loi fondamentale de 1949, l'Italie les a consacrés dans sa Constitution de 1947, l'Espagne les a consacrés dans sa Constitution de 1978.

¹¹ Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, « Liberté d'association », décision n°71-44 DC

À l'échelle européenne deux textes sont importants : la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et la charte des Droits fondamentaux. Ces textes traduisent l'arsenal juridique dont se sont dotés le Conseil de l'Europe et l'Union européenne afin de consacrer et de protéger les droits de l'Homme à l'échelle interétatique européenne.

B) Des droits et libertés reconnus mais méconnus

D'un point de vue purement formel, les droits et libertés dits fondamentaux sont reconnus par la majeure partie des États, au point qu'un universalisme formel pourrait être admis.

Toutefois, force est de constater qu'en dépit d'un apparent consensus international autour des droits et libertés fondamentaux, la question de leur méconnaissance entache leur universalisme désiré.

En effet, comme il l'a été abordé précédemment dans le paragraphe relatif à l'universalisme, les droits de l'Homme sont d'influence occidentale et les différences de vision politique ou encore les différences culturelles peuvent donner lieu à des interprétations différentes de ces droits et libertés dans leur portée et dans leur pratique. Ainsi les relativismes culturels de chaque État est à l'origine d'un relativisme universel de la consécration et de la protection des droits et libertés. Ce relativisme culturel est à l'origine de la qualification des droits de l'Homme en « droits virtuels » par Frédéric Sudre. Ce relativisme impose des différences dans la conception des droits de l'Homme, dans leur interprétation, leur consécration et leur protection. À titre d'illustration, il est possible de citer le refus des États-Unis de ratifier la Convention internationale pour les droits de l'enfant ou encore le traité sur le statut de la Cour pénale internationale.

Selon le référentiel qui est le nôtre, il est aisé de constater des violations graves des droits de l'Homme à l'échelle internationale, que ce soit par des actes ou par le manque de consécration de droits et de libertés.

La question du maintien de l'ordre public est assurément la source principale d'atteinte aux droits et libertés. L'ordre public est un des éléments justifiant une atteinte légitime aux droits et libertés consacrés. La plupart des textes fondamentaux exigent toutefois que l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux justifiée par des considérations d'ordre public soit proportionnée. Et pourtant, force est de constater que l'appréciation du caractère légitime d'une atteinte aux droits et libertés varie selon les États, les cultures et les orientations politiques des pouvoirs. Ainsi, alors qu'en Europe nous sommes encore sous le traumatisme de la seconde guerre mondiale et de la déportation de millions de personnes, en Chine le gouvernement déporte des millions de Ouïghours (minorité ethnique au sein de la population chinoise) au nom de prétendues considérations d'ordre public dont on peut douter qu'ils soient considérés comme « légitimes » par les rédacteurs des textes fondamentaux.

Apparaît alors une deuxième source importante de la méconnaissance de la protection des libertés et des droits fondamentaux : la souveraineté étatique et le principe de non-ingérence. En effet, le principe de souveraineté implique qu'un État n'est subordonné à aucune autre entité et n'est soumis qu'à sa propre volonté. L'État souverain exerce son autorité

suprême sur une population et un territoire donné. La souveraineté signifie donc indépendance, liberté d'organisation interne et capacité à ne pas se voir imposer la volonté des autres (principe de non-ingérence). Ce principe de non-ingérence interdit aux États tiers de s'immiscer dans la gestion d'un État souverain, et interdit par conséquent aux États tiers d'intervenir pour faire cesser des atteintes graves aux droits de l'Homme sur un territoire souverain.

Ce principe de non-ingérence allié à des enjeux économiques majeurs sont aujourd'hui des éléments de méconnaissance des droits de l'Homme, à l'échelle internationale.

Parmi les éléments de méconnaissance des droits de l'Homme, les innovations techniques et technologiques. En effet, et nous y reviendrons dans le cadre de ce fascicule, les nouvelles technologies de communication confrontent nos droits et libertés aux exigences du monde moderne. Le droit évolue bien moins vite que les nouvelles techniques et technologies ce qui laisse de nombreuses problématiques non-résolues, notamment lorsque ces outils de communications deviennent des outils de surveillance, de géolocalisation, de diffusion de fausses informations ou de récupération de données personnelles.

De la même manière, les évolutions scientifiques soulèvent de nombreuses questions d'ordre bioéthiques et déontologiques concernant notamment la gestation pour autrui ou la question du clonage.

Partie 1 : Le système de protection des libertés et des droits fondamentaux

Chapitre 1 : Les sources de la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

L'étude des sources de la protection des libertés et des droits fondamentaux est essentielle. Cette étude des sources n'est pas à appréhender comme une énumération de textes à la portée plus ou moins importante, mais cette étude doit être appréhender comme une démonstration de la formalisation progressive et au plus haut niveau de la hiérarchie des normes d'un système de protection des libertés et des droits fondamentaux.

L'étude des sources de la protection de ces droits et libertés est essentielle en ce que tous les régimes libéraux inscrivent dans leurs Constitutions la garantie des Droits, la séparation des pouvoirs et le but du régime politique. Cette substance de tout État de droit est gravée dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, en ces termes :

« Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. ».

Il résulte de cet article 16 et de cette philosophie libérale, qu'un État de droit se lit dans les sources qu'il consacre et reconnaît.

I) Les sources à l'échelle nationale

À l'échelle nationale, les sources textuelles de la protection des libertés et des droits fondamentaux sont incluses dans le bloc de constitutionnalité, et ont valeur constitutionnelle.

A) *Le corps du texte de la Constitution de 1958*

Le corps même du texte de la Constitution de 1958 ne contient que très peu de libertés et de droits fondamentaux, l'essentiels de ces droits étant consacrés au sein des textes auxquels renvoi le préambule, et qui compose le bloc de constitutionnalité.

Il est toutefois important de relever la lettre de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 qui dispose :

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. »