

Professeur Jean RAKOTOARISON

DROIT DE L'HOMME / M1-DDH

Cours de Droits et Libertés Fondamentales

INTRODUCTION :

« Les droits de l'homme sont une sorte d'armure : ils vous protègent; ce sont aussi des règles qui vous disent comment vous comporter; enfin, ce sont des juges auxquels vous pouvez faire appel. Ils sont abstraits - tout comme les émotions ; et, comme, les émotions, ils appartiennent à tous et existent quoi qu'il arrive.

« Ils sont comme la nature, car ils peuvent être violés; ils sont aussi comme l'esprit, car ils ne peuvent être détruits. Comme le temps, ils nous réservent à tous le même traitement - que nous soyons riches ou pauvres, jeunes ou vieux, blancs ou noirs, grands ou petits.

« Concernant les droits de l'homme, nous pouvons parfois ne pas être d'accord au sujet de leur définition – comme de celle du bien, de la confiance et de la justice ; mais, dans la pratique, nous les reconnaissons sans hésitation.

Les droits fondamentaux (parfois **libertés fondamentales**) sont un ensemble de **droits** et **libertés** ayant un caractère essentiel pour l'individu ; ils sont en principe assurés dans un État de **droit** et une **démocratie**. Ils comprennent en partie **les droits** de l'homme au sens large.

(WikiP)

Ces **droits** sont la **liberté**, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. 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**.

CHAPITRE 1 : HISTORIQUES ET SES DIMENSIONS

SECTION 1.- L'APPARITION DES NOTIONS DE LIBERTÉS PUBLIQUES ET DE DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

Les libertés apparaissent au Moyen Âge avec le système de chartes (Magna Carta, petition of rights, bill of rights)

A.- UNE HISTOIRE TRES ANCIENNE

L'idée selon laquelle les hommes possèdent des droits **inhérents** est ancrée dans beaucoup de cultures et traditions anciennes. Mains exemples de guides vénérés et de code d'usages influents

confirment que les valeurs contenues dans les droits de l'homme ne sont ni une « invention occidentale », ni une avancée du 20ème siècle. Les droits de l'homme sont une réponse aux besoins humains universels et à la quête de justice. Toutes les sociétés humaines ont des idéaux et des systèmes qui permettent de garantir la justice, que ce soit dans la tradition orale ou écrite, même si toutes ces traditions n'ont pas survécu.

Le code d'Hammourabi en Babylone (Irak, environ 2000 av. J.-C.) fut le premier code juridique écrit, à l'instigation du Roi de Babylone. Il était destiné « à faire régner la justice dans le royaume, à détruire les mauvais et les violents, à empêcher les forts d'opprimer les faibles... à illuminer le pays et à promouvoir le bien-être du peuple ».

Il a été rapporté qu'un pharaon de l'Egypte ancienne (environ 2000 av. J.-C.), lorsque un pétitionnaire arrivait de Haute ou de Basse Egypte, demandait à ses subordonnés de s'assurer que tout soit fait selon la loi et dans le respect des coutumes, et que le droit de chacun soit respecté.

La Charte de Cyrus (Iran, environ 570 av. J.-C.), rédigée par le Roi de Perse pour le peuple de son Royaume, reconnaissait les droits à la liberté, à la sécurité, à la tolérance religieuse, à la liberté de mouvement, l'interdiction de l'esclavage, ainsi que certains droits économiques et sociaux.

Au cœur des enseignements de Confucius (environ 500 av. J.-C.) se trouve le concept de **Ren** (la bienveillance) ou de compassion et

d'amour de l'autre. Confucius disait, « Ce que tu ne veux pas que l'on te fasse, ne le fais pas aux autres ». Le Dr Peng-chun Chang, expert chinois du confucianisme qui a joué un rôle de premier plan dans la rédaction de la DUDH (voir section 5.6.1 ci-après), était convaincu que le confucianisme était à l'origine de l'idée de droits de l'homme.

L'Imâm Ali ibn el Hussein a rédigé l'Epître des droits au début du 8e siècle apr. J.-C. A notre connaissance, cette lettre est le premier document à énoncer les droits fondamentaux tels qu'ils étaient conçus à l'époque, et la première tentative pour ne pas les approcher dans leur dimension négative. L'Epître répertorie méthodologiquement 50 de ces droits, dont l'esprit a été repris dans les premiers préceptes islamiques.

La Charte du Mandé (1222 apr. J.-C) et la Charte de Kurukan Fuga (1236 apr. J.-C), basées sur la codification des traditions orales d'Afrique occidentale, défendent des principes comme la décentralisation, la protection de l'environnement, les droits de l'homme et la diversité culturelle.

Une personne est une personne à travers d'autres personnes. La vision africaine du monde, l'Ubuntu, restitue l'essence de la signification de l'être humain. L'Ubuntu met l'accent sur le respect de l'ensemble des membres de la communauté, l'hospitalité et la générosité.

Le concept d'Ubuntu se résume dans cette phrase : « une personne est une personne à travers d'autres personnes ». Ce concept a des implications profondes pour les droits de l'homme.

Si nous sommes humains par le biais des autres, alors en privant les autres d'humanité, nous nous déshumanisons également – d'où la nécessité de promouvoir les droits d'autrui, de donner et de recevoir le pardon et de respecter les droits de l'homme des autres.

B.- L'EVOLUTION DES DROITS ET LIBERTES MARQUEE PAR L'OPPOSITION AU POUVOIR NATIONAL (DU 13^E AU 18^E SIECLE)

L'évolution de l'idée de droits de l'homme universels a ses fondements dans les notions de dignité et de respect qu'ont promu de nombreuses civilisations dans le monde au cours des siècles. Toutefois, il faudra encore bien des générations pour que ces notions s'imposent dans le droit. Nous puisions souvent dans l'histoire pour légitimer la notion de droits. Nul doute que, grâce à une connaissance plus exhaustive de l'histoire, nous découvrirons qu'elle a également joué un rôle en faveur de la légitimation des droits dans d'autres cultures.

En 1215, les membres du clergé et les nobles britanniques contraignent le roi d'Angleterre à respecter la loi en rédigeant une Grande Charte des libertés (Magna Carta). Mais la Magna Carta ne protégeait que les droits des privilégiés (nobles) et, de ce fait, n'est pas un instrument de droits de l'homme. Pour autant, elle deviendra un document de référence en matière de défense des libertés parce qu'elle représentait une limite au pouvoir du roi et la reconnaissance des droits et libertés des autres.

« Une déclaration des droits, ce sont les prérogatives dont sont titulaires les individus envers tout gouvernement de la planète, en général ou de façon spécifique, et qu'aucun gouvernement juste ne devrait refuser de reconnaître ». *Thomas Jefferson, 1787*

En 1689, le Parlement d'Angleterre vote une loi qu'il ne tolérera plus d'ingérence royale dans ses affaires. Cette loi, connue sous le nom de Déclaration des Droits, interdisait au monarque de suspendre l'application de la loi sans le consentement du Parlement, prévoyait l'élection libre des membres du Parlement et affirmait que la liberté d'expression dans le cadre du Parlement ne pouvait être remise en cause par aucun tribunal.

Pour beaucoup, Hugo de Groot (1583–1645) est à l'origine du droit international. Son ouvrage *On the laws of war and peace* propose un système de principes généraux basés sur le « droit naturel » qui, selon lui, devait s'imposer à toutes les nations, quels que soient les coutumes et les droits locaux. Au cours des 17e et 18e siècles en Europe, plusieurs philosophes ont affiné encore le concept de « droits naturels ».

John Locke (1689) a élaboré une théorie selon laquelle tout être humain possède certains droits qui lui viennent de sa propre nature et non de son gouvernement ou de ses lois. La légitimité du gouvernement, en fait, reposait sur le respect qu'il assurait à ces droits naturels.

L'idée que ces droits naturels devaient garantir aux individus

certaines protections juridiques a été de plus en plus largement acceptée et progressivement traduite dans les constitutions de quelques pays. Les droits de l'homme reformuleront cette idée et affirmeront cette même relation entre le gouvernement et ses citoyens.

En 1776, la plupart des colonies britanniques d'Amérique du Nord ont proclamé leur indépendance à l'égard de l'Empire britannique dans le cadre de la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis. Cette déclaration reposait largement sur les théories des "droits naturels" de Locke et Montesquieu. Basée sur la conviction que contenir le pouvoir du gouvernement et protéger les libertés était essentiel, la Déclaration a permis de promouvoir diverses notions, et notamment : le caractère inaliénable des droits, la protection des droits individuels, la liberté d'expression, de la presse, de pétition et d'association, le respect de la vie privée, l'Etat de droit, l'égalité devant la loi et la liberté de culte.

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. » *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789. France*

En 1789, les Français renversent leur monarchie et instituent la Première République française. La Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, fruit de la révolution, a été rédigée par des représentants du clergé, des nobles et des roturiers pour donner forme aux réflexions des chefs de file de la Lumière, tels que Voltaire,

Montesquieu, les encyclopédistes et Rousseau.

Elle s'en prenait au système juridique et politique de la monarchie et définissait les droits naturels de l'homme comme « la liberté, la propriété, la sécurité et le droit de résister à l'oppression ». Elle a remplacé le système des priviléges aristocratiques en vigueur sous la monarchie par le principe de l'égalité devant la loi. Ces notions égalitaires et le concept théorique de droits égaux, toutefois, ont mis du temps à prendre forme dans la réalité. La société était alors profondément inégale, et la mise en œuvre de la Déclaration prendra des générations.

« Les hommes étant... par nature libres, égaux et indépendants... aucun individu ne peut... être soumis au pouvoir politique d'un autre sans son consentement. »

John Locke

C.- LES PREMIERES CONVENTIONS INTERNATIONALES : ESCLAVAGE ET TRAVAIL

Aux 19^e et 20^e siècles, plusieurs droits de l'homme sont venus au devant de la scène, alimentant des débats au niveau international dans un premier temps sur les questions d'esclavage, de servitude, de conditions de travail et de travail des enfants. C'est à cette

époque qu'ont été adoptés les premiers traités internationaux en matière de droits de l'homme. Bien qu'offrant indubitablement des protections utiles, de tels pactes reposaient sur un engagement mutuel entre Etats. Il y a là un contraste fort avec les conventions actuelles en matière de droits de l'homme, qui contiennent des obligations qui s'imposent directement aux détenteurs de droits individuels.

L'esclavage est devenu illégal en France et en Angleterre au début du 19^e siècle et, en 1814, les gouvernements français et britannique ont signé le Traité de Paris dans le but de coopérer à la suppression du trafic d'esclaves. Lors de la Conférence de Bruxelles, en 1890, une loi contre l'esclavage a été signée; elle sera ratifiée par dix-huit Etats. Ce texte a affirmé l'intention de mettre un terme à la traite des esclaves africains.

« Mieux vaut être libre et mourir de faim qu'être un esclave bien nourri ». *Esope*

Mais, toutefois, il ne traitait pas du travail forcé et des conditions de travail inhumaines. Même la Convention relative à l'esclavage de 1926, qui devait abolir l'esclavage sous toutes ses formes, n'a pas eu d'impact sur les pratiques en vigueur en matière de travail forcé avant les années 1940.

La création de l'Organisation internationale du travail (OIT) en 1919 reflétait la croyance qu'une paix universelle et durable ne pouvait être réalisée que sur la base de la justice sociale. L'OIT a élaboré un système de normes internationales du travail qui défend un travail décent et productif, la liberté, l'équité, la sécurité et la dignité.

Entre autres domaines de travail, l'OIT s'est engagée dans la lutte contre le travail des enfants, en particulier dans ses pires formes. A ce jour, elle a mené plusieurs actions en la matière, dont la promotion

de plusieurs traités internationaux relatifs au travail des enfants et notamment sa Convention n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et sa Convention n° 138 concernant l'âge minimal d'admission à l'emploi.

Entre 1899 et 1977, plusieurs traités fondamentaux dans le domaine du droit humanitaire international ont été adoptés, ouvrant un autre domaine de coopération entre les nations. Le droit humanitaire international réglemente le déroulement des conflits armés. Les droits de l'homme peuvent bien évidemment s'appliquer parallèlement au droit humanitaire international dans de nombreux domaines, par exemple concernant le traitement des prisonniers. Toutefois, le droit humanitaire international couvre de façon plus spécifique et détaillée de nombreuses autres préoccupations en temps de conflit, et notamment en relation aux armes et tactiques militaires qu'il est permis d'utiliser.

Question: A votre avis, pourquoi le besoin de conventions internationales s'est-il fait ressentir, alors que les pays auraient pu, chacun de leur côté, définir leurs propres normes ?

SECTION 2 : LES EVOLUTIONS DU 20^e SIECLE ET LES CATEGORIES DU MONDE CONTEMPORAIN

A.- L'évolution au 20^e siècle

« Les guerres continueront tant qu'il (l'homme) n'aura pas constaté que la nature humaine est identique à n'importe quel endroit de la terre ». *Pierre Daco, psychologue*

L'idée consistant à protéger juridiquement les droits de l'homme des abus du pouvoir central a commencé à être plus largement acceptée au 20e siècle, notamment avec la création de la Ligue des Nations et l'Organisation internationale du travail, et leur action en faveur du droit des minorités, sur le travail et d'autres questions. Certains Etats avaient même déjà reconnu l'importance de codifier ces droits sous forme écrite. C'est ainsi que les documents précités sont devenus les précurseurs de nombreuses conventions sur les droits de l'homme aujourd'hui en vigueur.

Certains Etats avaient même déjà reconnu l'importance de codifier ces droits sous forme écrite. C'est ainsi que les documents précités sont devenus les précurseurs de nombreuses conventions sur les droits de l'homme aujourd'hui en vigueur. Pourtant, ce sont les événements de la Deuxième Guerre mondiale qui ont propulsé les droits de l'homme sur la scène internationale. Les terribles atrocités commises pendant la seconde guerre mondiale, dont l'Holocauste et les nombreux crimes de guerre, ont favorisé l'émergence d'un autre arsenal de droit international et, surtout, la formulation des droits de l'homme tels que nous les connaissons aujourd'hui.

La Charte des Nations Unies, signée le 26 juin 1945, reflète cette conviction. Cette charte stipule que l'objectif fondamental des Nations Unies est de « préserver les générations futures du fléau de la guerre » et de « proclamer à nouveau sa foi dans les droits

fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes ».

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) a été rédigée par la Commission des droits de l'homme, organe des Nations Unies, et adoptée par son Assemblée générale le 10 décembre 1948. La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) a été rédigée par la Commission des droits de l'homme, organe des Nations Unies, et adoptée par son Assemblée générale le 10 décembre 1948. La DUDH, indubitablement avant-gardiste, reste l'instrument international de droits de l'homme le plus important.

Même si elle n'a pas été conçue pour être juridiquement contraignante, elle a inspiré quantité d'engagements envers les droits de l'homme aux niveaux tant national, régional, qu'international. Depuis, plusieurs instruments clés visant à sauvegarder ces principes ont été institués et acceptés par la communauté internationale. La suite de ce chapitre apporte de plus amples informations sur certaines de ces conventions internationales, ainsi que des données sur la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- Au singulier : Révolution française : recouvrant :
 - les droits liés à la liberté d'expression, réunion
 - les droits des citoyens (Déclaration montagnarde 1793 art 9)

Au pluriel : constitution du 14/01/1852, art 25 :

Le sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques.

Pendant la III ième République : naissance de la « tradition républicaine des libertés publiques »

Les libertés publiques n'ont d'existence qu'avec l'intervention du législateur.

• CE avis 13/081847 : 2 catégories :

- les libertés individuelles (sûreté, libertés corporelles)

- les libertés d'action collective (réunion, association)

B.- Les catégories de droits et libertés de l'homme dans le monde contemporain

1.- Catégories selon l'espace territorial

Après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, plusieurs régions du monde ont établi leurs propres systèmes, parallèlement à celui des Nations Unies, pour protéger les droits de l'homme.

A ce jour, il existe des institutions régionales en Europe, en Amérique et en Afrique.

Dans le monde arabe et au sein de l'Association des nations de l'Asie

du Sud-est (ANASE ou ASEAN), des initiatives ont été lancées pour institutionnaliser des normes régionales en matière de droits de l'homme.

Néanmoins, la plupart des pays de cette région ont ratifié les principaux traités et conventions de l'ONU – signifiant ce faisant leur adhésion à leurs principes généraux et se soumettant ainsi volontairement au droit international en matière de droits de l'homme.

En Europe, le Conseil de l'Europe, véritable gardien des droits de l'homme sur le continent, défend divers mécanismes et normes en matière de droits de l'homme. Son rôle, notamment par le biais de la Convention européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, sera précisé ultérieurement.

Parallèlement au Conseil de l'Europe, l'Union européenne et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) jouent également des rôles importants.

L'Union européenne

L'engagement de l'Union européenne envers la protection des droits de l'homme a bénéficié de l'impulsion venue de l'adoption du Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, qui a donné son plein effet juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Charte, qui reconnaît un ensemble de droits civils, politiques, économiques et sociaux, exige des Etats membres et de l'Union européenne elle-même qu'ils défendent ces droits.

La Cour de justice de l'Union européenne peut déclarer inconstitutionnelle toute législation de l'Union européenne qui va à

l'encontre de la Charte et se charge d'examiner la conformité du droit de l'UE tel que mis en œuvre par les Etats membres – bien que son application au quotidien soit du ressort des tribunaux nationaux.

La Charte classe les droits en six catégories ou « chapitres » : dignité, liberté, égalité, solidarité, droits des citoyens et justice.

- . Le chapitre « dignité » garantit le droit à la vie et interdit la torture, l'esclavage et la peine de mort ;
- . La « liberté » inclut le droit à la vie privée, au mariage, à la pensée, la liberté d'expression et de réunion, le droit à l'éducation et au travail, le droit de propriété et d'asile ;
- . L'« égalité » couvre les droits des enfants et des plus âgés ;
- . La « solidarité » protège les droits sociaux et des travailleurs, le droit à des conditions de travail justes, la protection contre tout licenciement injustifié et l'accès aux soins de santé ;
- . Les « droits des citoyens » incluent le droit de vote et de liberté de circulation ;
- . Tandis que la « justice » englobe des droits comme le droit à un recours effectif, à un jugement équitable et à la présomption d'innocence.

L'Agence européenne des droits fondamentaux (FRA) et une instance experte qui collecte des données concernant la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et fournit des conseils et des informations sur la façon d'améliorer la situation. Elle ne joue pas un rôle de suivi, mais coopère avec les institutions pertinentes en matière de conseil dans l'objectif d'un exercice amélioré des droits fondamentaux.

L'OSCE <http://www.osce.org/odihr>

L'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) regroupe 56 Etats d'Europe, d'Asie centrale et d'Amérique du nord. Si elle n'est pas spécifiquement dédiée à la protection des droits de l'homme, son approche globale de la sécurité lui permet de couvrir un large éventail de questions, dont les droits de l'homme, les minorités nationales, la démocratisation, les stratégies de maintien de l'ordre, la lutte contre le terrorisme et les activités économiques et environnementales.

L'action de l'OSCE dans le domaine des droits de l'homme est conduite par le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH). Basé à Varsovie, le BIDDH intervient sur toute la zone couverte par l'OSCE dans les domaines de l'observation des élections, du développement démocratique, des droits de l'homme, de la tolérance et de la non-discrimination, et de l'Etat de droit.

Ses activités en direction des jeunes englobent l'éducation aux droits de l'homme, la lutte contre l'antisémitisme et l'islamophobie.

L'Organisation des Etats Américains

Dans la région interaméricaine, les mécanismes et normes en matière de droits de l'homme sont issus de la Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'Homme de 1948 et de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969. Des instruments

spécifiques ont également été adoptés concernant les réfugiés, la prévention de la torture et la sanction en cas de torture, l'abolition de la peine de mort, les disparitions, la violence contre les femmes, l'environnement et d'autres questions.

L'Union africaine

La Charte africaine des droits des hommes et des peuples est entrée en vigueur en octobre 1986 et, en 2007, avait été ratifiée par 53 Etats. Cette charte est intéressante eu égard aux différences qu'elle présente par rapport aux autres traités adoptés de par le monde.

L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible.

Déclaration universelle des droits de l'homme

- A la différence des conventions européennes ou américaines, la Charte africaine regroupe dans un même texte les droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que les droits civils et politiques.
- La Charte africaine va au-delà des droits individuels, en ce qu'elle prévoit des droits collectifs pour les peuples.
- La Charte africaine reconnaît en outre que les individus ont des devoirs, parallèlement à leurs droits, et énonce les droits spécifiques des individus à l'égard de leurs familles, de la société, de l'Etat et de la communauté internationale.

La Charte arabe des droits de l'homme

La Commission permanente arabe pour les droits de l'homme fonctionne depuis 1968, mais avec des pouvoirs très spécifiques et restreints concernant la promotion des droits de l'homme. Une Charte arabe des droits de l'homme révisée a été adoptée par la Ligue des Etats arabes en 2004 et est entrée en vigueur en 2008.

Ce document reconnaît des droits économiques et sociaux et des droits civils et politiques, et fait référence à la « civilisation commune » que partagent les Etats arabes.

L'entrée en vigueur de la Charte et de ses mécanismes de suivi – la Commission permanente arabe pour les droits de l'homme et la Sous-commission des droits de l'homme – a été accueillie comme un signe encourageant du progrès des droits de l'homme dans la région.

Toutefois, la Charte a aussi fait l'objet de vives critiques faute d'interdire les punitions cruelles, parce qu'elle garantit les droits économiques et sociaux aux seuls citoyens, subordonne certains droits à la charia islamique, autorise l'application de la peine de mort aux enfants si la législation nationale le prévoit et accepte des restrictions à la liberté de pensée, de conscience et de culte si la loi en dispose ainsi.

ANASE

Des efforts ont été déployés dans la région de l'ANASE pour veiller à

ce que cette instance régionale honore son engagement de 2009, à savoir la création de la Commission intergouvernementale des droits de l'homme de l'ANASE. En vertu de son mandat de 2009, cette Commission doit veiller au respect des principes internationaux des droits humains – y compris l'universalité, l'indivisibilité, l'interdépendance et l'interrelation de tous les droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'impartialité, l'objectivité, la non-sélectivité et la non-discrimination –, et éviter toute partialité et toute politisation.

Fin de la seconde guerre mondiale : prise de conscience de la faillibilité du législateur

(Nazisme et fascisme : bras armé de l'exécutif dans la mise en œuvre de politique raciale et discriminatoire).

Constitutions nationales : loi fondamentale allemande de 1949.

CJCE : principes libéraux communs aux systèmes juridiques des différents Etats membres.

Droit interne : apparition par C°C° 22/01/90 Egalité entre français et étrangers.

Loi 30/06/00 : création du référé liberté (L 521-2 CJA) à le CE doit faire sienne de la notion de droits et libertés fondamentaux.

2.- Catégories par contenu notionnel sensiblement différent

2.1.- Classification bipartite Libertés individuelles / libertés

collectives

2.2.- classification tripartite Libertés physiques à corps humain (droit de la personne) Libertés intellectuelles à (enseignement, presse, association) Libertés sociales et économiques à droit de grève, droit de propriété.

2.3.- classification quadripartite

- a) droits de la personne Droits des individus face à la puissance publique sur qui pèse une obligation négative ou d'abstention. Ex : libertés physiques et prérogatives liées au respect de la personnalité.
- b) libertés publiques stricto sensu Liberté d'opinion et de conscience offrant le libre choix de croyances philosophiques et religieuses. Ex : liberté d'enseignement, de presse, association, etc.
- c) droits économiques et sociaux Droit syndical, de grève, instruction, emploi, repos. L'Etat a une obligation positive : protecteur de ces droits.
- d) libertés économiques Droit de propriété, commerce et industrie, contractuelle, travail.

2.4.- Des droits de valeur et bénéficiant de protections

différentes libertés publiques libertés et droits fondamentaux valeur législative supra-législative s'imposent au pouvoir exécutif pouvoir exécutif et législatif juge gardien juge ordinaire juge constitutionnel et international

CHAPITRE II : LES PROBLEMATIQUES DES DROITS DE L'HOMME

SECTION 1.- LES DILEMMES DES DROITS DE L'HOMME OU LE PARADOXE ACTEURS-ORATEURS ET ACTEURS-OPERATIONNELS

Faire valoir ses droits, c'est être confronté à toutes sortes d'obstacles.

Premièrement, certains gouvernements, partis politiques ou leurs candidats, mais aussi des acteurs économiques et sociaux et de la société civile emploient le langage des droits de l'homme sans engagement envers les objectifs qui leur sont inhérents. Parfois, cela peut s'expliquer par une médiocre compréhension de ce qu'appellent les normes en matière de droits de l'homme ; d'autres fois, cette utilisation abusive vient de la volonté de faire croire au monde entier que l'on respecte les droits de l'homme pour donner une bonne image de soi.

Deuxièmement, des gouvernements, des partis politiques ou leurs candidats, ou encore les acteurs de la société civile critiquent les violations des droits de l'homme lorsqu'elles sont commises par d'autres alors qu'eux-mêmes négligent de défendre les normes qui vont de pair avec ces droits ; cette tendance à pratiquer la « double norme » suscite souvent la critique.

Troisièmement, il arrive que, au nom de la protection des droits des

autres, les droits de l'homme fassent l'objet de restrictions – qui, bien évidemment, peuvent être légitimes ; car les droits ne sont pas sans limite, et les exercer ne doit pas se faire au détriment des droits d'autrui. Pour autant, nous devons veiller à ce que « la protection des droits des autres » ne soit pas une fausse excuse aux limites imposées. Une société civile engagée et une justice indépendante sont donc indispensables à l'exercice d'un contrôle en la matière.

Quatrièmement, protéger les droits d'un groupe peut parfois impliquer de restreindre les droits des autres – ce qui n'a rien à voir avec l'exemple précédent. L'appréciation de ces cas de figure n'est d'ailleurs pas facile.

SECTION 2.- LES CONFLITS DE DROITS OU LE PARADOXE DE LA DISPONIBILITE SUR LA DISTRIBUTIVITE

Néanmoins, des « conflits de droits » se produisent parfois, que ce soit entre des droits spécifiques ou entre les mêmes droits de personnes différentes.

Par exemple, lorsque deux patients ont besoin d'une transplantation cardiaque pour survivre alors qu'un seul cœur est disponible, le droit à la vie de l'un des patients est en conflit avec le même droit de l'autre.

Un autre exemple est celui de l'euthanasie, où le droit à la vie de la personne s'oppose à son droit de mourir ou de ne pas subir de traitement dégradant ; là, ce sont deux droits d'une même personne qui sont en conflit.

Une troisième situation est celle où différents droits de différentes personnes divergent, comme ce fut le cas dans l'affaire Communauté juive d'Oslo et autres c. Norvège présentée au Comité des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

En 2000, un groupe répondant au nom de « Bootboys » avait défilé en l'honneur du dirigeant nazi Rudolf Hess. Devant les participants vêtus d'uniformes « semi-militaires », le chef de file de la manifestation, M. Terje Sjolie, avait prononcé un discours antisémite auquel la foule avait répondu par des saluts nazis répétés, aux cris de « Sieg Heil ».

Dans cette affaire, un conflit opposait le droit à la liberté d'expression de M. Sjolie et le droit de la communauté juive à ne pas faire l'objet de discrimination. En l'espèce, le Comité a estimé que les propos de M. Sjolie contenaient des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciales, et que ces déclarations manifestement agressives n'étaient pas protégées par le droit à la liberté d'expression.

SECTION 3.- LES TRADITIONS CULTURELLES AVEC DES PRATIQUES TRADITIONNELLES PREJUDICIALES

Il semble de plus en plus évident que les mutilations génitales féminines, les crimes d'honneur, les mariages forcés et d'autres pratiques se poursuivront tant que les femmes ne seront pas considérées comme des personnes participant de façon pleine et entière à la vie sociale, économique, culturelle et politique de leurs

communautés. *Halima Embarek Warzazi*¹

Les pratiques culturelles coutumières reflètent les valeurs et les croyances des membres d'une communauté durant des périodes qui s'étendent sur plusieurs générations. Tout groupe social dans le monde a ses pratiques et croyances culturelles coutumières qui lui sont propres ; certaines sont bénéfiques à l'ensemble des membres du groupe, tandis que d'autres sont préjudiciables à une catégorie spécifique, les femmes par exemple. Ces pratiques traditionnelles préjudiciables incluent : les mutilations génitales féminines (MGF), le gavage des femmes, le mariage précoce, les pratiques et tabous pour contrôler la fertilité des femmes, les tabous alimentaires, les pratiques obstétricales traditionnelles, la préférence des garçons et son implication sur le statut des fillettes, l'infanticide féminin, les grossesses précoces et la dot. Bien que ces pratiques soient néfastes et qu'elles violent le droit international en matière de droits de l'homme, elles perdurent faute de remise en question et à cause de l'aura de moralité qu'elles ont aux yeux des personnes qui les exercent.

Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies

Les pratiques qui nuisent à la santé des femmes et des enfants et bafouent les normes internationales en matière de droits de l'homme sont généralement dites « pratiques traditionnelles préjudiciables ». Toutes les pratiques traditionnelles ne font pas partie de cette catégorie mais, lorsque c'est le cas, nous devons être en mesure de les remettre en cause et tenter d'y mettre un terme.

Les mariages arrangés sont une pratique courante dans beaucoup de cultures. Cette pratique oblige des femmes et parfois même des

hommes, souvent très jeunes, à épouser une personne choisie par leur famille. (Notez qu'un mariage arrangé est différent d'un mariage forcé). Faudrait-il interdire de telles pratiques pour protéger les enfants et les droits des jeunes ? Ou bien serait-ce un non-respect d'une tradition culturelle ?

Dans ce même registre, il faut citer la pratique, encore en vigueur dans beaucoup de pays, des mutilations génitales féminines. Des milliers de personnes souffrent des conséquences de ces pratiques. En outre, il est fort probable que beaucoup les considèrent comme une grave violation des droits humains. Faut-il « tolérer » les mutilations génitales féminines en tant que spécificité culturelle ou les considérer comme une violation du droit de la personne à l'intégrité physique et à la santé ?

S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales. *Déclaration de Vienne (1993)*

La protection de l'ensemble des droits de la personne humaine de tous exige le refus des pratiques traditionnelles préjudiciables. Personne ne peut être privé de ses droits et de sa dignité aux motifs de la tradition et de la culture, ne serait-ce que parce que les traditions ne sont pas immuables : elles changent et évoluent, et ce qui était souvent vrai il y a une vingtaine d'années n'a plus de sens pour les générations actuelles. Les pratiques traditionnelles préjudiciables nous rappellent aussi que la promotion des droits de l'homme passe par des programmes éducatifs et des efforts.

Beaucoup de ces pratiques ne peuvent être éradiquées par le seul moyen de la répression et de la condamnation ; l'éducation et l'engagement de toutes les personnes concernées sont indispensables. Même si les Etats, en tant que signataires de traités internationaux en matière de droits de l'homme, en portent l'ultime responsabilité, ce sont les actes individuels, souvent accomplis avec le soutien des familles et des communautés, qui favorisent le maintien de ces pratiques. Le changement ne peut être imposé « d'en haut » ; pour être effectif, il exige un travail éducatif régulier avec les familles et les communautés concernées – seule façon de concilier la promotion des droits de l'homme avec ce qui peut être perçu comme des pratiques voire des droits culturels spécifiques.

Des sanctions sont parfois prises par la communauté internationale afin de pénaliser les régimes jugés coupables de violations systématiques des droits de l'homme. Généralement, les sanctions mises en œuvre interdisent le commerce avec le pays coupable, le but étant de contraindre le gouvernement à modifier ses pratiques. Ces sanctions sont parfois décidées unilatéralement par un Etat et parfois adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU.

Certains pays ont ainsi été totalement isolés par la communauté internationale : cela a été le cas de l'Afrique du Sud pendant des années à cause de son odieux système d'apartheid et, ces dernières décennies, des sanctions ont été infligées à l'Iraq, la Corée du Nord, l'Iran et d'autres pays encore. Indubitablement, ces sanctions ont des répercussions « normales » aux yeux de certains, mais qui affectent plus particulièrement les catégories les plus vulnérables de la société.

Est-ce un moyen acceptable pour la communauté internationale de

mettre un terme aux violations des droits de l'homme commises par certains Etats ?

Dans son rapport intitulé « La responsabilité de protéger », la Commission internationale pour l'intervention et la souveraineté d'Etat appelle à la prudence et met l'accent sur la prévention plutôt que sur la réaction.

Quand, toutefois, la communauté internationale doit recourir à « la mesure exceptionnelle et extraordinaire » de « l'intervention militaire à des fins de protection humaine », la Commission insiste sur la limite à ne pas franchir que représentent des pertes considérables en vies humaines ou un « nettoyage ethnique » à grande échelle. Quoi qu'il en soit, le rapport préconise les « principes de précaution » ci-après :

- Bonne intention : Le but primordial de l'intervention, peu importe les autres motivations qui animent les Etats intervenants, doit être de faire cesser ou d'éviter des souffrances humaines. Pour satisfaire au mieux le principe de bonne intention, les opérations doivent avoir un caractère multilatéral et bénéficier du soutien manifeste de l'opinion publique de la région et des victimes concernées.

La justice est le droit du plus faible. *Joseph Joubert*

- Dernier recours: L'intervention militaire ne peut se justifier que lorsque toutes les voies non militaires de prévention ou de règlement pacifique des crises ont été explorées, avec des motifs raisonnables de penser que des mesures moins radicales n'auraient pas donné le résultat escompté.

- Proportionnalité des moyens : Dans son ampleur, dans sa durée et dans son intensité, l'intervention militaire envisagée doit correspondre au minimum nécessaire pour atteindre l'objectif de

protection humaine poursuivi.

·Perspectives raisonnables : Une action militaire ne peut être justifiée que si elle a des chances raisonnables de réussir, c'est-à-dire de faire cesser ou d'éviter les souffrances ayant motivé l'intervention, les conséquences de l'action ne devant pas être pires que celles de l'inaction.

Avec du recul, ces précautions vous semblent-elles avoir été prises, par exemple, dans le cas de la réponse de la communauté internationale au massacre de Srebrenica en 1995, des bombardements de l'OTAN sur le Kosovo en 1999 ou encore de l'intervention en Afghanistan en 2003 ? Ces actions se justifient-elles par leurs résultats si elles sont aussi responsables d'un grand nombre de morts ?

« Quand une population souffre gravement des conséquences d'une guerre civile, d'une insurrection, de la répression exercée par l'Etat ou de l'échec de ses politiques, et lorsque l'Etat en question n'est pas disposé ou apte à mettre un terme à ces souffrances ou à les éviter, la responsabilité internationale de protéger prend le pas sur le principe de non-intervention. »

(Rapport de la Commission internationale pour l'intervention et la souveraineté d'Etat, 2001)

En avril 2001, une résolution de la Commission des droits de

l'homme des Nations Unies a rejeté la notion selon laquelle la lutte contre le terrorisme pouvait justifier que soient sacrifiées les protections des droits de l'homme.

La Résolution 2001/24 a condamné les attaques armées liées au conflit dans la République de Tchétchénie de la Fédération de Russie, les violations du droit humanitaire perpétrées par les combattants tchétchènes et certaines méthodes employées par les forces fédérales russes en Tchétchénie.

Elle a demandé à la Fédération de Russie de créer une commission d'enquête nationale indépendante, conformément aux normes internationales reconnues, aux fins d'enquêter sur les violations.

SECTION 4.- LES DROITS DE L'HOMME CONDAMNES A ETRE EN PERPETUELLE MUTATION, EN PERPETUELLE EVOLUTION (LE PARADOXE DE LA SYSTEMIQUE DES DROITS DE L'HOMME PAR ABSENCE DU DROIT DES DROITS...)

Les questions soulevées dans la précédente section n'ont pas de réponses tranchées : elles continuent à faire l'objet de débats acharnés, aujourd'hui encore. Dans une certaine mesure, de tels débats sont importants car ils témoignent à la fois de l'approche pluraliste essentielle à la notion de droits de l'homme et du fait que les droits de l'homme ne sont pas une science, pas plus qu'une « idéologie » immuable ; ils sont une sphère de réflexion morale et juridique en expansion.

Nous ne pouvons pas toujours en attendre des réponses totalement

noires ou totalement blanches. Les questions sont complexes et, pour faire la part des choses de façon appropriée, il s'impose de procéder au cas par cas.

Mais, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas de réponses ou de terrains d'entente. Bien au contraire, et même de plus en plus tous les jours. L'esclavage a été un sujet de débat, mais la tolérance en la matière n'est plus jugée acceptable : le droit à être libre de l'esclavage est aujourd'hui universellement reconnu en tant que droit fondamental.

Les mutilations génitales féminines, bien que défendues par certains au nom de la culture, sont aujourd'hui largement condamnées comme une violation des droits de l'homme. Et la peine de mort fait partie du même registre – du moins en Europe, où les Etats membres du Conseil de l'Europe ont soit aboli la peine capitale, soit adopté un moratoire sur les exécutions. En fait, l'abolition de la peine de mort est aujourd'hui une condition indispensable à l'adhésion au Conseil de l'Europe. Selon Amnesty International, plus de deux tiers des pays du monde l'ont abolie, dans la loi ou en pratique. Et, en 2009, tandis que 58 pays avaient conservé la peine de mort, la plupart ne l'avaient pas appliquée.

Aussi, soyons confiants. La plupart de ces questions ne devraient pas tarder à trouver des solutions. Dans l'intervalle, nous pouvons favoriser le débat et nous faire notre propre opinion sur les questions les plus controversées en nous référant à deux valeurs fondamentales : l'égalité et la dignité humaine. Si une action méprise la dignité humaine d'un individu, alors elle viole l'esprit des droits de l'homme.

Première Partie : LES Aspects suBstantiels des DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

Deuxième Partie : LES Aspects processuels des DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

Première Partie : LES Aspects suBstantiels des DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

CHAPITRE 1 : LE CADRE PARADIGMATIQUE DES DROITS ET DES LIBERTES FONDAMENTAUX

Dans un récent ouvrage consacré à « l'État de droit », Jacques Chevallier identifie l'État de droit à de nombreuses réalités : théorie, axiome ou postulat, mythe mais aussi paradigme (1). C'est assez dire que derrière cette profusion de qualificatifs, la notion même d'État de droit est polysémique, au sens où elle renvoie à des domaines de la pensée fort différents. Si l'on voulait, en simplifiant, caractériser ces différents champs, on pourrait dire que la notion d'État de droit a commencé par la théorie pour finir dans le mythe. C'est, au fond, la chronologie qu'adopte Jacques Chevallier.

Née comme théorie, dans les ouvrages savants des juristes allemands, la notion d'État de droit servait à décrire mais aussi juger un certain type d'État : et c'est ainsi que les juristes français l'ont reçue, avec plus ou moins de réserves.

Cependant, depuis une dizaine d'années, la notion a quitté les cercles étroits et académiques des spécialistes et a fait irruption dans le monde de la presse comme de la politique : ce retour de

l'État de droit a suscité un débat d'abord chez les philosophes et les historiens puis chez les politistes comme les juristes, qui ont banalisé l'expression, tout en l'insérant dans une discussion très politique qui ne se limitait plus du tout aux aspects techniques d'autrefois (2).

C'est ainsi que la notion est devenue un mythe des temps modernes, structurant la compréhension de la vie en société. À ce titre, elle pourrait figurer dans les mythes contemporains dans l'ouvrage de Georges Burdeau sur «la politique au pays des merveilles » (3).

Il y a dans cette présentation une assez grande part de vérité : mais peut-être en retenant l'idée d'une dégradation d'une notion théorique dans le statut du mythe, cette histoire occulte-t-elle l'ambiguité originelle de la notion.

C'est ce que je voudrais mettre en lumière en proposant le qualificatif de paradigme.

La notion de paradigme fait l'objet d'une grande utilisation depuis le travail de Thomas Kuhn sur « la structure des révolutions scientifiques » (4). La démonstration de cet auteur est assez simple: la science n'évolue pas au sens où elle enrichirait peu à peu, en les améliorant, les théories et les résultats scientifiques. Elle progresse en quelque sorte par bonds, c'est-à-dire par discontinuités passant d'un paradigme à un autre - ces paradigmes étant qualitativement différents, nécessitant même dans certains cas, pour s'imposer, de véritables révolutions de la pensée. Alors qu'est-ce qu'un paradigme?

Les lecteurs les plus avertis de Thomas Kuhn relèvent que la notion est employée dans des sens très différents, au sein de ce même ouvrage : certains y ont même vu vingt-deux significations ! (5) On peut pourtant trouver un certain ordre fondamental dans la notion et considérer qu'elle regroupe deux grandes perspectives (6). Dans un

premier sens que l'on pourrait à la suite d'Ost et Van de Kerchove appeler méthodologique, le paradigme est une « matrice disciplinaire » qui permet d'apporter « les solutions d'éénigmes concrètes qui, employées comme modèles ou exemples, peuvent remplacer les règles explicites en tant que base de solutions pour les éénigmes qui subsistent dans la science normale »

.

En d'autres termes, **le paradigme est un cadre théorique**, une manière de trouver des solutions parce qu'il est une manière de poser les problèmes. Il est un cadre permettant de développer des hypothèses de travail, de trouver des méthodes de solution et donc de résoudre les difficultés que posent les problèmes que le scientifique tente d'étudier.

On voit ainsi que le paradigme n>a pas qu>une fonction « pratique », ou méthodologique : il est à proprement parler, constitutif du savoir à un moment donné puisqu'il est l'expression d'une manière de poser les problèmes, c'est-à-dire de les envisager, donc de les faire exister.

C'est pour cette raison que la science n'est qu'une succession de paradigmes qui après critiques sont dépassés par de nouveaux paradigmes plus appropriés. Dans ce premier sens> le paradigme constitue une armature théorique fondamentale, rendant compte de la science à un moment donné, c'est-à-dire de la connaissance de certains objets.

Mais le paradigme n'est pas que cela: il est aussi « tout ce à quoi adhère un groupe scientifique », c'est-à-dire les croyances, les valeurs et techniques communes aux membres d'un groupe donné et que l'on peut dénommer le sens sociologique du paradigme.

Cette partie du paradigme peut être carrément métaphysique

composée de croyances, de métaphores ou d'analogies supposées avoir une valeur heuristique ; de même les valeurs qui sont partagées ne sont pas toujours expressément énoncées, car elles constituent un modèle implicite qui règle le rapport des scientifiques à leur objet, à leurs pratiques et au monde social en général.

On comprend pourquoi l'attachement au paradigme et sa défense se réalisent souvent sur un mode passionné, puisqu'au travers du paradigme attaqué c'est bien plus qu'une explication théorique qui se trouve en jeu, mais tout une représentation du monde et de la vie sociale auxquelles on est d'autant plus attaché que ces soubassements sont implicites et souvent évidents.

Prendre l'État de droit comme paradigme, c'est donc poser d'emblée le caractère complexe de la notion. En effet, le paradigme n'est pas une théorie véritablement, mais ce qui permet de bâtir une théorie, ici une théorie de l'État et du droit ; le paradigme est aussi représentation et valeur: affirmé ou dérivé , il ne fait pas seulement partie du vocabulaire savant, mais constitue un argument dans les débats, culturels ou politiques d'aujourd'hui.

Si cette proposition est juste, cela veut dire que, dès ses origines, la notion d'État de droit présentait cette ambivalence et qu'il n'y a pas eu d'âge d'or de l'État de droit, dégradé par la suite en mythologie médiatique, ou médiatisée.

D'emblée, l'État de droit était à la fois propos théorique et consensus socio-politique. Reste alors à analyser ce paradigme pour évaluer le propos théorique et le système de valeurs. Or, on observe alors que, dans chacune de ces deux directions, il y a eu glissement de sens de sorte que le paradigme est devenu de plus en plus complexe au plan théorique et de plus en plus opaque au plan socio-politique.

SECTION1 : LE PARADIGME COMME PROPOSITION THEORIQUE : VERS LA COMPLEXITE

L'expression même d'« État de droit » est complexe ou ambiguë car tout dépend du sens que l'on accorde à État et à droit. C'est bien cette addition de termes, eux-mêmes polysémiques, qui explique la complexité de l'État de droit.

Dans un premier sens, presqu'évident, l'État de droit est l'État défini par le droit et donc lié par le droit. Cette définition peut s'accommoder d'une posture positiviste : le droit est un ensemble de techniques normatives et l'État se trouve en relation directe avec celles-ci puisque c'est l'État qui institue, organise et garantit l'existence et le fonctionnement des règles juridiques.

Mais cette définition est insuffisante car elle aboutirait à déclarer que tout État étant en général défini par le droit est un État de droit. Précisément, l'État de droit n'est pas l'État de n'importe quel droit. Il faut que le système juridique ainsi mis en exergue ait un certain contenu : qu'il soit, par exemple, l'expression de certaines valeurs contenues dans les droits de l'homme. Alors s'ouvre une autre définition de l'État de droit, non plus formelle mais substantielle. Et c'est ici que réside la complexité.

I.- Du paradigme formel de l'État de droit ...

Ce paradigme envisagé sous l'angle formel n'est certes pas secondaire car on sait bien qu'en droit, les formes sont non seulement importantes mais constitutives de l'univers juridique. Le droit est un monde de formes: et l'État est également un monde de

formes imposées pour assurer la paix civile.

Mais ce ne sont pas n'importe quelles formes qui seront choisies. Ces formes normatives vont s'organiser selon un schéma hiérarchisé qui comprend, à chaque niveau une possibilité de sanction, c'est-à-dire de contrôle: c'est l'essentiel du paradigme formel.

1.- Les formes de l'État comme monde de normes hiérarchisées

Cet aspect de l'État et du droit paraît aujourd'hui si normal ou si évident que l'on en oublierait presque de le mentionner. L'État et le système juridique ne sont pas constitués de normes sans un principe de classement de type hiérarchique qui contrevient à tout autre mode de classement.

C'est ce que l'histoire des cinq derniers siècles en France a organisé comme structure fondamentale de la vie socio-politique. On peut même montrer qu'à cet égard, l'histoire du droit a permis de rendre intelligible l'histoire de l'État.

L'histoire du droit, dans notre société française apparaît, sous cet angle, comme une histoire où s'affirme une progressive différenciation des services du droit et, parallèlement, une hiérarchisation de ces sources. Pour simplifier, on pourrait rappeler que la production du droit d'avant l'époque moderne se caractérise par le champ large et la force d'un droit coutumier qui se constitue peu à peu, dans des espaces souvent juxtaposés, sans législateur connu.

Certains systèmes juridiques bénéficient d'une situation à part

comme le droit ecclésiastique qui tente de s'imposer au nom des valeurs chrétiennes ou comme droit de recours dans une société complexe et contradictoire: ainsi en est-il du droit d'origine royale qui ne peut cependant ignorer les multiples coutumes et privilèges - au sens de *privae leges*, c'est-à-dire de lois privées - qui régissent les corps, communautés et régions du royaume. Ce n'est que par paliers successifs que le droit royal s'imposera, d'abord comme droit statué dans le silence des coutumes, puis comme droit supérieur aux coutumes qu'il rectifie pour assurer l'ordre public.

Au fur et à mesure que l'autorité royale s'affermi, le droit s'homogénéise comme système national avec pour source essentielle le monarque. Les ordonnances royales viendront constituer des pans entiers du droit applicable dans le royaume. Ainsi commence à se former une hiérarchie des normes qui favorise le pouvoir du roi. Mais, à la fin de l'Ancien Régime, on est pourtant encore loin d'un système parfaitement hiérarchisé même si l'ébauche de la pyramide moderne commence à se mettre en place: au sommet les «*lois fondamentales du royaume* », sorte de constitution que le roi même ne peut modifier (avec pour preuve la cassation du testament de Louis XIV), ensuite les «*lois du roi* » et les décisions de l'administration royale qui constituent un niveau inférieur.

Mais il reste encore beaucoup d'exceptions, comme les enclaves qui en matière territoriale font obstacle à une notion rationnelle du territoire national. C'est la Révolution française qui va parachever ce travail monarchique de la hiérarchie juridique comme l'avait bien vu Alexis de Tocqueville réfléchissant le passage de l'Ancien Régime à l'État post-révolutionnaire. Pourtant, cette hiérarchie n'est pas encore très définie sous la Révolution: mais l'on voit apparaître l'idée d'une suprématie de la constitution dès 1789 sur les textes inférieurs, lois et décrets, encore que l'Assemblée soit à l'origine des

unes comme des autres.

Tout se passe ensuite comme si l'objectif avoué de la modernité était peu à peu d'éliminer coutumes et particularismes au bénéfice d'un droit légiféré, issu de la représentation nationale du Parlement, s'imposant aux normes inférieures produites par l'administration. C'est ce moment de l'histoire française qui court jusqu'au milieu du xxe siècle que Carré de Malberg symbolisera par l'idée d'"État légal". Celui-ci met en effet en place une véritable sanction de ces paliers normatifs.

2.- Les formes de l'État de droit comme monde de normes sanctionnées

Il ne suffit pas d'une hiérarchie normative : encore faut-il en organiser la sanction, rendre cette hiérarchie effective et donc crédible.

C'est ce qui commence très tôt sous la monarchie absolue à propos de la soumission des actes de l'administration à la loi. On oublie trop souvent que l'administration royale est tenue au respect des actes supérieurs, notamment les ordonnances royales et qu'une procédure existe qui permet d'en appeler au Roi pour annuler ou réformer une décision illégale. C'est l'ancêtre du recours pour excès de pouvoir : certes, celui-ci est encore un recours gracieux, qui dépend du bon vouloir du sommet de l'État et surtout qui est traité par ce sommet administratif de l'État et non par un juge. Mais ce premier «conseil d'État» avec ses maîtres des requêtes et ses conseillers fait obstacle à la tyrannie de l'administration, au moins d'un point de vue théorique (7).

En conservant le contrôle de l'administration à l'intérieur de l'administration puis en le théorisant «< juger l'administration, c'est encore administrer »), la Révolution et l'Empire ne feront que continuer l'œuvre entreprise au moins trois siècles auparavant.

En effet, à partir du XI^e siècle, et surtout à la fin du siècle, la construction de l'État de droit se limitera à celle d'un État légal soumettant l'Administration au droit, c'est-à-dire à la loi, car l'Administration apparaît comme la plus menaçante à l'égard des citoyens et de leurs libertés - au fur et à mesure que «la garantie des droits » énoncée par l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 devient une revendication majoritaire. Or, selon les révolutionnaires, cette garantie des droits est un élément de la constitution de toute société. La sanction la plus forte, l'annulation par le juge administratif d'une décision administrative illégale, est la garantie du respect de la loi. En faisant respecter celle-ci, le juge assure du même coup le respect des libertés des citoyens.

En revanche, il n'y a pas de sanction pour assurer le respect par le législateur des normes constitutionnelles. La tradition révolutionnaire inspirée de Jean-Jacques Rousseau entraîne qu'aucune suspicion ne saurait entacher l'exercice du pouvoir des représentants, du Souverain. Ce n'est pas qu'il n'y ait eu des tentatives, très tôt pour organiser un contrôle de constitutionnalité : mais ces projets, tel la «Jurie constitutionnaire » de Sieyès, échouèrent. Il ne restait qu'un contrôle moral, par exemple l'autorité de la Déclaration de 1789 qui énonce ce que doit être la loi: égale pour tous, n'instaurant des peines que par nécessité, etc. L'État de droit était donc, en un sens, tronqué: mais c'était là la spécificité française par rapport aux expériences étrangères. Ce qui, en revanche passait pour la plus grande protection, était le contrôle juridictionnel administratif qui se perfectionnera au cours du siècle dernier et spécialement au tournant du XX^e siècle, moment où la République affirme les grandes

libertés individuelles comme collectives.

3.- La conséquence générale de cette construction formelle de l'État de droit,

C'est la reconnaissance d'une limitation du pouvoir d'État, mais d'une auto-limitation puisque les juges et spécialement les juges administratifs font partie de l'appareil d'État. Il faudra pourtant attendre longtemps avant que les citoyens ne voient, dans la justice administrative, une organisation chargée de protéger leurs droits, tant cette justice apparaît être seulement le protecteur des prérogatives de l'Administration. L'idée de puissance publique, entraînant une multitude de prérogatives et de priviléges, associée à une relative réserve des juges administratifs au moment de l'annulation, fortifiait ce sentiment populaire. Il est vrai que la culture administrative forgée depuis l'Ancien Régime et l'expérience post-révolutionnaire d'une administration supposée agir au nom de la Nation faisaient accepter une telle soumission, beaucoup plus que dans d'autres États européens, comme la Grande-Bretagne, qui apparaît à cet égard comme «sous-admirristrée ». L'État régi ainsi par ces formes juridiques a été cependant l'objet d'une évolution rapide, après le xx^e siècle qui a entraîné une autre définition de l'État de droit, cette fois-ci substantielle.

II.- ... au paradigme substantiel de l'État de droit

L'État ne saurait mériter le qualificatif «de droit » qu'à la condition de mettre en œuvre un certain droit. Il faut immédiatement comprendre que le xx^e siècle a produit de nombreux États dont l'allure formelle générale ne dérogeait pas souvent aux traditions libérales mais dont

l'action et le fonctionnement témoignaient de valeurs absolument opposées: l'horreur de la seconde guerre mondiale a montré jusqu'où ces États pouvaient aller. Les dictatures du Tiers Monde comme l'expérience des États communistes ont renforcé ce mouvement de critique des États qui n'étaient pas «de droit » au sens où le droit dont ils s'inspiraient n'était qu'une technologie de façade, instrumentalisée et incapable de défendre les droits des citoyens.

On a donc dû rajouter à la définition formelle des éléments de contenu permettant d'assurer la réalité d'un État de droit. Tout dépendait cependant du contenu en question qui pouvait aller d'une définition idéaliste à une acception réaliste.

1.- Le contenu idéaliste du droit de l'État de droit

C'est la forme à la fois la plus ancienne et, actuellement la plus contemporaine de ce contenu. Traditionnellement, le droit positif, concernant les personnes, était supposé être l'expression concrète et formalisée d'un « droit naturel » issu de la volonté divine ou de la Raison. Ce droit naturel a évolué de la formulation classique d'un Aristote ou Saint Thomas à celle moderne des Lumières comme l'a bien montré Michel Villey (8), mais il reste, de toute manière, une instance extérieure et supérieure au droit positif. Son rôle consiste à la fois à indiquer quelles sont les règles positives qui sont légitimes, et, par voie de conséquence, à sanctionner celles qui ne le sont pas. Seul donc serait État de droit celui dont le droit correspondrait à ce droit naturel.

Cette position était évidente et majoritaire dans une société où les règles de droit comme les modes d'exercice du pouvoir apparaissaient comme l'ombre portée de règles théologiques. Si la

cité terrestre n'est que la réplique, certes affaiblie, de la cité divine on comprend que les lois de la seconde doivent s'inspirer de celles de la première. Ce dualisme qui permet de penser le Ciel et la Terre est propre à la culture occidentale comme le relèvent quelques auteurs aujourd'hui (9), structurant ainsi un espace social qui exclut la théocratie et qui dès lors se prévaut contre les risques de totalitarisme religieux en préservant l'autonomie du pouvoir temporel. Ce faisant et du même coup, cet État devient un État de la loi, antithèse de l'État fondé sur la foi, pour reprendre l'image de Blandine Kriegel (10). Cette culture politico-juridique occidentale se poursuit et se renforce avec la modernité des Lumières.

Désormais, des principes abstraits et généraux vont être considérés comme universels : ce sont ceux de la Déclaration des droits de 1789. Il Y a donc bien, «au-dessus » des lois, un « droit » qui s'impose aux gouvernants. Le préambule de cette déclaration est d'ailleurs très éloquent : elle doit servir à rappeler sans cesse les droits et les devoirs aux citoyens ; à faire respecter les actes des pouvoirs publics dans la mesure où ils peuvent être comparés «à chaque instant » avec le but de toute institution politique; à servir de base aux «réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables ». Cette dernière précision montre clairement l'utilité d'une telle définition des droits de l'homme et du citoyen: servir de base à une critique possible des lois existantes. Le contenu même de la Déclaration précise quel doit être le contenu des lois positives: définition des droits naturels, définition de la liberté, définition du caractère répressif de la loi contre les seules actions nuisibles à la société, caractère strictement nécessaire des peines établies par la loi, présomption d'innocence, modalités de l'imposition fiscale et du contrôle de l'administration, procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Même si aucune sanction par un contrôle de constitutionnalité n'était

organisée, il est clair qu'il y avait donc une constitution minimale de l'État qui s'imposait, du point de vue politique au moins, au sein de la société française.

C'est cette « constitution » qui est réactivée aujourd'hui avec le retour de l'État de droit comme État des droits de l'Homme, renouant ainsi avec une histoire ancienne. Pourtant un autre droit « naturel » pouvait être imaginé que nous nommerons réaliste.

2.- Le contenu réaliste du droit de l'État de droit

Il y a apparemment quelque paradoxe à nommer réaliste un droit « naturel » ; pourtant le paradoxe n'est qu'apparent.

En effet, tout le XIXe siècle a montré le caractère fragile des garanties d'égalité et de liberté apportées par la Déclaration de 1789, lorsque la société devenue celle d'un capitalisme industriel, produisait à grande échelle, de l'inégalité et de l'exclusion. Il fallait alors trouver d'autres justifications pour légitimer l'ordre social si ouvertement contradictoire avec les droits abstraits proclamés. On comprend l'accusation d'idéalisme qui leur est adressée : Marx ironisant sur le citoyen égoïste de la Déclaration des droits représente la critique la plus virulente contre ce type d'idéalisme (11). Cette critique n'a pas été seulement effectuée en idées : elle a suscité des mouvements sociaux violents, comme notamment la Révolution de février 1848, qui donnera naissance à une nouvelle formulation des droits, collectifs et sociaux par opposition à ceux individuels et abstraits de 1789. Ce faisant, les révolutionnaires quarante-huitards pensaient être plus près de la réalité, donc plus réalistes.

Le mouvement allait continuer, notamment à la fin du XIXe siècle après l'échec de la Commune de Paris. On comprend, dans ces conditions, la doctrine de Léon Duguit, pourfendant la métaphysique

des juristes et tendant d'asseoir le système politique et juridique sur des principes de réalité - ainsi celui de la solidarité (12). Ainsi, le contenu du droit qui peut légitimer l'ensemble du système socio-politique, c'est l'idée de solidarité : mais cette idée n'est que l'expression d'une réalité, celle d'un phénomène analysé par Durkheim, le passage à de nouvelles formes de solidarité dans la société moderne.

On ne peut pas dire que ce courant se soit tari depuis le début du siècle même s'il a suscité critiques et refus. Les productions idéologiques pour légitimer l'État, devenu providentiel, se révèlent de plus en plus réalistes dans leur volonté de coller à la situation existante. D'où une troisième génération des droits de l'homme qui tente de prendre en compte de nouvelles solidarités, y compris avec la nature et l'environnement.

Le paradoxe n'est donc qu'apparent à trouver un droit naturel fondé sur une réalité observable plus que des affirmations abstraites.

3.- L'évolution vers une définition réaliste du droit naturel est explicable par l'idée d'hétéro-limitation : si, comme on l'a vu plus haut, l'État limite lui-même son pouvoir, il n'y a pas vraiment de garantie à y trouver protection pour les citoyens.

Au contraire, une limitation qui viendrait de l'extérieur, offrirait un socle plus solide au mécanisme.

Longtemps, cet « extérieur » a été localisé dans la divinité ou la nature humaine ; la définition réaliste déplace l'origine de ce droit dans la société elle-même - ou aujourd'hui la Nature naturelle avec le risque de vraies régressions pourtant (13). Il apparaît alors qu'un obstacle « réel », est posé à l'égard de l'État, contraint de respecter

un ordre que la société lui imposerait.

Le discours actuel sur la « société civile », supposée antérieure et supérieure à l'État, avec son cortège de libertés naturelles, n'est que la reproduction de cette posture : trouver un sol assez résistant pour enracer la résistance au pouvoir d'État.

Mais, au fond, ces droits même « réalistes » ne sont qu'une mouture nouvelle du droit naturel et réactivent une position du problème fort ancienne : pour que l'État soit acceptable, il faut qu'il corresponde à une idéologie déterminée.

On le voit, le paradigme scientifiquement abordé, se termine sur l'idéologie et ne peut se réduire à une discussion technique sur les cours constitutionnelles ou les modes d'émission du droit.

C'est assez dire que l'aspect méthodologique du paradigme ouvre, sans transition difficile, sur l'aspect socio-politique, celui de valeurs et du consensus plus ou moins opaque de la communauté des savants.

SECTION 2 : LE PARADIGME COMME CONSENSUS SOCIO-POLITIQUE : VERS L'OPACITE

L'expression d'État de droit véhicule tout un environnement idéologique et c'est bien ce qui en fait un argument dans des débats politiques : ainsi considéré, l'État de droit est une ressource politique, qui intervient dans les discussions aujourd'hui et qui est sollicitée comme tel. Ce n'est pas cet usage idéologique que je voudrais analyser, mais proprement la partie consensuelle du

paradigme qui exprime des valeurs le rendant acceptable.

En effet, le choix d'un paradigme dans le champ scientifique n'a pas que des raisons théoriques : il relève aussi de la compatibilité du paradigme avec les valeurs partagées par la communauté scientifique à un moment donné. Ces valeurs forment un consensus parce qu'elles permettent de penser un objet et d'en résoudre les difficultés selon un mode de raisonnement propre à une « conjoncture épistémologique » pour parler comme Michel Foucault.

Le paradigme de l'État de droit a pu s'imposer parce qu'il s'appuyait sur deux valeurs essentielles, le retour de l'individu dans les sciences sociales, dans une conception libérale renouvelée, venant après des décennies d'épistémologie marquée par le marxisme ; d'autre part, le vieux réflexe de la répudiation de la politique dans les sciences sociales au nom d'une conception hégémonique du droit et de son rôle dans la régulation sociale.

Or, ces deux valeurs loin de clarifier la question conduisent, me semble-t-il, à la rendre plus opaque.

I.- Le retour d'une conception individualiste et libérale du lien social

Le thème de l'État de droit est celui d'un retour (14) : retour de valeurs qui auraient été négligées, voire oubliées. C'est, en tout cas, le leitmotiv d'ouvrages qui ont contribué à populariser le thème, comme L'État et les esclaves de Blandine Kriegel, qui insiste sur la nécessité de refaire l'histoire de l'État pour découvrir que celui-ci est susceptible de deux interprétations opposées.

Cette nouvelle manière d'aborder le problème de l'État correspond à

une conjoncture marquée par l'importance du libéralisme et de l'individualisme.

1.- Le libéralisme, dont il est question ici, ne se confond pas avec l'idéologie politico-économique traditionnelle.

Certes, une fraction des défenseurs de l'État de droit s'est d'abord recrutée dans les rangs de philosophes qui voulaient, à la fin des années soixante-dix, pourfendre le Mal absolu représenté par l'État (15) : position à la limite plus anarchiste que libérale. Par la suite, ces mêmes auteurs se sont reconvertis dans la défense de l'État, devenu État de droit.

Le libéralisme soutenu par le paradigme de l'État de droit a une signification beaucoup plus précise. D'abord, il implique une conception de l'État limité dans ses compétences et restreint dans ses possibilités d'action, permettant à la société civile de ne pas être étouffée par un carcan omnipotent.

Ce que d'autres appelleront, plus tard, «l'État subsidiaire » (16), c'est-à-dire qui n'intervient que si la société civile ne peut réaliser un meilleur résultat.

Or, cette position fait suite au désenchantement produit autant par l'inefficacité de l'État-Providence à l'ouest que par le caractère totalitaire de l'État à l'est.

Cette double expérience historique oblige à repenser les conditions de fonctionnement de l'État et à revaloriser une conception « minimale » de l'État, cette conception étant gratifiante à la fois sous

l'angle de l'efficacité - un « État moderne » est en effet un « État modeste » (17), et sous l'angle de l'éthique - un

État subsidiaire est, par définition, respectueux des libertés qui se développent au sein de la société - ainsi le libéralisme de l'État de droit constitue-t-il un ensemble de valeurs qui forment consensus dans la communauté des savants. Cette position entraîne, du point de vue méthodologique, un accent mis sur les «superstructures», aux lieux et places de l'histoire des «infra-structures» économiques qui avait largement prévalu dans les sciences sociales depuis la seconde guerre mondiale. Si l'État revêt une telle importance, il faut alors le prendre au sérieux, l'étudier dans toutes ses configurations et mesurer tout le poids dont il pèse dans les relations sociales. Ce retour à une histoire de l'État, mais donc en même temps, à une histoire des représentations, des langages et des symboles, est fondamental pour comprendre ce qui change dans la communauté scientifique depuis les années soixante. Désormais, la production concernant l'État est immense: on compte, depuis quelques années, par centaines, les ouvrages consacrés à l'État, la plupart du temps affublés d'un adjectif qui tente de le spécifier: de «l'État spectacle» à «l'État stratège», en passant par «l'État importé», etc. (18).

Cette floraison de titres, depuis dix ans, montre clairement que le centre des préoccupations s'est déplacé vers l'État, entendu comme une structure de représentations qui conditionne largement la production même de la vie sociale.

Les regards se tournent alors vers les réalisations plus ou moins réussies de ces États libéraux et le modèle anglo-saxon fait l'objet d'une estime hégémonique. Ne voilà-t-il pas en Grande-Bretagne ou aux États-Unis l'exemple quasi parfait d'un État réduit aux tâches essentielles et laissant à la société civile toute liberté pour assurer les tâches qui constituent le réseau irremplaçable des rapports

sociaux, économiques, culturels, etc. ? Par contrecoup, l'État français dans sa dérive administrative s'empêtre dans des procédures autoritaires qui ont de plus en plus mal à se justifier. Pour le coup on ne serait pas très loin de la critique marxienne de «l'avorton» et de «la membrane qui recouvre tous les pores de la société civile» aboutissant à l'asphyxie du corps social.

Évidemment, cette posture libérale est redoublée par le choix de l'individualisme.

2.- L'individualisme retrouve une place dans la méthodologie des sciences sociales sous des formes diverses (19). Il ne s'agit pas d'une simple idéologie décalquée mais d'un effort pour penser le lien social à partir des inter-réactions entre individus et abolir ainsi les simplifications qui permettaient de parler de groupes, classes ou organes comme s'il s'était agi de personnes réelles : on sait le mal qu'a pu faire la conception de l'État, devenu par anthropomorphisme l'équivalent d'un sujet qui décide, veut, refuse, etc. Dès lors, cet individualisme méthodologique peut trouver quelque titre de justification.

Nous le retrouvons ici dans la construction de l'État de droit : en réalité, il s'agirait presque d'une déconstruction de l'État au bénéfice du citoyen. L'État de droit apparaît comme une forme renouvelée de la démocratie puisqu'il met en œuvre les procédures précises par lesquelles le citoyen peut faire respecter la loi, celle qui défend ses libertés et ses droits.

Qu'il aille devant le juge administratif pour critiquer un acte de l'Administration illégal, ou devant le juge Constitutionnel pour critiquer une loi du Parlement contraire à la Constitution, dans tous les cas, c'est le citoyen qui occupe la place centrale et non l'État. De

fait, les discours tenus sur l'État de droit constituent un immense plaidoyer des droits du citoyen « face à l'État », pour ne pas dire « contre l'État », (20).

On comprend que, dans ces conditions, la valeur cardinale de cet État de droit réside dans la possibilité de contrôle : celui-ci ne sera plus le contrôle politique car celui-ci est décrié puisque, précisément il fait partie des pièges étatiques. Les sociologues montrent suffisamment que toute délégation de pouvoir au profit de représentants est une forme de confiscation du pouvoir (21). «Élections, trahison » disait-on en d'autres temps. Il reste donc à instituer d'autres formes de contrôle: celle du juge apparaît comme la forme la plus adéquate.

C'est qu'en effet, la juridictionnalisation des droits et des libertés ramène à un schéma plus connu et plus rassurant du rapport social: face-à-face des adversaires dans un rapport antagonique sous l'œil vigilant d'un tiers, désintéressé, le juge. De longs et savants travaux ont, depuis longtemps, préparé le terrain de ce retour de la pratique du jugement et de la prudence du magistrat (22). Sans tomber dans un psychologisme qui n'expliquerait rien, l'individualisme tente ici de reconstituer une situation archétypique du lien social : celle de la contradiction qui peut trouver une solution juste et acceptable par tous.

C'est cette valeur fondamentale de la décision rationnelle permettant de réconcilier les individus, qui se trouve au fond au cœur du paradigme de l'État de droit. Ce retour du rationnel pratique (et non dogmatique) explique, en des temps troublés d'irrationalité, le succès du paradigme dans la communauté scientifique. Même si certains font preuve de quelque naïveté dans la confiance dans le juge (23) ou si d'autres affectent de redouter au contraire le gouvernement des juges, il est clair que le juge constitue la figure la

plus satisfaisante d'un nouveau mode de régulation qui prend en compte l'individu dans sa singularité et dans toute sa valeur.

On le voit, le paradigme s'opacifie parce qu'il fait entrer dans un jeu de valeurs souvent implicites (mais ouvertement déclarées par les auteurs les plus marquants), qui s'imposent avec d'autant plus de force qu'elles jouent sur l'ambiguïté de positions politiques conjoncturelles. C'est qu'en effet, le discours sur l'État de droit n'appartient à personne depuis le début des années quatre-vingts, ce qui brouille les identités politiques comme les choix scientifiques.

Le refus du politique ne fera qu'accentuer cette opacité.

II.- Le refus du politique au bénéfice du droit dans la régulation sociale

Le thème de l'État de droit est intimement lié à celui du retour du droit et du retour des juristes, au point que le droit apparaît désormais moins comme une technique d'organisation sociale parmi d'autres que comme une valeur essentielle de la société moderne préservant de tous les inconvénients que susciteraient les contradictions politiques. On voit même apparaître une possible antinomie entre droit et politique ce qui ne surprendra pas, mais aussi entre droit et démocratie ce qui est plus problématique et concourt à l'opacité du paradigme.

1.- La valorisation du droit contre la politique

Cette partie du paradigme appartient aux discussions qui se sont

multipliées en France depuis la fin des années soixante-dix à propos du rôle du Juridiction constitutionnelle, et spécialement dans les années 80 au moment de décisions qui ont été vécues ou interprétées comme des crises ou des ruptures (24).

Le schéma en est simple : en tranchant entre majorité et minorité sur la constitutionnalité d'une loi, le Juridiction constitutionnelle s'élève au dessus du débat politique où la discussion et le vote de la loi s'étaient situés, et met un point final à une discussion que rien, en dehors d'un rapport de force, ne permet de clôturer. Ainsi « le droit » a le dernier mot.

Cette observation qui est au cœur même de l'État de droit (contrôle de constitutionnalité) sera élargie et théorisée comme caractérisant la situation actuelle de nos sociétés et vient, dans une affirmation péremptoire, rassurer tous ceux qu'inquiète le débat politique. La politique est le règne de la division, de l'incertitude et du coup de force : le droit, au contraire, est le royaume du consensus, de la sécurité et de la raison. Par rapport aux débats politiques toujours enflammés et suspectés de nourrir quelques relations avec des intérêts sociaux plus ou moins avouables, le débat juridique se présente comme ouvert à tout raisonnement logique et rationnel, en se distanciant d'intérêts immédiats.

L'effet-retour de l'intervention du Juridiction constitutionnelle se marque par le fait que désormais les parlementaires devront se soucier du droit et de ses interprétations: autrement dit, le droit a saisi la politique, selon la formule choc du doyen Favoreu (25), alors que jusqu'ici, la relation semblait inverser le rapport de domination.

Il y a là une valeur du droit qui s'est imposée depuis quelques années et fait consensus, au moins dans les rangs des juristes, au point qu'on peut soupçonner ceux-ci d'avoir trouvé dans ce paradigme un

moyen de redorer le blason du droit, quelque peu terni aux côtés d'autres sciences sociales comme l'économie ou la sociologie.

Au-delà de la défense corporative des juristes, reste cependant une affirmation forte et récurrente dans les milieux juridiques : la croyance que le droit est une technique moins neutre que neutralisante des rapports sociaux et que dès lors elle est en quelque sorte extérieure et supérieure aux techniques politiques. Le paradigme de l'État de droit ressuscite dès lors la vieille crainte libérale à l'égard de la politique conçue non pas comme expression souhaitable des contradictions mais comme expression inévitable des contradictions et qu'il faut contraindre dans les bornes les plus étroites.

Cela veut donc dire qu'il n'y a pas place pour une autre définition de l'État qu'une définition juridique : ainsi se trouve exclue une définition politique qui, pourtant, correspondrait assez bien à la démocratie (26). L'État de droit ne se trouve pas seulement confronté à la politique mais aussi à la démocratie.

2.- La valorisation du droit « contre » la démocratie représentative

Nous nous trouvons ici dans une position limite et c'est ce qui constitue d'ailleurs la fin de cette démonstration. L'État de droit s'affronte à la démocratie représentative qui, jusque là, avait été la forme historique des démocraties en Europe occidentale.

On en comprend le chemin : en imposant un contrôle des actes du Parlement, la Cour ou le Juridiction constitutionnelle s'impose comme une instance correctrice des décisions prises par les représentants du Peuple souverain.

Dès lors, ces représentants perdent une autorité souveraine à décider de l'intérêt général, autorité liée à leur élection et sanctionnée par des procédures politiques.

On a même pu dire que le Juridiction constitutionnelle était devenu une troisième chambre législative : non seulement il peut décider de la non-promulgation d'une loi - donc sa non-application - mais peut aussi, par le biais de l'interprétation, en modifier considérablement le sens et la portée. Bref, le Conseil serait devenu une pièce politique du système de la République.

On mesure ainsi l'indignation de certains, quelle que soit leur couleur politique : la démocratie représentative est bafouée puisque les députés n'ont plus le dernier mot et se trouvent « soumis » aux exigences d'un organe non élu et non contrôlé.

Mais ce spectre du gouvernement des juges est balayé par les partisans de l'État de droit ainsi instauré en répliquant que l'autorité du Législateur n'est nullement souveraine : seul le peuple est souverain et il le marque dans l'adoption d'une constitution qui impose à tous, y compris le législateur, la rigueur de ses règles.

Dès lors le Conseil peut affirmer que la loi n'est acceptable que si elle respecte les règles de la constitution, en sa procédure - ce qui n'est pas très compliqué - , mais aussi en son contenu - ce qui devient pour le coup, très complexe.

L'opacité provient de ce que c'est moins la constitution qui s'impose que l'interprétation qu'en donne le Conseil : et, à ce moment, réapparaît la question de la légitimité fondamentale d'un tel organe. L'histoire elle-même, si elle est sollicitée, donne une tout autre version de ce renouveau de l'État de droit, à la fin du XIX^e siècle (27).

C'est bien, en effet, pour contrecarrer les effets supposés néfastes

de la démocratisation de la vie publique aux tout débuts de la III^e République, conservatrice et bourgeoise, que l'on trouve dans la « théorie » de l'État de droit de quoi contenir les excès possibles de députés incontrôlables.

À cette démocratie qui risque de devenir ouvrière, on oppose une démocratie modérée par l'intervention de spécialistes de la norme, de juristes qui pourront avoir le privilège de décider des bonnes ou des mauvaises lois, avec l'alibi d'une neutralité que supposerait le champ juridique par opposition au champ politique.

Ce rappel des débuts de ladite « théorie » de l'État de droit dans la doctrine française de la fin du XIX^e siècle est évidemment moins agréable que l'hymne entonné aujourd'hui à sa gloire : pourtant il correspond à un constat bien établi, celui de la contradiction, à un moment donné, entre État de droit et démocratie.

Aussi n'est-il pas innocent que, dans tel ou tel pays, on prône l'État de droit comme préalable à la mise en œuvre de la démocratie, que les crises politiques dans le Tiers Monde sont souvent présentées maintenant avec le prisme de l'État de droit : ainsi de l'Algérie de 1990, sommée en quelque sorte de choisir entre la continuation de la démocratisation (aux effets annoncés dévastateurs) et l'État de droit (en réalité un coup d'État !) (28).

Bien sûr d'aucuns peuvent affirmer qu'il n'y a pas contradiction et que l'État de droit n'est jamais qu'un prolongement de la démocratie classique ou une extension.

Le citoyen désormais pourvu de droits devant un juge, un juge disposant de pouvoirs élargis pour promouvoir le respect de la constitution, des sages instaurés comme nouveaux modes d'émission des normes : voilà un programme séduisant. Mais on permettra d'objecter, quand même, qu'il serait bien naïf de croire

que la démocratie résultera simplement de la mise en place de nouvelles procédures !

C'est ici que gît l'opacité du paradigme : cette croyance absolue dans les vertus du droit occulte complètement ce qui pose problème dans les sociétés contemporaines: la mobilisation des citoyens, les idéologies en présence, les formes de l'action politique, c'est-à-dire tout un ensemble de phénomènes sur lesquels le droit a un pouvoir très relatif.

Au fond du consensus socio-politique du paradigme de l'État de droit, nous retrouvons la question primordiale du lien politique. C'est ce lien qui aujourd'hui pose problème comme relation vivante et incorporée du collectif dans l'individuel. On peut douter que le paradigme de l'État de droit y réponde sauf dans un fétichisme de juristes qui pense que le monde est juridique.

Nous retrouvons ici cette annotation toujours actuelle de Karl Marx dans L'Idéologie allemande : « Fétichisme de chacun pour sa marchandise : les juristes marchent sur la tête parce qu'ils croient que la loi est la réalité » .

Lorsqu'un paradigme, au lieu d'être un outil de connaissance, c'est-à-dire un mode de compréhension du réel, en vient à se substituer à cette réalité, il y a certainement problème.

Nous bouclons la boucle à propos du paradigme : s'il est vrai comme le montre Thomas Kuhn, que la connaissance est l'histoire d'une succession de paradigmes, alors peut-on se poser la question suivante : si le paradigme de l'État de droit a fait son temps, quel autre paradigme pourrions-nous proposer pour comprendre l'État de notre temps ?

CHAPITRE 2 : LES LIENS MATRICIELS ENTRE LES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

SECTION 1 : DES CATEGORIES MULTIPLES DE DROITS ET DE LIBERTES AUX FONDEMENTS THEORIQUES COMMUNS.

L'association démocratie libérale/ libertés, n'est pas évidente car la démocratie peut conduire à réprimer toutes résistantes minoritaires, à annihiler les libertés de la minorité (démocratie = volonté de la majorité).

I.- la théorie du droit naturel ou jus naturalisme

1.- Les évolutions

Les hommes sont égaux devant la loi de l'univers. Ils disposent de droits inhérents à toute personne humaine et transcendent les époques et les lieux. Personne ne peut y porter atteinte. Contre le pouvoir tyrannique.

Christianisme : affirmation de la dignité humaine et de la liberté de conscience. Séparation du spirituel et temporel.

Saint Thomas d'Aquin (XIIIème s.) : notion de loi naturelle, expression de la volonté divine. Moyen de limitation du pouvoir du Prince.

Résistance à l'oppression contre les lois injustes.

Laïcisation à partir du XVI ème s : on tire la loi naturelle de la nature de l'homme (Grotius, Pufendorf)

La loi naturelle s'enracine dans les théories du contrat social Thomas Hobbes (Léviathan 1651) : contrat social pour sortir de l'anarchie et de la violence au bénéfice de la paix et de la sécurité, dans le cadre d'un pouvoir absolu.

John Locke : (Second traité sur le gouvernement civil, 1690) : pouvoir limité. Garantit le droit de propriété (corps et biens). Si contrat rompu, insurrection populaire légitime. Consécration de la liberté de conscience. Jean-Jacques Rousseau (Le contrat social, 1762) : pour surmonter l'inégalité entre les hommes : pacte de justice et de bonne foi : confient la garantie de leurs droits au corps politique qui s'appuie sur la volonté générale : supérieure à la volonté individuelle.

Droits naturels : droits existants à l'état de nature avant la formation de toute société. Ce sont tous les droits universels des hommes et transcendent toute norme qui la reconnaîtrait et les mettraient en œuvre. S'imposent par eux mêmes.

2.- les influences DDHC 1789, D universelle DH signée dans le cadre de l'ONU, 1948.

3.- Les critiques On tend à prouver que ces droits ne sont ni absolus ni immuables.

II.- Les théories positivistes : Le positivisme juridique Le droit naturel ne peut exister que s'il est repris par le droit positif (normes juridiques de portée générale et impersonnelle. Corollaire : devoir d'obéissance absolue aux lois.b) Le positivisme sociologique Réaction au fascisme : Noberto Bobbio : seules les normes juridiques régulières et dont le contenu reflète les aspirations collectives sont légitimes et à respecter. Opposition possible sinon.

1.- droits de l'homme, libertés politiques, libertés-droits et libertés-moyens

a.- droits de l'homme Pas de contenu juridique précis : conceptions philosophiques, oscillant entre jus naturalisme et positivisme ≠ libertés publiques : dans le droit positif.

b.- libertés politiques : Assure au citoyen une participation au pouvoir. Libertés publiques : contre l'arbitraire. Art 7 et 11 DDHC : sûreté individuelle et liberté d'expression.

c.- libertés-droits et libertés-moyens libertés-droits : prérogatives reconnues et nécessaires à l'épanouissement de l'individu

ex : liberté d'expression. libertés-moyens : destinées à protéger les premières

ex : liberté de réunion, d'association.

2.- les droits de 1ière, 2ième et 3ième génération

a.- les droits de 1ière génération, droits-libertés
Courant des philosophies des lumières, des déclarations des droits.
Droits d'inspiration individuelle dont la finalité est de l'imiter l'action de l'Etat.

Etat : devoir d'abstention.

DDHC, PFRLR : liberté, égalité et leurs corollaires.

b.- les droits de 2ième génération, droits-créances
fin seconde guerre mondiale. Créances dont disposent les citoyens contre l'Etat.

Préambule de la constitution de 46, principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps.

Ex : droit à l'emploi, de grève, protection de la santé.

3.- droits de 3ième génération : débat sur leur reconnaissance

a) droits pas encore constitutionnalisés

droit au développement (art 1 pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 66), droit d'intervention humanitaire.

b) droits constitutionnalisés

droit à la paix (art 14 et 1 DDHC), droit de l'environnement (charte de l'environnement)

c) Critiques, Jean Rivero : ne sont qu'un simple habillage d'objectifs politiques

Flous, imprécis, opposabilité incertaine.

SECTION 2. LES SOURCES DES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX ET LA HIERARCHIE DES NORMES

- Révolution française, consécration de la souveraineté nationale, exprimée et matérialisée par la loi

Le Parlement est le représentant exclusif de la nation, personne morale. Seul organe à pouvoir exprimer les volontés nationales. Loi incontestable : ne saurait être remise en cause par aucun pouvoir constitué.

- IIIème et IVème Rép. : Maintien du principe pour contrôler le pouvoir exécutif.

Volonté de se protéger contre le pouvoir exécutif qui peut être tyrannique et bafouer les libertés individuelles.

- Avènement du fascisme : la fin du légicentrisme, la souveraineté parlementaire.

La menace peut émaner du Parlement

Loi : Expression de la volonté majoritaire contre la minorité.

Conséquence : Constitution : Norme supérieure à laquelle la loi est soumise et qu'elle doit respecter. Le parlement devient un organe dérivé de la constitution.

I.- La hiérarchie des normes en droit interne

1. les normes constitutionnelles

a) les arts de la Constitution du 4/10/58

b) le préambule de la constitution de 1958

1. la DDHC

2. Le préambule de la constitution du 27/10/46

- DDHC
- PFRLR

Principe découvert dans une loi antérieure à la IVème R. et jamais contredit par une loi postérieure, antérieure à la IVème. Peut n'être rattaché à aucun texte.

Ex. C.cons. 71 : liberté d'association.

- Principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps

La reconnaissance de la valeur juridique du Préambule

Avant, aucune valeur juridique : CE 9/05/1913 Roubeau.

C.cons. 16/07/71 liberté d'association : valeur juridique.

Reconnu avant : CE ass. 7/07/50 Dehaene, CE ass 11/07/56 Amicale des Annamites de Paris.

Sous la V ème R. : CE sect. 12/02/60 Eky : « les auteurs de la constitution (art 34) ont exclu du domaine d'intervention du législateur les contraventions. Ont entendu spécialement déroger au principe général énoncé à l'art 8 de la DDHC » (fait partie du Préambule).

c) Les principes et objectifs à valeur constitutionnelle

· Principes

Pouvoir d'interprétation du Juridiction constitutionnelle : constitutionnalisation de certains PGD :

- continuité du service public
- droit de former un recours contre toute décision administrative
- création prétorienne : principe de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation. (CC 27/07/94 Bioéthique, tirée de l'al 1ier Préambule 46).

· Objectifs

Permettent au Juridiction constitutionnelle de créer une obligation à la charge du législateur.

Jurisprudence du cliquet : le législateur peut accorder plus de garanties, mais plus de contraintes.

d) La Charte de l'environnement (révision constitutionnelle du 1/03/05)

2.- Les normes internationales, européennes et communautaires

Avant, la violation des conventions internationales n'était pas invocable par les justiciables directement.

Art 26 de la constitution du 27/10/46 : les conventions internationales ont force de loi et les traités ont une autorité supérieure aux lois.

CE ass. 1952 Dame Kirkwood : accepte le contrôle de conventionnalité.

a) les Traités, normes infra-constitutionnelles

Reconnaissance implicite de cette valeur. CE ass. 3/07/96 Koné : Les stipulations d'un Traité doivent être interprétées conformément aux PFRLR.

Affirmation claire : CE ass., 30/10/98, Sarran et Levache.

Rejet d'un REP : la constitution fait écran entre le décret et le Traité.

CE 3/12/01 Syndicat national des industries pharmaceutiques.

« Le requérant ne peut invoquer la non-conformité de la loi servant de support au décret attaqué », avec un Traité. « Le principe de primauté ne saurait conduire à remettre en cause la suprématie de la constitution. »

CE AP 2/06/00 Mlle Fraisse.

b) Les Traités, normes supra-législatives

· Art 55 de la constitution. Valeur conditionnée :

· les Traités doivent avoir été régulièrement ratifiés

art 52 de la constitution : Traité devant être ratifiés par décret

art 53 de la Constitution : Traité devant être ratifiés par la loi.

Contrôle du juge administratif.

CE Ass. 18/12/98, SARL du Parc d'activités de Blotzheim. Un Traité ratifié par voie décrétale alors qu'il relève de l'art 53 est inapplicable.

- Les Traités doivent avoir été publiés au Journal officiel

CE 18/0/51, Elections de Nolay : la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est dépourvue de toute force juridique.

- La condition de réciprocité doit être remplie

Exceptions : les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des Traités de caractère humanitaire (art 60 §5 de la convention de Vienne du 23/05/69)

- CESDHLF (CEDH 18/01/78, Irlande c/ RU)

- Traités des Communautés européennes (C.cons., 2/09/92 Maastricht II).

Le CE refuse de contrôler le respect de cette condition : CE ass. 9/04/99, Mme Chevrol-Benkeddach. Ce rôle appartient au ministre des affaires étrangères.

La CEDH en condamne la France en ce que ce refus est contraire à la CESDHLF (CEDH 13/02/03 Mme Chevrol c/ France)

- les Traités doivent avoir un effet direct

C'est-à-dire créateurs de droits et/ou obligations au profit et/ou à la charge des administrés.

Ne sont pas d'effet direct :

- les Traités concernant les relations interétatiques

- les Traités insuffisamment précis pour être directement applicables

Ex : art 4-4, 11 et 12 de la Charte sociale européenne.

- Etendue de la valeur supra-législative

Les Traités créant les Communautés européennes, les actes dérivés pris par ces institutions, les directives communautaires, les principes généraux du droit communautaire.

Pas les règles de droit public international : les coutumes internationales (CE ass. 6/06/97 Aquarone).

3.- les lois V ème R. : Énumération du domaine de la loi par l'art 34 de la Constitution :

- les libertés demeurent de la compétence du législateur
- mais la loi a perdu son caractère incontestable.

4.- les principes généraux du droit

a) définition des PGD

Principes d'origine jurisprudentielle destinés à limiter et à encadrer l'action administrative.

CE ass. 26/10/45, Aramu et autres. Droit de la défense.

Le CE ne les créerait pas mais les découvrirait, dans une loi, ou dans certaines conventions internationales (CE ass. 28/06/02 Ministre de la Justice c/ M. Magiera : le droit à voir sa cause entendue dans un délai raisonnable).

Certains PGD ont inspiré le droit législatif : interdiction du licenciement de toute femme enceinte (CE 8/06/73 Dame Peynet).

b) La valeur juridique des PGD

Infra-législative et supra-décrétale.

Ex. CE Sect. 26/06/59 : Syndicat général des ingénieurs conseils

II.- Les sources des droits et libertés fondamentaux en droit français

1.- les droits et libertés au sein du bloc de constitutionalité a)

dans les art de la Constitution de 58

- Principe d'égalité devant la loi,
- de libre détermination des peuples,
- de l'indépendance de l'autorité judiciaire,
- de sûreté personnelle :

Certitude pour les citoyens qu'ils ne feront pas l'objet de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle. Droit complété par la règle de l'interdiction des détentions arbitraires (C.Cons. 9/01/80 prévention de l'immigration clandestine).

- de libre-administration des collectivités territoriales par les conseils élus

b) dans la DDHC

- principe de liberté
 - o dont la liberté d'entreprendre
 - le principe d'égalité devant la loi (principe gigogne) :
 - o égalité d'accès aux emplois publics
 - o égalité de traitement des fonctionnaires appartenant à un même corps et un même grade
 - o égalité devant la justice.
 - le principe de sûreté personnelle
 - le principe de la présomption d'innocence
 - le principe de libre communication des idées et opinions
 - o recouvre la liberté de la presse écrite, la communication audiovisuelle, la libre expression et l'indépendance des enseignants-chercheurs.
 - le droit de propriété

c) dans le préambule de la Constitution de 46

- Droit d'asile,
- droit à l'emploi et principe de liberté du travail,
- droit syndical, droit de grève,
- droit de participation des travailleurs
- Droit au développement de l'individu dans le cadre familial,
- Droit de la protection de la santé et à la sécurité matérielle.

d) Au sein des PFRLR

- principe de liberté d'association,
- principe des droits de la défense,
- principe de liberté d'opinion et de conscience,
- principe de liberté d'enseignement,
- principe d'indépendance de la juridique administrative,
- principe de l'indépendance des professeurs d'université,
- la liberté d'entreprendre.

2.- les droits et libertés dans les conventions internationales

· La Déclaration universelle des droits de l'homme de 48
Dépourvue de force juridique.

· La CESDHLF (1950)

Distinction entre :

· les droits intangibles,

Torture, traitements inhumains et dégradants, esclavage, servitude, travail forcé, légalité des infractions et des peines.

· Et conditionnels : l'Etat peut y porter atteinte sous certaines conditions.

Liberté, sûreté, procès équitable dans un délai raisonnable, tribunal

indépendant et impartial, respect de la vie privée et familiale, domicile, correspondance, pensée, conscience, religion, réunion et association.

- De nombreux protocoles la complètent.
- La Charte sociale européenne (1961)
- La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (1987)
- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE) (2000)
Dépourvue de toute force juridique.
- Les conventions internationales spécifiques

3. Les droits et libertés dans les autres règles juridiques (PGD)

- le principe d'égalité devant la loi
- le principe d'égalité entre les usagers du service public
- le principe d'égalité régissant le fonctionnement des services publics
- le principe d'égalité dans l'accès des nationaux aux emplois publics
- le principe tendant à assurer la sécurité juridique :
 - o selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet d'un REP (CE 17/02/50 Dame Lamotte)
 - o droit au recours hiérarchique
 - o principe de non bis in idem
 - o obligation d'abroger un acte réglementaire devenu ou dès l'origine illégal (CE ass. 7/02/89 Cie Alitalia)
- certains principes applicables au droit de la fonction publique
Interdiction de licenciement d'une femme enceinte
- les principes applicables au droit des réfugiés et au droit de

l'extradition.

Refus de reconnaissance du principe de confiance légitime.

SECTION 3. CONTROLES DE CONSTITUTIONNALITE ET DE CONVENTIONALITE

I.- LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES NORMES

1.- La compétence de la juridiction constitutionnelle

- a) Le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux
 - Soit avant sa ratification (art 54)
Bloque la ratification du Traité, jusqu'à modification de la Constitution.
 - Soit après, par le contrôle de la loi de ratification, sur le fondement de l'art 61

b) Le contrôle de constitutionnalité des lois

- caractéristiques du contrôle de constitutionnalité
- contrôle a priori

Dans les 15 jours suivant l'adoption définitive, en tout état de cause avant sa promulgation.

C.Cons. 25/01/85 Etat d'urgence et nouvelle Calédonie ; C. Cons.

15/03/99 Nouvelle Calédonie : contrôle d'une loi déjà en vigueur dont la loi nouvelle modifie, complète ou affecte son domaine.

- contrôle in abstracto

ne prend nullement en compte les modalités d'application, mêmes futures.

- Contrôle par voie d'action

Le C.Cons. Ne répond qu'à la question de conformité.

- Contrôle facultatif

Automatique que pour les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires.

- Le Juridiction constitutionnelle est saisi par des organes politiques
Président de la République, Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, 60 députés ou sénateurs.

Les propositions de mise en place d'une procédure de question préjudiciale d'inconstitutionnalité (le juge ordinaire pourrait saisir le C.Cons. sur demande d'une des parties, après filtrage des demandes par la Cour de cassation et le CE), n'ont pas abouti.

- Lacunes du contrôle de constitutionnalité :

- refus par le C.cons de contrôler :

§ des lois référendaires (adoptées par le peuple et non le Parlement)

C.Cons. 6/11/62 Election du Prdt de la Rép au SU

C.Cons. 23/09/92, Maastricht III.

§ des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès (art 89)

C.cons. 26/03/03 Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

- De nombreuses lois peuvent échapper à tout contrôle :

§ les lois promulguées avant 1958 et, au regard des droits et libertés

fondamentaux, avant 1971

§ les lois promulguées et qui n'ont donné lieu à aucune saisine du Conseil

2.- La compétence du juge administratif

- Refus du contrôle de constitutionnalité des lois

Il estime qu'il ne lui appartient pas de s'opposer à ce qu'a voulu la Nation par la voie de ses représentants.

CE sect. 6/11/36 Arrighi

CE Sect. 30/07/03, Djaoui

Le CE refuse donc de contrôler une loi qui lui serait directement déférée.

Théorie de la Loi écran : refuse de contrôler la loi indirectement déférée (sur le fondement de laquelle l'acte administratif attaqué a été pris).

Le CE astreint les autorités administratives à respecter les lois même inconstitutionnelles.

- Limites à la théorie de la loi écran

Le CE contrôle le respect par les décrets (intervenant dans le domaine du règlement autonome de l'art 37) des dispositions constitutionnelles

Appréciation des conséquences d'une révision constitutionnelle sur les lois antérieures (abrogation implicite)

CE Ass. 16/12/05 Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité

II.- LE CONTROLE DE CONVENTIONALITE DES NORMES

1.- la juridiction constitutionnelle il refuse de faire un contrôle de conventionnalité : C.Cons. IVG 15/01/75
Exception : lorsqu'il se comporte en juge électoral (C.Cons. 21/10/88
Election législative du Val d'Oise)

2.- La Cour de cassation

CM 24/05/75 Société des cafés Jacques Vabre : contrôle.

3.- La Cour Africaine des droits de l'Homme, Le CE
CE Ass. 20/10/89 Nicolo
Revirement de jurisprudence par rapport à : CE section 1/03/68
Syndicat général des fabricants de semoule de France

DEUXIÈME PARTIE : LES Aspects processuels des DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

Chapitre 1. Le dualisme juridictionnel ? UNE TRADITION Francaise

En France : 2 ordres juridictionnels ð l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Le Tribunal des conflits assure le respect du dualisme juridictionnel.
Dans CC, 23 janvier 1987, Conseil de la Concurrence : conception française de la séparation des pouvoirs ð compétence minimale aux Juridictions (J°) Administratives

SECTION 1. LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE

I.- LES JURIDICTIONS CIVILES

Définition : ensemble des tribunaux ayant compétence pour examiner et régler les différends intéressants une pers privée.

- o Les J° composées exclusivement de magistrats de carrière : TI, TGI, CA, CC°
- o les J° composées exclusivement de magistrats exerçant 1 autre activité professionnelle à titre principal : TCom, J° Proximité
- o les J° mixtes : TPBR, TASS, TCI, C' prud'hommes

1.- les règles de répartition des compétences en première instance

Les TGI sont les juges de Droit commun du contentieux civ en 1er ressort

- Leurs compétences s'étendent :

- o Quelque soit le montant de la demande, aux contentieux de l'état des personnes, immobiliers, d'exécution des jugements, des brevets & marques
- o A ts les ô contentieux dont le montant de la demande excède 10000€

le TI dispose d'1 compétence générale pour tous les litiges entre particuliers dont le montant ne dépasse pas 10000€

o il a une autre compétence exclusive en matière de loyers d'habitation, en 1er & dernier ressort jusqu'à 4000€ et en 1er ressort et à charge d'appel au-delà de ce montant

la J° proximité est compétente en 1er et dernier ressort pour les litiges personnels et mobiliers et pour les litiges relatifs à l'action en restitution d'1 dépôt de garantie, dont le montant de la demande n'excède pas 4000€

le TCom est compétent pour l'ensemble des litiges intéressant les commerçants

le Conseil des prud'hommes est compétent pour les litiges intéressant les salariés

le Tribunal Des affaires de sécurité sociale est compétent pour la résolut° des litiges nés de l'application d'un texte relatif à la sécu soc

Le Tribunal Paritaire des baux ruraux est compétent pour tous les conflits s'élevant entre 1 propriétaire d'immeuble rural et son fermier ou métayer

ð sauf dérogation législative ou réglementaire, la J° territorialement compétente est celle du lieu où demeure le défendeur

2.- les règles de répartition des compétences en appel et en cassation

Ø en appel

l'appel est formé devant la Cour d'Appel (CA) dans le ressort de laquelle se trouve la J° ayant rendu le jugement contesté.

Ø en cassation

la Cour de cassation est composée de 6 chambres : 3 civ, 1 cciale & fcière, 1 soc, 1 crim,

elle a donc compétence en matière civ et en pénale

· les pourvois sont examinés

o soit par 1 formation de 5 magistrats si le pourvoi semble fondé s/ 1 moyen sérieux de cassation et une solution ne s'imposant pas

o soit par 1 formation de 3 magistrats dans les autres cas

- les pourvois peuvent être renvoyés devant des format° + solennelles :
 - Chb mixte
- § renvoi de droit en cas de partage égal des voix, ou si le Proc Gal le requiert avant l'ouverture des débats
- § facultatif quand l'affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs Chambres

- Assemblée plénière (composée de 19 mb)
- § Saisine obligatoire après cassation d'un premier jugement et résistance de la J° de renvoi
- § Facultative s'il existe des solutions divergentes entre les juges du fond ou entre la CC° et les juges du fond

II.- LES JURIDICTIONS REPRESSIVES

1.- Les juridictions d'instruction

Ø en première instance

- 2 j° se partagent les fonctions d'instruction en 1er instance, composée d'un juge unique du siège
- o Le juge d'instruction : il instruit à charge et à décharge sans saisine et dans les limites posées / l'autorité de poursuite
 - o Le juge des libertés et de la détention : décide la mise en détention provisoire d'une personne mise en examen, il autorise les perquisitions dans les cabinets d'avocats en cas de refus de la personne concernée.

Cependant en matière de délinquance des mineurs : appartient au juge des enfants.

Ø en appel

Les ordonnances du juge d'instruction sont susceptibles d'appel devant la chambre de la CA dans le ressort de laquelle se situe le TGI auquel appartient le juge d'instruction
la chambre d'instruction est composée de 3 magistrats

2.- Les juridictions de jugement

a) en première instance

- les J° de jugement se distingue selon l'infraction reprochée :
 - en cas de contravention :
 - § compétence de la juridiction de proximité pour les 4 1ères classes
 - § compétence du Tribunal De police pour la contravention de 5e classe
 - en cas de délits : compétence du Tribunal Correctionnel
 - en cas de crimes : compétence de la Cour d'assises

Elle est composée de 3 magistrats prof et de 9 jurés, elle a la particularité de ne pas ê 1 J° permanente

- Tribunal de police = émanation du TI en mat pénale
 - Tribunal correctionnel = émanation du TGI en mat pénale
 - Cour d'assises = émanation de la CA en matière pénale
-
- Pour les mineurs délinquants :
 - o soit le juge des enfants : pour contraventions, délits & crimes commis par – 16 ans
 - o soit le tribunal des enfants : si renvoi de l'affaire / le juge ou si peine ≥ 7 ans
 - o soit la cour d'assises des mineurs : pour crimes / 16 à 18 ans

b) en appel

Devant la chbre des appels correctionnels pour les contraventions & délits

Devant la Cour d'assises d'appel pour les crimes depuis la loi 15 juin 2000

La Chb des appels correctionnels est 1 chambre de la CA dans le ressort de laquelle se trouve la J° de proximité, le Tribunal de police ou le tribunal correctionnel dont la décision est contestée la contestation de ses arrêts est formée devant une autre CA : Cour d'assise d'appel : il s'agit d'1 voie d'appel circulaire

SECTION 2 : LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

- Le contrôle de l'action administrative existait déjà /s l'Ancien Régime avec la faculté dont disposait le Roi de France d'évoquer les affaires intéressant la Couronne devant son Conseil.

I.- LA PERIODE REVOLUTIONNAIRE

- Lors de la Révolu°, l'Assemblée constituante repense le traitement de ce contentieux et refuse :

- o De confier le contentieux administratif au juge judiciaire
- o De créer de tribunaux spéciaux pour juger l'action de l'administration

- Ce double refus est acté / 2 textes :

- o La loi des 16 et 24 août 1790 s/ l'organisation judiciaire
- o Le décret du 16 Fructidor An III

II.- LA PERIODE NAPOLEONIENNE

Durant cette période, la justice administrative n'est pas dissociée de l'administration en application de la théorie « juger l'administration, c'est encore administrer »

Le juge administratif ne doit pas être 1 juge spécialisé en matière administrative ms 1 juge ayant l'esprit de l'administrateur

La C° du 22 Frimaire An VIII, en son art. 52 portant création du Conseil d'Etat. A ces côtés apparaissent les Conseils de préfecture avec la loi du 28 Pluviôse An VIII

En 1er ressort, les litiges sont portés directement devant le ministre compétent ou / délégation devant les C' de préfecture

En appel, les contentieux relèvent de la compétence de CE, ms il n'intervient que dans le cadre de la justice retenue. La décision finale est prise / le Chef de l'Etat.

III.- LE XIXE SIECLE - le décret du 11 juin 1806 crée au sein du CE 1 commission du contentieux, compétente pour instruire les affaires qui seront ensuite délibérées en ASS Gale

- le décret du 22 juillet 1806 pose quelques grands principes procéduraux : l'instruction est désormais nécessairement contradictoire.
- La loi du 24 mai 1872 bouleverse la justice Administrative,
 - o elle met fin au système de la justice retenue
 - o elle instaure la justice déléguée
 - o elle crée l'ordre judiciaire et l'ordre administratif
- l'arrêt Cadot rendu / le CE en 1889 met 1 terme à la théorie du ministre-juge
- le contentieux administratif relève désormais de la compétence, en 1er ressort & dernier ressort, du CE, à l'exception de certains contentieux qui ressortent des C' de préfecture en 1er ressort et du CE en appel.

IV.- Le XXe siècle

- le décret-loi du 30 septembre 1953 supprime les C' de préfecture et les remplace : les TA
- la décision du CC° le du 23 janvier 1987 s/ la loi transférant à la Juridiction judiciaire le contentieux des décisions du C' de la concurrence
- la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux

administratif, cette loi crée les cours administratives d'appel.

V.- LA REPARTITION DES COMPETENCES AUJOURD'HUI

1.- Les règles de répartition des compétences en premier ressort

- hors les cas où la compétence a été expressément attribuée / texte à 1 Juridiction spécialisée, il revient aux tribunaux. Administratif de connaître, en 1er ressort, de l'ensemble des recours contentieux

- le CE dispose cependant d'une compétence résiduelle directe en 1er ressort pour connaître :

- o des recours pour excès de pouvoir formés c/ les décrets & les ordonnances

- o des recours pour excès de pouvoir c/ certaines décisions ministérielles

- o des recours pour excès de pouvoir c/ les décisions des organismes collégiaux à compétence nationale

- o des litiges d'ordre individuel des fonctionnaires nommés / décret du Prdt Rép

- o du contentieux de la composition de certains organismes

2.- les règles de répartition des compétences en appel

- le CE demeure le juge d'appel de droit commun des décisions rendues / les J° administratives

- les CAA ne sont compétentes que pour connaître des appels formés c/ les jugements rendus / les Tribunaux Administratifs

- cependant certains jugements de tribunal administratif sont jugés en appel directement / le CE

- o en mat d'élection municipales et cantonales

- o en mat de redevances audiovisuelle

- o en mat d'impôt locaux
- o en mat de responsabilité de l'Etat pour refus d'accorder le recours à la force publique pour l'exécution d'une décision de justice
- o en mat d'action indemnitaires inférieures à 8000€

3.- Les règles de répartition des compétences en cassation

Selon L. 111-1 COJ le CE est la Juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort / les diverses juridictions administratives.

Le CE n'est pas considéré comme l'équivalent au niveau de l'ordre administratif de la CC°

SECTION 3 : LE TRIBUNAL DES CONFLITS

le dualisme juridictionnel implique la nécessité d'un mécanisme régulateur des conflits de compétence entre les 2 ordres de juridiction : le tribunal des conflits joue ce rôle
sa composition est paritaire, il comprend 4 représentants de l'ordre administratif et 4 de l'ordre judiciaire
il est présidé / le ministre de la Justice

A.- La procédure de conflit positif

Il y a conflit positif lorsqu'une juridiction judiciaire se déclare compétente sur une affaire alors que l'administration, par la voie du préfet, considère qu'elle relève de la juridiction administrative.

O si la Juridiction judiciaire acquiesce : conflit stoppé et dossier renvoyé devant juge administratif

o si le juge judiciaire refuse : le préfet prend 1 arrêté de conflit qui saisit de plein droit le tribunal des conflits

§ soit il annule l'arrêté de conflit et le juge judiciaire peut reprendre l'affaire.

§ Soit il confirme l'arrêté de conflit et le juge administratif est saisi de l'affaire

- le conflit ne peut jamais être élevé
 - o dans les instances civiles quand engagées c/ personnes publiques ou leurs agents pour cause atteinte à la liberté individuelle
 - o en matière criminelle
 - o en matière correctionnelle

B.- La procédure de conflit négatif

- le TC peut ê saisi :

· soit s/ renvoi obligatoire

§ le renvoi obligatoire permet d'éviter les dénis de justice

· soit s/ renvoi facultatif

§ la CC° ou le CE peuvent décider de renvoyer au TC la résolut° d'1 question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires

C. La procédure de revendication

- la procédure de revendication permet aux ministres de faire dessaisir le CE / le TC, lorsqu'ils estiment qu'1 affaire dont le Conseil est saisi, ne relève pas du contentieux administratif.

- Cette procédure n'a cependant jusqu'à alors jamais été mise en œuvre

D.- Le tribunal des conflits, comme juge du fond

- le TC peut aussi agir comme juge du fond

- cette compétence exceptionnelle est destinée à éviter qu'un déni

de justice se produise

- il est nécessaire que 4 conditions soient réunies
 - o être en présence de 2 jugements définitifs s/ le fond
 - o les 2 jugements doivent porter s/ 1 objet identique
 - o les 2 décisions doivent être tout à fait contradictoires
 - o la contrariété des décisions doit aboutir à 1 injustice grave
- si ces 4 conditions sont réunies : le TC juge alors l'affaire au fond et sa décision est insusceptible de recours (TC, 12 déc. 1955 : Thomasson et TC)

Lundi 13 novembre 2006 1 13 /11 /2006 17:52

Chapitre 2 : le juge administratif et les DROITS ET libertés FONDAMENTAUX

- le juge administratif peut être saisi / la voie du recours pour excès de pouvoir
- en cas d'urgence les justiciables disposent aussi des procédures de référés mises en place / la loi du 30/06/2000

SECTION 1. LES RECOURS ADMINISTRATIFS ET CONTENTIEUX

- les administrés disposent de la faculté de contester l'ensemble des actes administratifs, dès lors qu'ils sont décisoiress, c'est-à-dire qu'ils modifient l'ordonnancement juridique ou le maintiennent en l'état.

- Cependant certains actes administratifs bien que décidant quelque chose, ne peuvent faire l'objet d'aucune contestation, ni administrative, ni contentieuse :

- Des mesures d'ordre intérieur : acte administratif modifiant l'ordonnancement juridique

§ Toutefois une évolution jurisprudentielle aboutit à une réduction drastique du domaine des mes d'ordre intérieur

§ CE, ASS 17 fév. 1995 Hardouin & CE ASS 17 fév. 1995, Marie : Le CE a jugé que les sanctions infligées à des militaires ou à des détenus, jusqu'alors considérées comme des mesures d'ordre interne ne l'étaient plus.

- Des actes de gouvernement = les actes intéressants :

§ Les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels : décret de dissolution de l'AN (CE, 20 fév. 1989) ou décret de nomination d'un membre au CC^el. Le Prdt Rép (CE, Ass. 9 avril 1999, Mme Ba)

§ Les rapports de la France avec les Etats étrangers (CE, Ass, 15 oct. 1993)

- Des actes parlementaires :

Ensemble des actes pris par les services des assemblées parlementaires, autres que les actes législatifs. Ces actes ne sont susceptibles d'aucun recours à l'exception :

§ Des dommages causés / les services des assemblées parlementaires (ordonnance 1958)

§ Des litiges d'ordre individuel concernant les agents titulaires des services des assemblées parlementaires

§ Du contentieux des décision de passation des marchés publics (CE, Ass, 5 mars 1999)

- o Les décisions administratives peuvent être expresse ou implicites

- o Le délai de recours contentieux de 2 mois francs commence à courir dès l'accomplissement des formalités de publicité
- o A l'intérieur du délai de recours contentieux, l'administré souhaitant contester 1 décision administrative peut :
 - § Soit exercer 1 recours administratif
 - § Soit un recours contentieux
 - L'exercice des recours est facultatif et n'est pas suspensif
 - Le recours pour excès de pouvoir (REP) constitue le recours le plus fondamental, il permet aux citoyens de veiller au respect de la légalité / l'A° et d'obtenir l'annulation d'1 décision illégale
 - Dans la décision Dame Lamotte (CE, Ass, 17 fév. 1950) : le REP est 1 « recours ouvert même sans texte c/ toute décision administrative et qui a pour effet d'assurer, conformément aux PGD, le respect de la légalité ».
 - Le REP est 1 recours dispensé du ministre d'avocat devant l'ensemble des Juridiction administratives

SECTION 2. LES RÉFÉRÉS

- Depuis le 1er janvier 2001, les administrés, pour pallier les lenteurs inévitables de l'instance au fond, peuvent ainsi recourir aux référés et, principalement, aux référés suspens° et injonction

A.- le référé suspension

- art L.521-1 du Code de justice administrative: procédure d'urgence qui tend à obtenir en urgence du juge des référés administratif la suspension de l'application d'une décision administrative positive ou négative qui fait simultanément l'objet d'1 REP
- la demande de référé suspension est 1 procédure accessoire à 1 action au fond c'est-à-dire qu'elle ne peut être formulée que si 1 REP

ou de plein contentieux a été préalablement ou simultanément exercé.

- La demande de suspension peut aussi être présentée / le préfet.

1.- La procédure

- conduite selon 1 procédure simplifiée : juge unique qui statue dans les + brefs délais sans 1tervent° du Commissaire du gouvernement & après 1 procédure contradictoire orale.

- Le juge statue en 1er et dernier ressort et peut prononcer la suspens° de tout ou partie de la décision administrative contestée...

a) si et seulement si 3 conditions

- La demande concerne 1 décision administrative (acceptation ou rejet)

- Il existe 1 doute sérieux quant à sa légalité

- Il y a urgence à intervenir

Cette condition n'est pas requise pour les demandes de suspension présentées / le préfet, en application des art. L. 55461 et L. 554-2 du Code de justice administrative

- L'urgence correspond aux cas où l'exécution de l'action porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à 1 intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre (CE, 19 janvier 2001)

- Le juge procède donc à 1 bilan de l'urgence, l'urgence n'est donc pas seulement celle du requérant ms celle qui résulte de la confrontation de l'ensemble des ï en jeu (CE 28 mars 2003)

- Si le juge des référés suspend 1 décision administrative l'A° ne peut reprendre 1 acte identique, ce 2ème acte serait illégal (CE sect. 5 nov. 2003, Association convent° vie et nature pour 1 écologie radicale).

2.- les voies de recours

- l'ordonnance de référé est susceptible d'1 recours en cassation

devant le Prdt de la Sec° du Contentieux du CE dans les 15 j suivant sa notification

- les parties peuvent à tout moment demander au juge des référés de modifier son ordonnance initiale, si des éléments de fait ou de droits nouveaux apparaissent.

3. Application en matière de police administrative

- le contrôle de la légalité des arrêts « couvre feu » : CE, ord. 9 juillet 2001, Préfet du Loiret

B.- le référé injonction

Art. 512- 2 du Code de justice administrative: donne au juge 1 pouvoir plénier pour remédier aux atteintes graves et manifestement illégales portées à 1 liberté fondamentale commises / l'A° ou 1 Pers Morale (PM) de droit privé chargée d'1 mission de service public dans l'exercice de ses fonctions

1.- La procédure

- la procédure du référé injonction appelée aussi référé liberté, est conduite par un juge unique statuant sans intervention du Commissaire du gouvernement

- le juge des référés statue dans les plus brefs délais, après 1 procédure contradictoire orale.

- Le demandeur doit prouver que l'A ou 1 personne privée chargé d'1 mission de SP a commis une faute dans l'exercice de ses fonctions
L'atteinte à 1 LF doit avoir été commise dans l'exercice de ses fonctions :

-une atteinte grave et manifestement illégale.
- ... à une liberté fondamentale

- Le CE reconnaît en tant que LF :
 - Le droit de propriété (CE 29 mars 2002, SCI Stéphaur et CE, ord. 3 janvier 2003, Ministre de l'intérieur c. Sté Kerry)
 - Le droit de mener une vie familiale normale (CE, ord. 3 mai 2002, Assemblée de réinsertion sociale du Limousin)
 - Le droit d'assurer de manière effective sa défense devant le juge (CE, ord. 3 avril 2002, Ministre de l'intérieur c. M. Kurtarici)
 - Le principe du caractère pluraliste de l'express^o des courants de pensée et d'opinion (CE, ord. 2 février 2001, M. Tibéri)
 - La liberté d'aller et venir (CE, ord. 22 août 2003, M. Marc C)
 - La liberté d'entreprendre (CE, ord. 29 avril 2004, Département du Var)
 - Le droit au travail (TA Toulouse, ord. 25 juin 2002, Mme A et ô c. Préfet de la Haute-Garonne)
 - Le droit au logement (CE, ord. 3 mai 2002, Assemblée de réinsertion sociale du Limousin)
- Et qu'il y a urgence à intervenir

2.- Voies de recours

- l'ordonnance de référé est susceptible d'appel devant le Prdt de la section du contentieux du CE, dans les 15 j suivant sa notification.

Chapitre 3. Le juge judiciaire et les DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

SECTION 1. LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE

A. reconnaissance du droit d'accès à la justice

- le Droit d'agir en Justice ne découle pas directement de la Constitution (C°)
- il constitue pourtant en France 1 LF et ce pour plusieurs raisons :
 - o reconnu en tant que tel / la jurisprudence de la CEDH et de la CJCE
 - o reconnu comme 1 norme de référence dans le PIDCP (Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 déc. 1966)
 - o il est protégé en tant que Droit fondamental / le C. Cons 9 avril 1996
- sans accès à la Justice, il n'y a plus de droits fondamentaux
- ce principe du libre accès à la Justice fait peser s/ l'Etat l'obligation de tout mettre en œuvre pour assurer aux citoyens un recours Juridictionnel effectif.

B. mise en œuvre du droit d'accès à la justice

1. Le droit d'accès à la justice et le fonctionnement du service public de la justice

La miss° de service public de la Justice : consacrée / le CC° 19 février 1998

a) Le principe d'égalité

- La CEDH a reconnu la légitimité pour tout justiciable de voir ses différends portés devant les tribunaux. D'1 Etat, ce qui revient à admettre l'idée que tous les justiciables ont un Droit égal à être jugés.
- Le principe d'égalité a été maintes fois évoqué / le CC°el 23 juillet 1975

- L'affirmation de ce principe implique que tous les justiciables se trouvant dans la même situation doivent être jugés / les mêmes tribunaux. Selon les mêmes règles de procédure et de fond.
- Le principe d'égalité implique également que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont 1 objectif à valeur constitutionnelle

b) la gratuité

- La Justice est régie / le principe de gratuité, la loi du 31 déc. 1977 a instauré la gratuité des actes de la Justice devant les Juridictions civ.
- La gratuité de la Justice justifie l'existence de l'aide juridictionnelle.
- L'aide Juridictionnelle est un devoir pour l'Etat, sanctionné / la CEDH

2. Le droit d'accès à la justice et la saisine du juge

l'accès à la Justice implique l'accès au juge

2 facteurs récents contribuent à favoriser cet accès au juge

- La class action

§ Début 2005, le Prdt de la Rép a initié 1 réforme devant permettre aux consommateurs d'obtenir réparation après avoir saisi de façon groupée et simplifiée la Justice : inspirée des class actions américaines

- La création des juridictions de proximité / la loi du 9 septembre 2002

3. le droit d'accès à la justice et la possibilité d'exercer une voie de recours

- avoir accès au juge implique enfin la possibilité de pouvoir contester la décision judiciaire qui serait empreinte d'erreur ou d'injustice
- la CC° a créé des voies de recours-nullité qui ont vocation à

intervenir lorsque la loi a expressément supprimé tout recours - toutefois 1 recours- nullité, c'est / hypothèse, violer la loi qui interdisait tt recours : la jurisprudence impose des conditions très strictes à leur connaissance.

4. le droit d'accès à la justice et le droit à l'exécution du jugement

- la décision obtenue doit pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée s'il y a lieu.
- Ainsi non seulement le jugement, mais aussi son exécution, font partie de l'accès à la Justice.
- La CEDH a précisé que l'exécution d'un jugement fait partie intégrante du procès : arrêt 13 mars 1997, se pose le problème de l'exécution provisoire
- Le rapport Magendie sur la célérité et la qualité de la justice pose le principe d'une exécution de plein Droit des jugements en 1ère instance.
- Le décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile prévoit dans un nouvel art 526 NCPC, qu'en cas d'exécution provisoire de droit ordonné, si l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel, le juge peut décider la radiation du rôle de l'affaire.

SECTION 2. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES CIVIL

A. Le principe d'impulsion du procès

- ce principe signifie qu'en matière civile, le déroulement et l'extinction de l'instance appartiennent d'abord aux parties, sous réserve importante de l'office du juge

- o c'est le principe d'impulsion ou principe accusatoire
 - d'après l'art. 1er du NCPC, seules les parties introduisent l'instance
 - en procédure civile, le juge ne peut se saisir d'office
 - le principe accusatoire est limité par l'accroissement des pouvoirs du juge dans l'instruction du procès, notamment le rôle du JME, ainsi la direct^o de l'instruction n'est donc pas seulement l'affaire des parties

B. Le principe dispositif

- il signifie qu'en matière contentieuse, les parties ont la maîtrise de la matière litigieuse, c'est-à-dire le pouvoir de fixer les éléments du litige : les parties ont la maîtrise des faits et le juge celle du droit.
- Le domaine des faits est essentiellement du ressort des plaideurs
- Il est en principe interdit au juge de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat
- Toutefois l'art 7 al.2 du NCPC autorise le juge à prendre en considération les faits adventices qui sont les faits allégués / les parties mais dont elles n'ont tiré aucune conséquence juridique.
- Le principe dispositif est donc assorti d'atténuation
- Les art 12 & 13 du NCPC sont consacrés au problème de Droit : le juge est en principe maître du Droit parce qu'il a l'obligation de statuer en Droit et parce qu'il doit relever d'office les moyens de Droit
- Selon art 13 : le juge peut inviter les parties à fournir les explications de Droit qu'il estime nécessaires
- Les parties ont l'obligation de qualifier les faits et actes litigieux : l'assignation doit exposer les moyens de Droit

C. Le principe du respect des droits de la défense

Il désigne les garanties fondamentales qui assurent aux plaideurs la possibilité de faire valoir leurs Droits librement et contradictoirement. Englobe le principe du contradictoire et le principe de loyauté procédurale

1. Le principe du contradictoire

Implique que chaque partie soit en mesure de discuter les arguments et éléments de preuves avancés / son adversaire.

Selon art.16 NCPC : le juge a l'obligation de veiller au respect des droits de la défense

D'après l'art. 17 : le principe du contradictoire doit s'appliquer aux mes ordonnées à l'insu d'1 partie : ordonnances s/ requête.

La CC° contrôle le respect du contradictoire

L'obligation de respecter le principe du contradictoire s'impose également aux parties, il en découle une obligation de loyauté procédurale

2. Le principe de loyauté procédurale

Dans 1 arrêt du 7 juin 2005, la CC° a posé en principe l'obligation pour les parties & le juge de respecter de faire respecter la loyauté des débats. Nouveau principe directeur de l'instance

Le rapport Magendie préconise quant à lui l'inscription d'1 obligation de loyauté dans les principes directeurs du procès civil.

D. L'immutabilité et l'indisponibilité du litige

1. La notion d'immutabilité du litige concerne les parties

Signifie que quand 1 procès a été engagé, son cadre ne peut être modifié.

Cette règle se rapproche du principe dispositif dont elle est en

quelque sorte la conséquence

Elle protège également la liberté de la défense en empêchant l'un ou l'autre des plaideurs de retarder le déroulement de l'instance / la présentation de demandes nouvelles.

2. L'indisponibilité quant à elle concerne le juge, il est lié / les conclusions

SECTION 3. LE RÉFÉRÉ

Procédure exceptionnelle, procédure contradictoire, intervient que pour prendre des décisions provisoires

l'article 484 NCPC : « l'ordonnance de référé est 1 décision provisoire rendue à la demande d'1 partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à 1 juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires »

A. La compétence du juge des référés

- en principe, le juge des référés est le Prdt du TGI
- la voie du référé n'est ouverte que si la matière litigieuse appartient au fond à l'ordre judiciaire.
- Il a toujours été admis que le référé est 1 procédure contradictoire ne devant pas toucher le fond du droit

Il faut distinguer 3 cas :

- o Art 808 NCPC prévoit 1 recours en référé dans tous les cas

d'urgence. L'urgence est 1 question de fait. Il doit s'agir d'1 mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'1 différend

- o Art 809 al.1er reconnaît compétence au juge des référés pour prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état s'imposant, soit pour prévenir 1 dommage imminent, soit pour faire cesser 1 trouble manifestement illicite.
- o Art 809 al. 2 autorise quant à lui le juge des référés à accorder au créancier 1 provision, il faut l'existence de l'obligation ne soit pas sérieusement contestable.

Il arrive que l'on demande au juge des référés d'ordonner des mesures d'instruction

Il existe en dehors du NCPC, 2 cas où le référé permet de protéger les libertés et la vie privée des individus :

§ Le référé de l'art 9-1 du Code Civ : aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence

§ Le référé de l'art 5-1 du CPP : même si le demandeur s'est constitué partie civile devant la j^e répressive, la juridiction civ, saisie en référé, demeure compétente pour ordonner toutes mes provisoires relatives aux faits qui st l'objet des poursuites lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable

B. La procédure devant le juge des référés

- il existe 2 modes d'instruction du référé,
 - o normalement le défendeur est appelé / 1 assignation (référé s/ place),
 - o il existe 1 forme de référé dit référé s/ procès verbal
- devant TGI, les parties comparaissent en personne ou / mandataire

- la procédure est contradictoire : les parties exposent leurs prétention & le juge statue immédiatement
- les pouvoirs du juge des référés sont limités à la fois / le fait que le juge des référés n'est pas saisi du fond & / le caractère provisoire des mesures qu'il peut prendre
- la décision du juge des référés est 1 ordonnance rendue publiquement, elle présente 3 caractères
 - o caractère exécutoire de plein droit
 - o caractère provisoire
 - o absence d'autorité de la chose jugée au principal
- l'ordonnance rendue en dernier ressort / défaut est susceptible d'opposition, le délai étant de 15 j (art 490)
- l'appel est possible, sauf si l'ordonnance émane du 1er Prdt de la CA ou si elle a été due en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande.
- Le délai d'appel est de 15 jours à compter de la notification de l'ordonnance

CHAPITRE 4 : LE JUGE PENAL ET LES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX (Les exigences qui font pression sur le juge pénal)

SECTION 1 – CONNAISSANCE DE LA NATURE ET DE LA CAUSE DE L'ACCUSATION

Art. 6§3 CEDH et art. préliminaire du CPP : possibilité pour la personne de se défendre efficacement. La personne doit être exactement informée de l'accusation qui pèse sur elle en matière

pénale, savoir ce qui lui est reprochée.

L'information doit porter sur la nature et la cause de l'accusation.

- Moment où la personne a le droit de connaître la cause et la nature de l'accusation : notion d'accusation pénale en matière pénale.

Arrêt CEDH Deweer 27.02.1980 : « accusation = notification officielle émanant de l'autorité compétente du reproche d'avoir accompli une infraction pénale. » Mais définition insuffisante car cette notification peut arriver assez tard dans une enquête.

Le principe devrait donc s'appliquer dès qu'il y a des soupçons (donc dès l'enquête préliminaire).

Loi 15.06.2000 : les charges pesant sur une personne doivent lui être notifiées lors de son placement en garde à vue. Donc garde à vue = moment de l'information. La garde à vue ne pouvant être prévue qu'en cas de charges contre une personne.

- Principe et respect du contradictoire :

Les faits sur lesquels le juge statue doivent être fixés dès le départ.

En cas de requalification par le juge, le principe du contradictoire doit être respecté, la défense doit présenter ses observations sur la nouvelle qualification. (Crim. 05.01.2005 : il ne peut y avoir de requalification en l'absence du prévenu).

SECTION 2 – PRINCIPE DE LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES

Art. 8 DDHC : « la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

Art. 111-3 CP : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

A. – Le principe de légalité en tant que tel :

- « Nullum crimen, nulla poena sine lege »

Interdiction de réprimer un acte qui, à la date à laquelle il a été commis, n'était pas constitutif d'une infraction pénale, mais encore de condamner une personne en absence de texte sanctionnateur. Il doit exister au même moment le texte prévoyant l'infraction mais également le texte prévoyant la sanction.

Le juge doit s'assurer que l'infraction est punissable et que tous les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis. La peine doit également bien être prévue par un texte dans son principe et dans son montant.

B. – L'exigence de clarté et de prévisibilité de la loi pénale = Principe de lisibilité

Fiction de connaissance : « nul n'est censé ignorer la loi ». Mais la clarté, l'accessibilité et la prévisibilité du texte sont des conditions nécessaires à la légalité de la répression.

Con. Const. Sécurité et liberté 1981 : « le législateur doit définir les infractions en terme suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». L'élément matériel mais également moral, intentionnel

ou non de l'infraction doivent être précisés.

C'est au juge pénal de vérifier ces conditions et d'écartier les dispositions qui ne précisent pas suffisamment les éléments constitutifs du comportement incriminé.

Crim 01.02.1990 au visa des arts. 6-3 et 7 CEDH, 8 DDHC, 34 et 37
C° : « toute infraction doit être définie en termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire. »

C. – L'interprétation stricte de la loi pénale : Art. 111-4 CP.

Le juge doit interpréter strictement la loi, son interprétation ne devant pas encourir la critique d'arbitraire, il ne peut pas procéder par extension, analogie ou induction.

C'est au nom de ce principe, que la chambre crim. refuse l'incrimination d'homicide involontaire pour une atteinte involontaire au fœtus, ce qui paraît logique au regard de la sanction encourue, 3 ans, alors que l'atteinte intentionnelle de l'avortement illégal n'est puni que de 2 ans de prison.

L'interprétation stricte ne signifie pas que le juge ne peut pas requalifier, il en a l'obligation, en respectant le principe du contradictoire.

D. – Le contrôle de la légalité et de la conventionnalité

Par ce contrôle, le juge pourra écarter le texte qui ne répond pas au principe de légalité.

De même, d'office ou à la demande d'une partie, le juge pourra écarter une disposition contraire à une norme de droit interne ou international :

- Droit international : contrôle de conformité par rapport au droit communautaire d'application direct (textes et jurisprudences) ou conventionnel (CEDH). Cela s'explique par le principe de primauté du droit communautaire sur le droit interne. Le juge pourra donc écarter une incrimination contraire aux libertés consacrées.
- Droit interne : le juge peut écarter un règlement non conforme à la loi ou à la Constitution. Mais ce contrôle ne peut s'opérer que sur un texte de valeur infra-législative (= contrôle de légalité) car le juge pénal n'opère pas de contrôle de constitutionnalité.

E. – Le principe de nécessité et de proportionnalité de la peine (DDHC)

Art. préliminaire III CPP (Loi 15.06.2000) : « les mesures de contrainte doivent être strictement limitées aux nécessité de la procédure et proportionnées à la gravité de l'infraction. »

- Proportionnalité de la peine prévue par le texte répressif : contrôlée par le Conseil Constit. Le contrôle du caractère nécessaire de la peine se fait au moyen de la proportionnalité. (Exclusion des peines automatiques). Les sanctions ne doivent pas, de par un caractère excessif, porter atteinte à une liberté fondamentale.
- Proportionnalité de la peine prononcée par le juge : la peine doit être individualisée et ne pas être disproportionnée aux faits commis. La peine doit être le juste équilibre entre la « protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime, et la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné » (Loi 12.12.2005).

SECTION 3 – LA SECURITE JURIDIQUE : LES LOIS DE VALIDATION ET LA RETROACTIVITE DE LA JURISPRUDENCE

Civ. 1ère 09.10.2001 : « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée. » La Cass. impose alors une obligation d'information à un médecin alors même qu'elle n'existe pas au moment des faits. = insécurité juridique.

Le principe de sécurité juridique et son corollaire, le principe de confiance légitime est fréquemment utilisé en droit communautaire (CJCE 12.07.1957 *Algera c/ Assemblée commune*) et la Cour Européenne en a fait un élément central en le déclarant inhérent au droit de la CEDH.

Pour contrecarrer cette rétroactivité de la jurisprudence, le législateur a instauré des lois de validation : elles fixent le droit tel qu'il existait antérieurement au revirement de jurisprudence, elles constituent des droits acquis en maintenant des règles antérieures après un revirement de jurisprudence en s'opposant aux juges. Les lois de validation s'opposent donc au principe de séparation des pouvoirs législatifs et judiciaires.

La CEDH 28.10.1999 Zielinski a donc limité le recours aux lois de validation aux hypothèses d'impérieux motifs d'intérêt général afin de respecter l'article 6§1 de la CEDH (procès équitable).

En réponse, Cass. Civ. 2ème 08.07.2004 : application non rétroactive de la jurisprudence.

SECTION 4 – LA PRESOMPTION D'INNOCENCE

Art. 9-1 cc : « chacun a droit au respect de la présomption d'innocence »

Art. préliminaire CPP : « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'est pas établie. »

Ce principe agit comme une règle probatoire, c'est au Ministère public qu'incombe la charge de la preuve de la culpabilité du prévenu qui doit être relaxé en cas de doute.

Mais il existe des présomptions de culpabilité conformes à ce principe (CEDH Salabiaku c/ France 07.10.1988) si elles ne sont pas irréfragables et que le respect des droits de la défense est assuré. (Présomption de culpabilité en cas de détention en droit douanier).

- La culpabilité repose sur l'intime conviction du juge, l'aveu n'étant pas exigé (au contraire du Moyen-Age), les tortures policières sont bannies au titre de l'art. 3 de la CEDH.

Art. 3 et 13 CEDH : interdiction de soumettre une personne à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

CEDH Selmouni c/ France 28.07.1999 : « sauf preuve contraire, les lésions constatées médicalement sont le résultat de la garde à vue ».

- L'intime conviction du juge doit être encadrée : droits de la défense et obligation de motivation des décisions de justice conformément à l'art. 6-1 CEDH (procès équitable), les juges doivent donc justifier la solution donnée.

SECTION 5 – LE DROIT DE SE TAIRE OU DE NE PAS S'AUTO INCRIMINER

Ce droit n'apparaît pas dans la CEDH mais pour la cour, « il ne fait aucun doute que ces droits sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur du procès équitable » (CEDH Funcke c/ France 25.02.1993).

- Mais ce principe a été reconnu par le droit communautaire et la jurisprudence européenne :
 - droit communautaire : CJCE Orkem c/ Commission des CE 18.10.1989.
 - Jurisprudence européenne :
 - o Funke c/ France 25.02.1993 : obligation de délivrer des documents dont la douane n'a pas la certitude viole le droit de se taire
 - o Saundes c/ RU 17.12.1996 : le droit au silence interdit toute forme de contrainte pour imposer au justiciable de délivrer des documents, il ne peut donc exister une sanction applicable à un refus de communiquer des documents.

SECTION 6 – LE DROIT À L'AUDITION ET À LA CONFRONTATION AVEC LES TEMOINS

Art 6-3 CEDH et 14-3 PIDCP : les parties à la procédure bénéficient du droit au témoin, au stade de l'instruction et du jugement. Ce droit est le corollaire des droits de la défense.

Ce principe n'est pas illimité mais a vocation à s'appliquer lorsqu'un juge va se baser sur un seul témoin qui n'aura pas été confronté au prévenu (CEDH Barbera c/ Espagne 06.12.1988).

SECTION 7 – LES TEMOINS ANONYMES, LES LIVRAISONS SURVEILLEES ET LES PROCEDES D'INFILTRATION (LOI 09.03.2004)

A – Les témoins anonymes

Ils peuvent conforter d'autres preuves mais ne sont pas acceptables en tant que mode de preuve en tant que tel sur le fondement du principe du procès équitable.

CEDH Doorson c/ Pays Bas 26.03.1996 : la cour admet l'utilisation des témoignages anonymes sous trois conditions :

- il existe d'autres preuves
- le juge intervient lors de l'audition des témoins anonymes
- le juge se fait une idée de la crédibilité de ce témoin

Ainsi, le CPP prévoit la possibilité d'entendre et d'interroger le témoin tout en gardant son anonymat mais concilie ce principe avec les droits de la défense (confrontation par l'intermédiaire d'un dispositif technique, existence d'autres preuves ...).

B – Les livraisons surveillées

Provocations à la preuve en matière de stupéfiants, ce sont les OPJ qui s'infiltrent afin de prouver la commission d'infractions. Ces derniers, sous autorisation du procureur, ne sont pas pénalement responsables.

Cependant, cette provocation à la preuve ne doit pas devenir une provocation à l'infraction, toute la procédure devant être respectueuse du principe de la loyauté de la preuve. Ainsi, si le juge

peut se fonder sur une preuve obtenue de façon illicite par une partie, il ne peut accepter une preuve obtenue de façon illicite par un OPJ.

Ainsi, les actes prévus par la commission rogatoire doivent être strictement nécessaires et justifiés par les besoins de l'enquête ; à défaut ils sont irréguliers.

Les livraisons surveillées soumises au principe de loyauté de la preuve doivent donc être autorisées, justifiées, et ne peuvent constituer des provocations à l'infraction

C – Les procédés d'infiltration : Loi Perben 09.03.2004

Art 706-81 CPP : l'infiltration doit permettre de constater la réalisation d'une infraction mais ne saurait consister en une incitation à commettre, à peine de nullité.

Ces infiltrations ne sont possibles que pour certaines infractions et si l'enquête l'impose (terrorisme, stupéfiants ...).

Le procureur ou le juge d'instruction autorise et contrôle cette infiltration et peuvent y mettre fin à tout moment.

L'agent peut prendre une autre identité et sa sortie du réseau criminel pouvant être dangereuse, la loi peut prévoir une prolongation de son rôle.

SECTION 8 – LES ECOUTES TELEPHONIQUES ET OPERATIONS DE SONORISATION

A – Les écoutes téléphoniques avant la loi du 9.03.2004 et depuis la loi du 9.03.2004

Art. 100 CPP. Avant, elles étaient possibles au cours de l'instruction et autorisées par le juge d'instruction. Depuis la loi, ces interceptions de correspondances émises par voies de télécommunication (poste et téléphone) sont possibles lors des enquêtes préliminaires et les enquêtes de flagrance pour certaines infractions (706-73 CPP : stupéfiants, terrorisme ...).

1. En cas d'instruction ouverte et en toute hypothèse, hors des cas prévus par 706-73

Sans y être autorisé, un OPJ ne peut pas procéder à des écoutes mais peut retranscrire les bases de sa conversation téléphonique obtenue sans artifice ni stratagème.

Cependant, pour en demander la nullité, il faut prouver l'existence d'un grief (802 CPP) et une atteinte propre à l'art. 8 de la CEDH.

La liberté de la preuve ne saurait, dans un état de droit, l'emporter sur la légalité de l'administration de cette preuve. La validité de la preuve sera fonction de l'atteinte portée aux droits de la partie concernée, l'important étant que cette preuve puisse être discutée contradictoirement.

Ainsi, pour la CEDH, on ne peut pas exclure une preuve illégale par principe, il faut retenir sa validité si elle n'a pas méconnu les droits de la défense et n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation (Schenk c/ Suisse 12.07.1988).

2. En absence d'instruction ouverte et pour les infractions prévues à l'article 706-73 du CPP

L'autorisation de recourir à des interceptions de correspondance hors de l'instruction n'est possible qu'à la requête du procureur de la

république par le JLD. Interviennent donc 2 magistrats.

B – Les opérations de sonorisation et de fixation d'image dans certains lieux ou véhicules

Au cours de l'instruction, la loi Perben prévoit la possibilité, avec l'accord du JLD, d'installer un dispositif de sonorisation dans un domicile de nuit pour les infractions prévues à l'art. 706-73 du CPP. Ces mesures sont autorisées par le juge d'instruction pour un délai de 4 mois renouvelable par une ordonnance motivée. Certains lieux sont exclus : cabinets ou véhicule d'un avocat, d'un médecin, d'un notaire ... (secret professionnel).

En exécution de ces sonorisations et fixation d'images, un PV de transcription sera versé au dossier de procédure.

SECTION 9 – LE RAPPORT D'EXPERTISE PENALE : QUESTION SPECIFIQUE DU RESPECT DU CONTRADICTOIRE

Principe de l'égalité des armes doit être respecté tout au long de la procédure, on y inclut donc le mode d'administration des preuves (CEDH Edwards c/ RU 16.12.1992).

Or en matière pénale, l'expertise n'est pas réalisée de façon contradictoire, le débat est donc partial puisque les parties n'ont aucun moyen de contrôle durant l'élaboration de l'expertise.

CEDH Mantovanelli : l'art. 6 s'applique à l'expertise, la non possibilité pour une partie de discuter de l'expertise le prive du principe du contradictoire.

