



« La liberté guidant nos pas »

## GLOSSAIRE : LE DROIT ET LA LOI

### RAPPEL

*La loi ne peut plus tout faire, car elle doit respecter un corps de principes. Le phénomène du recul normatif de la loi surprend encore les non-juristes, encore très focalisés sur les lois.*

*Dans la conception classique, la loi est l'emblème de la démocratie : la majorité, issue d'élections régulières, définit les règles. La loi remet en cause les droits des minorités, mais ce n'est là *in fine* que la conséquence d'un vote démocratique, et s'il y a des excès, d'autres élections viendront, conduisant à des rééquilibres.*

*En découle l'idée que connaître la loi, c'est connaître le droit, idée bien fautive. L'expérience historique a prouvé que le nombre pouvait avoir tort, perdre le sens de l'intérêt commun, voire organiser le « pire » à partir du processus vertueux des élections.*

**Aussi, l'activité du législateur est aujourd'hui encadrée.**

*Deux principes se sont imposés :*

- *la loi n'est légitime que dans le respect des principes*
- *le droit, c'est la loi telle que le juge l'interprète.*

La loi n'a pas disparu : elle reste l'outil de référence des démocraties. Mais alors que dans la conception classique elle était au sommet, la loi est désormais une étape dans un processus.

***La question qui était « que dit la loi ? » est devenue « quel droit résultera de cette loi ? ».***  
***La loi prend place dans un canevas de normes supra législatives.***

Octobre 2010



## Les textes à valeur supra-législative

*La loi doit respecter la Constitution et les engagements internationaux, ce qui la place au troisième degré dans la hiérarchie des normes.* Le processus se décline : ainsi, un arrêté hospitalisation d'office doit respecter les décrets, les lois, les traités et la constitution.

### Les textes constitutionnels sont :

- la Déclaration des droits de l'homme de 1789,
- le Préambule de 1946,
- la Charte de l'environnement de 2005.

### Sur le plan international, les principaux textes sont :

- la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, applicable dans les 47 Etats du Conseil de l'Europe,
- la Charte des droits fondamentaux, adoptée à Nice le 7 décembre 2000 qui a pris force exécutoire avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne du 10 Décembre 2009,
- le Pacte des droits civils et politiques de 1966, adopté dans la cadre de l'ONU,
- la Convention internationale des droits de l'enfant.

*Ces textes définissent un corpus qui traite de l'ensemble des droits et libertés, dont la conception est claire.* Le rôle de l'Etat n'est pas seulement de garantir l'exercice des libertés, dans la conception de l'Etat gendarme, qui assure les fonctions régaliennes et laisse le champ libre aux acteurs de la société.

L'Etat a un but, la cohésion sociale, car il n'existe de démocratie que solidaire. *Les droits-libertés sont rejoints par des droits-créances.* D'un côté, la liberté d'expression, d'aller et venir, d'entreprendre ; de l'autre le droit à l'éducation, à la protection sociale.

**Cette évolution se retrouve à travers deux temps du droit :  
1789 et 1945, avec les droits-libertés complétés par les droits créances.**

## Les droits libertés

*Tout part de l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».*

Du point de vue de l'énonciation du droit, l'essentiel est dit. A la naissance, nul ne vaut plus qu'un autre. L'égalité, bien sûr, ne se constate pas, mais est à construire. Toute la Déclaration est dans cet esprit : ces règles sont d'une si grande qualité qu'elles ont quitté la sphère du droit écrit pour devenir des références coutumières.

- article 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ;
- 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 ;

**Octobre 2010**



- article 9 : Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi,
- article 10 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

Cette conception est très individualiste de la personne : l'autorité publique doit garantir aux personnes l'exercice de leurs libertés. Une base irremplaçable, mais dangereuse si elle n'est pas assortie de garde-fous, et même, vu la puissance des tensions sociales, des correctifs.

La société, ce n'est pas la coexistence de millions et de milliards de personnes toutes plus souveraines les unes que les autres, construisant leurs vies comme un défi aux libertés.

*L'histoire nous a appris que la démocratie doit être solidaire. Pour l'avoir oublié, les démocraties ont sombré dans la dictature, et le plus grand des crimes a été conçu dans l'un des berceaux des civilisations du droit. Aussi, la conception individuelle des droits de l'homme a été complétée par une dimension économique et sociale.*

### Les droits-créances de l'Après guerre

**Le deuxième pilier de notre légalité est le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.** C'était la IV<sup>o</sup> République, celle des lendemains de la guerre, celle du programme du Conseil National de la Résistance.

La V<sup>o</sup> République de 1958 a tout changé, mais elle a gardé le Préambule, qui fait partie de notre droit positif.

*« 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 ».*

*Avec ce texte, s'impose l'idée d'un deuxième temps de la démocratie, qui a pour objectif sacré de défendre la personne humaine : 1789, c'était la liberté sans entraves... pour ceux qui pouvaient y accéder ; 1946, c'est la solidarité.*

La société doit assurer sa propre cohésion, et l'exercice des libertés doit se combiner avec la reconnaissance de droits, pour tout un chacun:

- « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ;
- « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » ;
- « Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

Octobre 2010



*La protection sociale y trouve là ses meilleures sources.*

Ce texte, qui a de l'allure et du contenu, est un vrai programme, et cette évolution est d'autant plus importante qu'elle s'inscrit dans un mouvement mondial. *Elle trouve en écho la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950.* Mais les pays qui ont été le plus réactifs sont ceux qui avaient connu, dans leur chair, le nazisme, avec au premier rang l'Allemagne, qui s'est alors dotée d'instruments constitutionnels.



Les Tables de la Loi

**La loi soumise au contrôle du juge**

*Désormais, la loi est soumise au contrôle du juge par un processus qui a été progressif, mais aujourd'hui bien installé et d'une grande efficacité. Deux mécanismes se complètent.*

#### **Contrôle interne et contrôle international**

*Le premier est d'ordre interne :* le Conseil constitutionnel est chargé de veiller au respect de la Constitution. En 1974 a été reconnu le droit de saisine par les parlementaires, ce qui a ouvert à l'opposition l'accès à la contestation des lois, et en 2008 a été introduit le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui permet à tout citoyen à l'occasion d'un procès, de contester la constitutionnalité de la loi qu'on lui oppose.

*Le second est d'ordre international,* et il est encore plus vivace. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, dont le siège est Strasbourg, contrôle l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

**Octobre 2010**



De façon plus récente, la Cour de Justice de l'Union européenne applique le droit de l'Union européenne, *dont la Charte des droits fondamentaux* (cf « *les Brèves européennes récentes* ). Il faut ajouter le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, chargé de contrôler l'application du Pacte des droits civils et politiques de 1966 et qui peut être saisi dans le cadre de recours individuels. Ce mécanisme inclut deux puissants amplificateurs.

### **La multiplication des références par la jurisprudence**

Les textes qui servent de référence sont des textes courts, au contenu assez général avec, sous des tonalités sensiblement différentes, une grande convergence de vue. *Sur cette base textuelle, les cours rendent leurs décisions et phénomène décisif, chaque décision a elle-même une portée jurisprudentielle supra législative : une décision du Conseil constitutionnel devient une référence constitutionnelle et un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme devient une référence de droit européen.*

Et par la vitalité du contentieux, ces cours ont été amenées à se prononcer dans des affaires extrêmement diverses, qui donnent ainsi autant de références supra-législatives, bien au delà de la prévision des textes originaires.

*Le résultat est en particulier remarquable pour la Cour européenne des droits de l'Homme qui concilie un grande activité avec un champ territorial étendu sur 47 Etats, incluant la Russie et la Turquie.* Ce langage commun reste celui d'un contrôle sur les limites, sur les bornes que les Etats, par leurs textes ou par leurs pratiques, ne peuvent pas dépasser. De telle sorte, ce droit échappe au travers de la modélisation, car si les références sont nombreuses pour tracer les limites, le contenu est libre, à chaque pays selon son gré.

La protection de la liberté de religion en est le meilleur exemple. La jurisprudence, sur la base de l'article 9 de la Convention, s'est prononcée maintes fois, dégageant un corpus de règles « indérogeables », mais laissant à chaque Etat ses traditions et son régime propre.

**Octobre 2010**



Ensuite, contrairement à ce qui est souvent entendu, la saisine des cours suprêmes n'est pas qu'un processus de « bout de course », atteint après des années de procédures à épuiser les voies de recours internes. Ceci n'est vrai que pour une partie du contentieux, à savoir le parcours d'un particulier qui saisit la Cour pour faire juger une affaire.

Mais en revanche, la jurisprudence rendue est elle immédiatement applicable, et par tous les tribunaux internes. Ce qui en pratique signifie qu'une personne contestant une hospitalisation sous contrainte peut saisir le juge des référés en se fondant directement sur une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, rendue à propos de l'un des 47 pays du Conseil de l'Europe. Et dans l'hypothèse où le juge estime que cette règle jurisprudentielle s'applique aux faits en cause, il doit la faire primer sur les dispositions législatives du Code de la santé publique, ou sur l'application qui en est faite par un arrêté préfectoral.

### **Une République des juges ?**

*Ces nouvelles approches du droit sont désormais la pratique courante, spécialement pour tout le champ des libertés fondamentales.*

La critique facile est celle d'un droit des juges, éloigné des bases de la démocratie électorale : une majorité politique peut se dessiner pour l'adoption de textes de loi, qui une fois votés seront annulés par des juges. Certes, à ceci près que les juges ne statuent que parce qu'ils ont été saisis, et qu'ils jugent selon des procédures et en fonction de textes qui ont été adoptés démocratiquement. Et si un Etat ou une majorité de sa population ne supporte plus cet encadrement de la loi, il lui suffit de changer de constitution ou de dénoncer les traités qui ont été ratifiés. En assumant les conséquences de ces choix.

*La vue première est un relativisme de la loi, devenue une norme soumise à d'autres textes et contrôlée par des juges. Mais en réalité, ce processus n'affaiblit pas la loi car il institue des mécanismes qui en garantissent la qualité.*

**Octobre 2010**



*En ouvrant à toute personne concernée la possibilité de discuter de la validité de loi, le droit conforte la légalité.*

Et ce qui est particulièrement intéressant, c'est que peuvent être soumis à cet examen analysés non seulement les textes, mais encore les pratiques qui découlent des textes. Ainsi, il ne fait pas de doute que la loi sur l'hospitalisation d'office respecte les normes supra législatives alors qu'un arrêté d'hospitalisation d'office ou le placement en chambre d'isolement peut être contesté devant le juge national en fonction de la jurisprudence internationale.

*Aussi, le débat sur une loi en devenir n'est pas inutile. La loi reste le cœur de la vie démocratique : une loi mauvaise peut commettre bien des ravages, ce qui justifie tous les débats et toutes les attentions.*

*Mais en réalité le débat se dédouble :*

- contestation de la loi par rapport aux principes du droit, et les atteintes les plus graves doivent tomber ;
- contestation des mesures de mise en œuvre et des pratiques devant le juge national, avec tous les apports du droit, national et européen, textes et jurisprudence.

*Et le débat soit être assez structuré pour inspirer les pratiques, et limiter le débat devant le juge à ce qui est strictement nécessaire.*



M  
N