DROIT ET JUSTICE

DROIT ET JUSTICE 82

Collection créée par Pierre Lambert
et dirigée par Daniel Plas et Michel Puéchavy

Théorie générale des droits et libertés

Michel Levinet

2e édition refondue

BRUYLANT 2008 NEMESIS

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Liste des abréviations 11

Avant-Propos 13

INTRODUCTION

§1. — L'intérêt de l'étude des droits et libertés 19

Une contribution essentielle à la moralisation de la personne humaine 20

Une contribution essentielle à la formation du citoyen 23

Une contribution essentielle à la formation du juriste 25

§2. — Plan du cours et indications bibliographiques 32

A. — Plan du cours 32

B. — Indications bibliographiques 33

Manuels 33

Autres ouvrages généraux 33

Droit européen des droits de l'homme 35

Jurisprudence 35

Recueils de textes | Travaux dirigés | Préparation aux concours . . 36

CHAPITRE I

DÉFINITION DES DROITS ET LIBERTÉS

Section 1. — Questions de terminologie 37

§1. — Droits et libertés 37

§2. — Droits et devoirs de l'homme 39

§3. — Droits de l'homme et libertés publiques 41

§4. — Droits et libertés fondamentaux 44

A. — *Les références aux droits et libertés fondamentaux dans le corpus juridique* 45

B. — *La conception allemande des droits et libertés fondamentaux* . 55

C. — *Conceptions formelle et substantielle des droits fondamentaux* . 61

Section 2. — TYPOLOGIES DES DROITS ET LIBERTÉS 70

§1. — LE CRITÈRE DE L'OBJET DES DROITS ET LIBERTÉS 71

§2. — LE CRITÈRE DU MODE D'EXERCICE DES DROITS ET LIBERTÉS . 72

§3. — LE CRITÈRE DE L'ORDRE HISTORIQUE D'APPARITION DES DROITS ET LIBERTÈS 73

§4. — LE CRITÈRE DU RAPPORT DES DROITS ET LIBERTÉS À L'ÉTAT . . 82

§5. — LE CRITÈRE DE LA HIÉRARCHIE DES DROITS ET LIBERTÉS . . 84

Section 3. — TITULAIRES DES DROITS ET LIBERTÉS 100

§1. — CONSIDERATIONS GÉNÉRALES 100

§2. — INDIVIDUS ET GROUPES 107

§3. — PERSONNES PHYSIQUES ET PERSONNES MORALES 109

§4. — PERSONNES NÉES ET PERSONNES À NAITRE 114

A. — *L'enfant à naître et le droit supranational* 115

B. — *L'enfant à naître et le droit constitutionnel* 120

C. — *L'enfant à naître et les autres branches du droit* 124

§5. — HOMMES ET FEMMES 126

§6. — ENFANTS 134

§7. — AGENTS PUBLICS 135

A. — *La Cour EDH et le particularisme de la situation des agents publics* 136

B. — *L'ordre juridique interne et le particularisme de la situation des agents publics* 142

Section 4. — L'INTERNATIONALISATION DES DROITS ET LIBERTÉS . . 148

§1. — LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ 150

A. — *La signification du principe* 150

B. — *L'assujettissement au contrôle des juridictions internationales* 154

§2. — LA SUPRÉMATIE DE L'INTERPRÉTATION DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES 159

A. — *La normalisation législative et réglementaire* 160

B. — *La normalisation prétorienne* 161

CHAPITRE II
FONDEMENTS DES DROITS ET LIBERTÉS

SOUS-CHAPITRE I
Les fondements méta-juridiques

Section 1. — L'UNIVERSALITÉ DES DROITS ET LIBERTÉS 173
§1. — LE PARADIGME DE L'UNIVERSALITÉ DES DROITS ET LIBERTÉS . 174
A. — *Les fondements du paradigme* 174
1. La primauté de la personne humaine 176
a) Considérations générales 176
b) L'universalisme de l'Ancien Testament 183
c) L'universalisme du Nouveau Testament 185
d) L'apport du Stoïcisme 190
e) Les nominalistes 192
f) Les philosophes des XVII^e et XVIII^e siècles (Voy. *infra*, Chapitre III) 194
2. L'Etat libéral et démocratique 201
B. — *Les affirmations du paradigme* 207
1. L'affirmation au plan interne 208
a) L'exemple emblématique de la DDHC 208
b) La comparaison entre la DDHC et les proclamations anglo-américaines 210
2. L'affirmation au plan international 212
a) Les premiers instruments 213
b) Les instruments ultérieurs 215
§2. — LA PREGNANCE DE LA PLURALITÉ DES CONCEPTIONS DES DROITS ET LIBERTÉS 218
A. — *Considérations générales* 218
B. — *La conception occidentale* 223
1. Les caractères généraux de la conception occidentale . . . 223
a) La conception formelle de l'Etat de droit 224
b) La conception substantielle de l'Etat de droit 225
2. Le relativisme de la conception occidentale 226
a) Quant au droit au respect de la vie 227
b) Quant à la liberté de pensée, de conscience et de religion . . 228
C. — *La conception africaine* 230
1. Droits de l'homme et droits des Peuples 231

2. Droits de l'homme et devoirs de l'homme envers la Communauté 233
D. — *La conception asiatique* 235
E. — *La conception islamique* 239
1. Les fondements du particularisme islamique 242
a) La question de l'interprétation de la révélation coranique . 242
b) La distinction classique dâr-al islâm / dâr-al harb . . . 244
c) Les sources du droit musulman 246
d) Les fondements des droits de l'homme 248
e) Des singularités irréductibles ? 250
2. Les manifestations du particularisme islamique 255
a) L'acceptation conditionnelle du corpus normatif universel . 255
b) Le corpus normatif propre à la communauté des Etats islamiques 255
Section 2. — LA CONFRONTATION POSITIVISMES/JUSNATURALISMES . . 258
§1. — LES EXPLICATIONS POSITIVISTES 259
A. — *Le positivisme juridique* 260
1. Caractères généraux du positivisme juridique 260
2. Impasses et dangers du positivisme juridique 262
a) Le paradoxe de la Grundnorm 262
b) Hiérarchie des normes et théorie de l'interprétation . . 262
c) La possible idolâtrie de l'Etat 263
B. — *Le positivisme sociologique* 264
1. L'intérêt du positivisme sociologique 264
2. L'ambiguïté du positivisme sociologique 265
§2. — LES EXPLICATIONS JUSNATURALISTES 268
A. — *Le débat sur l'existence du droit naturel* 268
B. — *Le jusnaturalisme classique ou objectif* 271
1. L'importance du courant aristotélo-thomiste 273
2. L'analyse de la justice et du juste chez Javier Hervada . . 275
3. L'Eglise catholique et les droits de l'homme 276
C. — *Le jusnaturalisme moderne ou subjectif* 283

SOUS-CHAPITRE II

Les fondements juridiques

Section 1. — LES SOURCES INTERNATIONALES 293
§1. — LA DIVERSITÉ DES NORMES INTERNATIONALES 293

A. — *Les instruments universels* 295
1. Les instruments généraux 295
2. Les instruments particuliers 297
B. — *Les instruments régionaux* 298
1. Le régionalisme européen 299
2. Le régionalisme interaméricain 302
3. Le régionalisme africain 303
§2. — LA PRIMAUTÉ DES NORMES INTERNATIONALES 303
A. — *La primauté à l'égard des normes constitutionnelles* 307
1. La suprématie matérielle des normes internationales . . . 309
2. La suprématie formelle des normes constitutionnelles . . . 310
B. — *La primauté à l'égard des normes législatives* 315
1. Les gardiens de la primauté 316
2. Les conditions de la primauté 319
Section 2. — LES SOURCES CONSTITUTIONNELLES 324
§1. — ÉTAT LÉGAL ET ÉTAT DE DROIT 326
A. — *Système représentatif et légicentrisme* 327
1. Le paradigme du système représentatif 327
2. L'impossible mise en place d'un contrôle de la constitutionnalité des lois 332
B. — *Résurrection de la notion de constitution et démocratie constitutionnelle* 334
§2. — LA VALEUR DU PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1958 . . 335
A. — *Un contexte initial défavorable* 336
B. — *Un débat largement dépassé ?* 339
§3. — LES ÉLÉMENTS DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ RELATIFS AUX DROITS ET LIBERTÉS 341
A. — *Les droits et libertés visés par le texte constitutionnel* stricto sensu . 343
B. — *Les droits et libertés visés par la DDHC de 1789* 344
C. — *Les droits et libertés visés par les principes politiques, économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946* . . 347
D. — *Les droits et libertés constituant des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »* 349
1. L'origine des PFRLR 350
2. Les critères d'identification des PFRLR 351
3. La liste des PFRLR 354
E. — *Observations conclusives sur l'indétermination du bloc de constitutionnalité* 356
Section 3. — LES SOURCES JURISPRUDENTIELLES 361

§1. — La réalité du droit prétorien des droits et libertés . 364
A. — *L'exercice de la fonction prétorienne par le juge administratif* . 366
B. — *L'exercice de la fonction prétorienne par le juge constitutionnel* . 369
1. La théorie du législateur négatif 369
2. La pratique du législateur positif 370
C. — *L'exercice de la fonction prétorienne par le juge européen* . . 376
D. — *Observations conclusives* 378
1. L'exercice du pouvoir prétorien n'est pas forcément synonyme de garantie des droits et libertés 378
2. L'effectivité du pouvoir prétorien dépend du mode d'organisation et de fonctionnement de la juridiction (Voy. *infra*, Chap. III). 378
3. L'ampleur du pouvoir prétorien nourrit la controverse sur le gouvernement des juges 380
§2. — La légitimité du droit prétorien des droits et libertés . 385
A. — *Considérations générales* 386
1. Une interrogation ancienne 386
2. Une interrogation inévitable 388
B. — *L'explication de la légitimité* 390
1. L'explication du positivisme juridique 390
2. L'explication du positivisme sociologique 390
3. L'explication du jusnaturalisme 399
4. Les explications fonctionnelles 400
C. — *Les théories de l'interprétation* 401
1. La théorie 'classique' ou 'cognitive' 402
2. La théorie 'réaliste' ou 'sceptique' 403

CHAPITRE III
GARANTIE DES DROITS ET LIBERTÉS

Section 1. — Le contrôle politique 411
§1. — Le contrôle exercé au plan national 412
A. — *Les procédés de la démocratie représentative* 412
1. Le contrôle des électeurs 412
2. Le contrôle du Parlement 413
3. Le contrôle du chef de l'Etat 414
B. — *Les procédés de la «démocratie continue»* 417
C. — *La désobéissance à la loi injuste (désobéissance civile et résistance à l'oppression)* 420

1. La récurrence des actes de désobéissance à la loi 422
a) Exemples significatifs de désobéissance 422
b) Typologie des actes de désobéissance 425
2. La récurrence de la théorisation de la désobéissance à la loi . . 426
a) Le Christianisme 427
b) Les philosophes des XVII[e] et XVIII[e] siècles 436
c) Les théoriciens du libéralisme politique du XIX[e] siècle . . 442
d) La théorisation de la résistance à l'oppression au XX[e] siècle 447
3. La récurrence de l'ambiguïté de l'inscription / la reconnaissance de la résistance à l'oppression dans le droit positif 448
§2. — LE CONTRÔLE EXERCÉ AU PLAN INTERNATIONAL 453
A. — *Le recours aux contre-mesures* 455
B. — *Le contrôle politique exercé dans le cadre des organisations internationales* 456
Section 2. — LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR UN ORGANE INDÉPENDANT . 457
§1. — LE RECOURS À UN ORGANE NON JURIDICTIONNEL 457
A. — *Au niveau national (l'exemple des autorités administratives indépendantes)* 457
1. Les AAI dépourvues de pouvoir décisoire 459
a) Le Médiateur de la République 459
b) Le Défenseur des enfants 461
2. Les AAI dotées de pouvoir décisoire 462
B. — *Au plan international* 464
1. Les autorités individuelles indépendantes 464
2. Les organes collégiaux indépendants 465
§2. — LE RECOURS À UN ORGANE JURIDICTIONNEL 466
A. — *Le recours au juge interne* 467
1. Le juge constitutionnel 467
2. Les autres juges 473
a) Considérations générales 473
b) Le recours au juge judiciaire 478
c) Le recours au juge administratif 481
B. — *Le recours au juge international* 487
1. Les juges européens 488
2. Les autres juges internationaux 489
a) La Cour interaméricaine des droits de l'homme 489
b) La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples . . 489