

L'HISTOIRE ET LA PHILOSOPHIE DES DLF

L'ANTIQUITÉ GRÉCO-ROMAINE

Le **monde gréco-romain** n'était **pas propice au développement des DLF**,

Dans la Grèce antique ou à Rome, la vie humaine s'inscrit dans le cadre de la cité. Plus que la qualité d'être humain, c'est alors le statut de **citoyen** qui est source de droits. Il existe donc une discrimination radicale entre :

- les citoyens ;
- les étrangers : barbares, métèques, pérégrins.

En revanche, tous les citoyens sont régis de manière égale par les lois de la cité, que les Romains appellent *jus civile*, c'est-à-dire « droit civil ».

En clair, tous les hommes ne sont pas protégés par le droit de la cité :

- Les étrangers ne le sont pas ; dans le droit archaïque, ils sont protégés par des règles morales ou religieuses ; puis par les principes du *jus gentium*, défini comme la partie du droit civil commune à toutes les cités ;
- Les membres de la cité qui n'ont pas la qualité de citoyen : femmes, enfants mineurs, esclaves. Eux sont protégés par l'intermédiaire du mari, du père ou du maître, qui est seul *sui juris*.

La qualité d'être humain n'est pas, en soi, source de droits. Il faut, en plus, être apte à la citoyenneté, et ce n'est pas le cas de tous les hommes.

Cette distinction provient de la vision d'Aristote sur le droit. Le droit était naturaliste, objectiviste et hiérarchique : **l'Homme libre primait sur tout le reste**. En effet, pour lui l'homme est distinct des autres animaux parce qu'il est doté de raison (*logos*), mais il affirme que tous les hommes ne possèdent pas le *logos* au même degré :

- certains hommes (les Grecs) sont naturellement destinés à commander, parce qu'ils sont supérieurement intelligents, maîtres d'eux-mêmes, et donc aptes à la vie civique ;
- d'autres hommes (les Barbares) sont naturellement destinés à servir, parce qu'ils sont inférieurement intelligents.

L'organisation politique reflète ces différences naturelles :

- les Grecs obéissent à des lois ;
- les Barbares, eux, obéissent à un homme (un roi).

Il existe donc une nature commune à tous les hommes, mais il y a des degrés dans la jouissance des qualités propres à cette nature humaine.

L'ÉPOQUE HELLÉNISTIQUE

L'époque hellénistique est une **période chronologique de l'histoire antique**, une phase de l'histoire de la Grèce. Elle s'étend de la fin de l'époque classique, soit la mort d'Alexandre le Grand en 323 av. J.-C., à la défaite de Cléopâtre VII à la bataille d'Actium en 31 av. J.-C. et son suicide l'année suivante, qui marque l'achèvement de mise en place de la domination romaine sur le monde grec.

Durant cette période, **les cités subissent une double évolution** :

- elles perdent leur indépendance ;
- elles sont intégrées dans des ensembles politiques plus vastes, que sont les royaumes hellénistiques, où le pouvoir échappe aux citoyens.

La citoyenneté ne disparaît pas, mais elle perd de son importance : être citoyen ne permet plus que de participer à la gestion des affaires locales. Les décisions politiques sont prises au niveau du royaume.

Les philosophes s'intéressent ainsi moins au modèle du citoyen et à celui de la cité. Leur réflexion se concentre sur :

- la vie de l'homme ;
- sa place dans le monde (*cosmos*).

Ils cherchent à définir les principes d'une vie bonne, les qualités de l'homme sage.

Les sophistes sont les premiers à plaider pour le rétablissement de la nature, contre les lois de la cité. Pour les sophistes, **les lois ne sont qu'un instrument entre les mains de celui qui détient le pouvoir**, le plus fort, le plus grand nombre, etc., qui peut en changer le contenu en fonction de son intérêt.

Puis les **doctrines hellénistiques** exaltent l'appartenance à l'humanité :

- **les cyniques** rejettent l'appartenance à une cité, ces philosophes appréhendent ainsi **l'humanité comme un tout et analysent les vertus de l'homme, indépendamment de sa race ou de son statut social**.
- **les stoïciens** considèrent que, **grâce à leur âme, les hommes participent d'une communauté d'existence qui transcende les nations et les rangs**, en même temps qu'elle les rattache à la divinité. Chez les philosophes stoïciens, **la dignité est appliquée à tout homme indistinctement, qu'il soit noble ou plébéien, libre ou esclave**. Tous les hommes sont appelés à la même dignité, mais tous n'y parviennent pas (seul le sage atteint pleinement la dignité). **La dignité morale est donc source de nouvelles distinctions**, car la dignité n'est pas considérée comme donnée a priori, mais comme le résultat d'un apprentissage.

Cela fait **une grande différence avec la notion contemporaine de dignité humaine**, considérée comme :

- inhérente à tout être humain dès sa naissance ;
- source d'égalité.

L'APPORT DU CHRISTIANISME : LA DECOUVERTE DU DROIT NATUREL

La **civilisation occidentale** est fondée sur les principes du christianisme, en raison du **rôle joué par l'Église dans l'encadrement de la société médiévale**.

Le christianisme pose alors le principe de **l'égalité ontologique de tous les hommes**. Cela signifie que les hommes partagent une même nature permanente, indépendamment des accidents de leurs existences, car ils ont deux points communs :

- **ils proviennent tous d'une même origine : la création divine ;**
- **ils sont tous appelés à une même fin : le salut et la vie éternelle.**

L'idée que **l'Homme dispose d'une dignité intrinsèque qu'il détient de Dieu commence à émerger**.

Au Moyen Âge, **saint Thomas d'Aquin (1225-1274)** affirme que **« la dignité humaine consiste à naître libre et à exister pour soi »**. Chaque homme est capable de répondre à l'appel de Dieu (vocation) grâce :

- au don de la foi ;
- à celui de la raison : celle-ci lui permet de rechercher la vérité et de s'écarter du péché, car la véritable liberté découle du triomphe sur le mal.

De même que l'idée selon laquelle **l'individu doit obéir à une norme temporelle mais que celle-ci est elle-même limitée par d'autres considérations et exigences naturelles et divines** qui s'imposent à tous.

la loi positive est une nécessité impliquée par la nature sociable de l'homme, mais elle doit être conforme à certains critères :

- **elle doit être juste, c'est-à-dire conforme à la fin naturelle du peuple, le « bien commun » ;**
- **elle doit être adaptée aux circonstances de temps et de lieu.**

La loi positive doit être respectée, par principe, car elle est présumée exprimer le juste. Mais elle doit être écartée si ne remplit pas cette fonction.

En résumé, **la théorie du droit naturel affirme qu'il existe un droit qui s'impose au pouvoir, un droit dont le législateur et le juge doivent s'inspirer**.

Les principes de ce droit peuvent être découverts par la raison en étudiant la nature telle que Dieu l'a créée.

Le droit positif tire sa légitimité, et donc sa force obligatoire, de sa conformité au droit naturel.

Le **Décret de Gratien** (œuvre majeure du droit canonique élaboré vers 1140) formule notamment deux affirmations :

- **le droit naturel, qui est d'origine divine, est supérieur aux lois humaines ;**
- **les lois humaines contraires au droit naturel doivent être considérées comme nulles.**

LA SUBJECTIVISATION ET LA LAÏCISATION DU DROIT NATUREL

Au XII^{ème} siècle, **les canonistes** se trouvent confrontés à un **problème d'interprétation des textes figurant dans le Décret de Gratien**. Il y a certaines contradictions notamment sur le droit de propriété : d'un côté le droit naturel impose une "commune possession des biens" et de l'autre le droit canonique reconnaît le droit de propriété privée.

Il a donc fallu trouver une solution, et ce fut celle de la **redéfinition du droit naturel en distinguant le sens objectif et le sens subjectif**.

Selon **Rufin** (auteur d'une Somme sur le Décret, vers 1160), **le droit naturel n'est pas constitué de règles contraignantes, mais de simples incitations, de modèles à suivre**. Ce caractère simplement incitatif du droit naturel objectif offre à chaque individu un espace de liberté : chaque homme est libre de suivre ou non les principes du droit naturel. Cela conduit cet auteur à affirmer que le droit naturel se définit aussi comme **« une force dont la nature a doté chaque homme pour l'inciter à faire le bien et à se détourner du mal »**. C'est la première définition subjective du droit naturel, considéré comme une faculté individuelle, un pouvoir dont chaque homme est doté.

Ainsi, dès la fin du XII^{ème} siècle, les décrétistes (commentateurs du Décret) définissent le droit naturel à la fois :

- comme un ensemble de principes objectifs inscrits par Dieu dans la nature (sens objectif) ;
- comme une faculté, un pouvoir dont Dieu a doté chaque être humain (sens subjectif).

La notion de droits naturels subjectifs est utilisée par **les théologiens de la Seconde scolastique (XII - XIII)**. Ils entreprennent de **moderniser la doctrine de saint Thomas d'Aquin pour répondre aux problèmes nouveaux qui se posent à l'époque moderne**. Ils s'efforcent de concilier :

- l'enseignement de saint Thomas ;
- l'humanisme.

En effet, l'une problématiques nouvelles est celle du traitement des indigènes lors des colonisations, on parle de **la controverse de Valladolid**.

C'est un **débat politique et religieux concernant les relations entre les colonisateurs espagnols en Amérique et les indigènes amérindiens** qui a lieu en Espagne du 15 août 1550 au 4 mai 1551.

La question est de savoir si les Espagnols peuvent se fonder sur un « droit de conquête » pour dominer et convertir par la force les populations indigènes ou si les différents peuples amérindiens (appelés Indios, « Indiens », par les colonisateurs) sont de légitimes possesseurs de leurs territoires, les Espagnols devant alors se limiter à une colonisation pacifique et à des conversions volontaires.

De nombreux juristes et certains théologiens soutiennent que **les Indiens peuvent être privés de leurs terres et réduits en esclavage** :

- parce qu'ils ne sont pas chrétiens ;
- parce qu'**ils sont voués par nature à la servitude** (l'argumentation est fondée sur la distinction faite par **Aristote** entre les Grecs et les Barbares).

La papauté condamne cette opinion, en rappelant que l'esclavage est une institution liée à la corruption de l'humanité par le diable.

Pour trancher la controverse, **Charles Quint fait tenir un débat à Valladolid**.

Francisco de Vitoria (v. 1483-1546), se prononce en faveur du **respect de la liberté et des biens des Indiens**. Dans ses leçons, qui seront publiées après sa mort, sous le titre *Relectio de Indis*, **il emprunte aux canonistes médiévaux la notion de droits naturels**. Il formule le problème en termes juridiques :

- Soit les Indiens étaient titulaires d'un dominium (aptitude à posséder) légitime avant l'arrivée des Européens ; alors il faut respecter leurs droits ;
- Soit ils ne sont pas aptes à être titulaires du dominium ; dans ce cas, les colons peuvent disposer de leurs biens.

La question est de savoir si le dominium est réservé aux chrétiens.

Vitoria répond que non, parce que **Dieu a donné la terre à tous les hommes, sans distinction**.

LA MODERNISATION DU DROIT NATUREL

À partir du **XVII^{ème} siècle**, les droits naturels prennent une dimension nouvelle : sous la plume des **philosophes modernes**, ils deviennent la matrice de la société politique. En effet, deux idées s'imposent :

- **les droits naturels préexistent à la société ;**
- **les gouvernements sont institués pour les garantir.**

Dans **les sociétés traditionnelles**, c'est-à-dire dans les sociétés où l'organisation politique et sociale est fondée sur les principes de la **pensée médiévale**, elle-même tributaire de **l'héritage d'Aristote**, la garantie des droits est conçue par référence aux principes suivants :

- **L'homme est naturellement porté à vivre en communauté.** C'est au sein de la cité, c'est-à-dire une communauté dotée d'une organisation politique, que l'individu peut accomplir pleinement les fins de sa nature.
- Afin que chaque homme puisse mener une existence conforme à sa nature, **il faut que la société soit ordonnée conformément aux principes de la justice naturelle**, c'est à-dire conformément aux principes du droit naturel.
- L'organisation sociale ne relève pas de principes autonomes, mais elle obéit à des principes extérieurs, qu'il importe de découvrir.

- **Le droit naturel ne peut être connu de manière parfaite.** Il ne peut être entrevu qu'à travers les indices concrets qui existent dans la réalité sociale. **C'est à partir d'un raisonnement inductif, c'est-à-dire s'élevant de la réalité concrète vers l'idée abstraite, que le juriste peut déterminer la solution juste dans les circonstances qu'il connaît.** Il ne saurait donc être question de déduire la solution juste de l'application d'un corpus de principes abstraits.
- **Les droits des individus et ceux des divers groupes sociaux ne peuvent pas être définis a priori, par référence à un modèle abstrait.** Ils sont déterminés conformément aux principes spécifiques de l'ordre social dans lequel s'inscrivent leurs titulaires. Il s'agit donc de droits concrets et inégaux.
- **Leur objet est de garantir à chacun sa juste part (de charges et de bénéfices) dans la société.** La communauté politique est conçue comme un corps dont les groupes sociaux sont les organes. **Chaque organe ayant des besoins spécifiques, doit se voir reconnaître des droits adaptés, c'est-à-dire des droits spéciaux, ou « privilèges ».**
- **L'inégalité des droits est donc nécessaire à l'équilibre du corps social.**
- **Le rôle des gouvernants consiste à assurer la conformité de l'organisation sociale avec les principes du droit naturel.** Cela passe, notamment, par la conservation des droits propres à chaque groupe ou à chaque individu.
- Si les gouvernants ne remplissent pas fidèlement la mission que Dieu leur a assignée, cela produit deux conséquences : ils perdent leur légitimité et leurs sujets peuvent être déliés de leur obligation d'obéissance. **Le gouvernement tyrannique doit ainsi être combattu et renversé.**

L'avènement de la monarchie absolue de droit divin substitue au modèle féodal, fondé sur le contrat et la fidélité, deux paradigmes :

- celui de la soumission ;
- celui de l'obéissance.

Cette évolution provoque un **déséquilibre radical dans le système traditionnel des privilèges.**

En réaction, **une nouvelle conception de la garantie des droits émerge** progressivement. Comme par symétrie avec la sacralisation du pouvoir, un processus de sacralisation des droits se développe

La substitution des droits naturels de l'homme aux droits et libertés traditionnelles coïncide avec **l'affirmation d'un nouveau modèle de système politico-juridique, qui prend le contrepied de tous les principes de la pensée classique.**

En effet, pour les auteurs modernes, la garantie des droits relève d'un système fondé sur les postulats suivants :

- dans l'état de nature, **l'homme existe en tant qu'individu autonome** ; la société n'est donc pas l'état naturel de l'homme, mais elle résulte d'un acte volontaire (convention) ;
- **dans l'état de nature, l'individu est doté de droits** ; ceux-ci sont donc **antérieurs à la société** ; la formation de la société repose sur la mise en œuvre de ces droits ;
- **le droit naturel est constitué de principes abstraits qui peuvent être découverts par la raison**, et dont l'organisation sociale doit être déduite ;
- **tous les hommes sont dotés des mêmes droits naturels** ;
- **les gouvernements sont institués par les individus afin d'assurer la garantie de leurs droits** ; la légitimité du pouvoir politique découle d'une délégation consentie par les gouvernés.

Pour les Modernes, c'est dans la raison elle-même qu'est inscrit le critère du juste naturel. Le critère du juste est devenu la conformité au général que la raison porte en elle, l'expression d'un ordre naturel purement rationnel, fruit de l'intellectualisation du réel par la raison.

Le pionnier de l'école du droit naturel moderne est le Hollandais **Hugo Grotius** (1583-1645). Auteur d'un traité consacré aux relations entre les États (*De jure belli ac pacis*, 1625), **Grotius affirme l'autonomie de la loi naturelle à l'égard de la loi divine.** Sans rupture formelle, il procède ainsi à la **laïcisation** :

- **de la loi naturelle ;**
- **du droit naturel, qui en découle** : la loi divine a son propre domaine, qui n'est pas celui de la loi naturelle.

L'homme doit suivre différentes lois :

- **en tant que chrétien, il obéit à la loi divine**, qui doit inspirer le droit religieux ;
- **en tant que citoyen, il suit la loi naturelle**, qui doit inspirer le droit de la cité.

Grotius considère que c'est la sociabilité qui est « la source du droit naturel ». L'instinct naturel qui pousse l'homme à vivre avec ses semblables de manière paisible implique des règles, dont les principales sont les suivantes :

- respecter le bien d'autrui ;
- tenir ses engagements ;
- réparer le dommage causé.

Grotius fonde le droit naturel sur la seule raison humaine.

Avec **Samuel von Pufendorf** (1632-1694), la doctrine du droit naturel moderne atteint sa maturité. Elle emprunte à Hobbes deux idées :

- **l'hypothèse de l'état de nature ;**
- **la notion de contrat social** (*Le Droit de la nature et des gens*, 1672).

Pufendorf combine divers principes :

- ceux de Grotius : **le principe premier de la morale est la sociabilité ; les lois naturelles se découvrent par la seule raison naturelle, sans le secours de la Révélation ;**
- ceux de Hobbes : **l'instinct naturel le plus fort est l'autoconservation.**

Le droit naturel est ainsi défini comme le pouvoir (ou la liberté) que possède chaque homme de veiller à sa propre conservation.

Cela oblige les hommes à se regarder les uns les autres comme naturellement égaux.

Avec l'introduction des concepts d'état de nature et de contrat social, **l'école du droit naturel moderne place les droits naturels de l'homme à la base de la société politique.**

LA PHILOSOPHIE DES LUMIÈRES : LES DROITS NATURELS DE L'HOMME COMME FONDEMENTS DE LA SOCIÉTÉ POLITIQUE.

C'est pour résoudre la question de la légitimité du pouvoir politique, et donc de ses limites et de ses rapports avec les gouvernés, que des penseurs sont conduits à faire des droits naturels de l'homme le fondement de la société politique.

Leurs systèmes s'appuient sur des principes communs, ceux posés par l'école du droit naturel moderne :

- **état de nature**
- **contrat social.**

Mais **leurs conclusions sont différentes, car ils ne poursuivent pas les mêmes buts.**

HOBBS

Thomas Hobbes (1588-1679) est l'auteur de plusieurs traités politiques, mais son œuvre majeure est le **Léviathan (1651)**. Il entreprend de résoudre la question de la légitimité du pouvoir dans un contexte de révolution et de guerre civile en Angleterre.

Hobbes explique qu'il faut établir l'unité au sein de l'État :

- **un pouvoir unique ;**
- **investi d'une souveraineté illimitée ;**
- **conjuguant les autorités spirituelle et temporelle.**

Le Léviathan fonde ce pouvoir absolu sur une **légitimité démocratique**. En effet, le pouvoir est établi par le consentement de tous les membres du corps social, qui lui confient leur propre souveraineté individuelle.

Pour construire ce raisonnement, Hobbes part de l'hypothèse de l'état de nature. Pour lui, **l'état naturel de l'humanité est celui d'une guerre de tous contre tous**. Dans l'état de nature, chaque homme jouit d'une liberté absolue. Les hommes sont donc libres et égaux en liberté. Hobbes explique d'ailleurs que cette liberté est le vrai droit naturel. **L'homme ne peut profiter de cette liberté, car il se heurte en permanence à ses semblables**. En effet, ils prétendent exercer sur lui leur propre liberté. Comme ils sont égaux par nature, tous prétendent commander et faire obéir les autres. **Chez Aristote, l'inégalité naturelle justifiait la vocation de certains à commander et d'autres à obéir.**

Pour sortir de cet état chaotique où ils mènent une vie « solitaire, misérable, sale, animale et brève », **les hommes sont poussés par la nécessité à établir l'ordre et la paix**. Selon Hobbes, **c'est la peur de la mort qui les pousse à renoncer à leur droit naturel illimité afin de s'unir, seule conduite rationnelle.**

Cette unité trouve son origine dans un contrat par lequel chaque individu renonce à son droit naturel, à la condition que tous les autres fassent de même : ce sont des renonciations réciproques.

Chez Hobbes, **la théorie de l'état de nature, des droits naturels de l'homme et du contrat social est ainsi orientée vers la justification du pouvoir absolu.**

Le fondement de la légitimité politique est démocratique, mais les modalités pratiques du pouvoir peuvent se rattacher à n'importe quelle forme de régime (monarchie, aristocratie, démocratie). L'essentiel est que l'État ainsi organisé jouisse d'un pouvoir absolu, seul moyen de garantir la paix et la sécurité.

Dans la société politique, **les libertés individuelles ne sont donc pas opposables à la volonté de l'État, puisque la formation d'une société ordonnée et pacifique repose sur le sacrifice par chaque citoyen de son droit naturel.**

LOCKE

John Locke (1632-1704) expose ses idées politiques dans les Deux Traités du gouvernement.

Le **Premier Traité a pour objet de réfuter la doctrine absolutiste développée par Robert Filmer** (1588-1653) dans son Patriarcha, publié en 1680. **Filmer justifie la monarchie absolue en affirmant que les hommes ne sont pas nés libres, mais esclaves.** Locke fonde, lui, la limitation du pouvoir des gouvernants sur deux principes :

- **la liberté ;**
- **l'égalité naturelles des individus.**

Dans le Second Traité, il établit positivement « l'origine, les limites et les fins véritables du pouvoir civil ».

Dans sa théorie du gouvernement civil, **Locke présente les fonctions du gouvernement comme des conséquences de sa formation**, c'est-à-dire de l'état de nature et des raisons qui poussent les hommes à former un corps politique. Ce sont les conditions de l'association qui limitent la souveraineté de l'État. **Or, selon Locke, l'état de nature n'est pas chaotique**

- **certes les individus sont libres ;**
- **mais le droit de nature, assimilé à la raison, leur enseigne qu'ils ne doivent pas nuire à leurs semblables.**

Le droit existe donc avant l'État. **Dès l'état de nature, les hommes contractent des obligations ; le droit se crée de manière spontanée.** Le rôle de l'État est de garantir le droit, pas de le créer.

En outre, **Locke rejette toute idée de subordination.** La liberté naturelle de chaque homme implique deux choses :

- son indépendance totale ;
- l'égalité de tous les hommes.

L'organisation de la société découle de la conclusion de **deux contrats successifs** :

- **la formation de la société**, qui est le résultat d'un premier contrat ; celui-ci est un contrat d'association ; il vise à régler les conflits qui surviennent, afin de garantir les droits naturels ;
- ensuite, au moyen d'un **trust, c'est-à-dire d'une sorte de mandat**, les associés établissent un gouvernement, auquel ils délèguent certaines prérogatives.

La fondation de la société est ainsi motivée par **la recherche réfléchie d'un mieux-être**. La formation du contrat social est le fruit d'un calcul : **les individus ont soigneusement dosé ce qu'ils abandonnent à la société et ce qu'ils retiennent**. L'objet du second contrat est justement de préciser :

- **ce que chaque membre du corps social a réservé de sa liberté naturelle, inaliénable**
- **ce qu'il a livré au pouvoir institué.**

Le gouvernement n'est légitime qu'autant qu'il poursuit le but qui lui a été assigné par ses mandants :

- **conserver leurs droits naturels ;**
- **agir en vue de l'intérêt général.**

Si le gouvernement commet des violations graves et répétées des droits des gouvernés, ces derniers ont le droit de se soulever. La résistance à l'oppression de la part d'un pouvoir illégitime est un droit qui s'exerce collectivement.

Dans le système de Locke, chaque individu conserve dans la société les droits qu'il possédait déjà dans l'état de nature.

Ces droits sont garantis par le contrat social et sont opposables au pouvoir politique, qui a pour fonction d'en garantir l'exercice, non de les violer.

ROUSSEAU

Avec Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), le rapport entre l'état de nature et la garantie des droits se complexifie. En effet, l'auteur du **Contrat social (1762)** fonde son système sur les postulats fondamentaux de la doctrine du droit naturel moderne :

- **l'état social est précédé par un état de nature dans lequel l'homme est libre ;**
- **la société est fondée par un contrat entre ses membres.**

Cependant, à la différence de Locke, Rousseau considère que la liberté naturelle décline dans l'état de nature :

- **la corruption de l'homme conduit celui-ci à faire un mauvais usage de sa liberté ;** l'instauration de la propriété privée rompt l'égalité naturelle, et correspond à l'entrée dans l'état social ;

- **les hommes décident alors de s'associer, non pour préserver leur liberté naturelle, mais pour la retrouver** ; la liberté naturelle, qui est bornée par ses propres forces, fait place à la liberté civile, qui est, elle, bornée par la volonté générale ;
- **mais l'état social ne fait que creuser les inégalités au lieu de les réduire.** Pour que l'homme redevienne libre, il faudrait qu'il établisse la souveraineté de la volonté générale. Alors, chacun en obéissant à tous, n'obéirait qu'à lui-même. On rejoint ici le modèle de la démocratie antique.

Pour Rousseau, **la formation du pacte social et la constitution d'un gouvernement ne visent pas à conserver les droits naturels des membres du corps social. Ils ont pour but de restaurer ces droits, qui ont dégénéré avant la formation de la société.**

Instituer un peuple, en transformant les hommes en citoyens, est le seul moyen de leur rendre la liberté. Il ne peut s'agir de retrouver la liberté naturelle, qui est irrémédiablement perdue, mais de **conquérir une nouvelle liberté, garantie par la loi.**

Le système de Rousseau s'inscrit dans le cadre défini par l'école du droit naturel moderne.

Mais il présente un caractère original, par la **référence au modèle civique antique.** Ce retour aux Anciens inspire les thèmes :

- **de l'institution du citoyen** : la (re)conquête de la liberté passe par la mise en œuvre des vertus civiques ;
- **de l'exaltation de la fonction législative**, qui est l'attribut par excellence du peuple souverain et matrice des droits du citoyen.

Rousseau est conscient du caractère irréalisable du modèle d'organisation politique qu'il présente.

Pourtant, **il va inspirer les révolutionnaires français, qui vont en faire une lecture très déformée.** Ils vont emprunter à Rousseau l'articulation :

- **de la volonté générale ;**
- **de la loi ;**
- **des droits naturels.**

Par ce chemin, **ils feront de la loi, expression de la volonté générale, l'instrument de la réalisation des droits de l'homme, à travers la participation des citoyens à son élaboration.** Cependant, cela va s'opérer dans le cadre d'un système représentatif. On peut remarquer que, pour Rousseau, cela n'est possible que dans un système de démocratie directe.

Les droits naturels de l'homme font alors irruption dans le champ du droit politique, en servant de fondement légitimateur aux régimes nouvellement institués.

Ainsi commence le processus de constitutionnalisation des droits de l'homme.

La Révolution française est placée sous l'invocation des droits naturels de l'homme.

Dès le début de l'année 1789, il ne s'agit plus de demander à Louis XVI de restaurer l'ancienne Constitution de la France :

- **les patriotes rejettent l'organisation politique et sociale héritée de l'histoire ;**
- **ils projettent de fonder une société nouvelle, inspirée par les principes abstraits de la Raison.**

Cette rupture radicale avec le passé confère à la Révolution française une portée inédite, les idées qu'elle proclame étant censées être :

- universelles ;
- intemporelles.

Les révolutionnaires français invoquent les droits naturels de l'homme :

- pour légitimer la rupture avec l'« Ancien Régime » ;
- pour servir de base à la nouvelle Constitution de la France.

L'Assemblée nationale constituante décide ainsi que la constitution comprendra une « déclaration des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (9 juillet 1789).

Dans cette déclaration, où l'influence de Rousseau se mêle à celle de Locke, sont posés les principes d'un nouveau modèle de garantie des droits, qui donne un rôle majeur à la loi.

LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN

L'ADOPTION DE LA DDHC

Le **6 juillet 1789**, l'Assemblée nationale constituante crée en son sein un **comité de trente membres, afin de préparer un projet de constitution.**

Une bonne constitution doit séparer les pouvoirs afin d'assurer la garantie des droits.

Pour atteindre ce but, le comité propose à l'Assemblée de travailler à **l'adoption d'une déclaration des droits des hommes « courte, simple et précise », « considérée comme le préambule de la constitution »**. Il faut que chaque article de la constitution découle d'un des principes énoncés dans la déclaration, afin de **vérifier que le gouvernement a bien « pour unique but le maintien du droit des hommes »**.

Le **11 juillet**, **le marquis de La Fayette** se prononce en faveur d'une **déclaration des droits** et propose à l'Assemblée une esquisse de déclaration qu'il a rédigée. **Le 27 juillet**, le dépouillement des cahiers de doléances confirme **la revendication de la garantie des droits des citoyens**. **La décision de faire précéder la constitution d'une déclaration des droits est finalement adoptée lors de la séance du 4 août.**

Du 20 au 26 août, l'Assemblée adopte 17 articles de la Déclaration. Après l'adoption de l'article 17, les députés décident de se consacrer à l'adoption de la constitution.

L'objet de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consiste à « exposer solennellement » des droits préexistants.

Il ne s'agit pas de créer des droits nouveaux, mais de **rappeler l'existence des droits naturels de l'homme, qui sont « oubliés », « ignorés » ou « méprisés »**, ce qui est la seule cause « des malheurs publics et de la corruption des gouvernements », selon les termes du préambule de la Déclaration.

LE CONTENU DE LA DDHC

En assignant pour but à la Déclaration d'exposer « les droits naturels de l'homme », qu'ils qualifient d'« **inaliénables et sacrés** » (préambule), les constituants se réfèrent expressément aux doctrines du **droit naturel moderne**.

L'Assemblée constituante « reconnaît et déclare » les droits dont tout homme est titulaire dans l'état de nature et dont la constitution a pour fonction de garantir la conservation dans l'état social.

Distribué en 17 articles, le corpus de la Déclaration se divise en deux ensembles :

- les articles 1 à 6, ainsi que l'article 16, posent des **principes généraux**, qui concernent l'ensemble des droits ;
- les articles 7 à 15 et 17 contiennent des **dispositions particulières**.

L'article 1er de la Déclaration est un véritable acte de foi. Il énonce un postulat fondamental inspiré par les théories du droit naturel moderne : « **les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits** ».

Deux principes majeurs sont ainsi proclamés :

- la liberté ;
- l'égalité.

L'article 2 rappelle le principe désormais traditionnel selon lequel « **toute association politique** » a pour but « **la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme** », dont les constituants dressent la liste : « **la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression** ».

Il s'agit, là encore, d'une liste classique, conforme aux **principes exposés par Locke**.

Les articles 4 et 5 sont consacrés au **rapport fondamental entre la liberté et la loi** :

- **la liberté naturelle est absolue ;**
- **la liberté civile, elle, est encadrée par la loi, car chaque citoyen doit renoncer à une part de ses droits naturels pour en assurer la jouissance à tous.** Cependant, la liberté individuelle est le principe, et les restrictions doivent être réduites à ce qui est strictement nécessaire pour garantir à chacun les bienfaits de la vie en société (« *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* », art. 5).

L'article 6 complète la théorie de la loi en tirant les conséquences du principe d'égalité. Après avoir énoncé que « **la loi est l'expression de la volonté générale** », les constituants reconnaissent à **chaque citoyen le droit de « concourir à sa formation »** :

- **soit personnellement ;**
- **soit par l'intermédiaire de représentants.**

L'égalité dans la participation à l'édiction des lois légitime l'égalité dans la soumission aux lois.

Les articles 7 à 9 de la Déclaration se rattachent au droit à la sûreté, dont ils exposent les implications en matière pénale :

- **l'article 7 pose le principe général de la soumission de la procédure pénale à la loi.** Il condamne expressément les arrestations arbitraires.
- **l'article 8 proclame le principe de la légalité des incriminations et des peines, après avoir posé celui de la nécessité des peines** (« la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ») ;
- **l'article 9 rappelle le principe fondamental de la présomption d'innocence.**

Les articles 10 et 11 consacrent des formes particulières du principe de liberté :

- **l'article 10 proclame le principe de la liberté d'opinion**, à laquelle est rattachée la liberté religieuse ;
- **l'article 11 énonce le principe de la liberté d'expression**, qui a pour corollaire la liberté de la presse.

L'article 12 affirme la nécessité d'une force publique pour assurer la garantie des droits de l'homme et du citoyen.

L'article 13 précise certains éléments relatifs à l'impôt :

- la nécessité d'une contribution publique ;
- cet impôt doit être également réparti entre les citoyens, « *en raison de leurs facultés* ».

L'article 14 attribue à la représentation nationale le pouvoir, concernant l'impôt de consentir l'impôt, d'en définir les modalités.

L'article 15 énonce le principe de la responsabilité de l'Administration : titulaire d'un pouvoir délégué, chaque agent public doit rendre compte devant la société.

L'article 17 est consacré au droit de propriété. Rangée parmi les droits naturels de l'homme, la propriété privée est qualifiée d'« *inviolable et sacrée* ». Les citoyens ne peuvent être privés de leur propriété sauf si l'utilité publique « *l'exige évidemment* » sous la condition d'une « *juste et préalable indemnité* ».

LES INFLUENCES DE LA DDHC

La Déclaration de 1789 porte la marque d'influences diverses, mais, de manière schématique, on peut considérer que **l'économie générale du texte repose sur la combinaison des idées de Locke et de Rousseau.**

La Déclaration en appelle :

- **à la discipline du citoyen ;**
- **à la vigilance de l'homme,** considéré comme la fin et non le moyen de l'État.

Conformément à la doctrine de Locke, **les droits du citoyen ne sont que les droits naturels de l'homme officiellement reconnus et garantis.** L'état social n'est que l'institutionnalisation de l'état de nature.

En même temps, la Déclaration emprunte à Rousseau l'idée d'une **transformation des droits naturels. Restaurés par le contrat social sous la forme des droits du citoyen,** les droits naturels sont en même temps **subordonnés à la volonté générale et garantis par elle.**

Cette « civilisation » des droits naturels n'est pas absolue, cependant. **La reconnaissance du droit de résistance à l'oppression témoigne encore de l'influence de la conception lockienne,** droit réservé à la nation de renverser un gouvernement tyrannique.

Le cœur du système de garantie des droits est constitué par les articles 4 à 6 de la Déclaration, qui définissent le rôle de la loi à l'égard de la liberté des citoyens et de l'égalité entre citoyens.

Les constituants font confiance à la raison naturelle du législateur pour réaliser les droits naturels dans l'état social. Les représentants de la nation souveraine sont ainsi investis du pouvoir de définir le régime de la liberté des citoyens en fixant les bornes de leurs droits naturels.

Comment s'assurer que les principes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sont effectivement respectés ? Quels sont les garde-fous ?

La Déclaration fixe des limites au pouvoir du législateur. Elle affirme ainsi que **la loi ne doit porter aux droits naturels que les atteintes strictement nécessaires à l'organisation de la vie en société.** C'est ce qu'impliquent certains articles :

- article 5 : « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* » ;
- article 8 : « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ».

La constitution de 1791 interdit au pouvoir législatif de « *faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la constitution* » (titre premier).

Cependant, la constitution n'établit aucun mécanisme de contrôle permettant de vérifier le respect de cette obligation par le législateur.

En réalité, il n'y a aucun mécanisme de contrôle car **le Corps législatif est censé exprimer la volonté générale infaillible.**

La définition de la loi inspirée des idées de Rousseau fait ainsi obstacle à l'instauration d'un contrôle de la constitutionnalité des lois.

À l'égard du pouvoir législatif, le principe de la souveraineté démocratique prime sur la volonté d'assurer une garantie effective des libertés individuelles. La liberté participation est exaltée, au détriment de la liberté autonomie.

L'APRÈS DDHC

L'ÉCHEC DE LA DDHC

La Déclaration de 1789 connaît un succès immédiat.

Largement diffusée, son retentissement est plus grand que celui des déclarations américaines en raison de son caractère abstrait, donc universel et des circonstances politiques qui entourent son adoption.

Elle fait rapidement l'objet d'un véritable culte, si bien que, lors de l'adoption de la constitution, les députés renoncent à modifier ou à compléter la Déclaration, au motif qu'elle a acquis « un caractère religieux ».

En 1792, le texte de la Déclaration est gravé sur une plaque de cuivre et déposé dans un coffre en bois de cèdre, pour être placé sous la colonne de la Liberté, qui doit être érigée sur l'emplacement de la Bastille.

Cependant, en dépit de cette sacralisation, la Déclaration d'août 1789 est vite remplacée, en même temps que la Constitution qu'elle précède. En effet, **l'échec du régime de monarchie constitutionnelle conduit à l'élection d'une nouvelle assemblée constituante. Le 5 mai 1793, la Convention nationale ordonne la destruction des textes déposés** dans un coffre de cèdre. Elle adopte successivement trois nouvelles déclarations, qui enregistrent le déclin de la garantie des droits.

LA DÉCLARATION DE L'AN I

D'abord dominée par les Girondins, la Convention confie à un comité de neuf membres le soin de rédiger un projet de constitution (29 septembre 1792). **Le plan de constitution élaboré par le comité est présenté devant l'assemblée par Condorcet les 15 et 16 février 1793. Cette Constitution est précédée d'une déclaration « des droits naturels, civils et politiques des hommes ».** Lors de la discussion du projet de constitution, le **conflit entre Girondins et Montagnards** est à son paroxysme. Le 21 avril, **Robespierre propose une autre déclaration des droits.**

Un texte de compromis est finalement adopté le 29 mai.

Après la chute des Girondins, le 2 juin, le Comité de salut public, qui a été chargé de rédiger un nouveau projet de constitution, décide de conserver la déclaration adoptée le 29 mai.

Toutefois, à la demande de Robespierre, elle subit de nouvelles modifications. **Elle est ensuite définitivement adoptée le 23 juin, puis est placée en tête de la constitution adoptée le lendemain (24 juin 1793 – 6 messidor an I).**

« Le peuple français, convaincu que l'oubli et le mépris des droits naturels de l'homme, sont les seules causes des malheurs du monde, a résolu d'exposer dans une déclaration solennelle, ces droits sacrés et inaliénables, afin que tous les citoyens pouvant comparer sans cesse les actes du gouvernement avec le but de toute institution sociale, ne se laissent jamais opprimer, avilir par la tyrannie ; afin que le peuple ait toujours devant les yeux les bases de sa liberté et de son bonheur ; le magistrat la règle de ses devoirs ; le législateur l'objet de sa mission. - En conséquence, il proclame, en présence de l'Etre suprême, la déclaration suivante des droits de l'homme et du citoyen.

Article 1. - Le but de la société est le bonheur commun. - Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la puissance de ses droits naturels et imprescriptibles.

Article 2. - Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété.

Article 3. - Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi.

Article 23. - La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits ; cette garantie repose sur la souveraineté nationale.

Article 24. - Elle ne peut exister, si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi, et si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée.

Article 25. - La souveraineté réside dans le peuple ; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable.

Article 29. - Chaque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi et à la nomination de ses mandataires ou de ses agents.

Article 35. - Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. »

Toutefois, dans les faits, **elle n'a jamais été appliqué par le gouvernement du fait de la Terreur. Un décret du 19 vendémiaire an II (10 octobre 1793), qui proclame le gouvernement « révolutionnaire jusqu'à la paix », suspend son application.** La suspension est maintenue après la chute de Robespierre, puis **le texte est remplacé par la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen du 22 août 1795, approuvée par référendum avec la Constitution de l'an III dont elle constitue le préambule.** En l'absence de sédimentation des droits, la Déclaration de 1793 est réputée définitivement abrogée, comme l'ensemble de la Constitution de l'an I, lors de la promulgation du nouveau texte par une loi du 6e jour complémentaire an III (22 septembre 1795)³, bien que l'abrogation de ce texte n'ait pas été explicite.

LA DÉCLARATION DE L'AN III

La Constitution de l'an III est adoptée le 5 fructidor an III (22 août 1795). Elle est précédée d'une « **Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen** ».

Le rapporteur de la commission, **Pierre Daunou** explique que le but de la commission n'a pas été « de faire une nouvelle Déclaration des droits, mais d'ôter à la première ce qu'elle avait de royaliste et à la dernière ce qu'elle avait d'anarchique, pour en composer un ensemble aussi parfait que possible ».

La Déclaration de 1789 réagissait contre les abus de l'Ancien Régime. Celle de 1795 est inspirée par le souvenir de la Terreur et des émeutes populaires.

Elle se caractérise surtout par ce que les Thermidoriens ont retiré aux Déclarations précédentes :

- **la Déclaration de 1795 ne s'ouvre pas par un préambule énonçant des principes philosophiques**, mais par une phrase d'introduction laconique : « *Le peuple français proclame, en présence de l'Être suprême, la Déclaration suivante des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen* » ;
- **il n'est plus fait référence aux droits naturels de l'homme ; la Déclaration ne définit pas le but de la société : il ne s'agit plus de conserver les droits naturels et imprescriptibles de l'homme ; il n'est plus affirmé que les hommes « naissent et demeurent égaux en droits »,** l'art. 3 ne visant que l'égalité devant la loi, mais seulement de déclarer « les droits de l'homme en société » ;
- **le droit de résistance à l'oppression est écarté** ; les droits de l'homme et du citoyen sont : « la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété » (art. 1er) ;
- la Déclaration de 1795 ne fait pas référence à l'instruction, ni au secours publics.

Après les 26 articles consacrés aux droits, suit **une liste de devoirs qui comprend 9 articles.**

La Terreur avait donné une image peu rassurante de la nature humaine. **Le rationalisme optimiste qui dominait en 1789 laisse place à un sensualisme pessimiste**, qui annonce la conception de l'homme qui inspirera les rédacteurs du Code civil.

Les « droits de l'homme en société » éclipsent alors les « droits naturels de l'homme », consacrant **le basculement du système juridique français du droit naturel moderne vers le positivisme légicentriste.**

L'AVÈNEMENT DES LIBERTÉS PUBLIQUES

Après la chute du Directoire, **la Constitution du 22 frimaire an VIII** (13 décembre 1799), qui définit les institutions du Consulat, **ne comprend pas de déclaration des droits de l'homme et du citoyen.**

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

Dépourvue de préambule, **la Constitution de l'an VIII ne fait pas référence aux droits de l'homme**. Elle fait reposer la garantie des droits des citoyens sur « des pouvoirs forts et stables », tout en se réclamant des principes de 1789. La Constitution de l'an VIII n'a pas été adoptée par une assemblée constituante ; elle est soumise à référendum.

La proclamation des consuls qui présente la Constitution au peuple s'achève par les formule suivantes : « *La Constitution est fondée sur les vrais principes du gouvernement représentatif, sur les droits sacrés de la propriété, de l'égalité, de la liberté. [...] Les pouvoirs qu'elle institue seront forts et stables, tels qu'ils doivent être pour garantir les droits des citoyens et les intérêts de l'État. - Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie.* »

Les principes « qui ont commencé » la Révolution, c'est-à-dire **les principes de 1789, ne sont plus placés en tête de la Constitution, en tant qu'expression d'un droit naturel antérieur et supérieur au droit positif**.

Ils constituent néanmoins la référence fondamentale de la législation. Ainsi, la codification des « lois civiles de la France » est conçue comme la mise en œuvre des principes de liberté et d'égalité.

La **chute de la dictature napoléonienne donne lieu à l'élaboration de plusieurs textes constitutionnels** :

- le projet de Constitution élaboré par le Sénat (en 1814) ;
- la Charte du 4 juin 1814 ;
- l'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire (22 avril 1815).

Rédigé par **Benjamin Constant** pendant l'épisode des Cent-Jours, l'Acte additionnel consacre son titre VII (art. 59 à 67) à la garantie des « **Droits des citoyens** ».

Dans le préambule, l'empereur affirme plusieurs choses :

- il faut atteindre des objectifs de politique extérieure « organiser un grand système fédératif européen » ; ceux-ci sont fixés par l'empereur ;
- dans ce but, l'empereur dû ajourner « l'établissement de plusieurs institutions intérieures », plus spécialement destinées à protéger la liberté des citoyens.
- **Il entend désormais « accroître la prospérité de la France par l'accroissement de la liberté publique ».**

La **Charte de 1814**, remise en vigueur après l'épisode des Cent Jours, **confirme les principales libertés déclarées en 1789. Les principes de 1789 forment le « Droit public des Français »** (art. 1 à 12 de la charte).

Après la révolution de Juillet, **la Charte du 14 août 1830 reproduit les mêmes formules, sous le même intitulé**. Seuls 11 articles sont présentés, car la disposition faisant du catholicisme la religion de l'État est supprimée.

En avril 1848, c'est une assemblée à majorité conservatrice qui est élue au suffrage universel. La commission exécutive qui remplace le gouvernement provisoire met fin à l'expérience des ateliers nationaux. **La Constitution adoptée le 4 novembre 1848** est le fruit d'un compromis entre :

- les aspirations socialistes ;
- les résistances conservatrices.

La Constitution n'est pas précédée d'une déclaration des droits. Cependant, **son préambule affirme que la République « reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives ».** Il s'agit d'un retour inachevé vers les « droits naturels » de l'homme.

« Elle a pour principe la Liberté, l'Égalité et la Fraternité. Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre public ».

Le chapitre II de la Constitution est consacré à l'énumération des « Droits des citoyens garantis par la Constitution » (art. 2 à 17).

Après le **coup d'État du 2 décembre 1851**, la **Constitution du 14 janvier 1852 « reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français »** (art. 1er).

L'art. 25 fait du **Sénat « le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques »**. Il doit s'opposer à la promulgation des lois « *qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte [...] à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété [...]* » (art. 26).

Au cours de la décennie 1860, l'opposition libérale s'organise au sein du Tiers parti, précisément à partir de 1866. Elle revendique la garantie des libertés civiles et politiques.

Adolphe Thiers exprime cette revendication dans un **discours prononcé devant le Corps législatif le 11 janvier 1864**. Il y définit les **cinq libertés qu'il considère nécessaires** :

- la liberté individuelle ;
- la liberté de la presse ;
- la liberté électorale, c'est-à-dire de l'électeur ;
- la liberté de la représentation nationale, c'est-à-dire de l'élu ;
- la liberté de la majorité, c'est-à-dire le respect du vœu exprimé par le corps électoral.

Le Second Empire s'oriente ainsi vers le parlementarisme à la fin des années 1860.

Le Parlement de la Troisième République adopte plusieurs lois destinées à garantir les libertés publiques. Ces « grandes lois » sont surtout adoptées dans les années 1880, sous le gouvernement des républicains opportunistes. Elles introduisent des innovations dans plusieurs domaines.

- **La liberté de la presse** organisée par la loi du 29 juillet 1881, véritable code en 70 articles, qui pose le principe de liberté : l'article 1er dispose que « L'imprimerie et la librairie sont libres » et en fixe les limites (incriminations pour abus), conformément à l'art. 11 de la Déclaration de 1789.
- **Liberté de réunion** : la loi du 30 juin 1881 pose le principe de liberté des réunions publiques ; son article 1er dispose que « les réunions publiques sont libres » ; mais elle les maintient sous un régime de déclaration préalable. Cette condition est supprimée par la loi du 28 mars 1907.
- **Liberté syndicale** : la loi du 21 mars 1884 abrogeant les dispositions législatives qui prohibaient les associations professionnelles

- **Liberté d'association** : la loi du 1er juillet 1901 pose en principe que « *les associations de personnes pourront se former librement, sans autorisation, ni déclaration préalable* » ; la déclaration est requise, cependant, pour que l'association jouisse de la capacité juridique.
- **La laïcité de l'État est affirmée, en liaison avec la liberté de conscience et de culte** : la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État est placée sous l'invocation de la liberté de conscience.

LA CRITIQUE DES LIBERTÉS PUBLIQUES ET LE RETOUR DE LA DDHC

D'un point de vue général, la Troisième République impacte la catégorie des libertés publiques, elle la confirme et elle l'élargit.

Toutefois, l'adhésion des républicains aux principes libéraux ne les empêche pas de faire preuve d'un grand pragmatisme. **Il arrive que le législateur adopte des mesures peu libérales à l'égard des ennemis de la République**, ou de ceux qui sont considérés comme tels. Le Parlement instaure ainsi un contrôle rigoureux, voire une véritable persécution, à l'encontre de certaines personnes ou de certains groupements

La facilité avec laquelle le Parlement peut restreindre les libertés publiques est due à leur statut simplement législatif. En effet, **il n'existe pas :**

- **de norme supérieure dont le respect s'impose au législateur ;**
- **a fortiori, de mécanisme de contrôle du respect de ces libertés par la loi.**

Rapidement conquis par les républicains, le Sénat ne peut jouer qu'imparfaitement le rôle modérateur que les constituants avaient envisagé.

Certains auteurs soutiennent la thèse selon laquelle **la Déclaration de 1789 a valeur de norme positive**. Il s'agit de :

- Maurice Hauriou (1856-1929) ;
- Léon Duguit (1859-1928).

Mais **la Cour de cassation et le Conseil d'État refusent de s'aventurer sur ce terrain, au nom du principe fondamental de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire.**

Des députés tentent de faire réviser la Constitution, afin que soit reconnu le caractère constitutionnel de la Déclaration de 1789. Toutes sont rejetées. En effet, la majorité des parlementaires est hostile au contrôle de la constitutionnalité des lois. Un tel mécanisme leur semble incompatible avec le respect dû à la volonté générale, exprimée par le Parlement élu au suffrage universel.

Le régime est donc resté celui des **libertés publiques durant de nombreuses années**, mais après la seconde Guerre Mondiale, le besoin s'est fait ressentir de **replacer la DDHC de 1789 au cœur du corpus normatif.**

Elle a donc été replacée au sein du **préambule de la constitution de 1946, repris en 1958**, cependant, encore à cette époque, **les juridictions refusent catégoriquement de contrôler la loi sur le fondement des droits l'homme**. Nous sommes encore dans un **légicentrisme absolu**. Même en 1958 avec la création du Conseil Constitutionnel, la DDHC n'est pas encore considérée comme source de contrôle de la loi.

Dès lors, **les Droits de l'Homme sont protégés par les lois consacrant les libertés publiques, mais rien ne permet de garantir que ces libertés publiques ne sont pas contraires aux Droits de l'Homme**.

Ce ne sera finalement qu'**en 1971, après des années de pressions, que le Conseil Constitutionnel va enfin accepter de contrôler la loi au regard du préambule de la constitution et non plus uniquement de son contenu propre, ainsi, il confère à la DDHC de 1789 valeur constitutionnelle**.

LA MODIFICATION TERMINOLOGIQUE : LES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

Il s'agit ici d'une modification terminologique qui s'explique par **la pratique décisionnelle du Conseil constitutionnel et l'influence du droit Allemand**.

En effet, le Conseil Constitutionnel va utiliser de plus en plus le terme de "droit fondamentaux" pour désigner les droits de l'homme et les libertés publiques :

- Dans la décision sur les nationalisations, la haute instance consacre « [...] le caractère fondamental » du droit de propriété. *Conseil constitutionnel, déc. no 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation*
- Par la suite, la décision des 10 et 11 octobre 1984 relative aux entreprises de presse affirme que la liberté de communication des idées et des opinions proclamée par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est « une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale ». *Conseil constitutionnel, déc. no 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Entreprises de presse*
- Il faudra cependant attendre la décision no 89-269 DC pour que la haute instance utilise l'expression au pluriel. Dans le 33e considérant, le Conseil constitutionnel estime que : « le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des mesures spécifiques à condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. » *Conseil constitutionnel, déc. no 89-269 DC du 22 janvier 1990*

- La même formule sera reprise dans la décision *Maîtrise de l'immigration*. Toutefois, la référence aux droits fondamentaux apparaît dans le 3e considérant dans un paragraphe consacré aux « normes de constitutionnalité applicables à la loi déferée ». De plus, le Conseil ne se contente plus d'évoquer brièvement la locution consacrée dans la décision du 22 janvier 1990 mais fournit une liste indicative de droits qu'il considère « fondamentaux » *Conseil constitutionnel, déc. no 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration*
- L'appellation générique « droits fondamentaux » se retrouvera par ailleurs avec quelques variations dans des décisions ultérieures. *Conseil constitutionnel, déc. no 94-345 DC du 29 juillet 1994*

La difficulté est que l'emprunt de ce terme à nos voisins ne correspond pas avec la vision française des Droits de l'Homme. En effet, **la qualification de droit fondamental entraîne en Allemagne une protection spécifique** caractérisée par le recours de l'article 93 alinéa 4a de la Constitution, recours qui permet à toute personne s'estimant lésée dans l'un de ses droits de saisir la Cour fédérale de Karlsruhe. **Une telle garantie n'existe bien évidemment pas en France au début des années 1980.** La protection des libertés contre les actes émanés du législateur ne date en effet que des années 1970 et le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel n'est effectué qu'entre les phases de vote et de promulgation de la loi, ce qui explique le caractère restrictif des textes relatifs aux autorités de saisine.

Rien, par conséquent, de comparable avec l'exemple allemand où les droits fondamentaux sont avant tout pensés comme une catégorie spécifique de droits subjectifs constitutionnels et qualifiés comme tels par la Loi fondamentale.

Cependant, l'utilisation d'un vocable nouveau dans un ordre juridique donné n'est jamais le fruit du hasard. On comprends alors assez vite que le Conseil Constitutionnel utilise ce terme d'une part car **les terminologies "Droit de l'Homme" et "Libertés publiques" souffrent de nombreux vices**. Et car **la terminologie "droits fondamentaux" est aussi et surtout pour le Conseil constitutionnel une expression dotée d'un fort pouvoir d'attractivité**. C'est ce qu'explique Véronique Champeil-Desplats qui voit dans la référence aux droits fondamentaux un outil rhétorique : un moyen privilégié d'affirmer la légitimité de l'action et des décisions du juge constitutionnel français. À défaut de constituer une véritable catégorie juridique, les droits fondamentaux rempliraient dans la jurisprudence du Conseil un rôle purement argumentatif et légitimant.

LES DIFFERENTES APPROCHES DE LA FONDAMENTALITÉ

Le droit peut être fondamental en quatre sens :

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

- Première **approche, formelle** que l'on doit à **Louis FAVOREU**, c'est une définition qui consiste à dire que **les droits fondamentaux sont les droits protégés par la constitution et les traités internationaux**. Il n'y a aucune référence à l'importance du droit du point de vue des valeurs. Approche indifférente au contenu du droit. Ex: droit des consommateurs semble pas être fondamental mais au Portugal oui
- Deuxième approche portée par **Etienne PICARD**, article 1998, il est à l'origine de **l'approche substantielle matérielle des droits fondamentaux**. Il dit qu'il ne faut pas s'intéresser aux normes qui protègent les droits et libertés, **il faut s'intéresser au contenu car la fondamentalité « réside dans la valeur propre du droit »**. Par exemple le principe de dignité humaine a été consacré en 1994, si on suit l'approche positiviste ce principe est fondamental depuis 1994 mais PICARD est pas d'accord pour lui ce principe est fondamental en soi ,avant même 1994. Cette approche suscite des réserves parce qu'elle laisse place à la subjectivité.
- Troisième approche, **l'approche structurelle** qui **définit la fondamentalité à partir des principes qui sont au coeur d'un ordre juridique**. Sont fondamentaux les d et l qui définissent un ordre juridique. Les juges ne reprennent pas vraiment cette théorie.
- Dernière **approche commune comparative** qui consiste à dire que **les droits et libertés fondamentaux sont les droits partagés et communs aux différents systèmes juridiques**. Ils renvoient à une valeur commune.

LES SOURCES CONSTITUTIONNELLES

LES SOURCES TEXTUELLES

LA CONSTITUTION DE 1958

La Constitution **n'a pas pour objet de protéger les droits fondamentaux**, c'est le cas en Allemagne, en Espagne ou encore en Italie, mais pas en France.

Cependant, **on retrouve quelques droits dans le corps de la Constitution** :

- **Article 1** : Affirme l'égalité devant la loi, laïcité, non-discrimination.
- **Article 3** : Défend la liberté politique : qualité du suffrage (universel, égal, secret) , nature de l'électorat.
- **Article 4** : Proclame la liberté des partis et des groupements politiques.
- **Article 34** : Compétence législative affirmée en matière de libertés publiques.
- **Article 61-1** : instaure la question prioritaire de constitutionnalité :
- **Article 66** : Insiste sur la garantie constitutionnelle de l'existence du pouvoir judiciaire, à travers une formule devenue célèbre : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la Liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».
- **Article 66-1** : « *Nul ne peut être condamné à la peine de mort* ».
- **Article 71-1** : Création d'un « *Défenseur des Droits* ». Il « *veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences* ».
- **Article 72 alinéa 4** : Les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti sont exclues du champ de l'expérimentation dérogation offertes aux collectivités territoriales ou leurs groupements.

LA DDHC

Elle est une source constitutionnelle depuis que le **préambule de la Constitution de 1958** à valeur constitutionnelle. **Elle consacre des droits civils et politiques** (Cf. Histoire et évolutions terminologique).

LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1946

Préambule s'ouvre par un premier alinéa qui souligne qu'« *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

Le Conseil constitutionnel a pu en déduire que « *la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle* » (voir, not., les décisions nos [94-343/344 DC du 27 juillet 1994](#) et [2017-632 QPC du 2 juin 2017](#)).

Ensuite, le Préambule **réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration du 26 août 1789**. Il s'inscrit ainsi dans le prolongement de la première Constitution française de 1791 qui a été la seule Constitution à être précédée de cette Déclaration.

Le Préambule proclame des **principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaire à notre temps (les PPNT)** qui sont **limitativement énumérés, soit le droit d'obtenir un emploi, la liberté syndicale, le droit de grève, le droit de mener une vie familiale normale ou le droit à la protection de la santé**. Certains de ces droits, à l'instar du droit à la protection de la santé, sont qualifiés par la doctrine de « **droits-créances** », car, à la différence des « **droits-libertés** », ils appellent une « **intervention de l'État pour mettre en œuvre un objectif social autonome** »

LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT

La Charte est constituée de dix articles précédés de sept alinéas qui disposent :

- Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité
- Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;
- Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;
- Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;
- Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;
- Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;
- Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins .

Ces alinéas traduisent ainsi « *un consensus des autorités scientifiques et des autres représentants de la société civile autour de trois idées-forces : l'interdépendance de l'homme et de la nature ; la prise de conscience des atteintes portées par certaines activités humaines à l'environnement et de leurs conséquences sur l'avenir de nos sociétés ; la nécessité, enfin, de promouvoir le développement durable* » (rapport n° 352 fait par M. Patrice GÉLARD).

Si ces alinéas ont une valeur constitutionnelle, **aucun d'eux n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit** (**décision n° 2014-394 QPC**). Par conséquent, **ils ne peuvent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité** (QPC) dont l'unique objet est de sanctionner la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution.

De même, **les dix articles de cette Charte n'instituent pas tous un droit ou une liberté que la Constitution garantit.**

Par exemple, le Conseil a pu préciser qu'aucun droit ou liberté n'est institué par l'article 6 de la Charte de l'environnement aux termes duquel « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social » (**décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012**).

Seuls les articles 1 à 4 ne peuvent, a priori, justifier l'introduction d'une QPC.

LES SOURCES JURISPRUDENTIELLES

LES PFRLR

C'est le **Préambule de la Constitution de 1946** qui comprend cette expression dans le but de protéger, sans l'affirmer explicitement, la **liberté de l'enseignement**. L'histoire leur a donné raison. En effet le Conseil constitutionnel estime (**CC, 23 novembre 1977**) : le principe de la liberté d'enseignement « *qui a notamment été rappelé à l'art. 91 de la loi du 31 mars 1931 constitue l'un des PFRPLR* ».

D'autres principes ont été dégagés :

- **Liberté d'association** (**CC, 16 juillet 1971**).
- **Respect des droits de la défense** (**CC, 2 décembre 1976, Loi relative au droit de la prévention des accidents du travail ; CC, 17 janvier 1989, CSA ; CC, 13 août 1993 maîtrise immigration**).
- **Liberté individuelle** (**CC, 12 janvier 1977, Fouille des véhicules**).
- **Indépendance de la juridiction administrative** (**CC, 22 juillet 1980**).
- **Indépendance des professeurs d'université** (**CC, 20 janvier 1984**) et des maîtres de conférence (**CC, 10 janvier 1995, Loi organique relative au statut de la magistrature**).

- Existence d'un bloc de compétence propres à la juridiction administrative (CC, 23 janvier 1987 et CC, 25 juillet 1989).
- Principe de prérogatives autorité judiciaire pour la protection de la propriété immobilière (CC, 25 juillet 1989).
- Existence d'une justice pénale pour les mineurs (CC, 29 août 2002).
- Principe de pérennité du droit local d'Alsace-Moselle (QPC n° 2011-157 du 5 août 2011, confirmé en 2013).

Accessoirement le **Conseil d'État peut également créer des PFRLR**. Par exemple l'arrêt du **CE, 3 juillet 1997 Koné** « ... l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique », ou encore celui du **6 avril 2001 SNES** à propos du principe de laïcité.

Les critères fixés par le Conseil constitutionnel pour ériger un principe en PFRLR ne limitent pas la possibilité d'en découvrir aujourd'hui ou dans l'avenir.

- Il faut, d'abord, que le principe énonce **une règle suffisamment importante, ait un degré suffisant de généralité et intéresse des domaines essentiels pour la vie de la Nation**, comme les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics.
- Il faut, ensuite, que le principe trouve **un ancrage textuel dans une ou plusieurs lois adoptées sous un régime républicain antérieur à 1946**.
- Il faut, enfin, qu'il **n'ait jamais été dérogé à ce principe par une loi républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946**.

Ainsi, s'il existe bien une limitation temporelle à la « découverte » des PFRLR, celle-ci concerne l'adoption des lois à l'origine de la reconnaissance (ou non) du principe. **Rien n'empêche le Conseil constitutionnel de « découvrir » un nouveau PFRLR** dans cinq, dix ou cent ans. C'est en tout cas ce qu'espèrent les parties aux procès constitutionnels qui, régulièrement, essayent de faire rallonger la liste des PFRLR.

LES PRINCIPES A VALEUR CONSTITUTIONNELLE

C'est une expression qui pourrait englober tout le reste mais qui est généralement utilisée pour une catégorie résiduelle qui ne relève d'aucune des autres catégories.

Elle est affirmée dans **la décision CC, 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales** : « **La liberté d'aller et de venir est un principe de valeur constitutionnelle** ». Cette liberté est reprise dans d'autres décisions, comme **CC, 19 et 20 janvier 1981 Loi "Sécurité et liberté"**, et **CC, 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la Sécurité**.

D'autres principes ont été dégagés de la même manière :

- **Droit du citoyen à la continuité du Service Public** dans **CC 25 juillet 1979 ; CC 18 septembre 1986 ; CC 28 juillet 1987**

- **Liberté personnelle** avec dans la décision [C.C., 20 juillet 1988](#), la première affirmation de la **liberté personnelle de l'employeur et des salariés**, repris dans [CC, 25 juillet 1989](#), [Loi modifiant Code du travail](#), dans [CC, 25 juillet 1991](#), [Loi autorisant ratification convention d'application accord Schengen](#) et dans [CC, 20 janvier 1993](#), [Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence vie économique et procédures publiques](#).
- **Sauvegarde de la dignité de la personne humaine** contre toute forme d'asservissement et de dégradation dans [CC, 27 juillet 1994](#), [loi bioéthique](#)

LES OBJECTIFS A VALEUR CONSTITUTIONNELLE

Cette expression forgée par le Conseil constitutionnel a été utilisée en matière de communication dans plusieurs décisions.

Dans une décision [CC, 27 juillet 1982 \(n° 82-141 DC\)](#) le conseil met ainsi en lumière **les objectifs à valeur constitutionnelle « que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels »**. Cette formulation, plutôt généraliste, a amené le juge constitutionnel à dégager des OVC au fur et à mesure, sans leur donner une réelle consistance.

Le positionnement de la doctrine est d'ailleurs partagé sur la valeur réelle des objectifs à valeur constitutionnelle : **si certains auteurs considèrent qu'ils font partie du bloc de constitutionnalité, d'autres estiment qu'ils constituent plus une orientation qu'une réelle contrainte** (v. Favoreu, Gaïa et alii, Droit constitutionnel, Dalloz, 2015, p. 142).

Parmi les autres objectifs de valeur constitutionnelle dégagés par le Conseil constitutionnel, on peut citer **la lutte contre la fraude fiscale** ([CC, 16 décembre 1999, décision n° 99-421 DC](#)), **la protection de la santé, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi** ([CC, 19 janvier 1995, décision n° 94-359 DC](#)), la « **possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent** » ([CC, 19 janvier 1995](#)) ou **l'intelligibilité de la loi** ([CC, 27 novembre 2001](#)).

LES SOURCES INTERNATIONALES

LES INSTRUMENTS UNIVERSELS

LA DUDH

La charte de l'ONU fut signée à San Francisco le 26 juin 1945. Elle prévoit qu'il faut développer et encourager « le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Il y a alors création d'une commission des droits de l'homme (CDH) au sein de l'ONU pour rédiger un projet de déclaration.

Le vote de la Déclaration universelle des droits de l'homme a lieu le 10 décembre 1948 par l'Assemblée Générale de l'ONU réunie à Paris au Palais de Chaillot. La déclaration est adoptée par l'assemblée générale à l'unanimité, ce qui était nécessaire pour la crédibilité et la portée du texte, mais avec cependant 8 abstentions : six états du bloc soviétique, l'Afrique du Sud et l'Arabie Saoudite.

La Déclaration universelle des droits de l'homme se situe dans la lignée des déclarations révolutionnaires françaises. L'aspect libéral qui domine le texte a indisposé les états du bloc soviétique. Cet aspect libéral apparaît à travers **certaines expressions** figurant dans le préambule de la déclaration : « *droits égaux et inaliénables* », « *méconnaissances et mépris des droits de l'homme* ».

On peut cependant relever quelques éléments originaux, dans les articles 3 à 21, touchant à cette catégorie de droit. **Droits ignorés antérieurement, notamment en 1789 :**

- art. 3 : **droit à la vie** ;
- art. 4 : rejet esclavage ;
- art. 5 : rejet torture ;
- art. 7 : égalité devant la loi.

Droit esquissé sous une forme plus poussée que l'article 7 de la DDHC de 1789 :

- art. 8 à 11 : **droit à des recours et à une protection devant les juridictions.**

Droit classique, déjà évoquée dans un texte antérieur :

- art. 12 : **droit à la protection de la vie privée.**

On retrouve également des **droits économiques et sociaux**. Les articles 22 et 25 sont complémentaires, en ce qu'ils touchent à la protection de l'individu par la société : **droit à la Sécurité Sociale** (art. 22) et **droit à un niveau de vie suffisant ainsi qu'à la sécurité en cas de chômage, maladie, invalidité, veuvage, vieillesse et à une assistance spéciale pour la maternité** (art. 25). Les articles 23 et 24 portent respectivement sur le **droit au travail, à une rémunération équitable, et au droit syndical** (23), sur le **droit au repos, au loisir, aux congés payés** (art. 24). Les articles 26 et 27 touchent au **droit à l'éducation** (art. 26) et **à la culture** (art. 27).

Il **n'existe pas de procédure garantissant le respect de cette Déclaration universelle des droits de l'homme, elle ne peut avoir de force contraignante**. Cependant Il est possible de nuancer cette critique.

- D'une part une situation similaire a existé pendant presque deux siècles pour la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. C'est seulement sous la Ve république que son non respect pourra être sanctionné par le Conseil Constitutionnel.
- D'autre part, les droits contenus dans la déclaration sont repris dans d'autres instruments internationaux assortis d'une force contraignante.

C'est donc une base solide permettant de proclamer l'ensemble des Droits Fondamentaux.

LES PACTES INTERNATIONAUX

En 1966 sont signés deux textes distincts, juridiquement contraignants, et entrés en vigueur en 1976 : le **Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)** et le **Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)**.

Dans un contexte de division persistante entre blocs, ces textes sont le fruit d'un compromis

- ainsi, **le PIDCP couvre les « droits libertés »**, reposant sur une abstention de l'État (liberté de pensée, d'expression, interdiction de l'esclavage...);
- le **PIDESC quant à lui délimite des « droits créances »**, pour lesquels l'intervention de l'État est au contraire souhaitée pour une amélioration des conditions d'existence (droit à l'éducation, droit à la santé, droit à un niveau de vie suffisant...).

Le respect de ces pactes sont assurés par :

- **Le Comité des droits de l'Homme** : un organe de surveillance du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, responsable du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et ses protocoles facultatifs. Il rend des avis et des recommandations aux 173 États parties du pacte, sans pouvoir de contrainte.
- **Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels** : un organe composé de 18 experts indépendants chargés de surveiller l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par ses États parties.

ATTENTION, ce ne sont pas des juridictions, ils ne peuvent émettre que des "constatations" non contraignante.

LES INSTRUMENTS SECTORIELS

- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) ;
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) ;
- Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984) ;
- Convention relative aux droits de l'enfant (1989) ;
- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990) ;
- Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006) ;
- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006).

LES INSTRUMENTS RÉGIONAUX

LA CONVENTION EDH

Sur le continent européen, une première organisation internationale est mise en place en 1949, comme suite au traumatisme de la Seconde Guerre mondiale : **le Conseil de l'Europe**. Composé aujourd'hui de 46 États membres, **ses compétences s'étendent au-delà de l'actuelle Union européenne**.

Ses membres signent **en 1950 la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** (ou Convention européenne des droits de l'homme). **Se référant à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948**, elle est **complétée par des protocoles**, comme le protocole 13 de 2003, abolissant la peine de mort. Toutefois, pour ne pas freiner le processus de ratifications, **le système des dérogations autorise les États parties à déroger à certains des droits garantis**.

La Convention s'appuie depuis 1959 sur la **Cour européenne des droits de l'homme, qui est une juridiction du Conseil de l'Europe**. En outre, en 1999, le Conseil de l'Europe crée le Commissaire aux droits de l'homme, chargé de promouvoir ces droits et d'aider les États membres à mettre en œuvre les normes en la matière.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

LA CHARTE DES DROIT FONDAMENTAUX

En ce qui concerne la construction européenne, **la protection des droits de l'homme ne figure pas dans les textes fondateurs**. Toutefois, elle a été assurée progressivement. **Les droits fondamentaux sont ainsi définis et défendus par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)**, créée dès 1952 (Cour de justice des Communautés européennes – CJCE – jusqu'en 2009).

Par ailleurs, si les droits de l'homme sont absents du traité de Rome (1957), **ils sont affirmés dans les traités européens suivants**.

- Le traité de Maastricht (1992) instaure la **notion de citoyenneté européenne**, associée à de nouveaux droits.
- Celui d'Amsterdam (1997) fait du respect des droits de l'homme une condition pour l'adhésion de nouveaux États, et introduit **une procédure de suspension de certaines prérogatives découlant du traité en cas de violation grave et persistante**. Il ajoute en outre la mention des droits sociaux.

Le processus de codification avance en 2000 avec **la Charte européenne des droits fondamentaux**. En 2009, avec le traité de Lisbonne, **la Charte devient contraignante, et donc invocable par tout citoyen européen**.

Devant être respectée par les institutions et agences de l'UE, ainsi que par les États membres, **elle reprend le contenu des textes existants** (par exemple la Charte communautaire des droits sociaux des travailleurs de 1989) et couvre des droits de nouvelle génération comme la bioéthique ou la protection des données. Par ailleurs, en octroyant la personnalité juridique à l'UE, **le traité de Lisbonne permet à cette dernière d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), mais ce processus est toujours en cours**.

LA CLASSIFICATION DES DROITS

CLASSIFICATION DROITS VS LIBERTÉS

Les libertés seraient celles qui impliquent une **faculté d'autodétermination** et ainsi une **obligation négative pour l'Etat**.

- Une personne va détenir un ensemble de droits lui permettant de se préserver contre les ingérences de l'Etat. Il s'agit donc d'un droit négatif car **l'individu demande à l'Etat de ne pas intervenir**, on parle des **droits-abstention**. Ex : liberté d'aller et venir, de manifester...

Les droits, eux, impliqueraient une **action positive de l'Etat** en protégeant lesdits droits.

- Une personne va détenir un ensemble de droits lui permettant de demander une intervention de l'état, c'est donc un droit positif, on parle de **droits créances**

En réalité, les différences sont assez relatives pour 2 raisons :

→ **Le terme liberté est une notion qui est surtout philosophique.** Juridiquement, la notion de liberté n'existe pas. En effet, la reconnaissance de libertés dans une société passe toujours par la reconnaissance d'un droit au niveau juridique. Par exemple, juridiquement, la liberté d'expression n'existe qu'à partir du moment où le droit positif reconnaît à chacun un droit à s'exprimer. Autrement dit, une liberté juridiquement connue est le droit d'exercer cette liberté. Lorsqu'on parle dans le langage courant de liberté d'expression, en réalité, on parle du droit à cette liberté.

→ Depuis toujours, **les grands textes qui consacrent les droits et libertés des individus n'ont jamais de différence entre les droits et les libertés.** Par exemple, la CEDH utilise indistinctement les mots droits et libertés. Autrement dit, dans le vocabulaire juridique du droit positif, il n'existe pas de différence entre les mots droits et libertés. Cela explique pourquoi la plupart des manuels de la matière sont intitulés sans distinction « DLF »

LA CLASSIFICATION GÉNÉRATIONNELLE

C'est une classification à relativiser, elle décrit **l'émergence progressive** des différentes branches des DLF mais en réalité tout est lié, c'est donc une classification assez artificielle :

- **Première génération** : Les droits civils et politiques
- **Deuxième génération** : Les droits économiques; sociaux et culturels
- **Troisième génération** : Les droits environnementaux et la paix

LA CLASSIFICATION HIERARCHIQUE

On ne peut pas réellement dire qu'il y a une hiérarchie entre les DLF car en cas de conflit il y a nécessairement une conciliation.

Cependant, **certains droits sont absolus**, par exemple le droit à la vie, la prohibition de la torture.

La Constitution reconnaît un ensemble de droits et libertés au profit de **l'individu**.

Ces droits sont essentiellement prévus par les textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, c'est-à-dire la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Ces droits et libertés bénéficient :

- **à tout homme** - entendu de façon générique et indéterminée. C'est le cas, par exemple, de la dignité de la personne humaine, de la liberté d'expression et de communication, de la vie privée, ou du droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.
- **à l'« homme situé »** (Georges BURDEAU) **dans la société**. C'est le cas, par exemple, du droit de grève, du droit de défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et d'adhérer au syndicat de son choix ou encore du droit d'asile.

Ainsi, « la Constitution s'offre (...) comme lieu où l'individu moderne « désenchanté » peut reconstruire une identité commune. Travailleur, consommateur, électeur, parent, propriétaire, croyant, libre penseur, etc., toutes ces qualités, tous ces rythmes de vie se trouvent précipités -- au sens chimique du terme -- dans l'être de droit, dans le sujet de droit que l'individu rencontre dans la Constitution » (Julien BONNET, Pierre-Yves GAHDOUN et Dominique ROUSSEAU).

L'idée de droits fondamentaux inhérents à la personne humaine et à l'individu n'a pas toujours été admise. Au cours des siècles, la titularité des droits s'est étendue.

BÉNÉFICIAIRE, TITULAIRE, DÉBITEUR

Le système contemporain de protection des droits de l'homme tend à se construire autour de trois pôles ou « sujets » :

- **celui qui bénéficie de la protection (bénéficiaire)**
- **celui qui doit assurer cette protection (débiteur)**
- **celui qui peut actionner la sanction en cas d'atteinte au droit (titulaire)**

Généralement, **le bénéficiaire et le titulaire sont la même personne**, mais il peut exceptionnellement arriver que celui qui exerce l'action ne soit pas le bénéficiaire direct (par exemple dans un arrêt de principe : **CEDH Câmpeanu c. Roumanie [GC] - 47848/08** la Cour pose certains critères permettant aux associations destinées à la protection des droits d'agir pour le compte des victimes lorsque qu'elles sont notamment très vulnérables, ou décédées sans héritiers).

Le débiteur est généralement l'état, il doit remplir un certain nombre d'obligations positives ou négatives :

- Obligations négatives, c'est à dire **ne pas agir, ne pas porter atteinte aux droits de l'individu**.
- Obligations positives, c'est à dire de **prendre des mesures pour favoriser l'exercice d'un droit**.

LE DROIT DES GROUPES

Si le droit des groupes n'est pas très reconnu en France, il est assez présent sur la scène internationale.

Il est possible de le retrouver en Afrique notamment avec la **Charte africaine des droits de l'homme et des peuples** qui résulte d'un système régional.

Par ailleurs, plusieurs conventions internationales ont été adoptées afin de protéger **les droits des minorités : les femmes, les enfants, les travailleurs migrants**. Elles s'appuient sur la notion de groupe. L'idée étant que ces groupes sont vulnérables, et sont en dangers, ainsi ils méritent une protection particulière.

Ainsi nous retrouvons : **La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989**. C'est une idée qui est très ancienne, de nombreux traités de paix (ex : Versailles 1919) intègrent la protection des minorités pour préserver leur identité, leur conférer des droits

LE DROIT DU FOETUS

- Le stade embryonnaire commence à la fécondation et dure huit semaines
- Le stade fœtal va de la 10e semaine de grossesse jusqu'à la naissance

L'article 2 de la CEDH dispose que *"Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi."* mais *"la vie"* n'est jamais définie, on ne sait pas **quel est son point de départ**.

Les enjeux seront surtout en **droit pénal : quid de l'homicide d'un embryon ? ou d'un fœtus ?**

- L'incrimination d'**homicide involontaire** prévue par **l'article 221-6 du Code pénal** ne s'applique pas à l'enfant à naître, au fœtus (**Cour de cassation par un arrêt du 3 juin 1999, confirmé par l'assemblée plénière le 29 juin 2001**). Les décisions de la Cour de cassation se fondent sur **le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale**, qui ne prévoit pas que la mort du fœtus puisse être qualifiée de mort d'autrui. Ainsi, il y a une non-application de la loi pénale au décès du fœtus, si celui-ci intervient quelques secondes avant l'accouchement, alors qu'elle sera applicable à l'enfant qui décède quelques secondes après l'accouchement.
- affaire GOLFIER 2004 → **CEDH VO c/ FR** : la FR n'a pas été condamnée car **le point de départ de la vie est une question qui ne fait pas consensus entre les États**, la CEDH ne peut donc pas se prononcer, cela relève de la souveraineté des États.
- Le point de bascule est la **personnalité juridique : l'enfant doit être né vivant et viable**, c'est à dire : qu'il **doit avoir respiré avant de mourir**. Si c'est le cas, il aura basculé de la catégorie de fœtus à celle d'enfant et la loi pénale sera applicable. (Cf : Affaire Palmade)

L'autre enjeu est celui de **l'IVG**. L'on comprend qu'en refusant l'application de la loi pénale aux fœtus, on refuse évidemment la qualification d'**homicide volontaire à la femme qui a recours à l'IVG** (c'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles la loi pénale est inapplicable avant la première respiration de l'enfant).

Mais les juges ne vont jamais prendre position sur le point de départ de la vie lors des contestations de la loi IVG, ils vont botter en touche à chaque fois, il n'y aura donc aucune définition ni régime concernant le fœtus.

LE DROIT DES PERSONNES MORALES

La France était assez hostile face aux personnes morales (héritage de la révolution), mais en 1980 le Conseil Constitutionnel a fait un premier pas en reconnaissant **les droits fondamentaux des personnes morales en ce qu'elles sont un regroupement de personnes physiques**.

Puis en 2002 il reconnaît **ces droits à la personne morale en tant que personne juridique propre**.

Pour les personnes morales de droit public, la reconnaissance des droits fondamentaux était naturelle pour l'Etat qui peut invoquer les DLF. Mais les collectivités territoriales ne sont pas en reste avec plusieurs jurisprudences qui affirment leurs droits :

- [22 septembre 2010, QPC](#), les CT peuvent invoquer le droit de propriété ;
- [29 juin 2012, QPC](#), les CT peuvent invoquer le principe d'égalité devant les charges publiques ;
- [22 septembre 2010, QPC](#), les CT peuvent invoquer le principe de l'autonomie financière.

De nombreux droits sont applicables aux personnes morales :

- **l'accès et le fonctionnement de la justice** (ex. : [Cass. Com., 8 juillet 2003, Banque internationale pour le commerce et l'industrie de Guinée](#) ; [CC, n°2011-129 QPC, 13 mai 2011, Synd. des fonctionnaires du Sénat](#)).
- la **liberté d'expression** (ex. : [Cass. AP, 12 juillet 2000, Soc. Citroën](#)),
- la **liberté religieuse** (ex. : [Cour. EDH, déc., 5 mai 1979, Church of Scientology / Suède](#)),
- la **liberté d'association** (ex. : [Cass. Civ. 3, 12 juin 2003, Soc. Arlatex](#) ; [CE ord., 30 mars 2007, Ville de Lyon, n°304053](#))
- la **liberté syndicale** (ex. : [CE, 31 mai 2007, Synd. CFDT Interco 28](#)),
- la **liberté de réunion** (ex. : [CE ord., 19 août 2002, Front National](#)),
- la **liberté d'entreprendre** (ex. : [CE ord., 26 mai 2006, S.Y.C.I.M](#))
- le **principe d'égalité** (ex. : [CC, n°2011-175 QPC, Soc. Travaux industriels maritimes et terrestres](#)).

Le débat se cristallise aujourd'hui autour des droits qui sont souvent présentés comme **dérivant du droit au respect de la vie privée**, à savoir le droit à la protection des secrets d'affaires (ex. : [CJCE, 14 février 2008, Varec / Belgique, C-450/06](#) ; [Cass. Soc., 5 mars 2008, Soc. TNS Secodip](#)) mais aussi plus généralement sur la reconnaissance du bénéfice des droits de la personnalité aux personnes morales.

C'est ici toute la problématique de la critique des DLF, **il ne faut pas être extrémiste dans la subjectivisation des droits**, tout ne peut pas être fondamental, **il faut rechercher un équilibre avec, comme arbitre, le droit objectif**.

A l'inverse, il ne faut pas devenir anti-fondamentaliste comme l'était Elon Burk, il faut simplement garder en tête que **tout droit être pondéré par le droit objectif**.

C'est la doctrine de Jean Carbonnier : l'un doit découler de l'autre.

La société a tendance à trop subjectiviser le droit, conduisant parfois à des **situations presque déviantes**, reconnaissant par exemple une application des **droits subjectifs extra patrimoniaux aux personnes morales**.

A ce titre nous pouvons citer l'arrêt [CE Anticor 7 octobre 2022](#).

L'**association anti-corruption "Anticor"** avait demandé la production des comptes annuels de la fondation Louis Vuitton au Tribunal Administratif de Paris en se fondant sur l'article L300-2 du code des relations publiques. Le tribunal a refusé, l'association a donc formé un pourvoi en cassation et l'arrêt énonce (en se fondant sur une jurisprudence de CE 17 avril 2013 Ministre du travail c/ cabinet de la taille) que la communication de ces comptes porte **atteinte à la vie privée de la personne morale considérée**.

C'est **une position que ne reconnaît pas du tout la Cour de cassation**, elle avait énoncé dans un arrêt [Civ 1ere 17 mars 2016](#) que **seules les personnes physiques pouvaient se prévaloir de l'article 9 du code civil**.

Et en effet, en se rappelant que la fiction juridique de la personne morale a été créée pour régler une problématique de patrimoine, on se dit qu'il est quelque peu délirant de lui reconnaître de telles prérogatives.

La logique subjectiviste envahit également la réflexion dans le cadre du droit des animaux. Pour certains, ce doit être réfléchi de façon totalement subjectiviste, cette vision, bien que louable moralement, est incorrecte juridiquement.

LE DROIT DES ANIMAUX

Pendant longtemps, **le droit ne protégeait pas les animaux**. Il faut attendre la **loi Grammont de 1850 pour que les violences à l'égard des animaux domestiques soient incriminées pénalement**.

Le statut de l'animal a finalement évolué en 2015, le reconnaissant désormais comme **des êtres doués de sensibilité (article 515-14 C. Civil)**. Il n'est donc **pas expressément reconnu comme une "personne"**, car cette qualification entraîne l'application du droit subjectif, ce qui n'est pas juste juridiquement. Cela serait en effet **une déformation de la notion de personnalité juridique** dangereuse au titre de la sécurité juridique, car cela reviendrait à reconnaître tous les attributs de la personnalité juridique aux animaux, ce qui implique la possibilité d'agir en justice, de contracter etc....

Ce problème de la subjectivisation à tout va est une problématique très technique, ce n'est pas tant un problème idéologique, mais bien un problème pratique : **comment mettons nous en œuvre les droits subjectifs pour les animaux ou les robots ?**

L'intelligence artificielle est très problématique sur ce point, le 12 janvier 2022 la Commission Européenne a rendu un rapport demandant de mettre en place un régime commun dans le domaine de la robotique dans lequel ils envisageaient cette question, puis in fine, les intelligences artificielles ont été placées sous le régime des produits défectueux, prouvant une fois de plus qu'il est impossible de les caractériser de personne juridique.

Ces droits subjectifs sont réellement au cœur des DLF en tant que protecteurs de l'humain, mais la subjectivisation des droits qui en dérive peut poser des **difficultés de rationalité et de bon fonctionnement du système juridique**.

Concernant les animaux donc, ils sont protégés par le droit mais ne bénéficient pas eux-mêmes de droits fondamentaux qu'ils peuvent invoquer faute de personnalité juridique.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

LES PROTECTIONS JURIDICTIONNELLES NATIONALES

LE JUGE JUDICIAIRE

Le juge judiciaire est le protecteur naturel des DLF car historiquement c'est lui qui était **indépendant**. Il est le protecteur lors des conflits individuels mais aussi lors des conflits contre l'administration.

L'article 66 de la Constitution de 1958 reprend ce principe traditionnel en énonçant : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* »

Il agit sur plusieurs niveau :

- **La protection des libertés individuelles :**
 - **Article 66 de la constitution** : "Nul ne peut être arbitrairement détenu. **L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle**, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi."
 - **C.C Loi pour la sécurité intérieure 2003** : le sens de "libertés individuelles dans cet article est restreint aux strictes situations de détention (à la différence donc des mesures restrictives de liberté)
- **Contrôle de légalité des actes décisifs :**
 - **Article 111-5 C. Penal** : Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis.
- **La voie de fait :**
 - Le tribunal des conflits a affirmé la théorie de la voie de fait qui est une situation dans laquelle l'administration a commis des actes tellement graves que c'est au juge juridique de prendre la main
 - **TC Bergoend 2013** : 2 cas de voie de fait
 - L'administration procède à l'**exécution d'une décision de façon attentatoire aux DLF**
 - La décision de l'administration **porte atteinte aux DLF** et ne se rattache pas à ses compétences
 - Depuis le référé liberté, l'action sur le fondement d'une voie de fait n'a plus de succès.

- **Atteinte à la propriété :**

- **Le juge judiciaire est le protecteur naturel de la propriété**
- MAIS, depuis que le juge admin a les pouvoirs d'agir le tribunal des conflits a tendance à le dessaisir un peu en prévoyant que le juge judiciaire ne pourra se saisir que de la question de l'indemnisation

LE JUGE ADMINISTRATIF

Car cela ne pourrait être mieux présenté, cette partie reproduit **l'intervention de Bernard Stirn (ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat) à la Cour de justice de l'Union européenne de Luxembourg, le 5 décembre 2016 :**

"Pour la juridiction administrative française, la garantie des droits des administrés n'était sans doute pas la vocation première. **Sa conception initiale se rattachait à une vision de l'Etat, doté dans l'intérêt général de prérogatives qu'il convenait d'affirmer et de protéger.** Mais très vite, tout en assurant les particularités du droit public nécessaires à une action efficace des autorités publiques, **le juge administratif s'est comporté en juge indépendant, protecteur des droits et libertés des citoyens.**

A l'encontre de toutes les décisions administratives, le Conseil d'Etat ouvre, **dès le XIXème siècle**, le **recours pour excès de pouvoir**, dont le professeur **Gaston Jèze** écrivait en 1929 qu'il était **« l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés »**. Avant que le mot ait fait son apparition en droit français, le contrôle des mesures de police administrative se construit autour de l'idée de proportionnalité, dans le sillage des conclusions du commissaire du gouvernement Corneille, qui déclarait, dans ses conclusions sur **l'arrêt Baldy du 10 août 1917**, que **« la liberté est la règle, la restriction de police l'exception »**.

Dans la **première moitié du XXème siècle**, le Conseil d'Etat contribue par la jurisprudence qu'il développe à partir de cette conception à la **consolidation des grandes libertés publiques, proclamées par les lois républicaines**, liberté d'opinion et de religion, libertés d'association et de réunion, liberté de la presse et libre administration des collectivités locales.

Le paysage s'est enrichi dans la **seconde moitié du XXème siècle**. Aux lendemains de la seconde guerre mondiale, le droit est mobilisé pour **éviter le retour des totalitarismes**. Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 proclame qu'*« au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »*. **Le Conseil d'Etat reconnaît expressément des principes généraux du droit** qui, même sans texte écrit, donnent **force juridique à des valeurs fondamentales, égalité, liberté, droit au recours, non rétroactivité, continuité du service public.**

En matière de procédure, [une innovation majeure peut être présentée en ce qui concerne le juge administratif] : **Le référé**.

Agir vite est une condition nécessaire à la protection effective des droits et libertés. D'importantes évolutions de procédure ont permis au juge administratif français de disposer à cet égard d'instruments adéquats.

Une première étape a été marquée par la **loi de décentralisation du 2 mars 1982**. Retirant au préfet le pouvoir dont il disposait précédemment d'annuler lui-même les actes des collectivités territoriales qu'il estimait illégaux, la loi a créé le « **déféré liberté** », qui permet au préfet de demander au tribunal administratif **la suspension des décisions de ces collectivités « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle »**. L'affaire est confiée à un juge unique, qui se prononce dans les quarante-huit heures. Les mêmes règles, juge unique et délai de quarante-huit heures, s'appliquent en appel.

Des procédures comparables ont été instituées, à partir de 1989, en matière d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Une mesure d'éloignement fait l'objet d'un recours suspensif en première instance, examiné par un juge unique, qui statue dans les soixante-douze heures lorsque l'étranger se trouve en rétention.

A ces procédures particulières est venue s'ajouter, en vertu de la **loi du 30 juin 2000**, une **procédure générale de référé**. **Le référé suspension** permet d'obtenir en cas d'urgence la suspension de l'exécution d'une décision administrative lorsqu'un doute sérieux apparaît sur la légalité de celle-ci. Est en outre institué le **référé liberté**, en vertu duquel **le juge peut ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale**. Le juge du référé liberté est un juge unique qui statue en quarante-huit heures tant devant le tribunal administratif qu'en appel devant le Conseil d'Etat. Il dispose d'un pouvoir généralisé d'injonction. La loi du 20 avril 2016 lui a ouvert la possibilité de se prononcer en formation collégiale de trois juges des référés.

Ces procédures nouvelles ont donné au recours une véritable effectivité, d'autant que le champ des libertés fondamentales a été largement entendu. **Outre les grandes libertés publiques**, il inclut des droits, le droit d'asile, le droit de mener une vie privée familiale normale ou le droit au respect de la vie. **Il s'étend à des valeurs fondamentales**, comme la présomption d'innocence ou l'interdiction du travail forcé. **Il couvre les « libertés fondamentales que l'ordre juridique de l'Union européenne attache au statut de citoyen de l'Union »**. Il appartient en conséquence au juge du référé liberté de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser immédiatement une atteinte aux droits conférés par l'ordre juridique de l'Union » (juge des référés du Conseil d'Etat, 9 décembre 2014, Mme Pouabem).

Le référé liberté a aussi placé le juge au cœur de débats d'actualité qui peuvent avoir une grande intensité médiatique, comme on l'a vu ces dernières années, avec notamment les mesures d'**interdiction des spectacles de Dieudonné** qui comportaient des propos antisémites et faisaient l'éloge de la Shoah, les difficiles questions relatives à la fin de vie soulevées par **l'affaire Vincent Lambert** ou, à l'été 2016, **les polémiques relatives au « burkini »**.

Au nombre des **sujets les plus délicats dont le Conseil d'Etat a eu à connaître** ces dernières années, se trouvent, en particulier, des interrogations en matière de **bioéthique et les questions relatives à la place des signes religieux dans la vie collective**.

Victime d'un accident de la route en 2008, **Vincent Lambert** se trouve depuis lors dans un état végétatif, d'éveil sans conscience. L'arrêt des soins qui lui sont prodigués et qui relèvent, selon les médecins, d'une obstination déraisonnable, déchire sa famille. Dans cette affaire très douloureuse, le **Conseil d'Etat a rendu deux décisions, le 14 février puis, après une expertise confiée à trois médecins de haute qualification et quatre contributions d'amicus curiae, le 24 juin 2014**. Il a éclairé la **notion d'arrêt de traitement** et insisté sur la singularité de chaque cas, souligné l'importance de la volonté de la personne en cause. Par sa **décision du 5 juin 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a écarté toute méconnaissance de la convention**, en relevant la marge d'appréciation étendue des Etats sur des questions qui ne font pas l'objet d'un consensus en Europe et en notant que l'affaire avait « fait l'objet d'un examen approfondi où tous les points de vue ont pu s'exprimer et tous les aspects avaient été mûrement pesés, au vu tant d'une expertise médicale détaillée que d'observations générales des plus hautes instances médicales et éthiques ».

Une autre tragédie humaine a donné lieu à la décision **Mme Gonzales Gomez** du 31 mai 2016. Espagnole, Mme Gonzalez Gomez vivait en France avec son époux italien. Ce dernier a contracté une grave maladie dont l'issue fatale était prévisible à court terme. Pour avoir néanmoins un enfant, les époux ont entamé une procédure de procréation médicalement assistée mais le décès annoncé est survenu avant que celle-ci ait été menée à son terme. Mme Gonzalez Gomez est alors retournée vivre en Espagne. Elle a demandé à l'hôpital français qui avait conservé les gamètes de son époux de les envoyer en Espagne où la loi autorise l'insémination post mortem dans l'année qui suit le décès du mari, dès lors qu'un projet parental a été formé par les deux parents. Mais la loi française interdit l'insémination post mortem et même l'exportation des gamètes vers un pays où elle est autorisée. Aussi l'hôpital a-t-il rejeté la demande de Mme Gonzalez Gomez.

Dans la décision qu'il a rendue, le Conseil d'Etat relève que l'interdiction décidée par le législateur français ne méconnaît par elle-même aucun droit fondamental. Mais, allant plus loin que ce contrôle in abstracto, il juge qu'**une appréciation in concreto doit aussi être portée et que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le refus opposé à Mme Gonzalez Gomez porte une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et familiale**. Dans certaines hypothèses l'application d'une loi, même conventionnelle, peut ainsi se révéler contraire à des exigences conventionnelles.

Avec les signes religieux dans l'espace public, d'autres difficiles débats de société trouvent un écho devant les juges nationaux et européens.

Dans les établissements scolaires publics, du primaire et du secondaire, **le port par les élèves de signes qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse** est interdit depuis **la loi du 15 mars 2004** et une stricte neutralité s'applique aux enseignants. **La loi du 11 octobre 2010** a en outre interdit la dissimulation du visage dans l'espace public. Ces deux textes ont été jugés **compatibles avec les exigences de la convention européenne des droits de l'homme et leur application ne suscite guère de difficultés**.

Des débats plus récents ont concerné **le port du burkini sur les plages et l'installation, durant les fêtes de fin d'année, de crèches dans les lieux publics**.

Par une **ordonnance du 26 août 2016**, le **juge des référés du Conseil d'Etat** a rappelé que **les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées et que seuls des risques avérés d'atteinte à l'ordre public, qui n'apparaissent pas en l'espèce, peuvent justifier une mesure restrictive de la liberté personnelle.**

Les **décisions d'assemblée du 9 novembre 2016**, **commune de Melun et Fédération de la libre pensée de la Vendée**, ont relevé que les crèches ont une **double signification, de scène inscrite dans l'iconographie chrétienne**, d'une part, de décoration qui accompagne les fêtes de fin d'année, indépendamment de toute référence religieuse, d'autre part. Le Conseil d'Etat en a déduit qu'**à l'intérieur des bâtiments publics, sièges de services publics, le principe de neutralité interdit les crèches, sauf si un usage local est établi ou si des circonstances particulières permettent de les regarder comme ayant le caractère d'une manifestation de nature culturelle, artistique ou festive. Dans les autres emplacements publics, en revanche, une crèche peut être installée durant les fêtes de fin d'année, sous réserve que leur installation n'apparaisse pas comme un acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse**".

Pour rappel, tous les actes administratifs ont vocation à faire l'objet d'un REP **sauf** ;

- **Les actes du gouvernement :**

- Les décisions touchant aux **relations internationales**
 - Par exemple en **2019 le CE** a été saisi d'un REP sur le **rapatriement des familles de djihadistes**, il répond que ce n'est pas de sa compétence, c'est une question de relations internationales, donc un acte du gouvernement.
- Les décisions touchant aux **institutions constitutionnelles**

- **Les mesures d'ordre intérieur** : les petites décisions de l'administration sans enjeu.

On a tendance à réduire les exceptions pour arriver à un contrôle de tous les actes
Par exemple, le **CE 2021** admet le contrôle d'une campagne gouvernementale lors du Covid.

Le **REP traite de la légalité interne et externe (la forme et le fond)**. Plus l'administration a un pouvoir large d'appréciation moins le juge pourra contrôler, et à contrario, si l'administration a une compétence liée, le juge aura les pleins pouvoirs de contrôle.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cf. fiche Conseil constitutionnel

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

LES PROTECTIONS JURIDICTIONNELLES EUROPÉENNES

LA COUR EDH

LA CEDH siège à Strasbourg, elle est **la juridiction dédiée à l'application de la Convention EDH**, et le fait qu'une juridiction lui soit dédiée lui permet une plus grande effectivité.

La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant **l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles additionnels**. La Cour peut être saisie d'une **requête par un État ou « par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui s'estime victime d'une violation » de ses droits ou libertés, garantis par la Convention**.

La Cour européenne des droits de l'homme fonctionne en permanence et siège, depuis le 1er novembre 1998, à Strasbourg.

Elle est composée d'**un nombre de juges égal à celui des États membres** du Conseil de l'Europe ayant ratifié la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Ils sont aujourd'hui au nombre de 46. **Les juges siègent à la Cour à titre individuel et ne représentent aucun État**. La Cour, dans le traitement des requêtes, est assistée par un greffe composé essentiellement de juristes provenant de tous les États membres (aussi appelés « référendaires »). Ceux-ci, entièrement indépendants de leur pays d'origine, ne représentent ni les requérants ni les États.

Ils sont désignés pour un **mandat de 9 ans et par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe** (Des sénateurs et des députés, il n'y a pas d'élections), lorsque le mandat d'un juge arrive à son terme, chaque état propose une liste de 3 noms et c'est l'AP qui choisit le plus compétent.

REQUETE INDIVIDUELLE

- **Article 34 CEDH**

La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.

- **Article 35 CEDH**

1. La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de quatre mois à partir de la date de la décision interne définitive.

2. La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsque
a) elle est anonyme ; ou
b) elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux.

3. La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime :

- a) que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ; ou
- b) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond.

4. La Cour rejette toute requête qu'elle considère comme irrecevable par application du présent article. Elle peut procéder ainsi à tout stade de la procédure.

REQUETE ETATIQUE

- **Article 33 CEDH :**

Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante

LA PRATIQUE DES ARRÊTS PILOTES

Suite à l'augmentation des demandes et d'affaires portant sur des problèmes identiques (affaires répétitives), la CEDH a instauré une nouvelle procédure pour diminuer la charge de travail. Il s'agit de choisir une ou plusieurs demandes et de les traiter en priorité (les autres affaires sont suspendues). **Une fois l'arrêt rendu sur une affaire "pilote", la Cour demande au gouvernement concerné de mettre sa législation en conformité avec la Convention. Elle applique ensuite "l'arrêt pilote" à toutes les requêtes soulevant la même question.** Cette procédure permet d'aider les gouvernements à éliminer le problème qui crée des affaires répétitives.

LA PORTÉE DES ARRÊTS

L'adhésion des États à la Conv. EDH a pour conséquence l'obligation pour ces **États de se conformer aux arrêts définitifs de la CEDH dans les litiges auxquels ils sont parties (Conv. EDH, art. 46, 1°).** Ces arrêts doivent être exécutés.

Même si les États disposent, en principe, d'une **marge d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour remédier aux violations constatées**, cette liberté s'exerce sous la surveillance du **Comité des ministres du Conseil de l'Europe**, composé de représentants des gouvernements de tous les États membres **(Conv. EDH, art. 46, 2°).**

Si un État refuse d'exécuter un arrêt, le Comité des ministres le met d'abord en demeure et, en cas de refus renouvelé, le Comité saisit, ensuite, la CEDH. Si la Cour constate le refus par l'État de se conformer à l'arrêt définitif, elle renvoie l'affaire au Comité afin qu'il examine les mesures à prendre. Lorsque l'ensemble des mesures demandées est adopté par l'État condamné, le Comité des ministres clos alors son examen par une résolution finale.

Article 46 CEDH :

- 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.
- 2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.

Au-delà des parties à l'instance, **les autres Etats membre tirent souvent les enseignements des arrêts rendu et adaptent leur législation** afin de se conformer à l'interprétation de la Cour EDH (car sinon ce n'est que repousser le problème).

LA FONCTION CONSULTATIVE

- **Article 1 du protocole additionnel 16 CEDH (2018) :**

1 Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

2 La juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle.

3 La juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante.

- **Article 2**

Un collège de cinq juges de la Grande Chambre se prononce sur l'acceptation de la demande d'avis consultatif au regard de l'article 1. Tout refus du collège d'accepter la demande est motivé. 2 Lorsque le collège accepte la demande, la Grande Chambre rend un avis consultatif.

- **Article 6**

Les avis consultatifs ne sont pas contraignants

La première demande d'avis consultatif a été faite très rapidement avec l'affaire Mennesson en 2018, l'avis a été rendu le 10 avril 2019. Le conseil d'Etat a attendu 2021 avec l'affaire Associations communales de Chasse agréées

EN RESUMÉ

La Conv EDH est vivante, la Cour lui permet de s'adapter aux évolutions de la société et de générer un dynamisme interprétatif utile.

LA CJUE

Son rôle n'est pas de protéger les DLF, le but de l'Union Européenne est de créer un espace économique unifié notamment avec le marché commun qu'elle met en place. Ce n'est qu'au fil de son évolution que l'Union Européenne est venue protéger les DLF, d'abord par des principes, puis une charte des DLF de l'UE.

La **Cour de justice est composée de 27 juges et de 11 avocats généraux**. Les juges et les avocats généraux sont désignés d'un commun accord par les gouvernements des États membres, après consultation d'un comité chargé de donner un avis sur l'adéquation des candidats proposés à l'exercice des fonctions en cause. **Leur mandat est de six ans, renouvelable**. Ils sont choisis parmi des personnalités offrant toutes **les garanties d'indépendance** et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leur pays respectif, des plus hautes fonctions juridictionnelles ou qui possèdent des compétences notoires.

Les juges de la Cour de justice désignent **parmi eux le président et le vice-président pour une période renouvelable de trois ans**. Le président dirige les travaux de la Cour de justice et préside les audiences et les délibérations des plus grandes formations de jugement. Le vice-président assiste le président dans l'exercice de ses fonctions et le remplace en cas d'empêchement. Les **avocats généraux** assistent la Cour. Ils sont chargés de présenter, en toute impartialité et en toute indépendance, un avis juridique, dénommé «conclusions», dans les affaires dont ils sont saisis.

Concernant les recours qui touchent aux DLF (généralement le recours en manquement, lorsqu'un état membre ne respecte pas le traité ou la charte de DLF), **il est impossible pour un particulier de saisir directement la Cour. En revanche, le système du renvoi préjudiciel fonctionne très bien.**

LES INTERACTIONS ENTRE LES 2

On a nécessairement des interactions entre les deux juridictions puisque les 27 États membres de l'UE sont également membres de la Conc EDH.

- **Au niveau matériel**

La CJUE s'inspire ostensiblement de la CEDH, notamment quand elle reconnaît les premiers principes fondamentaux au sein de l'Union Européenne. La Conv EDH devient finalement un planché de protection que la CJUE ne peut pas dépasser.

- **Au niveau institutionnel**

La question s'est posée de l'adhésion de l'UE à la Conv EDH, l'accord d'adhésion avait été rédigé en 2013 mais finalement la CEDH a refusé de valider cet accord en décembre 2014. Aujourd'hui la situation n'a pas changé

LES PROTECTIONS JURIDICTIONNELLES INTERNATIONALES

LE SYSTÈME PÉNAL INTERNATIONAL

On veut permettre la répression internationale des crimes les plus graves. C'est ainsi à partir du 19e siècle pose les premières dispositions d'incriminations internationales, mais ce n'est qu'avec la 2nd Guerre Mondiale que l'on va poser les qualification.

- **Crime de guerre** : [Article 8 du statut de Rome de la Cour pénale internationale](#)
- **Acte d'agression** : [Article 8 bis du statut de Rome de la Cour pénale internationale](#)
- **Génocide** : [Article 6 du statut de Rome de la Cour pénale internationale](#)
- **Crime contre l'humanité** : [Article 7 du statut de Rome de la Cour pénale internationale](#)

Pendant longtemps, aucune juridiction ne permettait la mise en œuvre de cette politique répressive internationale.

Des tribunaux pénaux ad hoc ont été mis en place pour réagir aux crimes de guerre :

- [Tribunal militaire international de Nuremberg](#) : Le 17 décembre 1942, les dirigeants des États-Unis, de Grande-Bretagne et d'Union soviétique publièrent la première déclaration conjointe. Celle-ci prenait officiellement acte du massacre des Juifs d'Europe et exprimait la volonté de poursuivre les responsables de violences contre les populations civiles. Bien que certains dirigeants politiques aient été favorables à des exécutions sommaires plutôt qu'à des procès, les Alliés décidèrent finalement d'organiser un tribunal militaire international.
- [Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient \(tribunal de Tokyo\)](#) : est créé le 19 janvier 1946 pour juger les grands criminels de guerre japonais de la Seconde Guerre mondiale

Ces tribunaux ont été critiqués car on les voyait comme une justice des vainqueurs.

La guerre froide a ensuite marqué un coup d'arrêt, puis les conflits des années 90 dans les Balkans ont conduit l'ONU à créer :

- [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie](#) : Depuis la tenue de sa toute première audience, le 8 novembre 1995 le Tribunal a mis en accusation 161 personnes.

A la suite du génocide des Tutsi au Rwanda du 7 avril au 17 juillet 1994, l'ONU créé :

- [Tribunal pénal international pour le Rwanda](#) : pour juger les principaux responsables du génocide. La Cour pénale internationale est compétente pour tous les crimes commis après sa création le 1er juillet 2002. Elle n'est donc pas compétente pour juger des crimes commis au Rwanda pendant le génocide.

D'autres tribunaux très ponctuels ont été créés, mais ce n'était pas une solution pérenne, ainsi **le Statut de Rome**, officiellement le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, aussi appelé le Statut de la Cour pénale internationale, **a créé la Cour pénale internationale** (CPI) en 1998. Une fois le Statut de Rome adopté, il fallait qu'un minimum de 60 États le ratifie pour qu'il entre en vigueur. Ce quorum a été atteint le 11 avril 2002, aujourd'hui il y a 130 signatures et 123 ratifications (USA, Chine et Russie n'ont pas ratifié).

- **La Cour pénale internationale (CPI)** : mène des enquêtes et, le cas échéant, juge les personnes accusées des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale : génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime d'agression.
 - **La Cour peut exercer sa compétence dans une situation où des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou un génocide ont été commis à compter du 1er juillet 2002** et :
 - les crimes ont été commis par un ressortissant d'un État partie, ou sur le territoire d'un État partie ou d'un État qui a autrement accepté la compétence de la Cour ; ou
 - les crimes ont été déférés au Procureur de la CPI par le Conseil de sécurité des Nations Unies, conformément à une résolution adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies.
 - **A compter du 17 juillet 2018, le Conseil de sécurité**, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, **pourrait saisir la Cour d'une situation après avoir constaté un acte d'agression, qu'il s'agisse d'États parties ou non.**

Cette Cour n'est cependant **pas très efficace car les gros pays n'ont pas ratifié et la critiquent d'ailleurs ouvertement.**

Par ailleurs, il reste tout à fait possible de poursuivre un criminel de guerre ou l'auteur d'un crime contre l'humanité devant la juridiction nationale en lien avec son crime

- **Affaire Klaus Barbie : 1987**
- **Affaire Maurice Papon 1998**

LE CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU

Le Conseil des droits de l'homme (CDH) est un **organe intergouvernemental du système des Nations Unies** chargé de renforcer la promotion et la protection des droits de l'homme dans le monde et de traiter les situations de violation des droits de l'homme et de formuler des recommandations à leur sujet. Il est en mesure d'examiner toutes les questions et situations en lien avec les droits de l'homme qui nécessitent son attention, et ce tout au long de l'année. Il se réunit à l'Office des Nations Unies à Genève.

La été créé par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 mars 2006 grâce à **la résolution 60/251 remplaçant la Commission des droits de l'homme.**

On compte parmi les processus mis en place l'Examen Périodique Universel qui sert à évaluer la situation des droits de l'homme dans tous les États Membres des Nations Unies, le Comité consultatif qui est le groupe de réflexion du Conseil et fournit à ce dernier son expertise et ses conseils sur des questions en lien avec les droits de l'homme et la procédure de requête, qui permet aux particuliers et organisations de porter les violations des droits de l'homme à l'attention du Conseil.

LES PROTECTIONS NON JURIDICTIONNELLES

LE DÉFENSEUR DES DROITS

Créé par la **loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011**, le Défenseur des droits **vient se substituer à quatre autorités administratives indépendantes : le Médiateur de la République, la Commission nationale de déontologie de la sécurité, le Défenseur des enfants et la Haute autorité de lutte contre les discriminations.**

L'existence du défenseur des droits s'appuie sur une ambition formulée lors de la **Conférence de Brighton du Conseil de l'Europe**, en avril 2012 : établir une **institution nationale indépendante chargée des droits de l'homme**. L'idée du « guichet unique » guide cette unification, afin de rationaliser l'offre de protection généraliste des droits.

Le Défenseur des droits est nommé par le chef de l'État dans le cadre de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution (avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée, avis juridiquement contraignant s'il est négatif). Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions.

L'article 71-1 de la Constitution énonce que **« le défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique attribue des compétences »**, en dehors des contentieux entre personnes publiques. La loi organique ajoute **la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant, la lutte contre les discriminations, le respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité**. Depuis 2016, le législateur a également rajouté **la protection des lanceurs d'alerte**.

Claire Hédon est la Défenseure des droits depuis le 22 juillet 2020.

Elle est nommée pour 6 ans. Son mandat ne pourra pas être renouvelé et n'est pas révocable. Enfin, elle ne peut pas exercer en même temps une autre fonction, quelle qu'elle soit.

Le Défenseur des droits dispose de deux moyens d'action :

- d'une part il étudie les demandes individuelles qu'il reçoit
- et de l'autre, il mène des actions de promotion de l'égalité.

La « protection des droits » correspond au traitement des réclamations adressées à l'institution.

La « promotion de l'égalité et de l'accès aux droits » regroupe toutes les actions qui contribuent à faire mieux connaître et mieux appliquer les droits des personnes.

Le Défenseur des droits dispose de **nombreux pouvoirs pour enquêter** sur les demandes qui lui sont adressées. Ces pouvoirs lui sont attribués par la **Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

Par exemple, pour faire la preuve d'un comportement discriminatoire, le Défenseur peut mettre en œuvre **une procédure de test en situation** qui peut être considérée comme un **mode de preuve**. Le test en situation consiste à comparer l'attitude de la personne « testée » envers un candidat de référence d'une part, et un candidat qui pourrait être discriminé d'autre part.

Il va également intervenir dans le cadre du **règlement amiable des réclamations**. Si un règlement amiable n'est pas possible, le **Défenseur des droits peut formuler une recommandation**, document par lequel il **demande officiellement par écrit que le problème soit réglé et/ou qu'une mesure soit prise dans un délai qu'il fixe**.

Les recommandations constituent le mode d'intervention le plus souvent utilisé par le Défenseur des droits. **Lorsqu'elles viennent régler une situation particulière, on parle de « recommandation individuelle ».** D'autres recommandations « à portée générale », traitent de **situations plus larges**, touchant un dispositif, une catégorie de personnes, une règle de droit...et permettent de mettre fin à des pratiques touchant plusieurs personnes.

S'il ne dispose pas d'un pouvoir direct de sanction, **le Défenseur des droits dispose d'un véritable « droit de suite » sur les recommandations qu'il prononce** : la personne mise en cause est tenue de lui rendre compte des suites données à ses recommandations. En l'absence de réponse ou en cas d'insuffisance de sa réponse, le Défenseur des droits peut exercer **un pouvoir d'injonction**, c'est-à-dire **exiger d'appliquer le contenu de la recommandation, et ce dans un nouveau délai qu'il fixe**.

Si aucune suite n'est donnée à l'injonction, le Défenseur des droits peut décider de **rendre public un rapport spécial, où le nom de la personne mise en cause est dévoilé**.

Le Défenseur des droits peut demander à l'autorité qui en a le pouvoir que des sanctions disciplinaires soient prises contre le professionnel qui a commis une faute.

Le Défenseur des droits peut intervenir devant toutes les juridictions (tribunal, cour d'appel...), nationales et européennes, pour présenter son analyse du dossier.

Il peut présenter ses observations, oralement ou par écrit :

- à la demande d'une des parties ;
- si un juge le sollicite pour bénéficier de son expertise ;
- de sa propre initiative, s'il estime que son intervention est utile, en particulier pour trancher une question de droit inédite, intervenir sur un sujet particulièrement sensible, ou encore déposer au dossier le produit de son enquête.

Dans le cadre de sa **mission de promotion de l'égalité et de l'accès au droit**, le Défenseur des droits conduit des **activités d'études et de recherche** intéressant ses domaines de compétences. Par des **partenariats avec des centres et laboratoires d'études et de recherche spécialisés**, il contribue à la production et à la diffusion d'une connaissance renouvelée sur ses champs d'expertise.

Le Défenseur des droits peut **proposer des modifications de la loi**. Ce pouvoir de propositions de réformes est utilisé pour régler des difficultés récurrentes, que le Défenseur des droits identifie à travers ses recherches, ses échanges avec la société civile et les réclamations individuelles qu'il reçoit.

Le Défenseur des droits est régulièrement **sollicité par l'Assemblée nationale ou le Sénat pour donner son avis sur certains textes de loi en préparation**. Le Défenseur des droits peut également donner son avis sur des projets ou des propositions de loi de sa propre initiative.

CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ

Suite à la ratification du protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines et traitement cruels, inhumains et dégradants adopté par l'assemblée générale des Nations-Unis le 18 décembre 2002, le législateur français a institué, par la **loi n°2007- 1545 du 30 octobre 2007**, un Contrôleur général des lieux de privation de liberté et lui a conféré le statut **d'autorité administrative indépendante**.

Le Contrôleur général peut visiter à tout moment, sur l'ensemble du territoire français, tout lieu où des personnes sont privées de liberté.

Le Contrôleur général veille à ce que **les personnes privées de liberté soient traitées avec humanité et dans le respect de la dignité inhérente à la personne humaine**.

En effet, à l'exclusion de leur liberté d'aller et venir, les personnes privées de liberté demeurent titulaires des droits fondamentaux tels que définis par les textes internationaux et nationaux.

- Certains de ces droits inhérents à la dignité humaine sont intangibles et ne souffrent aucune limite : droit à la vie, droit à ne pas être soumis à la torture ou à un traitement dégradant ou inhumain, la protection de l'intégrité physique et psychique
- D'autres peuvent être limités pour des raisons tenant à l'ordre public : droit au respect de la vie privée et familiale, droit au travail et à la formation, liberté d'expression, liberté de conscience et de pensée, droit de vote...

La mission du Contrôleur général est triple :

- **s'assurer que les droits intangibles inhérents à la dignité humaine sont respectés,**
- **s'assurer qu'un juste équilibre entre le respect des droits fondamentaux des personnes privées de liberté et les considérations d'ordre public et de sécurité est établi,**
- **mais aussi et surtout prévenir toute violation de leurs droits fondamentaux.**

Dans le cadre de sa mission, le Contrôleur général s'attache en particulier aux conditions de détention, de rétention ou d'hospitalisation mais aussi aux conditions de travail des personnels et des différents intervenants en ce qu'elles impactent nécessairement le fonctionnement de l'établissement et la nature des relations avec les personnes privées de liberté.

Dominique Simonnot a été nommée le 14 octobre 2020 au poste de Contrôleure générale des lieux de privation de liberté pour une durée de **six ans**. Son mandat n'est pas renouvelable. Il ne peut être mis fin à ses fonctions avant l'expiration de son mandat sauf démission ou empêchement.

LA CNIL

Créée en 1978 par la loi Informatique et Libertés, la CNIL est une autorité administrative indépendante, composée d'un Collège de 18 membres et d'une équipe d'agents contractuels de l'État.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

La CNIL veille à ce que **les citoyens accèdent efficacement aux données contenues dans les traitements les concernant**. Toute personne peut s'adresser à la CNIL en cas de difficulté dans l'exercice de ses droits en lui adressant une plainte.

Ces plaintes concernent :

- **la réputation en ligne** (demandes de suppression de contenus sur Internet) ;
- le commerce (opposition à recevoir des courriels publicitaires) ;
- **les ressources humaines** (vidéosurveillance, géolocalisation des véhicules) ;
- **la banque et le crédit** (contestation de l'inscription dans l'un des fichiers de la banque de France).

Le contrôle constitue un moyen privilégié d'intervention auprès des responsables de traitement de données personnelles. **Il permet à la CNIL de vérifier sur place la mise en œuvre concrète de la loi**. Le programme des contrôles est élaboré en fonction des thèmes d'actualité et des grandes problématiques (actualité, nouvelles technologies) dont la CNIL est saisie.

L'avertissement est une nouvelle « mesure correctrice » prévue par le RGPD, introduite en droit français par la loi du 20 juin 2018 : la présidente de la CNIL peut avertir un organisme que le traitement de données qu'il envisage, à un stade où celui-ci n'est pas encore opérationnel, est susceptible de méconnaître les textes applicables. Il ne s'agit donc pas d'une sanction, mais d'une mesure visant à éviter, à titre préventif, le déploiement du dispositif.

La présidente de la CNIL a la possibilité de mettre en demeure des organismes qui ne respectent pas des dispositions du RGPD ou de la loi de se mettre en conformité dans un délai imparti. Ces mises en demeure peuvent être rendues publiques selon la gravité des manquements constatés ou du nombre de personnes concernées.

A l'issue de contrôle ou de plaintes, en cas de méconnaissance des dispositions du RGPD ou de la loi de la part des responsables de traitement et des sous-traitants, **la présidente de la CNIL peut engager une procédure de sanction.**

Avec le RGPD (règlement général sur la protection des données), **le montant des sanctions pécuniaires peut s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou dans le cas d'une entreprise jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial.** Ces sanctions peuvent être rendues publiques.

Lorsque des manquements au RGPD ou à la loi sont portés à sa connaissance, la formation restreinte de la CNIL peut :

- prononcer un rappel à l'ordre ;
- **enjoindre de mettre le traitement en conformité, y compris sous astreinte ;**
- limiter temporairement ou définitivement un traitement ;
- suspendre les flux de données ;
- ordonner de satisfaire aux demandes d'exercice des droits des personnes, y compris sous astreinte ;
- **prononcer une amende administrative.**

LA CADA

La Commission d'accès aux documents administratifs a été créée en 1978 pour assurer la bonne application du droit d'accès. Elle est pour les citoyens comme pour les administrations, le premier interlocuteur en la matière.

Elle est une autorité administrative indépendante chargée de veiller au **respect de la liberté d'accès aux documents administratifs et aux archives publiques ainsi qu'à la réutilisation des informations publiques.**

Elle rend des avis qui constituent une voie de recours précontentieuse.

Toute personne ou autorité administrative qui se voit refuser l'accès à un document administratif ou n'obtient pas de réponse dans un délai d'un mois, peut saisir la CADA pour que celle-ci se prononce sur le caractère communicable ou non de ce document. Elle peut également la saisir lorsqu'elle reçoit une décision défavorable pour la réutilisation d'informations publiques.

La CADA peut donner des conseils aux administrations pour la mise en œuvre du droit d'accès ou du droit à réutilisation.

Toute autorité administrative peut se tourner vers elle pour être éclairée sur le caractère communicable d'un document administratif ou d'une archive publique, sur la mise en ligne des documents administratifs ou sur la possibilité et les conditions de réutilisation des informations publiques.

Par ses avis et ses conseils, qui sont largement suivis par l'administration, elle veille à la transparence de l'action administrative et fait connaître son interprétation des textes applicables. Elle peut proposer au gouvernement les modifications nécessaires pour améliorer l'exercice du droit d'accès et, en matière de réutilisation des informations publiques, elle peut également prononcer des sanctions à l'encontre des personnes qui réutilisent des informations publiques en violation des prescriptions du code des relations entre le public et les administrations.

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

L'HISTOIRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le Conseil Constitutionnel a été institué par la **Constitution du 4 octobre 1958**. Son rôle initial n'était pas de protéger les DLF, il était le protecteur, **le gardien, de la démocratie parlementaire et du rationalisme parlementaire**.

Le **contrôle de constitutionnalité actuel est en ce sens bien différent de celui de 1958**.

Initialement, il ne s'exerçait qu'à l'égard d'un texte : la Constitution du 4 octobre 1958 et les principes constitutionnels qui en découlait le cas échéant. L'objectif d'un tel contrôle était d'empêcher l'empiètement du Parlement sur les compétences du pouvoir exécutif.

Selon les mots de **Michel Debré**, père de la Constitution de 1958, **le Conseil constitutionnel avait vocation à n'être que le « chien de garde de l'exécutif »**, et ce afin de vérifier que le Parlement n'empiétait pas sur les compétences de ce dernier. L'institution était, en conséquence, au service du parlementarisme rationalisé : « la Constitution crée (...) une arme contre la déviation du régime parlementaire »

Initialement, seul le **contrôle a priori** était possible sur le fondement de **l'article 61 de la Constitution**, celui-ci disposait à l'origine que :

- *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.*
- *Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat*

Le processus de l'article 61 est fondamental et il est encore utilisé très fréquemment.

Le conseil constitutionnel est également le contrôleur des élections et des référendums.

L'EVOLUTION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

De chien de garde de l'exécutif, le conseil constitutionnel s'est transformé petit à petit en **protecteur des DLF**, et ce en 3 étapes clés.

LA CRÉATION DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

Le conseil constitutionnel n'était chargé de contrôler la constitutionnalité de loi que sur le fondement de la constitution de 1958, puis le champ de son contrôle a évolué avec une décision fondamentale : [la décision liberté d'association](#).

Saisi le 1er juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, le Conseil Constitutionnel fonde sa décision sur les **"principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution"**, ce qui a pour conséquence d'**élargir immédiatement le champ du contrôle du conseil constitutionnel au préambule de la constitution de 1958 et par voie de conséquence à tous les textes qu'il consacre** :

- **Le Préambule de la Constitution de 1946** : il promeut des principes politiques de nature économique et sociale. On compte, par exemple, le droit d'asile, le droit de grève ou encore le droit d'obtenir un emploi sans être lésé en raison de ses origines, croyances ou opinions.
- **La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789** : inspirée par les principes de la philosophie des Lumières, elle définit les droits naturels de l'homme (la liberté, l'égalité, la propriété) et les droits politiques du citoyen relatifs à l'organisation de la société.
- **La Charte de l'environnement de 2004** : elle témoigne d'un nouveau combat à mener afin de préserver les grands équilibres écologiques de la planète. Elle inscrit le droit de chacun à « vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé », elle consacre la notion de « développement durable » et le « principe de précaution ». Elle a reçu valeur constitutionnelle par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005.
- **Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)** : des principes essentiels tirant leur origine des textes antérieurs à la Constitution de 1946 et érigés par le Conseil Constitutionnel au rang de normes constitutionnelles. Parmi les 11 PFRLR identifiés, il y a la liberté d'enseignement, la liberté d'association ou les droits de la défense.
- **Les Principes particulièrement nécessaires à notre temps (PPNT)** : A côté des PFRLR, les PPNT constituent la seconde partie du Préambule de 1946. Ils portent majoritairement sur les droits des travailleurs et sur les droits sociaux. Par exemple : le droit de grève, le droit d'asile ou la garantie pour la femme de droits égaux à ceux de l'homme dans tous les domaines.
- **Les Principes généraux à valeur constitutionnelle** : ce sont d'autres principes tirés des textes composant le bloc de constitutionnalité. Par exemple : la liberté d'entreprendre, le respect de la dignité humaine et le droit au respect de la vie privée.
- **Les Objectifs à valeur constitutionnelle** : au nombre de 13, ces objectifs tirent aussi leur fondement du bloc de constitutionnalité. Par exemple : la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la possibilité pour toute personne de bénéficier d'un logement décent. Tous ces principes et objectifs sont dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Le contentieux constitutionnel s'est donc mécaniquement accru. D'une part, il ne s'agit plus pour le Conseil constitutionnel d'être exclusivement l'arbitre entre les pouvoirs législatif et exécutif, mais bien **le protecteur des droits et libertés des citoyens**. D'autre part, le législateur doit se conformer à des textes dans différents domaines de plus en plus techniques.

L'ÉLARGISSEMENT DE LA SAISINNE

L'accroissement du rythme de travail du Conseil constitutionnel est aussi dû au fait que **de plus en plus d'acteurs peuvent le saisir**.

Si, à l'origine, le Conseil ne pouvait être saisi que par le **président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat**, Valéry Giscard d'Estaing a entendu accorder à l'opposition la faculté de contester la constitutionnalité d'une loi écrite par la majorité.

Ainsi, en vertu de la **révision constitutionnelle du 29 octobre 1974**, **soixante députés ou soixante sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel**. Là encore, le contentieux constitutionnel s'est fortement accru. Aussi, si le Conseil constitutionnel n'avait été saisi que neuf fois de 1958 à 1974, il l'a été 568 fois de 1974 à 2010.

LA CRÉATION DE LA QPC

L'apogée sera finalement la création du **contrôle a posteriori** du conseil constitutionnel avec la **révision constitutionnelle de 23 juillet 2008**, entrée en vigueur le 1er mars 2010.

La QPC permet à **tout justiciable de contester la constitutionnalité d'une disposition législative** à l'occasion d'un procès devant une juridiction administrative ou judiciaire, **lorsqu'il estime qu'un texte porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit**.

Comme pour le contrôle de constitutionnalité *a priori*, les normes constitutionnelles pouvant être invoquées à l'appui d'une question de constitutionnalité sont très larges et concernent tous les domaines du droit.

Il s'agit de l'ensemble des droits et libertés figurant dans le **"bloc de constitutionnalité"**

LES CONDITIONS DE LA QPC

Quel est l'objet des QPC ?

Seules les dispositions législatives qui **n'ont pas déjà été déclarées conformes** à la Constitution par le Conseil constitutionnel peuvent faire l'objet d'une QPC.

Il s'agit des **textes votés par le Parlement** : lois et lois organiques ainsi que les ordonnances ratifiées par le Parlement. Il peut s'agir aussi d'une "loi du pays" de Nouvelle-Calédonie. La question de constitutionnalité peut être soulevée à l'encontre de toute disposition législative quelle que soit la date de sa promulgation. **Les dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958** entrent dans le cadre de la nouvelle procédure.

En revanche, d'autres textes votés par le Parlement, comme **les règlements des assemblées ou certaines résolutions, n'entrent pas dans le champ de la QPC.**

De même, **les décrets, les arrêtés ou les décisions individuelles ne peuvent pas faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.** Ce sont des actes administratifs dont le contrôle de constitutionnalité relève du Conseil d'État.

Qui peut poser une QPC ?

Cette faculté est ouverte **aux parties à un procès**, la qualité de partie désignant le statut de la personne engagée dans une instance judiciaire.

Lorsqu'elles estiment que **la loi qui leur est appliquée au cours de ce procès porte atteinte aux droits et libertés (et UNIQUEMENT les DLF) que la Constitution leur garantit**, seules les parties, **et UNIQUEMENT celles-ci**, peuvent soulever une QPC.

Une QPC ne peut jamais être posée par le juge lui-même. Néanmoins, le ministère public quand il est partie à un procès, par exemple dans le procès pénal, peut soulever une QPC.

La question prioritaire de constitutionnalité peut être posée **au cours de toute instance devant une juridiction de l'ordre judiciaire** (relevant de la Cour de cassation) **ou de l'ordre administratif** (relevant du Conseil d'État), quelle que soit la nature du litige (civile, pénale, commerciale, sociale, administrative, fiscale, etc.). La question peut être posée, en première instance, en appel ou en cassation.

Il n'est **pas possible de saisir directement le Conseil constitutionnel.** La question prioritaire de constitutionnalité doit toujours être posée au cours d'un procès

Quelles sont les conditions de recevabilité de la QPC ?

Les critères pour que le Conseil constitutionnel soit saisi de la question prioritaire de constitutionnalité sont au nombre de trois :

- la **disposition législative** critiquée est **applicable au litige ou à la procédure**, ou constitue le fondement des poursuites ;
- la disposition législative critiquée **n'a pas déjà été déclarée conforme** à la Constitution par le Conseil constitutionnel ;
- la **question est nouvelle ou présente un caractère sérieux**.

Ces trois critères sont **appréciés par la Cour de cassation ou par le Conseil d'État** selon la juridiction à l'origine de la QPC.

Pour le critère du sérieux, devant les **juges du fond** il s'agit de contrôler que la question n'est **pas dépourvue de sérieux**, et devant la **C. Cass ou le CE** il s'agit de contrôler que la question **présente un caractère sérieux et/ou nouveau**.

LA PROCÉDURE

La loi prévoit un **double filtre**, d'abord par le juge du fond, puis par la Cour de cassation ou le Conseil d'État selon la nature de la juridiction devant laquelle la question a été posée.

La **juridiction du fond doit procéder sans délai à un premier examen**. Elle examine si la question est recevable et si les critères fixés par la loi organique du 10 décembre 2009 sont remplis. Si ces conditions sont réunies, **la juridiction saisie transmet la question prioritaire de constitutionnalité selon le cas au Conseil d'État ou à la Cour de cassation**. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation **procède à son tour à un examen plus approfondi et décide de saisir ou non le Conseil constitutionnel**.

Le refus, par les juridictions suprêmes, de saisir le Conseil constitutionnel ne peut faire l'objet d'aucun recours. Quand la juridiction du fond refuse de transmettre une QPC, cette décision ne peut être contestée que lors d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.

Il existe toutefois une exception à la règle du filtrage : **lorsque le Conseil constitutionnel se trouve être lui-même juridiction de jugement**, ce qui est notamment le cas en matière de contentieux des élections parlementaires. Ainsi dans sa **décision n° 2011-4538 du 12 janvier 2012**, le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner, en tant que juge électoral, une question prioritaire de constitutionnalité soulevée directement devant lui, dans le cadre du contentieux des élections sénatoriales.

Lorsque la question de constitutionnalité est transmise, **la juridiction doit suspendre la procédure dans l'attente de la décision des juridictions suprêmes puis, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel**.

Toutefois, le juge doit statuer sans attendre lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté. Il peut également ne pas reporter sa décision si la loi prévoit de statuer en urgence ou dans un délai déterminé.

Lorsqu'il est saisi, le Conseil constitutionnel a **trois mois**, à compter du jour où il a été saisi, pour rendre sa décision.

Si le Conseil constitutionnel déclare la disposition contestée **conforme à la Constitution**, la **juridiction doit l'appliquer, à moins qu'elle ne la juge incompatible avec une disposition du droit de l'Union européenne ou d'un traité.**

Si le Conseil constitutionnel déclare la disposition contestée **contraire à la Constitution**, cette décision a deux conséquences :

- **l'application de la disposition est écartée dans le procès concerné ;**
- **la disposition est abrogée** soit immédiatement, soit à compter d'une date ultérieure fixée par le Conseil lui-même, et ce grâce à la révision constitutionnelle de l'article 62 C, permettant de reporter dans le temps les effets d'une abrogation.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours.

LES CRITIQUES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

L'INDÉPENDANCE DES MEMBRES

Officiellement **les membres du Conseil Constitutionnel sont indépendants**. C'est une décision du Conseil lui-même qui l'énonce : [Décision n° 2008-566 DC du 9 juillet 2008](#)

il résulte de l'ensemble des dispositions du titre VII de la Constitution que le constituant a entendu garantir l'indépendance du Conseil constitutionnel

Cependant, **l'ensemble des membres sont nommés par les organes politiques, avec leurs couleurs politiques et leur idées...** Certains auteurs, et chercheur ont ainsi pu trouver quelques corrélations entre la composition du conseil et les penchants politiques des décisions du Conseil Constitutionnel (Voir notamment les études de Raphaël Franck).

LA COMPOSITION DU CONSEIL

Le Conseil constitutionnel est composé de **neuf membres**. **Trois d'entre eux sont nommés par le président de la République, trois par le président du Sénat et trois par le président de l'Assemblée nationale.**

Les règles qui encadrent le Conseil constitutionnel doivent garantir l'indépendance de l'institution :

- le mandat de membre du Conseil n'est pas renouvelable ;
- les nominations du président de la République doivent être approuvées par les commissions permanentes compétentes de chaque assemblée (Assemblée nationale et Sénat) ;

- lors de leur prestation de serment, les nouveaux membres s'engagent à garder le secret sur les délibérations et les votes, même après leur mandat, et à ne prendre aucune position publique ayant fait ou susceptible de faire l'objet d'une décision du Conseil ;
- la **loi organique du 19 janvier 1995** définit le régime d'incompatibilité applicable aux membres du Conseil constitutionnel. Leur fonction est incompatible, par exemple, avec celle de membre du Parlement, du Conseil économique, social et environnemental (CESE) ou avec des fonctions de direction au sein d'un parti politique.

La continuité de l'institution est permise par la durée du mandat (neuf ans) et par le fait que le Conseil soit renouvelé par tiers tous les trois ans.

À ces neuf membres s'ajoutent **les anciens présidents de la République, qui sont membres de droit à vie**. Ce statut leur permet de siéger au Conseil constitutionnel, s'ils le souhaitent, pour un mandat à durée indéterminée.

Le débat porte sur le manque de compétences des membres du fait de la politisation du Conseil.

Pour rappel actuellement :

En février 2016 :

- **Laurent Fabius** nommé par le président : Il est le président du conseil
- **Michel Pinaut** désigné par le président du Sénat
- **Corinne Luquiens** désignée par le président de l'ass nationale

En février 2019

- **Jacques Mezard** désigné par le président
- **François pillet** désigné par le président du Sénat
- **Alain Jupé** désigné par le président de l'Assemblée nationale

En février 2022

- **Jacqueline Gourault** désignée par le président
- **Francois Seners** désigné par le président du Sénat
- **Veronique Malbec** désignée par le président de l'ass nationale

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

Contrairement à une idée reçue la plus part des Droits Fondamentaux ne sont pas des droits absolus. Dans la mesure où **les autorités ont toujours la possibilité de restreindre / limiter leur exercice.**

La plupart des droits fondamentaux sont des **droits relatifs, dont l'exercice peut être restreint par l'Etat.** Il existe très peu de droits absolus, c'est à dire de droit qui ne peuvent jamais être restreints ou limités par l'Etat.

Le seul droit qui peut être cité est **l'interdiction de la torture. C'est un droit absolu** dans le sens où l'Etat ne peut jamais justifier la pratique de la torture : c'est ce qui ressort de l'art. 3 de la CEDH « nul ne peut être soumis à la torture » même en période de lutte contre le terrorisme ou la criminalité, c'est un impératif absolu.

LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITÉ

ORIGINE, SIGNIFICATION ET GÉNÉRALISATION

Le contrôle de proportionnalité est né avec la **décision dites des « Pharmacies » (Apotheken-Urteil) de la Cour Constitutionnelle Allemande du 11 juin 1958 (BVerfGE 7, 377).**

Dans cette décision la cour constitutionnelle décompose ce principe en trois sous principes :

- **1/ La proportionnalité est un contrôle d'adéquation** : c'est à dire que le moyen mis en œuvre doit être adapté au but poursuivi.
- **2/ La proportionnalité est un contrôle de nécessité** : c'est à dire que le moyen mis en œuvre doit être nécessaire à cette réalisation, il faut vérifier que l'autorité publique n'avait pas à sa dispo une mesure moins attentatoire aux libertés.
- **3/ La proportionnalité est un contrôle au sens strict** : c'est à dire que le bien que l'ingérence a pour but de réaliser doit être au moins égal au mal que représente la limitation de l'exercice du DF.

LA DÉFINITION DU BUT LÉGITIME

Le premier stade de contrôle consiste à établir **le but ou l'objectif que le législateur poursuit avec l'acte législatif proposé** ; il constitue la base pour les trois stades de contrôle : **l'adéquation, la nécessité et le caractère raisonnable se réfèrent toujours au but poursuivi par l'acte législatif proposé**

Le choix du but poursuivi est d'abord laissé à l'appréciation du législateur. **C'est le domaine du politique**, qui, dans un système régi par la séparation des pouvoirs, ne relève pas de la compétence du pouvoir judiciaire. Cette « liberté » du législateur est toutefois limitée par la Constitution dans la mesure où **l'objectif poursuivi doit avoir un « but légitime »**. **Est considéré légitime tout intérêt général qui n'est pas exclu par le droit constitutionnel.**

Il y a des **buts légitimes communément admis** comme l'ordre public ou la dignité humaine.

L'ADÉQUATION AU BUT LÉGITIME

Dès lors que le but légitime est établi, il convient de vérifier, au deuxième stade du contrôle, **si le moyen choisi – en l'occurrence, l'ingérence dans le droit fondamental - est en adéquation avec l'objectif visé.**

En droit allemand, la jurisprudence est assez généreuse dans le contrôle de l'adéquation. Certes, il ne suffit pas d'invoquer un intérêt général quelconque, **l'adéquation doit toujours être en rapport avec le but établi au cas d'espèce**, toutefois, il n'est pas nécessaire que le but poursuivi se laisse effectivement réaliser pour qu'il y ait adéquation, il suffit que dans l'abstrait la possibilité d'atteindre le but existe. En droit Français nous retrouvons cette même idée.

LA NÉCESSITÉ DE LA RESTRICTION

L'ingérence dans les droits fondamentaux ne doit **pas excéder ce qu'exige la réalisation de l'intérêt général**. Ainsi, l'ingérence concrète dans un droit fondamental n'est nécessaire que lorsqu'on ne peut avoir recours à **aucun autre moyen aussi efficace** mais moins restrictif pour le droit fondamental.

LA PROPORTIONNALITÉ AU SENS STRICT

A ce stade, la Cour vérifie **si l'ingérence dans un droit fondamental est proportionnelle au poids et à l'importance du droit fondamental en question**. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande comprend différentes formules

Une d'entre elles met en avant le caractère raisonnable en exigeant que lors de « l'analyse globale entre la gravité de l'ingérence et l'urgence des motifs la justifiant [...] la limite du raisonnable soit respectée ».

D'autres formules soulignent la proportionnalité en demandant que « la charge pesant sur l'individu se situe dans un rapport raisonnable avec les avantages qui en résultent pour la collectivité »

Ce qui compte toujours, c'est l'analyse globale qui met en balance les avantages et les inconvénients.

L'IMPORTATION DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITÉ

Ce triple test va considérablement inspirer les juges français. Si on se réfère au CC, on peut remarquer qu'à partir des années 2000, le CC notamment dans sa [décision de 2008, rétention de sûreté](#) et dans sa [décision de 2009 HADOPI](#), le CC, s'inspire du droit allemand pour pratiquer le triple test.

- [Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008](#) :
 - Considérant que **la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe**, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, **selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire** ; qu'**il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties** ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que **les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi**
 - **Quant à l'adéquation** : [...] qu'eu égard à la privation totale de liberté qui résulte de la rétention, la définition du champ d'application de cette mesure doit être en adéquation avec l'existence d'un tel trouble de la personnalité ;
 - **Quant à la nécessité** : [...] qu'eu égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes
 - **Quant à la proportionnalité** : [...] le législateur a assorti la procédure de placement en rétention de sûreté de garanties propres à assurer la conciliation qui lui incombe entre, d'une part, la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire et, d'autre part, l'objectif de prévention de la récidive poursuivi qu'ainsi, afin que la mesure conserve son caractère strictement nécessaire, le législateur a entendu qu'il soit régulièrement tenu compte de l'évolution de la personne et du fait qu'elle se soumet durablement aux soins qui lui sont proposés ; que, dès lors, le grief tiré de ce que le renouvellement de la mesure sans limitation de durée est disproportionné doit être écarté.

De même **le CE exerce et pratique ce contrôle de proportionnalité**, notamment dans le cadre de son contrôle des mesures de police administrative

Nous pouvons citer la décision "[Association pour la promotion de l'image](#)" qui reprend également ce triple test allemand.

- [Conseil d'État, Assemblée, 26/10/2011, 317827](#)
 - Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que **l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée** que constituent la collecte, la conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives, **ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités**
 - Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que la collecte des images numérisées du visage et des empreintes digitales des titulaires de passeports âgés d'au moins six ans et la centralisation de leur traitement informatisé, compte tenu des restrictions et précautions dont ce traitement est assorti, **est en adéquation avec les finalités légitimes du traitement ainsi institué et ne porte pas au droit des individus au respect de leur vie privée une atteinte disproportionnée aux buts de protection de l'ordre public en vue desquels il a été créé** ; qu'il en va ainsi quel que soit l'âge des personnes, dès lors que la prise de deux empreintes, nécessaires à l'établissement d'un passeport personnel, ne porte aucune atteinte aux droits spécifiques des mineurs

LA RETRANSCRIPTION PAR LA CEDH

La CourEDH dans sa pratique, sa jurisprudence, ne procède pas véritablement au triple test sur le modèle allemand, son contrôle de proportionnalité n'est pas structuré ainsi, la grille d'analyse n'est pas identique, même si le résultat final paraît proche.

Sa grille de lecture est en réalité fondée sur les textes mêmes de la ConvEDH, **les article 8 à 11, qui prévoient eux mêmes les cas d'ingérence admis.**

Par exemple :

- **Article 8 CEDH :**
 - Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
 - Il ne peut y avoir **ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence** est **prévue par la loi** et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, **est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui**

PREP'AVOCAT

WWW.PRECAPA-MONTPELLIER.FR

WWW.JURIS-PERFORM.FR

9 bis rue Saint Alexis / 6 bis bvd Pasteur 34000 Montpellier

TEL : 06 50 36 78 60

Nous retrouvons ainsi un triple test, mais avec les caractéristiques suivantes :

- **Un fondement législatif** : “prévue par la loi”
- **Un but légitime** : “la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d’autrui”
- **Une nécessité** : “nécessaire à”

La CourEDH va alors appliquer ce triple test dans sa jurisprudence, par exemple :

- **CEDH 2020 Baldassi c/ France**
 - La condamnation des requérants s’analyse en une « ingérence » dans l’exercice par eux de leur liberté d’expression. Cela n’a du reste pas prêté à controverse entre les parties. Pareille immixtion enfreint l’article 10, sauf si elle est « prévue par la loi », dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et « nécessaire » dans une société démocratique pour les atteindre
 - **Concernant la légalité** : la Cour retient que l’ingérence était « prévue par la loi », au sens de l’article 10 de la Convention
 - **Concernant le but légitime** : Il résulte des motifs des arrêts de la cour d’appel de Colmar du 20 novembre 2013 que les requérants ont été condamnés pour avoir provoqué à discriminer les producteurs ou les fournisseurs de produits venant d’Israël (paragraphe 13 ci-dessus). Leur condamnation visait donc à protéger les droits commerciaux de ces derniers. La Cour admet en conséquence que, comme le soutient le Gouvernement, qui se réfère au droit des producteurs ou des fournisseurs d’accéder à un marché, l’ingérence litigieuse avait pour but la protection des « droits d’autrui » au sens du second paragraphe de l’article 10.
 - **Concernant la nécessité** :
 - Le boycott est avant tout une modalité d’expression d’opinions protestataires.
 - **La Cour n’entend pas mettre en cause l’interprétation de l’article 24 de la loi du 29 juillet 1881** sur laquelle repose ainsi la condamnation des requérants, selon laquelle, en appelant au boycott de produits venant d’Israël, les requérants ont, au sens de cette disposition, provoqué à la discrimination des producteurs ou fournisseurs de ces produits à raison de leur origine. **C’est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, qu’il incombe d’interpréter et d’appliquer le droit national. Le rôle de la Cour se limite à vérifier si l’ingérence qui a résulté de la condamnation des requérants du chef de ce délit peut passer pour « nécessaire dans une société démocratique »**
 - La Cour relève cependant que, **tel qu’interprété et appliqué en l’espèce, le droit français interdit tout appel au boycott de produits à raison de leur origine géographique, quels que soient la teneur de cet appel, ses motifs et les circonstances dans lequel il s’inscrit.**
 - **Une motivation circonstanciée était pourtant d’autant plus essentielle en l’espèce qu’on se trouve dans un cas où l’article 10 de la Convention exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d’expression.**
 - **La Cour en déduit que la condamnation des requérants ne repose pas sur des motifs pertinents et suffisants.**

LES DÉROGATIONS EXCEPTIONNELLES

ARTICLE 16 CONSTITUTION

Les dispositions introduites par **l'article 16 de la Constitution** sont sans précédent dans la tradition républicaine. Nourries par le souvenir de juin 1940, elles instituent **une période temporaire de concentration des pouvoirs législatif et exécutif entre les mains du président de la République**, destinée à sauvegarder la démocratie et à rétablir le fonctionnement des pouvoirs publics dans les meilleurs délais.

Le texte fixe des **conditions strictes** pour l'application des pouvoirs de l'article 16. Deux conditions de fond doivent être réunies :

- l'existence d'une **menace grave et immédiate** pesant sur les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution des engagements internationaux de la France ;
- **l'interruption du fonctionnement régulier** des pouvoirs publics constitutionnels.

Avant de mettre en œuvre ce texte, **le Président doit consulter** le Premier ministre, les présidents des assemblées, le Conseil constitutionnel dont l'avis est publié, et **informer la Nation** par un message. Il n'y a cependant aucun contreseing, seul le Président prend la décision.

Pendant la mise en œuvre de l'article 16 :

- **le Président dispose de la plénitude des pouvoirs législatif et exécutif ;**
- **le Parlement se réunit de plein droit ;**
- **le président de la République ne peut pas dissoudre l'Assemblée nationale.**

Aucune durée maximale n'est prévue par la Constitution.

Néanmoins, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, **après 30 jours d'exercice** de ces pouvoirs exceptionnels, chaque président des assemblées, 60 députés ou sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel afin d'examiner si les conditions justifiant ces pouvoirs de crise sont toujours réunies. Après 60 jours, le Conseil procède de plein droit à cet examen sans avoir besoin d'être saisi.

Le général de Gaulle a utilisé l'article 16 du 23 avril au 29 septembre 1961, à la suite du putsch des généraux en Algérie.

ARTICLE 36 CONSTITUTION

L'état de siège est l'un des régimes juridiques exceptionnels institués pour **faire face à des situations de nature conflictuelle** (troubles graves à l'intérieur du territoire, guerre civile, invasion). Il autorise notamment **le transfert de pouvoirs de police de l'autorité civile à l'autorité militaire, la création de juridictions militaires et l'extension des pouvoirs de police.**

L'état de siège ne peut être déclaré qu'**en cas de péril imminent résultant soit d'une guerre étrangère, soit d'une insurrection armée.**

L'article 36 de la Constitution de 1958 a encadré le régime de l'état de siège en confiant son initiative au Gouvernement et son contrôle au Parlement à partir du treizième jour.

L'état de siège est déclaré par décret en Conseil des ministres. Le décret désigne le territoire auquel il s'applique et détermine sa durée d'application.

La prorogation de l'état de siège ne peut être autorisée que par le Parlement.

Avec cet état de siège :

L'autorité militaire se substitue à l'autorité civile dans l'exercice des pouvoirs de police générale. La jouissance de certains droits est suspendue : la liberté du domicile, de la presse, de réunion, d'aller et venir.

L'autorité militaire a le droit de proclamer un couvre-feu, de faire des perquisitions de jour et de nuit dans le domicile des citoyens, d'éloigner les repris de justice mais aussi les individus suspects ou tout simplement ceux qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège, d'ordonner la remise des armes et des munitions, de procéder à leur recherche et à leur enlèvement ou encore d'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre.

Les tribunaux militaires deviennent compétents pour les crimes et délits contre la sûreté de l'État.

Si l'état de siège est décrété en cas de péril imminent résultant d'une insurrection à main armée, la compétence exceptionnelle reconnue aux juridictions militaires, en ce qui concerne les non-militaires, ne peut s'appliquer qu'aux crimes spécialement prévus par le code de justice militaire ou par les articles du code pénal mentionnés au premier alinéa de l'article L. 2121-3 du code de la défense et aux crimes connexes.

Ce régime exceptionnel cesse de plein droit à la signature de la paix. Toutefois, après la levée de l'état de siège, les juridictions militaires continuent de connaître des crimes et délits dont la poursuite leur avait été déférée.

L'ÉTAT D'URGENCE

L'état d'urgence est une mesure exceptionnelle prévue par la **loi du 3 avril 1955**. Il peut être décidé par le conseil des ministres, soit en cas de **péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas de calamité publique, ce qui peut désigner toute catastrophe naturelle d'une ampleur exceptionnelle.** Par vocation, l'état d'urgence permet de **renforcer les pouvoirs des autorités civiles et de restreindre certaines libertés publiques ou individuelles.**

Le régime juridique de l'état d'urgence tel qu'il est prévu dans la loi française a été créé dans un **contexte historique et politique** instable. La loi adoptée en 1955 a été élaborée en réaction aux attentats perpétrés en Algérie par le Front de libération nationale (FLN) et aux affrontements entre militants indépendantistes et armée française dans les départements français d'Algérie.

Selon le gouvernement dirigé par Edgar Faure, l'ampleur que prennent les "événements d'Algérie" à la suite de la Toussaint rouge (1er novembre 1954) justifie le recours à un régime d'exception.

Dans la Constitution telle qu'elle s'applique en 1954, c'est **l'état de siège qui aurait été le plus adapté. Toutefois, le déclenchement de l'état de siège pose un problème politique** quant à la nature des "événements".

Pour le gouvernement, les attentats du FLN et les violences qui y sont liées sont qualifiés de troubles à l'ordre public graves, d'insurrection et de terrorisme. À l'inverse, les militants du FLN se perçoivent comme des combattants, dans une guerre d'indépendance contre la France. Déclarer l'état de siège pourrait donner du crédit aux revendications indépendantistes algériennes, puisqu'il n'est théoriquement utilisé qu'en cas d'affrontements avec une puissance étrangère.

La loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence est donc adoptée dans un contexte de violence insurrectionnelle et par choix politique de ne pas utiliser l'état de siège. Il s'applique immédiatement après promulgation de la loi dans les territoires français d'Algérie. Grâce à son utilisation, la France n'est officiellement pas en guerre, les membres du FLN n'ont pas le statut de combattants, et les personnes arrêtées ne peuvent prétendre aux mêmes droits que les prisonniers de guerre.

Par la suite, le cadre législatif régissant le recours à ce régime d'exception a été modifié à plusieurs reprises. Entre 1955 et 2015, c'est **l'ordonnance du 15 avril 1960** qui apporte les modifications les plus significatives. **Elle transfère le pouvoir de déclarer l'état d'urgence du Parlement au président de la République, tout en prévoyant qu'au-delà de douze jours sa prorogation ne peut être autorisée que par loi, qui doit alors fixer sa durée définitive.**

À la suite des attentats du 13 novembre 2015, le **cadre juridique de l'état d'urgence est modifié à plusieurs reprises** afin de faciliter la mise en place de mesures d'urgence dans la lutte contre le terrorisme. La **loi du 20 novembre 2015 relative à l'état d'urgence**, notamment, modifie plusieurs dispositions de la loi de 1955 :

- elle prévoit **l'information du Parlement** ;
- elle revoit les **règles de l'assignation à résidence**. Celle-ci peut être prononcée pour "toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics" ;
- elle autorise la **dissolution**, en conseil des ministres, **d'associations ou groupements de fait** qui participent, facilitent ou incitent à des actes **portant atteinte grave à l'ordre public**. Les mesures prises perdurent à l'issue de l'état d'urgence ;
- elle permet aux autorités administratives d'ordonner la remise des armes et des munitions, détenues ou acquises légalement par leur propriétaires ;

- elle permet au ministre de l'intérieur et aux préfets d'**ordonner des perquisitions en tout lieu**, y compris un domicile, de jour et de nuit, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ;
- elle autorise le ministre de l'intérieur à prendre toute mesure pour bloquer des sites internet faisant l'apologie du terrorisme ou incitant à des actes terroristes ;
- elle supprime le contrôle de la presse, de la radio, des projections cinématographiques ou des représentations théâtrales prévu par la loi de 1955.

La loi du 20 novembre 2015 a été adoptée une semaine seulement après la vague d'attentats la plus meurtrière de l'histoire française contemporaine, elle renforce les prérogatives de l'exécutif durant l'état d'urgence. Dans ce cas encore, les mesures ont été adoptées en réaction à une menace spécifique. À l'inverse, la législation sur l'état de siège élaborée en 1849 a été louée pour avoir été élaborée par anticipation et hors d'un contexte de crise et donc de l'influence d'un contexte particulier.

La **loi du 23 mars 2020** d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 crée un nouveau régime d'exception et instaure un **état d'urgence sanitaire**. Il s'agit de donner un socle légal aux différentes mesures prises par le gouvernement au printemps 2020 pour lutter contre l'épidémie de Covid-19.

L'ARTICLE 15 CEDH

L'article 15 est une clause dérogatoire. **Il ménage aux États contractants la possibilité, en cas de circonstances exceptionnelles, de déroger, de manière limitée et supervisée, à leur obligation de garantir certains droits et libertés protégés par la Convention.**

L'article 15 comprend trois parties. Le paragraphe 1 définit **les circonstances dans lesquelles les États contractants peuvent valablement déroger aux obligations** que leur impose la Convention, et limite les mesures qu'ils peuvent prendre dans le cadre de cette démarche. Le paragraphe 2 **protège certains droits fondamentaux contre toute dérogation**. Le paragraphe 3 énonce **les obligations procédurales que doit respecter tout État souhaitant déroger à la Convention**

Il n'est pas nécessaire que la dérogation prenne la forme d'une déclaration d'incapacité de l'État à garantir les droits énoncés dans la Convention. En pratique, lorsque les États contractants communiquent une déclaration de dérogation, ils indiquent que les mesures qu'ils prennent « sont susceptibles » d'impliquer une dérogation à la Convention. En conséquence, si un requérant se plaint d'avoir subi pendant une période de dérogation une violation des droits protégés par la Convention, la Cour commence par vérifier si les mesures prises peuvent se justifier au regard des dispositions matérielles de la Convention, et ce n'est que si tel n'est pas le cas qu'elle procède à la vérification de la validité de la déclaration de dérogation

L'ARTICLE 17 CEDH

L'article 17 prévoit qu'aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme un droit quelconque visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention. Il s'applique aux États, aux groupements et aux individus.

Le texte de l'article 17 s'inspire de l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948). On trouve également des dispositions équivalentes à l'article 17 dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000).

Par cette disposition fondamentale, la Convention vise à sauvegarder les droits qu'elle garantit en protégeant le libre fonctionnement des institutions démocratiques.

L'article 17 a été introduit dans la Convention car il n'est pas improbable **qu'une personne ou un groupe de personnes invoquent les droits consacrés par la Convention pour en tirer le droit de se livrer à des activités visant à la destruction de ces mêmes droits.**

Il fallait donc prévoir cette hypothèse de d'abus de droit : **Le but général de l'article 17 est d'empêcher que des groupements totalitaires ou extrémistes puissent exploiter en leur faveur les principes posés par la Convention.**

En prohibant « l'abus de droit », l'article 17 vise à donner aux démocraties les moyens de lutter contre les actes et activités destructeurs ou indûment limitatifs des droits et libertés fondamentaux, que ces actes ou activités émanent d'un « État », d'un « groupement » ou d'un « individu ».