Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français

Céline Coudert

▶ **To cite this version:**

Céline Coudert. Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2011. Français. NNT : 2011CLF10360 . tel-01064280

HAL Id: tel-01064280
https://theses.hal.science/tel-01064280

Submitted on 16 Sep 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand

THESE D'UNIVERSITE

Présentée par

Mademoiselle COUDERT Céline

pour obtenir le grade de Docteur en droit

Domaine :
Droit public (département 7)

Sujet de la thèse :

Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français

Sous la direction de :

Monsieur le Professeur MASSIAS Jean-Pierre, agrégé de droit public

Thèse présentée et soutenue à Bayonne, le 23 juin 2011

devant le jury composé de :

Mme LEVADE Anne	Professeur de Droit public à l'Université Paris XII	Rapporteur
M. DE BECHILLON Denys	Professeur de Droit public à l'Université de Pau	Rapporteur
M. MASSIAS Jean –Pierre	Professeur de Droit public à l'Université de Pau	Directeur de thèse

Centre de recherche Michel de l'Hospital (EA 4232)
41 Bd François Mitterrand - BP 54 - 63002 Clermont-Ferrand Cedex 1

La Faculté de Droit et de Science Politique de Clermont-Ferrand n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier mon directeur de thèse Monsieur le Professeur Massias pour son professionnalisme et la confiance qu'il m'a témoignée et qui ont été des atouts indispensables à la réussite de ce projet.

Je remercie mes parents et ma sœur dont l'amour et le soutien sans faille font partie intégrante de mon être et de mon travail.

Merci également à toi Gabriel, pour ton amour et ta présence qui me sont si précieux.

Merci à Audrey pour son amitié fidèle et son soutien indéfectible.

Merci à Magalie pour sa relecture attentive ainsi que pour ses conseils et encouragements.

Enfin tous mes remerciements à ma famille et à mes amis, qui m'ont encouragé et n'ont pas douté de mes capacités à mener à bien ce travail de recherche et d'écriture.

Sommaire

SOMMAIRE **4**

INTRODUCTION **5**

PARTIE 1 : UNE UTILISATION POLYSEMIQUE DE LA FONDAMENTALITE **45**

Titre 1 : De l'outil à l'unité de savoir **51**
Chapitre 1 : Un instrument juridique plurifonctionnel 54
Chapitre 2 : Une détermination empirique 96

Titre 2 : Une pluralité d'usages assumée **132**
Chapitre 1 : Un outil d'adaptabilité du droit des libertés 135
Chapitre 2 : Un outil de modernisation du droit des libertés 169

PARTIE 2 : UNE UTILISATION STRATEGIQUE DE LA FONDAMENTALITE **207**

Titre 1 : Un concept déstabilisant le système juridique **211**
Chapitre 1 : Une complexification des relations juridiques 214
Chapitre 2 : Une complexification de la production normative 267

Titre 2 : Un concept déstabilisant le système politique **313**
Chapitre 1 : La fondamentalité, nouveau vecteur de légitimité 316
Chapitre 2 : La fondamentalité signe d'une évolution de la démocratie 359

CONCLUSION **403**

TABLE DES ABREVIATIONS **413**

ANNEXES **414**

BIBLIOGRAPHIE **418**

INDEX GENERAL **453**

INDEX DES JURISPRUDENCES **459**

INDEX DES PRINCIPAUX AUTEURS **471**

TABLE DES MATIERES **474**

Introduction

1. Réfléchir sur les droits fondamentaux revient à s'interroger sur le fonctionnement de l'ensemble de la structure étatique. Dès le premier abord, une multitude de questions inondent notre esprit. Quels droits sont fondamentaux ? Pourquoi certains droits sont-ils fondamentaux ? et les mêmes droits sont ils fondamentaux dans tous les systèmes ? Pour essayer de répondre à ces interrogations, nous nous sommes reportés à la définition du Doyen Favoreu qui établit trois critères d'identification des droits fondamentaux qui : « sont, en premier lieu, protégés contre le pouvoir exécutif mais aussi contre le pouvoir législatif (…) En deuxième lieu, les droits fondamentaux sont garantis en vertu non seulement de la loi mais surtout de la Constitution ou des textes internationaux ou supranationaux. En troisième lieu, la protection des droits fondamentaux nécessite, pour être assurée contre les pouvoirs exécutif et législatif, en application des textes constitutionnels (ou internationaux) qui en sont chargés, non plus seulement les juges ordinaires, mais aussi les juges constitutionnels et même les juges internationaux.[1] »

2. Il ressort de cette définition une prépondérance des dimensions constitutionnelle et internationale de la protection dévolue aux droits fondamentaux. Or, en comparant cette définition à la Constitution de 1958, nous nous sommes rendus compte que cette dernière, jusqu'à l'introduction de l'article 53-1 en 1993, n'évoquait pas cette notion. Un constat semblable peut être mené s'agissant du niveau international où ce concept n'occupe pas formellement pas une place centrale[2]. Pourtant, de manière progressive, les droits fondamentaux vont s'imposer dans le vocabulaire juridique au point qu'une pluralité d'institutions se revendique comme les défenseurs ou les gardiens de ces droits[3].

---

[1] FAVOREU Louis, Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international de l'Ile Maurice, 29 septembre-1er octobre 1993, Ed. Aupelf-Uref, 1994, p. 48, in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 6

[2] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz*, 2006 p. 748

[3] voir en ce sens la tribune du Président de l'Assemblée Nationale M. Accoyer dans le Figaro, « Le Parlement, ultime garant des droits fondamentaux », le 20 février 2011, source http://www.lefigaro.fr

3. Face à cet étonnant décalage entre une expression objet de toutes les attentions alors que peu consacrée par les textes juridiques, il nous a semblé opportun de nous interroger non pas sur ce que sont les droits fondamentaux mais sur le « pourquoi » certains droits, dits droits de l'homme ou libertés publiques, sont devenus « fondamentaux » ? Quelles sont les causes et les conséquences de cette évolution terminologique ?

4. Au terme de notre recherche, nous avons un double sentiment. D'une part, les droits fondamentaux résultent d'une évolution du droit des libertés. Cette dernière repose sur une multiplication des niveaux juridiques de protections des libertés au rang constitutionnel et au rang international. D'autre part, les droits fondamentaux sont devenus des enjeux de pouvoir en ce qu'ils confèrent à leur interprète, leur gardien, leur défenseur, le sceau de la légitimité.

5. Au sortir de la seconde guerre mondiale, la protection des droits et libertés de la personne devient le « pivot du modèle juridique occidentale.[4] » Le développement de la garantie des libertés par le droit n'est cependant pas un phénomène nouveau. Dès 1215 avec la promulgation de la Magna Carta par Jean sans Terre, la capacité du droit à encadrer le pouvoir de l'Etat est affirmée. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 s'inscrit également dans cette logique de soumission du pouvoir politique au respect d'un certain nombre de devoirs. Progressivement, la conception de la fonction de la règle juridique évolue. Elle passe d'un instrument entre les mains du pouvoir dominant à un moyen de protection de l'individu.

6. Le droit devient un outil permettant d'organiser les relations du *un* et du *multiple*.[5] Le droit revêt une dimension idéologique ou philosophique qui est centrée sur la place occupée par chacun de ses éléments. Si l'Etat représente le *un* et les individus le *multiple*, l'idéologie sur laquelle repose le droit est celle du collectivisme, c'est-à-dire que l'individu n'a pas d'existence propre. Il ne s'exprime que par le biais de corps intermédiaires, de corporations regroupant de manière quasi obligée les membres d'une même profession ou d'une même classe sociale bénéficiant de privilèges plus ou

[4] CAPORAL Stéphane, Droits de l'homme, droits fondamentaux : histoire et concepts, in RENOUX Thierry-S (sous la direction de)., *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 12

[5] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 240

moins étendus en fonction des relations entretenues avec le pouvoir d'Etat et placées sous le contrôle de ce dernier. A l'inverse, si le *un* s'incarne en l'individu et le *multiple* en l'Etat, il ne revient plus à ce dernier d'absorber « ses membres pour parvenir à une unité globale.[6] » L'Etat doit donner les moyens à l'individu de se réaliser dans sa dimension personnelle. Nous retrouvons l'opposition classique entre les théories libérales de l'Etat qui réduisent son rôle au maintien de l'ordre et les théories de l'Etat providentiel qui prônent un Etat concourant activement au plein épanouissement de ses membres en leur apportant sécurité et assistance.

7. Dans le cadre de cette seconde approche, l'Etat doit concilier au sein d'une même structure les intérêts particuliers et l'intérêt général. L'édiction du droit devient l'instrument privilégié de cette recherche d'équilibre. Le concept de liberté, entendue comme la capacité d'agir en fonction de sa volonté, devient conditionné. Cette redéfinition de la notion est influencée par la place désormais occupée par la règle juridique. Ainsi, pour Montesquieu la liberté est « le droit de faire tout ce que les lois permettent. [7]» La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en son article 4 ne tolère comme limites à la liberté de chaque homme que celles déterminées « par la Loi.[8] » La liberté de fait, exprimée en ses termes par Carmen dans l'Acte trois de l'Opéra de Georges Bizet « Ce que je veux, c'est être libre et faire ce qui me plaît [9]», doit être distinguée de la liberté juridique ou normative qui correspond au fait « de ne point être soumis à un impératif juridique [10]» et qui suppose que toute violation de cette liberté par les tiers soient sanctionnées. La liberté juridique « implique une obligation, non point à la charge de celui qui est libre, mais à la charge des tiers.[11] »

---

[6] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 240

[7] MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 292

[8] Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 8

[9] Carmen, *Libretto* source http://opera.stanford.edu/Bizet/Carmen/acte3.html

[10]ROBERT Jacques, DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 13

[11]ROBERT Jacques, DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 13

8. La liberté juridique s'incarne dans un certains nombres d'instruments juridiques, d'unités conceptuelles qui permettent de structurer le savoir. Il s'agit des différentes catégories juridiques composant le droit des libertés qui « parfois considéré(e)s comme synonymes (…) ne se recouvrent pas totalement.[12] » S'agissant de la France, sur une période de plus de deux siècles, du XVIIIème où les droits de l'homme ont été déclarés c'est-à-dire porter solennellement à la connaissance du peuple français, à la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, qui repose sur le postulat selon lequel les individus sont les « seuls détenteurs de la souveraineté[13] », le droit des libertés n'a cessé de s'enrichir tant substantiellement que formellement.

9. Cette évolution des rapports entre l'Etat et l'individu se caractérise par une redéfinition de la place du droit au sein de la société ainsi que par une série de modifications terminologiques relatives au droit des libertés. Le premier phénomène est l'émergence et la domination progressive du concept d'Etat de droit. A ses débuts, cette notion fait écho à la théorie de la hiérarchie des normes. Puis elle revêt de manière contemporaine une dimension idéologique. Ainsi, la protection des libertés devient la visée ultime de l'ordre juridique[14] et le vecteur de légitimation de l'action étatique. La doctrine libérale de l'Etat de droit implique une organisation politique basée sur un double postulat. Formellement, l'Etat de droit repose sur le principe de la hiérarchie des normes établie par Hans Kelsen et dont la norme suprême est la Constitution. Substantiellement, l'Etat de droit repose sur un socle constitué des droits fondamentaux.

10. La notion d'Etat de droit conduit à la mise en place d'un système constitutionnel qui repose sur un texte écrit consacrant expressément certains droits comme fondamentaux et qui leur adjoint un régime juridique particulier. La République fédérale allemande est un exemple topique des conséquences constitutionnelles de la doctrine de l'Etat de droit. En effet, la Loi fondamentale de 1949 prévoit en son article 79 une intangibilité des éléments « essentiels de l'ordre constitutionnel établi par la

[12] TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, p. 7

[13] Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, 29 octobre 2007, p. 69

[14] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination, Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?, *Jus politicum, Revue de droit politique*, n°5, décembre 2010, (pages non communiquées) source http://www.juspoliticum.com/Des-libertes-publiques-aux-droits.html

Loi fondamentale, c'est-à-dire à ceux qui font son identité.[15] » Parmi ces éléments, se trouve, outre la démocratie et le fédéralisme, la protection des libertés consacrées aux articles 1 à 19 de la Loi fondamentale dénommées par la catégorie des droits fondamentaux.

11. C'est Michel Fromont qui introduit pour la première fois la notion de droits fondamentaux en France par son article de 1977 intitulé « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne.[16] » Dans son étude, l'auteur insiste sur la portée structurante de la notion, « toutes les règles de droit s'ordonnent autour d'eux[17] », ainsi que sur le rôle dévolu au juge constitutionnel dans le cadre de la protection des libertés fondamentales : « l'interprète ultime des droits fondamentaux, le Tribunal constitutionnel fédéral, devient la clef de voûte de l'édifice constitutionnel allemand.[18] » Il présente les droits fondamentaux comme les piliers substantiels de l'Etat de droit. En ce qu'ils sont contenus dans la Loi fondamentale allemande, les droits fondamentaux ont une valeur juridique supérieure, ils sont constitutionnels. En ce qu'ils incarnent un pilier de l'Etat de droit, ils ont une dimension fonctionnelle celle de limiter le pouvoir des gouvernants. En ce qu'ils renvoient à la définition d'un Etat libéral et démocratique, ils ont une portée matérielle ou substantielle. Par conséquent, la théorie allemande des droits fondamentaux ne peut se restreindre à une compréhension formelle de la fondamentalité qui ne correspondrait qu'à l'examen du niveau de protection juridique dont bénéficieraient certains droits.[19] Dans son étude sur la théorie allemande des droits fondamentaux, Olivier Jouanjan met en relief les difficultés que pose cette notion notamment en ce qu'elle mêle les logiques objectives et subjectives « les difficultés sont plutôt issues du recours aux théories axiologique, institutionnelle et démocratique de ces droits qui ont

---

[15] FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP*, 20 juillet 0101, n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[16] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 49-64

[17] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

[18] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

[19] «Dès l'instant qu'ils recevaient une protection constitutionnelle et internationale alors surtout que l'utilisation en droit international de l'expression « fundamental rights » renforçait d'autant l'appellation de « droits fondamentaux » FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 757

pour effet commun d'établir en surplomb des libertés conçues comme autonomie du sujet de droit, un système objectif de référence qui vient informer l'application de ces droits, sans que l'articulation entre dimension subjective et dimension objective soit parfaitement claire, tant dans ses présupposés que dans ses effets.[20] »

12. Comme nous l'avons évoqué, cette expression est absente du texte constitutionnel du 4 octobre 1958. Au niveau européen, malgré une référence aux « libertés fondamentales », dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, il faut attendre la fin des années 1990 pour que la Cour de Strasbourg utilise cette expression, par exemple, dans un arrêt du 25 novembre 1997 « affaire Zana contre Turquie.[21] »

13. Progressivement la notion de droits fondamentaux s'est imposée en droit public français comme en témoigne l'arrêté du 30 avril 1997 relatif au diplôme d'études universitaires générales Droit et aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et science politique qui instaure un cours de « droit des libertés fondamentales.[22] » Nous pouvons relever un décalage entre le texte constitutionnel de 1958 qui ne consacre pas cette notion et le développement des droits fondamentaux par des instruments juridiques infraconstitutionnels tels que l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ou L. 1110-1 du Code de la santé publique et cette liste n'est pas exhaustive[23] ou encore par le biais de la jurisprudence constitutionnelle, administrative et judiciaire.

14. L'objet de notre étude est de comprendre et d'analyser cette dichotomie entre le texte de la Constitution de 1958 et la réalité du droit des libertés. Pour ce faire, nous avons mis en balance deux propositions en apparence contradictoires. D'une part, comme l'exprime le Doyen Vedel « ce n'est pas parce que l'on a oublié quelque chose que le

[20] JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

[21] CEDH 25.11.1997 *Zana c. Turquie/v. Turkey* « 55. La Cour estime que les principes mentionnés au paragraphe 51 ci-dessus s'appliquent également à des mesures prises par les autorités nationales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, en vue d'assurer la sécurité nationale et la sûreté publique. A cet égard, elle doit, en tenant compte des circonstances de chaque affaire et de la marge d'appréciation dont dispose l'Etat, rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental d'un individu à la liberté d'expression et le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes. »

[22] Arrêté du 30 avril 1997 relatif au diplôme d'études universitaires générales Droit et aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et science politique, source http://www.legifrance.gouv.fr

[23] DUPRE DE BOULOIS Xavier, Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé, *La Semaine Juridique* Edition Générale n° 49, 5 Décembre 2007, I 211, source http://www.lexisnexis.com

juriste est autorisé lui-même à le mettre dans la Constitution. [24]» D'autre part, nous ne pouvons nier que la notion de droits fondamentaux a une existence juridique en France, comme en témoigne cette analyse du secrétaire général du Conseil constitutionnel Marc Guillaume s'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité[25] en ce que « cette centralisation du contrôle de constitutionnalité, avec effet abrogatif *erga omnes*, est un important gage de sécurité juridique et de cohérence dans la protection des droits fondamentaux.[26] »

15. Les débats autour de la question prioritaire de constitutionnalité ont notamment été axés sur la question d'une protection accrue des droits fondamentaux de l'individu par la mise en œuvre de cette procédure[27]. Or, nous ne retrouvons que peu de débats sur ce que sont les droits fondamentaux en France. Il semble qu'il y ait une sorte de non-dit ou de malaise « franco-français » sur la notion. Ce imbroglio est exprimé très justement par Charlotte Girard : « l'expression « droits fondamentaux » (…) produit, comme beaucoup d'autres, cette impression de savoir exactement de quoi il s'agit, dans un premier temps, et d'être littéralement démuni dès lors que l'on s'emploie à la définir, dans un second temps.[28] »

16. Notre recherche repose sur deux constats. D'une part, il n'existe pas de droits fondamentaux formels en France puisque le texte constitutionnel de 1958 n'en dresse aucune liste. D'autre part, plusieurs dispositions constitutionnelles font référence à la notion de « fondamental.[29] » Puis, les juges ont recours à l'idée de « fondamental »

[24] MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 18

[25] ci-après QPC

[26] GUILLAUME Marc, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, 19 février 2010, *La question prioritaire de constitutionnalité* , source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[27]« Rien n'empêcherait, par exemple, de limiter le jeu de l'exception (d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité) à la protection de droits de fond, et d'en exclure toute discussion de la procédure législative. Cela se peut surtout si, comme rien ne l'interdit à nouveau, l'on conserve aux autorités politiques, et à elles seules, le droit de saisir le Conseil constitutionnel avant promulgation, avec pleine latitude pour discuter alors de la protection de leurs propres droits institutionnels – procédure législative y compris – en plus des droits fondamentaux » DE BECHILLON Denys, Elargir la saisine du Conseil constitutionnel ?, *Pouvoirs* 2/2003 (n° 105), p. 113

[28] GIRARD Charlotte, *Des droits fondamentaux au fondement du droit, Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit,* Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 20

[29] Voir le Préambule de la Constitution de 1946 avec les « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », la Charte de l'environnement avec « les intérêts fondamentaux de la Nation », l'article 34 de la Constitution dévoyant à la compétence du législateur la détermination des garanties et principes fondamentaux

que nous nous proposons de transcrire par le néologisme de fondamentalité. Aussi, il nous faut déterminer si la fondamentalité a un sens en droit public français. Puisque nous partons du postulat que la réponse à ce questionnement est « oui », il faut aller plus loin et déterminer quel est ce sens et quelles sont les incidences de l'introduction de cette notion sur le système juridique hors de tout encadrement textuel par la Constitution. Aussi, nous avons fait le choix de partir du présupposé selon lequel le terme de fondamentalité : « exprime alors, sinon une nouvelle réalité, au moins une représentation nouvelle de la réalité.[30] » Notre étude se propose de répondre à la question : « quelles sont les conséquences de l'introduction empirique du concept de fondamentalité dans le fonctionnement du système juridique français ? »

17. Pour pouvoir mesurer ces conséquences, notre méthode de recherche est inspirée de celle prônée par le Professeur Etienne Picard : « il semble en effet que le point de départ le plus sûr consiste à nous fonder sur les occurrences d'invocation des droits fondamentaux en droit positif, pour examiner à chaque fois les raisons et les effets de cette invocation, pour interroger le sens et la valeur objective de ces droits, pour déterminer la place qu'ils occupent et le rôle qu'ils jouent dans l'ordonnancement juridique[31]. » Il s'agit pour nous de recenser les différents emplois du terme fondamental, de mettre à jour les motifs de ce recours à la fondamentalité puis de déterminer les conséquences engendrées par ce choix terminologique. Il s'agit d'appliquer en l'espèce un raisonnement inductif permettant à partir de l'analyse concrète des emplois de la fondamentalité, de déterminer les caractéristiques de cette notion dans le cadre du droit public français. De façon pragmatique, il nous faut nous interroger sur les raisons qui ont conduit tant le législateur que les juges, parmi lesquels le Conseil constitutionnel, à avoir recours à la fondamentalité.

18. La difficulté majeure de notre sujet est que l'objet de notre étude qu'est la fondamentalité est indéterminé. Il n'existe pas en droit français de définition normative de ce qu'est la fondamentalité qui demeure, malgré son utilisation

---

dans un certain nombre de domaine et enfin l'article 53-1 de la Constitution qui évoque expressément les « libertés fondamentales. »

[30] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[31] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

quantitative importante, une notion « incertaine.[32] » Pour lever un maximum d'incertitudes sur la teneur de nos propos, il nous faut recenser les différents niveaux hiérarchiques d'emploi de la fondamentalité (section 1) afin de préciser notre méthode empirique de recherches puis examiner s'il existe un critère de fondamentalité (section 2) pour affiner notre objet d'étude.

Section 1 Les différentes invocations de la notion de fondamentalité

19. Notre méthode de recherche repose sur une démarche en deux temps. Nous avons posé comme postulat de départ que la fondamentalité est un objet juridique. Ce présupposé est étayé par la présence de cette notion dans un nombre certain d'instruments juridiques. Puis, nous avons tenté de déterminer le sens de cet objet juridique. Ainsi, nous n'avons pas fait le choix de déterminer a priori le sens de cette notion par convention. Si pour une partie de la doctrine, notre démarche relève d'une approche « lexicologique[33] » des droits fondamentaux, nous assumons le fait d'avoir mis au jour différentes significations correspondant à la fondamentalité. Notre étude se veut une analyse des différents sens que peut revêtir la fondamentalité pour pouvoir en comprendre les incidences. Réduire la fondamentalité a un sens unique déterminé par convention ne permet pas comprendre la réalité de la fondamentalité. Aussi nous avons tenté de poser les bases d'une théorie des usages, certes multiples, de cette notion en espérant que celle-ci s'inscrive en complément de la théorie des droits fondamentaux[34]. Il ne s'agit pas dans nos propos de construire une théorie de l'objet mais une théorie des utilisations de cet objet et des conséquences qui en découlent.

---

[32] LEVADE Anne, Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen - l'intuition d'une piste à explorer, *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27, janvier 2010,* (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles) - Janvier 2010

[33]FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 77

[34]FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 76

20. Notre étude se base sur l'analyse des différents emplois de la fondamentalité avec comme premier objectif de déterminer si l'une ces utilisations correspond au modèle français. Aussi, nous examinerons successivement la reconnaissance internationale de la fondamentalité (§1) puis sa consécration au niveau national (§2)

§1 – L'utilisation de la fondamentalité au niveau international

21. La fondamentalité est un élément commun à de nombreux systèmes de droit. Elle est présente aussi bien dans des instruments onusiens à vocation universelle, que dans des instruments régionaux telles que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ou encore dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000. Pourtant, cette notion n'occupe une place centrale dans le discours juridique que depuis une deux décennies[35]. Aussi, il nous faut étudier à quelle réalité correspond la fondamentalité dans chacun de ces systèmes et les confronter au modèle français pour comprendre si ce dernier n'est que la transcription d'un système externe. La fondamentalité dans le système juridique français peut-elle être identifiée par analogie avec la compréhension internationale ou européenne de ce que sont les droits fondamentaux ? Nous tenterons de répondre à cette question, en nous intéressant à la fondamentalité dans le système onusien (A) avant d'analyser la notion en droit européen (B).

A - La fondamentalité dans le système onusien

22. La notion de droits fondamentaux est présente dans le préambule de la Charte des Nations Unies[36] signée le 26 juin 1945. La rédaction choisie est originale car il est question des « droits fondamentaux de l'homme » alors que dans le reste du texte[37], nous remarquons que l'expression droits de l'homme est distincte de celle de libertés

[35] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz*, 2006 p. 748

[36] « Préambule : Nous, peuples des Nations Unies, (…) Résolus (…) à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme », Charte des Nations-Unies, expression également reprise aux articles 5 et 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politique du 19 décembre 1966 et à l'article 5 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 280, p. 283 et p. 295

[37] voir les articles 1, 13, 55, 62 et 76, Charte des Nations-Unies, source http://www.un.org/fr/documents/charter/pdf/charter.pdf

fondamentales bien que ces dernières soient accolées et reliées par la conjonction de coordination « et ».

23. L'emploi de la conjonction de coordination « et » peut donner lieu à trois interprétations. Elle peut induire une opposition entre deux termes. Or, en l'espèce la rédaction du même du préambule nous permet d'écarter cette solution sans qu'il soit besoin de s'y attarder plus longuement. Elle peut également traduire une adjonction ce qui suppose que les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont deux catégories juridiques distinctes bien que complémentaires. Enfin, elle peut sous-entendre une précision surajoutée c'est-à-dire que les libertés fondamentales ne sont qu'un ajout, presque superflu, à la notion de droits de l'homme. Dans le texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948[38] ainsi que dans les deux pactes de 1966[39], nous retrouvons cette même association entre les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Or, à la lecture de ses différentes textes il est délicat de privilégier une approche par rapport à une autre, à savoir, est il possible d'employer de manière synonyme les expressions de droits de l'homme et de libertés fondamentales.

24. Dans le cadre du droit international tel qu'il résulte des instruments de l'Organisation des Nations-Unies, il semble possible de soutenir que ces deux expressions sont employées de manière équivalentes. En effet, dans sa définition[40], le Doyen Favoreu expose que la spécificité des droits fondamentaux repose, en particulier, sur deux éléments. Ils sont des permissions d'agir au bénéfice de toutes les personnes juridiques et ils sont opposables tant au pouvoir exécutif qu'au pouvoir législatif. Toute atteinte aux droits fondamentaux doit être sanctionnée par un juge et conduire à l'annulation de l'acte objet de la violation. Cependant, dans le cadre du droit onusien, les critères énoncés par le Doyen Favoreu ne correspondent pas à la réalité de l'emploi des expressions droits et libertés fondamentaux. Le système des Nations-Unies ne met pas

[38] voir le préambule et l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 275 et p. 278

[39] article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politique du 19 décembre 1966 et articles 13 et 18 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 288, p. 297 et p. 299

[40] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 82

en place de véritable juridiction capable d'imposer le respect des droits fondamentaux à un Etat signataire des différents textes sus-évoqués. De plus, dans le système français la Déclaration universelle des droits de l'homme n'est pas une source directe du droit[41]. Enfin, s'agissant des autres instruments, notamment des pactes de 1966, aucun juge ne peut annuler une loi contraire à l'un de ces accords internationaux. Le Conseil constitutionnel se refuse, depuis sa jurisprudence dite IVG[42], à l'exercice de tout contrôle de conventionnalité. Si les juges ordinaires exercent effectivement ce contrôle, leur pouvoir n'est que celui d'écarter une loi et les décisions rendues dans ce cadre ne bénéficient que d'une autorité relative de la chose jugée. Certes, si comme le relève justement Oliver Dutheillet de Lamothe[43], le contrôle de conventionnalité conduit à un effet de paralysie de la loi violant un accord international, il n'en demeure pas moins que la loi ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique et que l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence, même théorique, est possible. Le critère de l'annulation de l'acte national portant atteinte aux droits fondamentaux de nature internationale n'est donc pas rempli.

25. Par conséquent, nous pouvons déduire de ce rapprochement sémantique une assimilation entre les droits de l'homme et les libertés fondamentales au niveau du droit international. Les effets de l'emploi de l'occurrence en l'espèce ne conduit pas à une spécificité tenant au régime juridique. Par contre, nous pouvons retenir de cette utilisation un rapprochement substantiel entre les deux notions que sont les droits de l'homme et les droits fondamentaux, que nous retrouvons au niveau français notamment à travers la rédaction choisie pour l'article 53-1 de la Constitution[44]. Mais eu égard au fait que ces textes n'ont qu'un impact limité voire nul au sein du système juridique français et que, de surcroît, ils ne correspondent pas au critère de

[41]Conseil d'État, 18 avril 1951, *Élection de Nolay,* Recueil Lebon, 1951, p. 189

[42]15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671

[43]DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France*, Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol Madrid, 2-4 avril 2009, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[44]Article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

l'opposabilité à tous les pouvoirs de l'Etat et en particulier au pouvoir législatif, la fondamentalité telle qu'elle résulte du système onusien est écartée de notre étude.

B - La fondamentalité en droit européen

26. La fondamentalité est également utilisée en droit européen. A ce titre, il faut maintenir la distinction classique entre le droit conventionnel issu du système de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne. Ces derniers ont un rapport distinct à la notion de droits fondamentaux.

27. S'agissant du système conventionnel, nous retrouvons certaines des caractéristiques précédemment évoquées à propos de la fondamentalité en droit international. En effet, la notion de libertés fondamentales est présente dans le titre de la Convention ainsi que dans son préambule accolée à l'expression droits de l'homme[45]. Notons qu'au sein du préambule l'expression « libertés fondamentales[46] » est utilisée seule mais la proximité avec l'association précitée tend à ne pas conférer à cette dissociation une portée autonome.

28. Cependant, malgré cette reprise linguistique, le système conventionnel se distingue du système international en ce qu'il comporte une juridiction au sens plein du terme. L'entrée en vigueur du Protocole n°11, le 1er novembre 1998, créant un seul organe permanent, tend à la « judiciarisation complète du système de contrôle[47] » conventionnel. L'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme pose le principe selon lequel les Etats ont l'obligation de se conformer aux arrêts rendus par la Cour dont le Comité des ministres assure l'exécution. Le critère de l'opposabilité déterminé par le Doyen Favoreu pour définir les droits fondamentaux est en l'espèce rempli. De plus, la Cour de Strasbourg a recours dans sa jurisprudence à la

[45] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et extrait du préambule de ce texte « Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 37

[46] extrait du préambule de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde (…) » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 37

[47] SUDRE Frédéric, La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux, in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 35

fondamentalité. Ainsi dans son arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contre Danemark[48], la Cour qualifie le droit de chacun à l'instruction de fondamental. Cette utilisation de l'expression « droit fondamental » sans renvoi à la notion de droits de l'homme suggère qu'une distinction existe entre les droits de l'homme et les libertés fondamentales. La difficulté est qu'à la lecture de la jurisprudence européenne, aucun élément ne permet de déterminer un critère de fondamentalité.

29. Au sujet des relations entre la fondamentalité conventionnelle européenne et le système juridique français un écueil demeure, qui réside dans l'impossibilité d'annuler une loi sur la base de sa contrariété avec la Convention. Dans sa jurisprudence dite IVG du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel pose le principe selon lequel « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution.[49] » Nous pouvons déduire de cette affirmation que si le système conventionnel européen a une influence sur la fondamentalité au sein du système juridique français, elle ne peut en être à proprement parler son unique source. Pour étayer nos propos, nous pouvons relever que le Conseil constitutionnel n'a pas qualifié le droit à l'instruction de droit fondamental et que le Conseil d'Etat[50] s'est refusé à toute qualification alors même que la Cour de Strasbourg a expressément opéré cette dernière[51].

30. Puisque nous ne pouvons conclure que tous les droits garantis par le système conventionnel européen sont en France qualifiés de fondamentaux, ce système est traité dans notre développement, notamment en terme d'influence, mais il ne suffit à lui seul à donner un signifié à la fondamentalité telle qu'elle existe en droit français.

31. S'agissant du droit de l'Union européenne, la fondamentalité occupe une place centrale qu'elle n'avait pas au début de la construction européenne. En effet, les traités constitutifs de l'Union européenne ne contenaient aucune disposition relative aux droits fondamentaux. L'objectif de la construction communautaire était purement économique. Il s'agissait de favoriser le libre échange des capitaux, des biens, des services et des personnes. Le changement de perspective est amorcé à partir des

[48] CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 50, série A no 23

[49] 15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671

[50] Conseil d'Etat, du 8 octobre 2004, 272926, inédit au recueil Lebon

[51] CEDH, *Leyla Şahin c. Turquie*, no 44774/98, § 152 -153, 29 juin 2004

années soixante-dix, lorsque les Cours constitutionnelles allemandes et italiennes tentent de faire échec au principe de primauté du droit communautaire consacré par l'arrêt de la Cour de Luxembourg Costa contre Enel[52]. En 1970, la Cour de justice de l'Union européenne[53] avait affirmé que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect.[54] » Cependant, cette consécration prétorienne d'une protection dévolue à la fondamentalité n'a pas convaincu la Cour constitutionnelle allemande qui dans son arrêt dit Solange I maintenait que « les normes de droit communautaire ne peuvent prétendre à une quelconque primauté au sein de l'ordre juridique allemand , dès lors qu'elles se heurtent à un des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale et aussi longtemps que le processus d'intégration de la Communauté n'a pas atteint un stade suffisamment avancé pour que le droit communautaire comporte également un catalogue en vigueur des droits fondamentaux, arrêté par un Parlement et correspondant au catalogue des droits fondamentaux consacré par la Loi fondamentale.[55] »

32. Ce n'est que dans le Traité de Maastricht en 1992 que la fondamentalité est textuellement consacrée. L'article F § 2 du Traité sur l'Union européenne[56] précise que : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.[57] » Cette rédaction se démarque de celles que nous avons précédemment évoquées qui se caractérisent par un rapprochement sémantique entre les droits fondamentaux et les droits de l'homme. Cette disposition donne une nouvelle perspective à la fondamentalité. Cette dernière ne paraît plus pouvoir être réduite aux droits de l'homme. Elle devient une notion globalisante qui intègre tant la fondamentalité issue du droit conventionnel que celle revendiquée notamment par la

[52] CJUE arrêt du 15 juillet 1964, Costa / E.N.E.L. (6-64, Rec._p._01141)

[53] ci-après CJUE

[54] CJUE 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, rec. p. 1125

[55] Cour constitutionnelle allemande, décision du 29 mai 1974, affaire dite Solange I

[56] Devenu l'article 6 de la version consolidée du Traité sur l'Union européenne

[57] 09 avril 1992 - Décision n° 92-308 DC *Traité sur l'Union européenne* Recueil, p. 55 - Journal officiel du 11 avril 1992, p. 5354

Cour constitutionnelle allemande. Elle présente les droits fondamentaux comme un élément fédérateur entre différents systèmes juridiques. Elle met l'accent sur le fait que la protection des libertés est aujourd'hui la condition nécessaire de toute action politique.

33. Ce mouvement de consécration des droits fondamentaux par le droit de l'Union européenne a continué de se renforcer. Après l'adoption de la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs en 1989 qui n'a aucune valeur contraignante, l'Union européenne s'est dotée en 2000 de la Charte des droits fondamentaux dont la portée effective est assurée depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009. Il est à noter que le projet d'une charte des droits fondamentaux a été initié par la présidence allemande de l'Union lors du sommet de Cologne en 1999 ce qui tend à expliquer, pour des auteurs comme Franz C. Mayer[58], la proximité entre ce texte européen et la Loi fondamentale allemande, s'inscrivant notamment dans une démarche positiviste. Pour Marie-Claire Ponthoreau, la Charte des droits fondamentaux consacre une indivisibilité des droits fondamentaux qui est conçue comme « *un trait d'union* entre les différents ordres juridiques.[59] » La fondamentalité issue du droit de l'Union européenne tend à une relecture de la protection des libertés des personnes. Le droit des libertés n'apparaît plus compartimenté en différentes unités conceptuelles mais comme un bloc composé des droits fondamentaux.

34. Cependant, cette approche de la fondamentalité ne correspond pas au modèle français. En effet, l'approche positiviste de la notion n'est pas présente dans le corpus des règles juridiques. Certes un certain nombre de textes comme la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives font référence à la notion de libertés fondamentales mais sans jamais en définir un contenu exhaustif, ni même en présentant un critère clair de fondamentalité. De plus, si par sa jurisprudence du 10 juin 2004[60], le Conseil constitutionnel accepte d'annuler une loi de transposition d'une directive communautaire si cette dernière ne respecte pas l'exigence constitutionnelle de transposition issue de l'article 88-1 de la Constitution, il maintient sa jurisprudence

[58]MAYER Franz C., La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 175

[59]PONTHOREAU Marie-Claire, Le principe de l'indivisibilité des droits L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux, *RFDA*, 2003, p. 928

[60]10 juin 2004 - Décision n° 2004-496 DC *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* Recueil, p. 101 - Journal officiel du 22 juin 2004, p. 11182

IVG. De surcroît, lors de la révision constitutionnelle de 2008, le constituant a privilégié l'effectivité de la Constitution en matière de protection des libertés en réduisant le champ de la question prioritaire de constitutionnalité aux droits et libertés garantis par la Constitution[61]. De ces différents éléments, il ressort que bien que la fondamentalité telle qu'elle résulte du droit de l'Union européenne ait une influence indéniable sur la réalité de la fondamentalité en France, elle n'en recouvre pas totalement le sens. Par conséquent, nous évoquons dans nos propos cette influence mais nous ne pouvons réduire le champ de notre étude à cette utilisation de la fondamentalité.

35. L'étude des utilisations de la fondamentalité en droit international et régional, nous a permis de clarifier les origines de la notion ainsi que de mettre à jour différentes approches de cette dernière sans qu'aucune ne corresponde exactement au modèle français. Aussi, il nous faut à présent examiner les différents usages de la fondamentalité au sein du système national.

§2 – L'utilisation de la fondamentalité au niveau national

36. Dans le contexte national, la fondamentalité revêt un sens plus fonctionnel. En effet, en application du principe de la hiérarchie des normes, théorisé par Hans Kelsen, les droits fondamentaux doivent se trouver consacrés dans le texte de la Constitution. Cette affirmation repose sur le fait que ces droits sont avant tout conçus comme défensifs c'est-à-dire qu'ils ont pour fonction première de « défendre l'individu contre les interventions de la puissance publique dans certaines sphères.[62] » Or, le texte constitutionnel est celui qui originellement détermine l'organisation des pouvoirs au sein de l'Etat. Cette application du principe de séparation des pouvoirs s'enrichit, outre la séparation fonctionnelle théorisée notamment par Montesquieu, par un élément substantiel. A la légalité externe de l'examen du respect du partage de compétences entre chaque pouvoir, le juge constitutionnel ajoute un examen du respect de la légalité interne basé sur l'adéquation des actions du pouvoir étatique et

[61] Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extrait : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p.23

vis-à-vis des libertés de la personne. La fondamentalité apparaît intrinsèquement liée à la constitutionnalité dans de nombreux cas d'espèce (A) mais elle ne peut être restreinte à cette sphère notamment en droit français (B).

A – Les rapports entre fondamentalité et constitutionnalité

37. Le rapprochement quasi systématique qui est opéré entre les notions de fondamentalité et de constitutionnalité découle de la construction kelsénienne du droit. Hans Kelsen a théorisé le droit sous la forme d'une pyramide dont le sommet est constitué par le texte constitutionnel. Il prône une approche positiviste de la fondamentalité. Pour lui, « il est plus facile d'exclure constitutionnellement de façon efficace l'édiction de lois d'un contenu déterminé.[63] » Dans le cadre de cette pensée, les droits fondamentaux sont un moyen parmi d'autres visant à prévenir l'édiction de lois qui s'opposent à la Constitution[64]. Mise en relation avec la théorie de l'Etat de droit, les droits fondamentaux apparaissent comme une tentative substantielle de prévention des lois inconstitutionnelles. Cette conception des droits fondamentaux est celle qui prévaut au sein de la Loi fondamentale allemande. Michel Fromont nous explique que les droits fondamentaux incarnent la dimension matérielle de la notion d'Etat de droit car ils participent à ce que les décisions des gouvernants ne soient pas « en contradiction avec les règles essentielles d'un Etat libéral et démocratique.[65] » Dans cette perspective, les droits fondamentaux peuvent être assimilés aux fondements, au socle, d'un système de droit donné.

38. Ce qui complexifie la compréhension des droits fondamentaux est qu'ils ont évolué de normes subjectives en normes objectives. Par conséquent, leur fonction initiale de défense de l'individu face au pouvoir de l'Etat a muté en une capacité de participation

---

[62] JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

[63] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. De Charles Eisenmann, 1962, réédition 1999, Coll. La pensée juridique, L.G.D.J – Bruylant, p. 226

[64] « Le catalogue de droits et libertés fondamentaux qui forme un contenu typique des Constitutions modernes n'est pour l'essentiel rien d'autres qu'une tentative pour prévenir l'établissement de telles lois. » KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. De Charles Eisenmann, 1962, réédition 1999, Coll. La pensée juridique, L.G.D.J – Bruylant, p. 226

[65] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 49

« à la définition juridique et politique du cadre de vie.[66] » Mais les deux dimensions continuent de coexister. Cette évolution de sens est la conséquence de l'usage de cette notion par le juge constitutionnel. En effet, le texte de la Loi fondamentale ne donne que peu de précision sur le sens des droits fondamentaux. Ce caractère « lapidaire et lacunaire[67] » laisse supposer que la Cour constitutionnelle doive pour donner leur pleine ampleur aux droits fondamentaux se livrer à une interprétation constructive de ceux-ci. A cet égard, la Tribunal de Karlsruhe reconnaît que la fondamentalité peut revêtir une pluralité de signifiés : « C'est, en effet, à la jurisprudence constitutionnelle de mettre en oeuvre les différentes fonctions d'une norme constitutionnelle, en particulier d'un droit fondamental. A cet égard, il convient de donner la préférence à celle des interprétations qui » développe pour chaque norme, la force juridique la plus grande.[68] » Par conséquent, les sens de la fondamentalité vont avant tout être déterminés par les utilisations de cette dernière.

39. Contrairement au modèle allemand, le texte constitutionnel français ne comporte pas de liste exhaustive des droits fondamentaux. La notion n'est abordée expressément qu'à l'article 53-1 de la Constitution mais avec une portée limitée. En d'autres termes, il n'existe pas de définition constitutionnelle de la fondamentalité. A partir de ce constat, nous aurions pu conclure ici notre propos en excluant la fondamentalité du champ de l'étude du droit public français. Malgré cette absence, le Conseil constitutionnel, invité à cela par les requérants[69], n'hésite pas à user de cette notion. En effet, dans un certain nombre de jurisprudences parmi lesquelles la plus emblématique est celle du 13 août 1993[70], le juge constitutionnel français utilise à son tour la fondamentalité. Par les droits qu'il qualifie de fondamentaux, le Conseil constitutionnel dresse à rebours une liste des droits fondamentaux. Nous assistons à la construction a posteriori d'une catégorie juridique. Il semble alors qu'il n'y ait pas d'apparente contradiction, pour le juge français, à faire emploi d'un concept qui n'est

[66] GIRARD Charlotte, *Des droits fondamentaux au fondement du droit, Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit,* Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 68

[67] JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

[68] JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

[69] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

[70] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

pas positivement fondé. Le paradoxe des rapports du système de droit français à la fondamentalité réside dans ce décalage entre le texte et la pratique.

40. Aussi, pour mener à bien notre recherche, il ne nous a pas paru possible de poser par convention un sens à la fondamentalité. Cette dernière n'a d'existence que parce qu'elle est usitée. D'où notre conviction, que la fondamentalité ne peut être comprise que par une analyse des utilisations qui sont faites de ce concept. L'absence de définition textuelle conditionne l'indétermination de la notion et les différents usages qui en découle. La fondamentalité est une notion polysémique car elle correspond à des utilisations différenciées.

41. Toutefois, la fondamentalité n'est pas complètement absente du texte constitutionnel de 1958 comme en témoigne les expressions de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes fondamentaux et garanties fondamentales ainsi qu'intérêts fondamentaux de la Nation qui sont présentes dans le Préambule du texte et à l'article 34. Aussi, pour comprendre comment en 1993, le juge constitutionnel est arrivé à user de l'expression « droits fondamentaux », nous avons cherché s'il existe une correspondance entre l'emploi fait par le Conseil constitutionnel des dispositions contenant le terme « fondamentaux » et ses jurisprudences consacrant expressément l'existence de libertés fondamentales. Nous avons recherché s'il existe des constantes dans l'utilisation de l'adjectif « fondamental » pouvant conduire à la reconnaissance du caractère juridique de la fondamentalité. Selon notre opinion, qui rejoint celle du Professeur Picard, la fondamentalité induit nécessairement un effet de prévalence face à des prétentions qui « peuvent être des pouvoirs, des compétences, voire d'autres droits, d'autres principes juridiques ou diverses exigences.[71] » La fondamentalité est une notion pluridimentionnelle, dans la mesure où, elle est pragmatique. Le juge l'utilise comme une technique juridique à la fois formelle, lorsqu'il fait prévaloir une compétence sur une autre, et matérielle, lorsqu'il privilégie une capacité sur une autre.

42. L'absence de définition normative de la fondamentalité fait qu'elle ne puisse être associée exclusivement à aucun niveau hiérarchique. Dans le système de droit français, la fondamentalité est une technique employée par différents juges mais elle

[71] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

dépasse également le cadre stricte de l'interprétation juridique pour revêtir une dimension plus stratégique.

B – « Le « fondamental » se retrouve partout[72] »

43. La conséquence d'une utilisation empirique de la fondamentalité est que l'emploi de la notion n'est pas restreinte au champ constitutionnel. Les juges ordinaires, le pouvoir politique ou encore la société civile ont recours à la fondamentalité. La polysémie du concept lui confère un caractère ambigü. Notre propos n'est pas d'étudier l'ensemble des utilisations de la fondamentalité au sein de la structure étatique. Notre analyse est avant tout juridique et non sociologique. Par conséquent, les usages de cette notion par la société civile ne seront pas abordées. S'agissant des emplois de la fondamentalité par le pouvoir politique, nous avons fait le choix de nous concentrer sur ce qui découlent du pouvoir politique institutionnalisé. Cet axe est justifié par les liens qui existent entre la doctrine de l'Etat de droit et la fondamentalité. Nous avons posé comme postulat que la fondamentalité est un instrument substantiel de limitation à l'action des gouvernants. Pour vérifier cette hypothèse, nous nous sommes concentrés sur les rapports des gouvernants, incarnant le pouvoir politique institutionnalisé, à la fondamentalité. Ce choix est également étayé par le fait qu'au sein du modèle français, le législateur a plusieurs fois eu recours à la fondamentalité sans pour autant la définir.

44. Les éléments explicatifs de la notion sont venus de la jurisprudence. En la matière, les jurisprudences judiciaire et administrative connaissent une grande activité. La fondamentalité joue un rôle déterminant dans le cadre de la voie de fait puisque la violation d'une liberté fondamentale entraîne la compétence du juge judiciaire. Ceci constitue une illustration d'une utilisation technique de la fondamentalité, en tant qu'outil de répartition des compétences notamment entre les mains du Tribunal des conflits[73]. Cependant, nous avons fait le choix épistémologique de restreindre le champ de notre étude au droit public en nous concentrant sur les jurisprudences tant du Conseil constitutionnel, que du Conseil d'Etat. Cette orientation est muée par le fait que l'absence de définition normative de la fondamentalité confère à cette notion une double incidence. D'une part, la fondamentalité connaît une pluralité de sens en droit,

[72] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[73] à titre d'exemple Tribunal des Conflits, 19/11/2007, C3660, Publié au recueil Lebon

incarnée par les diverses utilisations que le juge fait de ce concept. Sur ce point, nous pouvons constater une relative proximité entre les juges de droit public et le juge judiciaire[74]. D'autre part, l'indétermination juridique de la notion lui donne une dimension stratégique qui s'exprime en particulier dans le cadre des relations de pouvoir, notamment, par le biais de la conception de la fondamentalité comme d'un élément de garantie du principe de séparation des pouvoirs. Or, le juge judiciaire ne s'inscrit qu'imparfaitement dans ce schéma puisque son rôle est de trancher des différends entre particuliers qui n'ont pas d'incidence directe sur l'action du pouvoir politique institutionnalisé. A l'inverse, la jurisprudence constitutionnelle a une incidence directe sur l'exercice du pouvoir législatif et la jurisprudence administrative à un impact semblable sur le pouvoir exécutif. C'est d'ailleurs pour cette raison, que notre analyse se limite à l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat en tant que régulateur de l'ordre administratif, juge de premier et dernier ressort entre autres « des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les décrets (…) des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres[75] », juge d'appel des référés – libertés et en tant que gardien suprême de l'équilibre entre l'intérêt général et des intérêts particuliers.

45. L'absence de cadre normatif induit également que la fondamentalité ne peut être abordée selon le prisme des droits individuels c'est-à-dire comme réduisant les bénéficiaires de la fondamentalité aux personnes physiques. L'étude des occurrences

[74] « En effet, la « fondamentalité » assure principalement deux grandes fonctions dans la jurisprudence judiciaire. L'une est assez proche de celle retenue pas le juge administratif. L'affirmation du caractère fondamental d'un droit ou d'une liberté est susceptible de justifier la mise en oeuvre d'une procédure ou d'un régime juridique spécifiques. Cette qualification est un instrument parmi d'autres utilisé par le juge pour trancher un conflit de prétentions. » DUPRE DE BOULOIS Xavier, Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé, *La Semaine Juridique* Edition Générale n° 49, 5 Décembre 2007, I 211, source http://www.lexisnexis.com

[75] Article R311-1 du Code de justice administrative : « Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort : 1º Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les décrets ; 2º Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres ainsi que contre les actes des ministres qui ne peuvent être pris qu'après avis du Conseil d'Etat ; 3º Des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (3e alinéa) de la Constitution et des articles 1er et 2 de l'ordonnance nº 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat ; 4º Des recours dirigés contre les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale ; 5º Des recours dirigés contre les actes administratifs dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif ; 6º Des litiges d'ordre administratif nés hors des territoires soumis à la juridiction d'un tribunal administratif ou d'un conseil du contentieux administratif ; 7º Des litiges d'ordre administratif, autres que ceux relevant du contentieux local, nés dans le territoire des îles Wallis-et-Futuna ; 8º Des recours en interprétation et des recours en appréciation de légalité des actes dont le contentieux relève en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat ; 9º Des recours dirigés contre les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques ; 10º Des recours dirigés contre les sanctions administratives prises par le directeur général du Centre national de la cinématographie en application de l'article 13 du code de l'industrie cinématographique. »

de la notion nous démontre que, bien que l'individu personne physique soit le titulaire privilégié des droits fondamentaux, les textes constitutionnels tout autant que les juridictions n'ont pas hésité à élargir le nombre des bénéficiaires de la fondamentalité. Ainsi, l'article 19 de la Loi fondamentale allemande prévoit expressément que « Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet.[76] » Le Conseil d'Etat a pour sa part qualifié de « liberté fondamentale » la libre administration des collectivités territoriales consacrée à l'article 72 de la Constitution[77]. Nous pouvons également étayer nos propos en prenant pour exemple la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. L'article 61-1 de la Constitution est très vague en la matière, puisque la formulation retenue « il est soutenu[78] » ne précise pas s'il s'agit d'un requérant personne physique ou personne morale. La proposition n°74[79] du Rapport Balladur, à l'origine de cette procédure de contrôle de constitutionnalité déclenchée a posteriori, avait adopté une rédaction également large en adoptant le terme « justiciable » qui peut être défini comme toute personne « pouvant faire reconnaître et exercer ses droits en justice.[80] » Cette question

[76] Article 19 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949, extrait, «[Restrictions apportées aux droits fondamentaux] **:** (3) Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet. »

[77] Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon « Considérant, en premier lieu, que, si le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution, est au nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une protection juridictionnelle particulière, le refus opposé par le maire de Venelles aux demandes qui lui avaient été présentées en vue de convoquer le conseil municipal pour que celui-ci délibère sur l'objet mentionné ci-dessus ne concerne que les rapports internes au sein de la commune et ne peut, par suite, être regardé comme méconnaissant ce principe ; qu'il suit de là que le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a méconnu la portée des dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative en faisant droit, sur le fondement de ce texte, aux demandes dont il avait été saisi en vue d'enjoindre au maire de convoquer à cette fin le conseil municipal »

[78]Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extrait, « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 23

[79] En l'état de la question, le Comité recommande aux pouvoirs publics que l'article 61 de la Constitution soit modifié de telle sorte qu'il prévoie : « Le Conseil constitutionnel peut, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, être saisi par voie d'exception aux fins d'apprécier la conformité d'une loi aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution./ Le Conseil constitutionnel, à la demande d'un justiciable, est saisi, dans les conditions prévues par une loi organique, sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, des juridictions qui leur sont subordonnées ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre » (Proposition n° 74). Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République p. 90.

[80] Définition du terme justiciable, Larousse, « Justiciable adjectif et nom (de justicier) Se dit de toute personne pouvant faire reconnaître et exercer ses droits en justice. » source http://www.larousse.fr

des titulaires de la fondamentalité n'a pas soulevé, malgré son importance, de vifs débats lors de l'adoption de la loi organique relative à la mise en œuvre de l'article 61-1 de la Constitution. Dans les rapports des commissions des lois, tant à l'Assemblée Nationale[81] qu'au Sénat[82], la notion de « parties[83] » s'est substituée à celle de justiciables ce qui renforce le rapprochement entre les personnes physiques et les personnes morales, qui en l'espèce ne sont pas distinguées.

46. La fondamentalité s'applique aussi bien aux individus personnes physiques et titulaires primaires de cette dernière, qu'aux personnes morales entendues en la matière comme des fictions de personnes physiques. Toutefois, certaines libertés fondamentales ne peuvent bénéficier aux personnes morales en raison de leur nature. Ainsi, nous voyons mal comment la liberté du mariage consacrée par le Conseil constitutionnel comme une liberté fondamentale[84] pourrait bénéficier aux personnes morales. Certains auteurs ont développé la notion de protection aspectuelle[85] pour traduire cette protection « au cas par cas » de la fondamentalité au bénéfice des personnes morales. Dans le corps de notre étude nous avons choisi d'user de

[81] « La question de constitutionnalité pourra être soulevée par toute partie à une instance. » Rapport n°1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution, par M. Jean-Luc Warsmann, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 septembre 2009, http://www.assemblee-nationale.fr

[82] « elle pourra être soulevée par toute partie à l'instance, devant toutes les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, à toute étape de la procédure (première instance, appel ou cassation) » Rapport n°637 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique, adopté par l'assemblée nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution, par M. Hugues Portelli, enregistré à la présidence du sénat le 29 septembre 2009, http://www.senat.fr

[83] « Personne physique ou morale, privée ou publique, engagée dans une instance judiciaire. Une partie possède une position procédurale ou « qualité processuelle » (demandeur, défendeur, intervenant, appelant, intimé) qui entraîne de nombreuses conséquences et ne doit pas être confondue avec la qualité en laquelle elle aborde le procès (…) » GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean sous la direction de GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel, *Lexique des termes juridiques*, 12e édition, Paris, Dalloz, 1999, p. 383

[84] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 ; RJC, p. I-539 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

[85] « Si les DF sont d'abord des droits de tout individu destinataire de normes d'un ordre juridique, il s'ensuit qu'ils n'existent que dans des systèmes où tous les individus sont juridiquement des « personnes », c'est-à-dire des entités susceptibles d'être destinataires de normes. Il n'en résulte pas, cependant, que toute personne soit bénéficiaire de DF, car le droit peut en introduire d'autres catégories : les personnes « morales ». Rien n'empêche dès lors d'attribuer des DF à de telles créations, à condition, évidemment que cela soit conceptuellement possible au regard du genre de personne considéré (…) L'on peut appeler de telles applications, par analogie incomplète, des protections « aspectuelles » ou « par aspects ». » FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 101

l'expression de personne entendue comme : « la personne juridique, c'est-à-dire un sujet titulaire de droits et obligations, qui peut les exercer et qui, de ce fait, a un rôle dans l'activité juridique. La personne se définit donc de manière positive comme celle à qui sont accordés des droits (…)[86] » Cette approche met l'accent sur le dynamisme qu'induit la fondamentalité. Il tient au fait que cette notion n'est enserrée dans aucun carcan normatif. Un nombre important de requérants peuvent se saisir de la fondamentalité ce qui conduit à renforcer son caractère polysémique.

47. Face à la pluralité des emplois de la fondamentalité tant au niveau des systèmes juridiques, que des différents niveaux hiérarchiques ainsi que par plusieurs acteurs, nous avons décidé, pour affiner notre objet d'étude, de rechercher s'il existe en droit français un critère de fondamentalité. Puisque le recensement empirique des occurrences de la fondamentalité ne nous a pas permis de cerner exhaustivement la réalité de ce principe en droit français, il nous faut examiner si les approches théoriques de la notion sont plus enclines à nous éclairer.

Section 2 : L'existence d'un critère de fondamentalité

48. Pour mieux cerner l'objet de notre étude, il nous faut nous intéresser aux différentes théories relatives à la détermination d'un critère de fondamentalité. Il s'agit ici de dresser un panel de toutes les réalités auxquelles peut correspondre la fondamentalité. La distinction entre le positivisme et l'école du droit naturel garde en la matière toute sa pertinence. En effet, chacune des écoles de pensées confère à la fondamentalité une origine distincte qui conditionne ses utilisations par le juge.

49. Dans l'école positiviste, seul le texte de la Constitution peut qualifier un droit de fondamental. Le critère retenu est donc exclusivement formel. A l'inverse, dans

[86] « Sous ce vocable (personne), le droit français contemporain désigne la personne juridique, c'est-à-dire un sujet titulaire de droits et d'obligations, qui peut les exercer et qui, de ce fait, a un rôle dans l'activité juridique. La personne juridique se définit donc de manière positive comme celle à qui sont accordés des droits : pourtant le terme même de sujet est problématique. En effet, l'étymologie du mot est latine : subjicere, mettre dessous, donc soumis. Ce terme comporte l'idée du substrat et cette position de support de manque pas d'ambiguïté puisqu'elle peut désigner aussi bien la fondation et l'autorisation que l'assujettissement et la sujétion. » THOUVENIN Dominique, « Consentement et assujettissement », in GROS François et HUBER Gérard (Dir.) : vers un anti destin ? Patrimoine génétique et droits de l'humanité, actes du colloque de la Sorbonne et de Jussieu, oct. 1992, Odile Jacob, p. 471 Opus cité BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2003, pp. 128-129

l'école du droit naturel, les droits fondamentaux sont la juridicisation des droits inhérents à la personne. Le critère retenu est substantiel et la fondamentalité a pour fonction de garantir la dignité de la personne ou le caractère démocratique de la structure étatique.

50. Mais aucun de ces critères ne correspond au modèle français. Il n'existe pas de définition normative des droits fondamentaux et les juridictions ne s'accordent pas ni sur la prévalence systématique des libertés qu'elles consacrent comme fondamentales, ni même sur le contenu de la fondamentalité. Par conséquent, il nous faut explorer une autre hypothèse celle qui repose sur une dualité de la fondamentalité dont la conceptualisation emprunterait tant au posivitisme qu'au jusnaturalisme.

51. Pour vérifier cet axiome, nous avons choisi de nous appuyer sur les critères retenus par la doctrine visant à l'identification d'un droit fondamental et d'analyser la pertinence de ces derniers vis-à-vis de l'utilisation qui est faite de la fondamentalité en droit public français. Dans le cadre de cette comparaison, nous avons constaté une inadaptation des conceptions positiviste et jusnaturaliste de la notion (§1) ce qui nous amène à la conclusion que les droits fondamentaux sont la résultante d'une combinaison d'approches théoriques (§2).

§ 1 – Une inadaptation des différentes écoles

52. Selon une approche positiviste, ne sont fondamentaux que les droits consacrés comme tels par le texte. Entendue selon une acception étroite, cela revient à dire que la France ne peut connaître de droits fondamentaux dans la mesure où le texte constitutionnel de 1958 ne fait aucune référence explicite à cette notion. Pourtant, la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle[87] » s'inscrit en défaut de cette interprétation. Les tenants de cette approche vont concentrer leur analyse en mettant en relief la valeur de la protection découlant de la fondamentalité ainsi que les garanties juridictionnelles qui en

[87] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

découlent. Xavier Bioy relève qu' « au plan formel, la correspondance entre fondamentalité et constitutionnalité se constate en fait plus qu'elle ne se comprend.[88] »

53. Selon une approche jusnaturaliste, ne sont fondamentaux que les droits qui sont inhérents à la nature de leur titulaire : « les droits fondamentaux sont alors exclusivement des droits de la personne physique située, socialisée, « collectivisée ». [89] » Le critère de fondamentalité repose dans l'humanité. Cependant, cette approche ne résiste pas à l'épreuve des faits puisque le mouvement d'extension des droits fondamentaux conduit ces derniers à un accroissement du nombre de leurs titulaires, personne morale de droit privé comme de droit public.

54. Du rejet de ces deux approches découle une conception extensive de la fondamentalité qui définit les droits fondamentaux en ce qu'ils correspondraient à « un droit proclamé au plus haut niveau normatif (constitutionnel, international) et opposable par quiconque à quiconque.[90] » Mais cette démultiplication des droits fondamentaux conduisant à leur banalisation est un facteur d'affaiblissement de la notion.

55. Chaque école de pensée met ainsi en avant un critère de fondamentalité qui repose soit sur l'exigence d'un haut niveau de protection juridictionnelle (A), soit sur l'exigence d'un signifié substantiel (B).

A – L'exigence d'un haut niveau de protection juridictionnelle

56. L'approche positiviste de la fondamentalité se concentre sur l'efficacité de la notion. Elle découle de la conception de Hans Kelsen qui développe une théorie du droit reposant sur la validité formelle de la norme et non sur sa valeur. Il explicite sa théorie comme « ne présentant d'autre but que d'appréhender le droit existant tel qu'il est formé par la législation et l'exécution des lois et qui ne formule pas de jugement de valeur à l'égard du droit.[91] » Dans le cadre de cette analyse, la fondamentalité traduit la valeur juridique supérieure d'un droit par rapport à un autre droit. Par référence à la théorie allemande des droits fondamentaux, ces derniers revêtent une valeur

[88] BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2003, p. 778

[89] BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2003, p. 778

[90] KOERING-JOULIN Renée, SEUVIC Jean-François, Droits fondamentaux et droit criminel, *AJDA*, 1998, p. 106

constitutionnelle. Ainsi, Xavier Bioy nous précise que « l'association « dogmatique » de la notion de droit fondamental et de la valeur constitutionnelle, largement partagée en doctrine, trouve un appui en droit positif à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui les associe depuis la décision 89-269 DC du 22 janvier 1990.[92] »

57. L'approche comparative met l'accent sur les éléments communs à différents systèmes. Leur requalification en fonction de la catégorie juridique la plus adaptée conduit à une standardisation linguistique et matérielle. La standardisation linguistique a vocation à mettre en exergue l'internationalisation de la notion. Ainsi, l'usage de la fondamentalité peut être entendue comme « un moyen, pour le Conseil constitutionnel, de donner une assise et une dimension internationales à ses décisions.[93] » Elle conditionne l'émergence d'une standardisation matérielle qui s'incarne dans une sorte d'« osmose (…) matérielle dans la mesure où les droits fondamentaux, qui sont au cœur du contrôle a posteriori des lois désormais autorisé, sont présents dans les deux ordres juridiques, le national et l'européen.[94] » L'osmose des systèmes juridiques issue du recours à la fondamentalité tient au caractère universaliste de la notion. L'approche comparative met en relief l'importance d'un dialogue des juges[95] qui est alimenté par la grande proximité des textes consacrant la fondamentalité.

58. L'internationalisation de la notion [96] complexifie la fondamentalité en ce qu'elle ne connaît pas qu'une seule source. Elle ne s'épuise pas dans la constitutionnalité et connaît une définition par le droit externe. Cette pluralité de sources entraîne une superposition des mécanismes de reconnaissance et de garantie des droits fondamentaux.

---

[91] KELSEN Hans, Qu'est ce que la théorie pure du droit ?, 1953, *Droit et société*, 22-1992, p. 565

[92] BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2003, p. 778

[93] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[94] CHALTIEL Florence, Des premières vicissitudes de la dichotomie entre contrôle de conventionalité et contrôle de constitutionnalité, *Petites affiches*, 27 mai 2010, n° 105, p. 6

[95] «« phénomène qui conduit certaines juridictions à prendre en considération (…) les précédents de juridictions non nationales » MAUS Didier, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, *RFDC*, n°80, octobre 2009, p. 681

[96] « depuis la fin du second conflit mondial, l'activité conventionnelle en matière de droits fondamentaux de la personne humaine a été particulièrement fournie » BADINTER Robert, La mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux, CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 124

59. L'approche positiviste de la fondamentalité ne se contente pas de prôner la reconnaissance par un texte normatif, il faut que la portée supérieure de ce texte soit garantie par un juge, mécanisme juridictionnel indispensable de protection. Pour Kelsen, l'introduction d'un catalogue de droits fondamentaux au sein de la Constitution n'est efficace que « si est instituée la possibilité de les (lois) attaquer et d'obtenir leur annulation.[97] » Marie-Joëlle Redor démontre que « l'existence d'une garantie juridictionnelle spécifique constitue donc en Allemagne un élément de la définition des droits fondamentaux.[98] » Dans ce cadre, la fondamentalité induit nécessairement une logique hiérarchique : « les droits fondamentaux au sens strict (…) peuvent être garantis par une formalisation constitutionnelle, mais aussi par d'autres formes de hiérarchisation couplées avec des mécanismes de contrôle appropriés. [99]»

60. Cette conception de la fondamentalité conduit à définir un droit fondamental en ce qu'il suppose « la reconnaissance de son principe par une norme constitutionnelle ou supranationale (…) une mise en œuvre par le législateur et l'administration, des garanties par les instances supranationales (…) ainsi que par les juridictions nationales, constitutionnelles, judiciaire et administrative.[100] » Pour Jean Morange, le passage des droits de l'homme aux droits fondamentaux traduit la prise en compte de l'évolution « des sources et garanties[101] » du droit des libertés. Francisco Ballaguer Callejon met en exergue les avantages de la multiplicité des sources et garanties liée au développement de la fondamentalité : « la progressive tension vers le haut du statut des droits fondamentaux nous conduit à un enchevêtrement de niveaux et techniques de garantie des droits, génératrice d'un dialogue entre cours, considéré en principe comme un phénomène positif pour le développement de la protection des droits fondamentaux.[102] »

---

[97] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. De Charles Eisenmann, 1962, réédition 1999, Coll. La pensée juridique, L.G.D.J – Bruylant, p. 226

[98] REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *C.R.D.F*, n°1, 2002, Université de Caen, p. 92

[99] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 90

[100] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, p. 136

[101] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, p. 136

[102] BALAGUER CALLEJON Francisco, Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle, *RFDC*, n°60, 2004/4, p. 675

61. De l'école positiviste du droit découle le positionnement constitutionnel de la fondamentalité ainsi que l'exigence d'un mécanisme de garantie juridictionnelle. Si le modèle français répond à ces deux caractéristiques, il n'en demeure pas moins que reste irrésolue la question des raisons qui ont conduit le juge constitutionnel a usé de cette notion. Ce dernier bénéficie de nombreuses catégories juridiques expresses lui permettant d'arriver à l'annulation d'une loi qu'il estime substantiellement contraire au texte constitutionnel. Si l'approche comparative apporte une première réponse, le Conseil constitutionnel aurait « copié » ou « imité » ses homologues européens, elle ne peut suffire à expliquer l'ampleur prise par ce concept en droit français alors même que son sens demeure ignoré par les textes.

B – L'exigence d'un signifié substantiel

62. Certains auteurs comme Etienne Picard avance un critère de fondamentalité avant tout substantiel : « bien que la hiérarchie substantielle ne paraisse se poser que dans les interstices de cette hiérarchie normative formelle, elle la domine en réalité intégralement et la défie constamment.[103] » La fondamentalité, parce qu'elle existe à tous les étages de la pyramide des normes ne peut être abordée que dans une acception formelle. Si les droits fondamentaux se résument pour ainsi dire aux droits constitutionnellement garantis alors ils ne revêtent aucune spécificité donc leur étude est vaine. Pour répondre à la pluralité d'approches de la fondamentalité, le Doyen Vedel rétorque que « sur un problème qui n'existe pas vous pouvez avoir des solutions infiniment variées.[104] »

63. C'est pour répondre à l'argument d'une inutilité de la fondamentalité qu'une partie de la doctrine avance, selon une perspective issue du droit naturel, que les droits fondamentaux sont ceux qui protègent la dignité de la personne humaine. Reprenant la pensée de Goldschmidt, Francisco Fernandez Segado appréhende le principe de dignité humaine comme le droit fondamental duquel découlent tous les autres droits fondamentaux : « chaque personne humaine individuelle est une réalité en soi, tandis

[103] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[104] MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 18

que l'Etat n'est qu'une réalité accidentelle, ordonnée comme fin au bien des personnes individuelles ; par conséquent, il est tout à fait opportun d'affirmer que le droit fondamental pour l'homme, base et condition de tous les autres, est le droit d'être reconnu toujours comme personne humaine.[105] »

64. La prise en compte du critère d'humanité comme élément de détermination de la fondamentalité entraîne deux conséquences. D'une part, une limitation du nombre tant des droits que des bénéficiaires qui ne peuvent être que des personnes physiques. D'autre part, la fondamentalité parce qu'elle suppose la consécration d'une valeur supérieure induit la matérialisation d'une hiérarchie substantielle entre les droits de la personne. Cette approche est soutenue par Marie-Luce Pavia : « par ailleurs, étant données la nature et la valeur fondamentales de la dignité, doit-on admettre que les droits qui lui sont liés prévalent sur les autres droits comme le droit de propriété ou la libre expression des idées et des opinions ? Sans doute, on l'a vu, les premiers prévalent sur les seconds et, en ce sens, il existe une hiérarchie entre les droits de l'homme. [106]» On retrouve cette approche de la fondamentalité par exemple chez le Professeur Turpin[107] ou encore dans la doctrine américaine de la fondamentalité : « les droits constitutionnels jugés fondamentaux par la Cour suprême obtiennent une plus grande protection juridictionnelle contre les violations d'origine législative ou exécutive.[108] »

65. Cependant, cette conception de la fondamentalité qui sous-tend la supra constitutionnalité ne connaît pas d'application concrète en France aussi bien dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori[109] qu'a posteriori « ce principe de compétence d'attribution fait du Conseil un pouvoir constitué, qui veille par exemple à

[105] FERNANDEZ SEGADO Francisco, La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits, *RFDC*, n°67, juillet 2006, études, p. 458

[106] PAVIA Marie-Luce, La dignité de la personne humaine, CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, pp. 163-164

[107] « il n'en reste pas moins que, si tous les principes ou droits « fondamentaux » ne sont pas nécessairement « constitutionnels », tous les principes ou droits de valeur constitutionnelle ne sont pas obligatoirement « fondamentaux ». Enfin, certains d'entre eux semblent s'imposer même au pouvoir constituant, puisqu'ils ne peuvent faire l'objet d'une révision » TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 131

[108] JANIS Mark, La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique, *AJDA*, 1998 p. 52

[109] « « l'existence de dispositions constitutionnelles fondamentales, plus élevées dans la hiérarchie des règles de droit que les autres dispositions constitutionnelles, doit également être écartée » MATHIEU Bertrand, La supra-constitutionnalite existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités, *Petites affiches*, 08 mars 1995 n° 29, p. 12

ne pas étendre au-delà de la Constitution un contrôle hasardeux de supra constitutionnalité ou à ne pas s'ériger en juge du constituant. Appliqué à la question prioritaire de constitutionnalité, il limite la portée de celle-ci au champ déterminé par la Constitution et la loi organique : savoir si une loi en vigueur est contraire aux droits fondamentaux garantis par la Constitution.[110] »

66. Aussi, si la conception jusnaturaliste de la fondamentalité s'avère séduisante, dans la mesure où elle place l'être humain au centre du fonctionnement de l'ordonnancement juridique, elle manque d'efficience juridique en droit interne puisque le Conseil constitutionnel ne semble pas adhérer à cette philosophie juridique.

67. Entre le manque d'intérêt que peut induire l'approche positiviste de la fondamentalité et la carence d'efficacité de la vision jusnaturaliste, une troisième compréhension de la notion est illustrée par Gregorio Peces Barbas Martinez en ce que « cette notion peut englober les deux dimensions (…) sans introduire les approches réductrices du jusnaturalisme ou du positivisme.[111] »

§2 – La réalité d'une combinaison des écoles de pensées

68. Pour comprendre les droits fondamentaux, il faut identifier leur origine, c'est-à-dire qu'il faut tenter d'établir un critère de fondamentalité. Ce critère est le lien entre toutes les normes qualifiées de fondamentales. Malgré la polysémie de la notion, il faut essayer de déterminer un point de convergence. En d'autres termes, l'enjeu est de comprendre quel peut être l'intérêt d'avoir recours à cette notion.

69. Pour les positivistes, le critère de fondamenalité ne repose que sur la valeur juridique des droits. C'est parce qu'un droit est contenu dans la Constitution, norme fondamentale, qu'il peut être considéré comme un droit fondamental. Didier Maus pose le principe de cette théorie : « il est certain que ceux qui élaborent les constitutions écrites les conçoivent comme devant former le droit fondamental et

[110] CAMBY Jean-Pierre, Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les jeux en ligne : le contrôle de constitutionnalité a posteriori ne peut nuire au contrôle de conventionnalité (À propos de la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010), *Petites affiches*, 07 juillet 2010 n° 134, p. 6

[111] PECES BARBA MARTINEZ Gregorio, Théorie générale des droits fondamentaux, Paris, LGDJ, coll. « droit et société », n°38, 2004, pp. 34-36, extraits, CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 45

suprême de la nation[112]. » Charlotte Girard explicite cette relation entre fondamentalité et constitutionnalité dans le cadre positiviste, qui annihile toute spécificité à la fondamentalité et ne rend compte que des droits subjectifs contenus dans le texte constitutionnel : « les premiers sont des normativistes et voient le fondement du droit à travers la norme fondamentale. Les seconds voient le fondement du droit à l'extérieur du droit dans les faits. Les droits fondamentaux sont certes présents dans le discours théorique des premiers, mais rapportés à l'élaboration d'une notion répondant à une finalité théorique celle de la Grundnorm chez Kelsen, ou la meta-norme chez un interprète particulier de Kelsen, M. Troper, ils n'acquièrent aucune spécificité.[113] »

70. Pour les jusnaturalistes, la spécificité des droits fondamentaux donc leur intérêt tient au fait qu'ils incarnent le fondement du droit. Charlotte Girard nous précise la dynamique de ce raisonnement : « la dynamique de ce discours théorique est celle de l'humanisme et marque la tendance à confier à l'individu une autorité sur lui-même, dès lors qu'elle tient compte des autres êtres humains. » Cette tendance confirme « la thèse du partage des origines entre droit naturel et droit positif, où le premier serait l'aïeul du second.[114] »

71. La thèse moderne du jusnaturalisme tente de trouver un équilibre entre fondement du droit et efficacité de celui-ci tandis que le positivisme réduit l'approche de la fondamentalité à une garantie juridictionnelle. Or, la Constitution pour être légitime aux yeux des citoyens doit revêtir une autre portée que celle de la garantie juridictionnelle, elle doit être le vecteur de valeurs. Francisco Balaguer Callejon insiste sur l'importance de cette prise en compte du contexte des droits fondamentaux : « Cependant, l'équilibre constitutionnel entre les instances qui ont contribué historiquement à la réalisation des droits fondamentaux se rompt, en plus ou moins grande mesure, si à la place de la « réalisation » des droits on réduit le débat à leur « garantie » juridictionnelle. Cette garantie juridictionnelle cesse d'être une instance interactive avec les autres agents de la réalisation des droits pour devenir une institution éloignée des conditions pratiques et juridiques de chaque ordre juridique

[112] MAUS Didier, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, *RFDC*, n°80, octobre 2009, p. 676

[113] GIRARD Charlotte, *Des droits fondamentaux au fondement du droit, Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit,* Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 58

[114] GIRARD Charlotte, *Des droits fondamentaux au fondement du droit, Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit,* Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p.209

concret.[115] » Bernard Pellegrini met en exergue l'ambiguïté de la relation entre droit naturel et droit positif que la théorie de la fondamentalité tente de réunir : « On ne saurait rejeter les valeurs hors du droit et le fondamental qui a produit toute la hiérarchisation des normes, n'en garde pas moins sa portée de sens et de production des moyens de sa prééminence.[116] »

72. La fondamentalité incarne à la fois les fondements du droit dans la mesure où elle est la gardienne de certaines valeurs et elle permet une application concrète de ces dernières car elle suppose l'existence de recours juridictionnels émanant du positivisme. La fondamentalité met le positivisme juridique au service d'une idée du droit. Mais une fois encore, tous ne sont pas d'accord sur la teneur de cette idée qui peut avoir trait tant à la dignité (A) qu'à la démocratie (B).

A- La fondamentalité au service de la dignité

73. La première conception est celle qui place la protection de l'être humain au cœur du fonctionnement de la structure juridique « C'est parce que cette valeur « fonde » l'ensemble de notre système juridique que les droits, qui la protègent, méritent une telle qualification (…) pour réduire le champ de cette notion, il faut que le caractère fondamental de chaque droit ait été officiellement reconnu par une norme de valeur supra-législative.[117] » C'est la théorie première des droits fondamentaux qui s'incarne dans un ensemble de droits ayant vocation à protéger l'individu contre l'Etat : « leur effet est donc de fonder un droit subjectif dont la contrepartie est une obligation de ne pas faire, d'abstention à la charge de l'Etat.[118] » Ce sont des droits subjectifs qui imposent des limites à l'action du pouvoir de l'Etat. Liée à la notion d'Etat de droit, la

[115] BALAGUER CALLEJON Francisco, Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle, *RFDC*, n°60, 2004/4, pp. 676-677

[116] PELLEGRINI Bernard, La portée structurante des droits fondamentaux, *VST,Vie sociale et traitements*, 2005/2, n°86, p. 153

[117] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[118] JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

dignité comme matrice de tous les droits fondamentaux et comme fondement du droit implique une individualisation de celui-ci.

74. Cette modification du droit est visible dans l'évolution du droit administratif allemand : « la caractéristique la plus notable d'un droit administratif ayant pris place dans l'orbite des droits fondamentaux est sa forte sensibilisation : l'interaction entre la direction et les intérêts privés y est analysée dans toutes ses dimensions, à partir de l'intensité, de l'ampleur et de la profondeur de ses effets ; en même temps qu'est examinée son adéquation aux exigences de l'Etat de droit[119]. » En plaçant la protection de l'être humain au cœur du système juridique, la fondamentalité tend à une redéfinition des relations entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, le premier devant de plus en plus souvent céder le pas devant les seconds, ce qui se traduit par une uniformisation des contentieux comme le relève Agathe Van Lang « les deux juridictions se trouvent saisies de requêtes de plus en plus semblables - demande de sécurité, de réparation...- par des personnes convaincues de la primauté de ces droits fondamentaux.[120] »

75. L'accroissement de la subjectivisation du droit par les droits fondamentaux ne conduit pas qu'à une abstention de l'Etat. Le principe de l'indivisibilité de la fondamentalité exposé dans la Charte des droits fondamentaux[121] s'inscrit dans la logique d'une obligation d'agir pour l'Etat. Pour Marie-Claire Ponthoreau « le dépassement de la dichotomie traditionnelle entre les libertés classiques et les droits sociaux suppose d'intégrer pleinement leur interdépendance.[122] » Toutefois, il paraît difficile d'assimiler le régime juridique des droits fondamentaux de première génération et celui des droits de deuxième génération dans la mesure où ils n'impliquent pas le même comportement de la part de l'Etat. A l'heure des rigueurs budgétaires, la portée des droits fondamentaux de nature sociale impliquant des prestations de l'Etat risque d'être amoindrie par les juridictions nationales au motif d'une gestion plus serrée des deniers publics.

---

[119] SCHMIDT-ASSMAN Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif, *RFDA*, 2008, p. 427

[120] VAN LANG Agathe, Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité, *AJDA*, 2005, p. 1760

[121]« le souci de privilégier une approche globale et unitaire des droits fondamentaux est cependant très affirmé » GAIA Patrick, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *RFDC*, n°58, avril 2004, p. 233

[122]PONTHOREAU Marie-Claire, Le principe de l'indivisibilité des droits L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux, *RFDA*, 2003, p. 928

76. Appliquée au modèle français, cette théorie axée sur la dignité comme matrice de tous les droits fondamentaux ne connaît qu'un succès mitigé. Bien que la dignité soit une composant de l'ordre public[123] et que le Conseil constitutionnel est reconnu à ce principe une valeur constitutionnelle[124], aucune des deux juridictions n'a qualifié cette dernière par l'adjectif « fondamental. »

B – La fondamentalité au service de la démocratie

77. Une deuxième théorie relative à la détermination d'un critère de fondamentalité renvoyant aux fondements d'un système juridique retient non la protection de la dignité de la personne humaine mais celle de la démocratie [125]. Cette approche de la fondamentalité conduit à l'objectivisation du concept. Les droits fondamentaux sont appréhendés selon une analyse fonctionnelle « les usages de ces droits sont envisagés d'après leur intérêt objectif pour le processus démocratique.[126] »

78. Les droits fondamentaux sont la substance même du régime politique que met en place le texte constitutionnel. Pour Dominique Rousseau, la Constitution répond à la réunion de trois éléments, deux de nature formelle l'écrit et la séparation des pouvoirs, et l'un de nature matérielle les droits fondamentaux : « Par ces trois propriétés – écriture, séparation des pouvoirs, droits fondamentaux – la constitution est, selon la formule célèbre de Benjamin Constant, « la garantie d'un peuple ».[127] » Dans le cadre de cette approche, la dimension idéologique de la Constitution est pleinement assumée. Les droits fondamentaux incarnent la juridicisation de cette idéologie. Olivier Schrameck illustre cette approche lorsqu'il pose l'affirmation : « une République c'est une

[123] Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon

[124] 27 juillet 1994 - Décision n° 94-343/344 DC *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* Recueil, p. 100 - Journal officiel du 29 juillet 1994, p. 11024

[125] «ce type de conclusion pose les problèmes du positionnement personnel et spirituel du théoricien de la nature démocratique de l'auteur des normes, et donc du régime politique en place. » GIRARD Charlotte, *Des droits fondamentaux au fondement du droit, Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit,* Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 203

[126] JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

[127] ROUSSEAU Dominique, Constitutionnalisme et démocratie, source http://www.laviedesidees.fr

Constitution.[128] » La fondamentalité renvoie aux fondements du système juridique basé sur les principes démocratiques.

79. Par conséquent, l'interprétation de la fondamentalité par le juge constitutionnel correspond à la protection d'éléments essentiels à l'efficience de l'idéal démocratique. Cependant, cet idéal ne se restreint plus à la dimension institutionnelle de l'organisation des pouvoirs au sein de la démocratie[129]. Désormais, elle prend en compte la protection des libertés de la personne. La démocratie au sens moderne comporte deux dimensions. D'une part, elle est appréhendée selon une perspective formelle en ce qu'elle implique une séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. D'autre part, elle implique un respect des droits de la personne, elle a un soubassement libéral. Dominique Turpin propose une définition de la démocratie alliant ces deux approches : « l'idéal démocratique reste celui du self-government ou gouvernement du peuple par lui-même, mais la plus grande liberté des citoyens se réalise bien lorsque est efficacement réalisée la résistance au pouvoir, la possibilité de le contester et de le limiter.[130] »

80. Cette conception de la fondamentalité en tant qu'instrument de protection de la démocratie apparaît dans l'analyse italienne de la notion : « sur ces bases, la doctrine italienne a entrepris d'identifier les principes constitutionnels et les droits fondamentaux correspondants, ce qui a conduit à reconnaître d'abord un principe démocratique, un principe de légalité, un principe pluraliste représenté dans sa double portée par un pluralisme idéologique et un pluralisme institutionnel (…)[131] » Cette protection renforcée de la démocratie est présente à l'article 20[132] de la Loi fondamentale allemande. Bien que cette disposition ne fasse pas partie du titre I du texte relatif aux droits fondamentaux, la démocratie bénéficie du principe de l'intangibilité constitutionnelle. Florence Chaltiel considère que l'arrêt de la Cour

[128] GAUDEMET Yves, Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck, *RDP*, 20 août 0101 n° 1, 1er janvier 2008, p. 3

[129] « il n'est pas bon que celui qui fait des lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour la donner aux objets particuliers » ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Montrouge, Larousse, 1953, p. 64

[130] TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 211

[131] PIZZORUSSO Alessandro, Les droits fondamentaux en Italie, *AJDA*, 1998, p. 56

[132] Article 20 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, « La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social », source http://mjp.univ-perp.fr

constitutionnelle allemande du 30 juin 2009 relatif au Traité de Lisbonne consacrant la portée du principe démocratique s'inscrit dans la continuité du contrôle exercée par la Cour en matière de fondamentalité : « elle n'exige en effet pas de protection identique des droits fondamentaux dans les deux ordres juridiques, le national et le supranational, mais elle évoque la notion de standard européen de droits fondamentaux qui doit être respecté (…) La décision rendue le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle allemande s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence, s'attachant cette fois au principe démocratique.[133] » Ce rapport entre fondamentalité et démocratie est visible dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français notamment dans sa décision 89-271 DC dans laquelle il consacre que « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion constitue le fondement de la démocratie.[134] »

81. La polysémie de la fondamentalité en droit français provoque un rejet de la conception juridique de la notion sous deux formes. La première est celle du Doyen Vedel qui rejette l'idée d'une fondamentalité juridique autre que strictement positiviste « l'idée que lorsque la constitution vous dit quelque chose qui affirme qu'à son niveau existe une disposition qui est juridiquement écrite, voulue, et qui est supérieure (…) vous remplacez cela par une espèce de dispute tantôt théologique, tantôt morale, tantôt historique et surtout exégétique tant on va rechercher partout dans tous les coins d'une loi ou d'une convention le terme « droits fondamentaux » qui n'est d'ailleurs pas traduit de manière tout à fait exacte d'un pays à l'autre.[135] » La seconde est celle de Véronique Champeil-Desplats qui aborde la notion selon une perspective stratégique : « Si l'indétermination des notions juridiques est admise, il devient préférable, plutôt que de rechercher leur véritable définition, d'appréhender leurs fonctions dans l'argumentation et le système juridiques. L'adjectif « fondamental » a, au moins, deux

[133] CHALTIEL Florence, Le Traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne (À propos de la décision du 30 juin 2009), *Petites affiches*, 23 juillet 2009, n° 146, p. 4

[134]11 janvier 1990 - Décision n° 89-271 DC *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques* Recueil, p. 21 - Journal officiel du 13 janvier 1990, p. 573

[135]MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 18

sortes de fonctions : celle de justifier les décisions dans lesquelles il est employé, celle de renforcer la légitimité et le pouvoir de l'institution qui l'utilise.[136] »

82. Pour comprendre le sens du concept de fondamentalité en droit public, nous avons fait le choix de n'exclure aucune des utilisations faite de la fondamentalité. Pour se faire, nous sommes partis du postulat selon lequel la fondamentalité est, à défaut d'une unité conceptuelle formellement identifiée, au moins un objet juridique auquel la jurisprudence d'abord puis un ensemble de textes ont donné corps.

83. Notre étude repose sur le décalage qui existe entre l'absence de définition normative et le recours assumé à la fondamentalité. Elle tend à démontrer que la fondamentalité est un instrument, un outil, un moyen au service des différents acteurs de l'activité juridique. Elle est pour le pouvoir politique, un moyen de proroger ou de modifier l'idéologie constituante dans la constante du libéralisme préconstituant. Elle est pour les personnes juridiques un moyen de faire valoir leurs droits, car elle se décline tant en termes de liberté protégée au sens matériel que de droits procéduraux. Elle est un moyen pour les juridictions de perpétuer et de garantir les conditions juridiques et sociales qui les ont vues prospérer[137]. Chaque acteur de la sphère juridique, donc de la sphère sociale, peut avoir recours à la notion de fondamentalité. Mais l'indétermination du sens de la fondamentalité en droit français rend son usage risqué pour chacun des acteurs de la sphère juridique. Ainsi, une mauvaise interprétation de la fondamentalité peut conduire le pouvoir législatif à être censuré par le juge constitutionnel, qui, à son tour peut être désavoué par le pouvoir constituant dérivé comme le justiciable peut être débouté de sa demande si cette dernière repose sur une interprétation erronée de ses droits fondamentaux.

[136] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[137] « Les juges de la Cour suprême ont mené une réflexion pragmatique sur les concepts essentiels des théories politiques (représentation, souveraineté, abus de pouvoir), et ont pu dégager l'insuffisance de ces concepts pour assurer une protection efficace et effective des droits fondamentaux des citoyens. Ils ont alors dégagé une nouvelle doctrine : la doctrine de la « Basic structure ». (…) Ainsi, les juges concluent : « qu'après examen des différents aspects de l'affaire nous sommes convaincus que le Parlement n'a pas le pouvoir d'abroger ou d'émasculer les éléments de base ou les caractéristiques fondamentales de la Constitution telles que la souveraineté de l'Inde, le caractère démocratique du régime , l'unité du pays, et les caractéristiques essentielles de la liberté individuelle accordée aux citoyens », étant précisé que ces limitations ne sont pas exhaustives. » SAINT-HUBERT Mesmim, La Cour Suprême de l'Inde, garantie de la structure fondamentale de la Constitution, *Revue internationale de droit comparé*, Volume 52, n° 3, Année 2000, pp. 639-640

84. Ainsi, pour mesurer les conséquences de l'introduction empirique du concept de fondamentalité en droit français, nous avons choisi de nous concentrer sur les différentes utilisations qui existent de ce concept. Fidèle à notre méthode empirique, nous avons tiré de l'expérience un certain nombre d'informations sur le sens que revêt la fondamentalité en droit français. Notre raisonnement à pour point de départ le paradoxe selon lequel la fondamentalité n'est pas normativement déterminée, en particulier par la Constitution du 4 octobre 1958, et pourtant cette réalité n'a pas empêché ce concept de prospérer tant auprès des juges que des pouvoirs infraconstitutionnels. Cet état de fait a eu deux principales conséquences que sont une utilisation à la fois polysémique (Partie 1) et stratégique (Partie 2) de la fondamentalité en droit public français.

Partie 1 : Une utilisation polysémique de la fondamentalité

85. La fondamentalité connaît un développement très spécifique dans le système juridique français. Ce concept ne correspond pas aux notions synonymes telles qu'elles existent dans d'autres systèmes constitutionnels européens, notamment allemand ou dans les systèmes de droit externe. Ceci tient au développement atypique du système juridique français. Alors qu'au sortir de périodes de totalitarisme ou d'autoritarisme, de nombreux Etats européens se dotaient d'un texte constitutionnel consacrant expressément une liste de droits et libertés qualifiés de fondamentaux et dont l'effectivité était assurée par une cour constitutionnelle, l'ordonnancement juridique français ne rompait qu'imparfaitement avec sa tradition légicentriste.[138] Aussi, il s'agit dans cette première partie de mettre en relief les évolutions de la fondamentalité au sein de la structure juridique française.

86. La complexité de la notion de fondamentalité tient au fait qu'elle n'est pas explicitement définie par la Constitution de 1958. Pourtant, cette notion n'est totalement absente du texte constitutionnel. En effet, deux articles évoquent la fondamentalité selon des perspectives distinctes. L'article 34[139] de la Constitution traite des « garanties fondamentales » ainsi que des « principes fondamentaux » et l'article 53-1[140] de la Constitution associe expressément les expressions de « droits de l'homme » et de « libertés fondamentales » en matière d'examen des demandes

[138] Le Comité constitutionnel instauré au sortir de la seconde guerre mondiale n'a pour charge que : « de contrôler la conformité des lois à la Constitution (sauf son préambule), celle-ci devant être révisée le cas échéant avant la promulgation de la loi contraire, et seulement sur saisine conjointe du président de la République et du président du Conseil de la République, suite à un vote à la majorité absolue des membres de cette Assemblée, dont il s'agissait surtout en fait de protéger les prérogativesTURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 415

[139]Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits : « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (…)les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État (…)La loi détermine les principes fondamentaux (…) » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, pp. 16-17

[140]Article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

relatives au droit d'asile. Cet article a été introduit dans le texte constitutionnel par la loi constitutionnelle du 23 novembre 1993. Cette révision a fait suite à la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 qui invalidait la loi relative à l'application de la convention de Schengen. La référence à la fondamentalité, dans cet article, fait écho à la formulation utilisée pour la censure de la loi par le juge constitutionnel au considérant 81 de cette décision qui qualifie le droit d'asile comme « un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution.[141] » De plus, le peuple français par le préambule de la Constitution de 1946, dont la valeur constitutionnelle est affirmée par le Conseil constitutionnel depuis sa célèbre décision du 16 juillet 1971, « réaffirme solennellement (…) les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.[142] »

87. De l'étude de ces trois sources normatives, nous pouvons tirer deux constatations. La fondamentalité se décline selon une pluralité de supports normatifs.[143] Elle se caractérise donc par son hétérogénéité normative. Les différentes dispositions constitutionnelles relatives à la notion ne l'abordent pas de façon uniforme. Elle se caractèrise également pas sa polysémie.

---

[141] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 : « SUR LE DROIT D'ASILE : 81. Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ; »

[142] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, extraits : « 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 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. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, pp. 8-9

[143]« ce n'est pas tant le droit formel qui produit les droits fondamentaux ; ce sont bien plutôt les droits fondamentaux qui saisissent le droit et le charpentent en sa structure générale : ses différentes catégories techniques et formelles tendent à assurer cette prévalence, mais sans qu'aucune d'elles ne parvienne à épuiser le fond général et commun de ces droits fondamentaux. » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

88. En effet, l'article 34 du texte constitutionnel appréhende la fondamentalité comme un critère de détermination des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Elle a une vocation « technique » au sens où elle est un aiguilleur permettant au Conseil constitutionnel d'accomplir sa mission originelle de « simple garde frontière des compétences.[144] » A l'inverse, l'article 53-1 de la Constitution aborde la fondamentalité dans sa dimension substantielle. Il établit un lien direct entre protection des « droits de l'homme » et celle des « libertés fondamentales ». Cependant, la formulation employée pose plus de difficultés qu'elle n'en résout en plaçant côte à côte, sans pour autant les rendre synonymes, les expressions de « droits de l'homme » et celle de « libertés fondamentales ». Mise en correspondance avec la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, qui impose au législateur le respect des « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République[145] », tout semble indiquer que le bloc de constitutionnalité vient de s'enrichir, sous l'impulsion de l'interprétation juridictionnelle, d'une nouvelle catégorie juridique. Cela peut être confirmé, par analogie, par le fait que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, issus du préambule de la Constitution de 1946 et consacrés par le Conseil constitutionnel, sont entendus comme une unité conceptuelle à part entière. Toutefois, cette affirmation doit être très largement nuancée comme nous l'indique le Professeur Vedel « sous prétexte que le mot est répété (…) on nous dit que cela devient une catégorie à l'intérieur des droits et libertés.[146] »

89. La notion de fondamentalité correspond, par conséquent, à deux réalités juridiques qui se recoupent sans pour autant se recouvrir. D'une part, la fondamentalité est une

[144] ROUSSEAU Dominique, La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel *?, RDP,* 20 septembre 0501 n° 3, 1er mai 2009, p. 631

[145] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 : « 3. Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés ; »

[146] MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 17

technique juridique ayant trait à la détermination d'un effet de prévalence au sein du contentieux constitutionnel. D'autre part, la fondamentalité a un contenu concret pouvant être appréhendé comme constitutif d'une nouvelle étape de l'évolution du droits des libertés. Ces deux réalités semblent tout de même liées par un point de convergence, celui de la valeur juridique du concept qui, quelle que soit sa compréhension, a valeur constitutionnelle. Aussi, le constituant, à des époques différentes, a abordé de manière distincte un seul concept puisque répondant au même qualificatif. La permanence du qualificatif « fondamental » traduit la permanence de la qualité constitutionnelle des supports normatifs attachés à cette qualification.

90. Si les relations entre la fondamentalité et la constitutionnalité semblent établies aussi bien par le texte même de la Constitution que par son interprète, la problématique tenant à la réalité de ce qu'est la fondamentalité en droit public ne paraît pas pour autant résolue. Il nous faut, en effet, vérifier le postulat selon lequel la fondamentalité a une double nature, technique et catégorielle, au sein du droit interne. Pour se faire, nous devons étudier les différentes phases d'évolution de la notion qui ont conduit à considérer comme acquise l'existence des droits fondamentaux, dans le système français.[147]

91. La notion de fondamentalité ne se manifeste pas uniquement à travers l'expression de libertés et droits fondamentaux. La dualité dans la conception de cette notion au sein même du texte constitutionnel, à travers les articles 34 et 53-1 de la Constitution de 1958, met en exergue les spécificités du concept en droit public français qui s'est développé par phases successives. Il a fallu attendre la création du Conseil constitutionnel, par la Constitution du 4 octobre 1958, mais surtout l'interprétation donnée du texte constitutionnel par ce dernier, pour que la notion de « fondamental » prenne un sens juridique. Le sens juridique du qualificatif « fondamental » n'est pas antinomique de son sens commun. Il fait lui aussi référence au caractère « essentiel» d'une valeur soutenue par une norme. Mais le juge constitutionnel est conduit à déterminer avec précision, par sa jurisprudence, la finalité de la fondamentalité. Cette

[147]« Compte tenu de la proximité entre la protection constitutionnelle des droits fondamentaux et la protection qui résulte des traités relatifs aux droits de l'homme (conventions du Conseil de l'Europe ou de l'ONU), la quasi-totalité des questions de constitutionnalité pourrait être rejetée au motif que la loi contestée doit être écartée pour inconventionnalité » Intervention de Marc GUILLAUME, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, 19 février 2010, « La question prioritaire de constitutionnalité », source http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf

dernière est avant tout une technique juridique de conciliation comme nous l'indique l'analyse de l'article 34 de la Constitution. Des jurisprudences récentes du Conseil constitutionnel illustrent la permanence de cette approche de la fondamentalité comme d'une technique de répartition des compétences comme en témoigne la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 2010.[148] En l'espèce, face à deux exigences constitutionnelles contradictoires, le respect de la vie privée et le respect de l'ordre public, la fondamentalité peut être appréhendée comme un aiguilleur visant à faire pencher un des plateaux de la balance dans le délicat exercice de la conciliation[149].

92. Toutefois, cette conception de la fondamentalité coexiste avec une approche matérielle, esquissée à l'article 53-1 de la Constitution qui fait référence « aux libertés fondamentales » entendues comme une catégorie juridique. Cette seconde compréhension du concept, plus récente dans le temps puisque cet article a été inséré par la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993, parachève l'autonomisation progressive de la fondamentalité. Cette autre approche est également usitée par le Conseil constitutionnel comme l'illustre la décision du 22 janvier 1990.[150] Cependant, cette définition de la fondamentalité en tant qu'unité conceptuelle semble marquer le pas au sein de la jurisprudence constitutionnelle puisque depuis sa décision du 10 juin 1998[151], le Conseil constitutionnel n'a plus complété sa liste des droits et libertés fondamentaux.

---

[148] 25 février 2010 - Décision n° 2010-604 DC *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 3 mars 2010, p. 4312 : « Considérant, en second lieu, qu'il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il doit, en particulier, assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle »

[149] « Dans un premier temps, le Conseil a énoncé, comme il l'a fait récemment dans sa décision sur la loi dite « Hadopi 1 », les deux « plateaux de la balance » constitutionnelle qu'il appartient au législateur d'équilibrer lorsqu'il est en face de deux séries d'exigences constitutionnelles possiblement contradictoires. » Commentaire de la décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel n°28*, p. 11

[150] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972 : « Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la 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 »

[151] 10 juin 1998 - Décision n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* Recueil, p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033 « 3. Considérant que, s'il est loisible au

93. Par conséquent, il nous faut mettre en lumière les caractères de la fondamentalité pour tenter de comprendre la réalité du concept. Pour ce faire, nous avons choisi de partir d'un constat, dans un titre premier, qui repose sur les différentes phases d'évolution de la notion, notamment à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou en d'autres termes comment le concept a évolué d'un outil juridique à une unité de savoir. Puis, dans un second titre, nous mettrons en exergue les conséquences de ce développement atypique qui résident dans la coexistence de plusieurs sens de la fondamentalité en droit public, c'est-à-dire que la polysémie de la notion est pleinement assumée notamment par les juridictions.

législateur, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article 34 de la Constitution qui range dans le domaine de la loi "les principes fondamentaux ... du droit du travail...", de fixer la durée légale hebdomadaire du travail effectif et, dans ce cadre, d'instituer des mécanismes d'incitation financière propres à favoriser, dès l'entrée en vigueur de la loi, la réduction du temps de travail et la sauvegarde de l'emploi, cette disposition constitutionnelle, tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit syndical et de la sécurité sociale, ne sauraient dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, en ce qui concerne en particulier les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés ; que figurent notamment, parmi ces droits et libertés, la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dont découle en particulier la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises »

Titre 1 : De l'outil à l'unité de savoir

94. La fondamentalité n'apparaît pas spontanément et brusquement au sein de l'ordonnancement juridique interne. Son origine est posée dès le Préambule de la Constitution de 1946 à travers la catégorie indéterminée des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Puis la notion s'exprime dans les expressions de « garanties fondamentales » et « principes fondamentaux » dans le texte de l'article 34 de la Constitution, avant d'être consacrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel à partir de sa décision du 22 janvier 1990[152].

95. La fondamentalité se développe par strates ce qui sous-tend que tant son sens que son contenu peuvent être soumis à une certaine relativité. Sur ce point, nous pouvons faire référence au Professeur Picard qui a démontré que si : « l'on s'intéresse plus particulièrement à son contenu et à sa portée, cette catégorie s'avère aussi essentiellement relative dans la mesure où tels mêmes droits peuvent être considérés comme fondamentaux lorsqu'ils se présentent dans certaines configurations conflictuelles mais plus dans d'autres, alors que le fondamental ne devrait pas pouvoir supporter le relatif.[153] » Cette relativité met en exergue le caractère paradoxal du concept car plus la notion « se répand au profit de droits divers, plus augmentent les risques d'une collision entre les droits fondamentaux, et donc la nécessité de les relativiser... La rareté nécessaire ne peut que se reconstituer d'elle-même.[154] »

96. L'étude du développement de la fondamentalité permet de mieux cerner les difficultés que pose la compréhension de ce concept, en ce qu'il ne correspond à aucun autre. Notion atypique, la fondamentalité ne répond pas à la démarche classique du droit des libertés. Le Professeur Turpin nous indique que « le passage de la liberté, concept philosophique, aux libertés publiques, catégorie juridique (…) débouche sur leur organisation et leur protection concrète.[155] » De cette affirmation, nous pouvons établir un lien entre l'écrit et la protection effective des libertés. La reconnaissance d'une liberté commence par sa consécration au sein d'un texte juridique. Ce dernier

[152] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

[153] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[154] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[155] TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, p. 11

peut être lié à la Constitution comme ce fut le cas par le Préambule de la Constitution de 1946. Il peut être de valeur législative tel est l'exemple de la liberté d'association[156] ou de la liberté de la presse[157] notamment sous la Troisième République ou encore de portée plus philosophique avec comme exemple la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui, de 1789 à 1971, n'avait pas de force contraignante. Or, la fondamentalité ne correspond que très imparfaitement à ce schéma. En effet, il n'existe pas de consécration juridique explicite de ce que sont les libertés et droits fondamentaux. Bien qu'ils soient évoqués dans de multiples textes juridiques[158], aucun de ces derniers ne détermine le sens de cette notion. Cette dernière ne prend son sens réel qu'à partir de l'étude de la jurisprudence, comme le confirme Bernard Pelligrini : « Pour dégager une définition de la fondamentalité en droit, l'observation des normes juridiques du droit positif et de la hiérarchie formelle des normes qualifiées de « fondamentales » ne suffit pas. Il faut opérer une analyse de la pratique du juge (européen, constitutionnel, des juridictions nationales suprêmes : Conseil d'État et Cour de Cassation, mais aussi du juge de l'application de la loi), pour en induire les traits constitutifs communs et le régime juridique qui font la caractéristique d'un « droit fondamental ».[159] »

97. Bien que la jurisprudence administrative ait eu recours à cette notion, dans le cadre du contentieux de l'extradition en faisant expressément référence aux droits et libertés fondamentaux de la personne humaine[160], c'est bien la jurisprudence constitutionnelle qui pose les jalons d'un régime juridique lié à la fondamentalité. A

156 Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

157 Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

158 voir à titre d'exemples les extraits de l'article 415 du Code civil : « Article 415 modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009 : « Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne » et de l'article 910 du même code : « Article 910 modifié par l'ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 27 : Toutefois, les dispositions entre vifs ou par testament au profit des fondations, des congrégations et des associations ayant la capacité à recevoir des libéralités, à l'exception des associations ou fondations dont les activités ou celles de leurs dirigeants sont visées à l'article 1er de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, sont acceptées librement par celles-ci. »

159 PELLEGRINI Bernard, La portée structurante des droits fondamentaux, *VST,Vie sociale et traitements*, 2005/2, n°86, p. 145

160 Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 14 décembre 1987, 88522, inédit au recueil Lebon : « Considérant en troisième lieu que, contrairement aux allégations du requérant, le système judiciaire espagnol dont fait partie la juridiction dite "Audiencia Nacional" respecte les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, ainsi que l'exigent les principes généraux du droit de l'extradition ; qu'ainsi le décret attaqué ne méconnaît pas les articles 3, 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »

partir de l'application de l'article 34 de la Constitution, puis par la consécration jurisprudentielle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et enfin par l'affirmation selon laquelle les libertés et droits fondamentaux ont valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a su user de l'indétermination textuelle de ce concept pour esquisser une redéfinition du droit constitutionnel des libertés.[161] La fondamentalité apparaît alors en rupture par rapport aux modes classiques, depuis la Révolution française, de protection des libertés. Elle met l'accent non sur le sens formel du droit, reposant sur l'écrit et sur les interprétations dont il peut faire l'objet, mais sur un pragmatisme juridique. Ce dernier semble reposer sur la notion de prévalence comme nous le précise Etienne Picard : « Cependant, les multiples occurrences de leur invocation par les textes ou surtout par le juge montrent que ces droits divers présentent un point commun : ils se signalent tous par l'effet de prévalence qui s'attache à cette qualification. Cet effet s'avère pratiquement constant ; et il peut être indépendant de la source normative formelle sur laquelle repose le droit. [162]»

98. En partant du postulat selon lequel, la fondamentalité traduit un effet de prévalence d'une valeur sur une autre valeur incarnées par des normes, nous avons choisi de nous intéresser, dans un chapitre premier, à la fondamentalité comme instrument juridique plurifonctionnel, avant de mettre en exergue les conséquences de ce développement atypique, dans un chapitre deuxième, qui s'incarnent dans une détermination empirique du concept de fondamentalité.

[161] « en d'autres termes, le Conseil (constitutionnel) est, à la fois et dans le temps, l'instrument de la promotion constitutionnelle des libertés et de leur protection. A ce titre, sur le plan théorique, l'écriture juridictionnelle des droits parce qu'elle comprend la sanction des atteintes qui leur sont portées, représente, pour la démocratie et la liberté des citoyens, une garantie politique supérieure à celle offerte par l'écrit institué. » ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 492

[162] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

Chapitre 1 : Un instrument juridique plurifonctionnel

99. Le juge n'a pas créé ex nihilo le concept de fondamentalité. Ce dernier est évoqué dans le texte constitutionnel à trois reprises dans le préambule de la Constitution de 1946 par le biais des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République[163] ainsi que dans les articles 34[164] et 53-1 de la Constitution. Ainsi, la fondamentalité n'est pas dépourvue de sources constitutionnelles, mais, son sens n'est pas déterminé par le corps de la Constitution.

100. Les différentes phases d'évolution de la notion permettent de mieux comprendre en quoi la fondamentalité est un concept spécifique. La première spécificité est liée à une utilisation anachronique des sources constitutionnelles de la fondamentalité. Abordée de manière logique, nous aurions pu supposer que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République aient eu une influence sur la reconnaissance de la fondamentalité en 1958 par l'article 34 qui, à son tour aurait conditionné la fondamentalité de l'article 53-1[165] introduit dans le texte constitutionnel en 1993. Or, cette évolution linéaire n'a pas eu lieu.

101. Le développement de la fondamentalité se caractérise par l'accumulation successive de trois strates. Le point de départ de cette évolution est l'article 34 de la Constitution, puisque jusqu'en 1971 les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République n'ont pas de valeur juridique. Cette disposition constitutionnelle marque la

[163] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « 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 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 » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

[164] Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, « La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens (…) les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État (…)La loi détermine les principes fondamentaux » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, pp. 16-17

[165] Article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, «La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. », OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

naissance de la fondamentalité textuelle, c'est-à-dire que la logique du concept est inhérente à la logique du texte constitutionnel. La fondamentalité a ici pour fonction de permettre la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire.[166]

102. Puis, à partir de 1971, par la consécration constitutionnelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par la décision du 16 juillet 1971[167], nous passons à la fondamentalité technique d'interprétation du contenu du texte constitutionnel. C'est une phase intermédiaire, qui induit la détermination empirique du contenu de la notion.

103. Enfin, la troisième phase apparaît en deux temps. Premier temps, la reconnaissance par la décision du 22 janvier 1990[168] d'une catégorie juridique qui laisse supposer le complément du bloc de constitutionnalité par une nouvelle unité conceptuelle. Mouvement qui semble corroboré par la révision constitutionnelle de novembre 1993 qui introduit un article 53-1 faisant une référence expresse aux libertés fondamentales en les associant à l'expression de « droits de l'homme ». Deuxième temps, une régression de la notion qui est marquée par l'abandon de la fondamentalité par le constituant qui n'est pas allé plus loin que cette simple et unique référence. Abandon

[166] 27 novembre 1959 - Décision n° 59-1 FNR *Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme)* Recueil, p. 71 - Journal officiel du 14 janvier 1960, p. 441 « 3. Considérant que pour s'opposer à l'irrecevabilité de ladite proposition de loi soulevée par le Premier Ministre excipant de la seule compétence du pouvoir réglementaire en matière de prix des baux à ferme, le Président du Sénat invoque les atteintes qui seraient portées par le décret du 7 janvier 1959 aux principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles ; 4. Considérant que ceux de ces principes qui sont ici en cause, à savoir la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions, doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers ; 5. Considérant que, s'agissant plus spécialement de la matière des baux à ferme, les pouvoirs publics ont pu ainsi, sans mettre en cause l'existence des principes susrappelés, limiter le champ de la libre expression des volontés des bailleurs et des preneurs en imposant certaines conditions d'exécution de leurs conventions, notamment en ce qui concerne les modalités de calcul et de révision du montant des fermages ; Que les dispositions du décret du 7 janvier 1959, qui se bornent à modifier ces prescriptions statutaires antérieures, ne sauraient, dès lors, être regardées comme comportant une altération des principes fondamentaux applicables en la matière ; Qu'il suit de là que ces dispositions ont un caractère réglementaire et que le Premier Ministre a pu, à bon droit, opposer à la proposition de loi susvisée qui tend à leur abrogation l'irrecevabilité prévue par l'article 41 de la Constitution ; »

[167] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

[168] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972 : « 33. Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la 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 »

qui apparaît aussi dans la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil ne complétant plus sa « liste » des droits fondamentaux inaugurée par la décision du 13 août 1993 en son considérant 3.[169]

104. Dans ce premier chapitre, nous allons étudier comment la fondamentalité a changé de nature en passant d'une technique à une catégorie juridique.[170] Se dégage de l'étude de cette mutation, une seconde spécificité. En effet, après avoir posé comme constat l'évolution non linéaire en termes temporels du concept, il nous faut mettre en relief l'évolution non linéaire de la fondamentalité en termes conceptuels. Une transformation de la notion ne se substitue pas à ce qu'était auparavant la fondamentalité comme en témoigne la permanence de l'utilisation de la fondamentalité en tant que technique juridique de répartition des compétences par le juge constitutionnel.[171] C'est en ce sens que nous pouvons utiliser le substantif de « strates », la fondamentalité se renouvelle. Il n'y a pas abandon du sens de la fondamentalité mais superposition des sens de la notion. Cette diversité est notamment soulignée par le Professeur Picard : « C'est même la diversité pratique de toutes ces manifestations qui occulte l'unité foncière de la catégorie, laquelle réside en cela que

[169] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 : « « Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés »

[170] Voir comme définition d'une catégorie juridique : « unité conceptuelle fondamentale servant de fondement à des classifications d'objets », ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 34

[171] 06 août 2009 - Décision n° 2009-588 DC *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 11 août 2009, p. 13319 : « « 3. Considérant, en deuxième lieu, qu'en prévoyant que le droit au repos hebdomadaire des salariés s'exerce en principe le dimanche, le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, a entendu opérer une conciliation, qui lui incombe, entre la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et le dixième alinéa du Préambule de 1946 qui dispose que : " La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement " »

la fondamentalité de ces droits les appelle à prévaloir dans une multiplicité d'hypothèses juridiques.[172] »

105. C'est pour mettre en valeur cette diversité tenant à la réalité de ce qu'est la fondamentalité, que nous allons, dans une section première, appréhender la fondamentalité comme moyen de résolution des conflits juridiques, avant de constater, dans une section deuxième que cette technique juridique est doublée d'un sens substantiel.

Section 1 : Un moyen de résolution des conflits juridiques

106. Contrairement aux Constitutions allemande de 1949[173] et espagnole de 1978[174], la Constitution du 4 octobre 1958 ne consacre pas la fondamentalité comme une catégorie juridique mais comme un élément formel de répartition des compétences. Les premières utilisations de la fondamentalité par le juge constitutionnel se basent sur l'article 34 de la Constitution. A partir de cette disposition, le Conseil constitutionnel opère un partage de compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Dans le cadre de cette répartition, la fondamentalité apparaît comme un outil au sens où, ce qui est fondamental relève de la compétence du législateur tandis que ce qui ne l'est pas relève du pouvoir réglementaire. Cette utilisation de la fondamentalité en tant que technique de répartition est présente dès les premières décisions du Conseil constitutionnel[175] et elle est d'application constante[176].

---

[172] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[173] Articles 1 à 19 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 sont explicitement consacrés aux droits fondamentaux

[174] Le titre premier de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 s'intitule « des droits et des devoirs fondamentaux »

[175] 07 avril 1960 -Décision n° 60-5 L *Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959* Recueil, p. 32 -Journal officiel du 29 avril 1960, p. 3958 : « 5. Considérant, d'autre part, que si la mission de promouvoir l'action sanitaire et sociale qui est impartie aux organismes de Sécurité sociale constitue un des principes fondamentaux de la Sécurité sociale et relève, comme telle, de la compétence législative, la détermination des conditions d'utilisation des ressources affectées par ces organismes à la réalisation de la mission susindiquée ne saurait être comprise dans le domaine réservé, en la matière, au législateur ; qu'en conséquence les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959 ont un caractère réglementaire »

[176] 11 février 2010 - Décision n° 2010-219 L *Nature juridique de dispositions de la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions et de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* Journal officiel du 16 février 2010, p. 2890 : « 1.

107. L'article 34 de la Constitution fait référence par trois fois à la fondamentalité, à travers l'expression de « garanties fondamentales » utilisée par deux fois et celle de « principes fondamentaux ». La terminologie employée par le constituant de 1958, non modifiée par la révision de 2008 qui n'a que complété la liste des matières réservées au législateur, appelle deux remarques. Aucun critère n'est exposé visant à l'identification desdits garanties et principes. Seuls les domaines d'intervention du législateur sont précisés mais il revient au juge constitutionnel de déterminer, par son interprétation, si un principe ou une garantie s'avère être fondamental. Ceci tend à amener le Conseil constitutionnel à opérer une réflexion sur le concept même de « fondamental », c'est-à-dire que pour pouvoir placer un principe dans le champ de la compétence du législateur, le juge constitutionnel doit raisonner en deux temps. Premièrement la matière en cause relève-t-elle des domaines exposés à l'article 34 de la Constitution ? Deuxièmement, le Conseil doit se prononcer sur le fait de savoir si le principe en question est oui ou non fondamental dans la matière en question.[177]

108. Dans le cadre de cette réflexion sur le concept de « fondamental » et face à l'absence de critères d'identification, le Conseil constitutionnel est amené à déterminer une hiérarchie entre des principes et garanties dans une matière donnée. La difficulté réside dans le fait de savoir si cette hiérarchie est substantielle ou formelle. Le Professeur Picard met en relief cette problématique liée à la logique même de la notion de fondamentalité : « Or, quelle que soit la sorte de logique adoptée, substantielle ou formelle, aucune logique juridique, si l'on s'en tient à elle, ne saurait admettre que les

---

Considérant qu'après avoir rappelé les termes du troisième alinéa de l'article 13 de la Constitution fixant les modalités de nomination des préfets et ceux du dernier alinéa de son article 72 en vertu desquels les représentants de l'État dans les collectivités territoriales de la République représentent les membres du Gouvernement, ont la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois, les dispositions des lois susvisées soumises à l'examen du Conseil constitutionnel ont pour objet de répartir les attributions territoriales de l'État entre le préfet de région et le préfet de département ; qu'elles ne mettent en cause ni les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources, qui relèvent de la loi en vertu des articles 34, 72 et 72-2 de la Constitution, ni aucun autre principe ou règle placés par la Constitution dans le domaine de la loi ; que, dès lors, elles ont le caractère réglementaire »

[177] 03 mars 1976 - Décision n° 76-88 L *Nature juridique de dispositions de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 970 portant réforme hospitalière (composition des commissions régionales d'hospitalisation* Recueil, p. 50 - Journal officiel du 7 mars 1976, p. 1505 : « « Considérant qu'en raison de la nature des pouvoirs qui sont conférés aux commissions régionales de l'hospitalisation, par l'article 37 ci-dessus rappelé, la composition de celles-ci constitue une garantie essentielle pour le libre exercice de l'activité professionnelle des établissements dont elles sont appelées à confirmer ou à infirmer les décisions de suspension ; que, dès lors, les dispositions dont l'appréciation est soumise au Conseil constitutionnel touchent aux règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et qu'elles ont, en conséquence, le caractère législatif en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution. »

deux facteurs soient indifféremment interchangeables, c'est-à-dire assimilables. Sinon, au sein de chacune de ces deux logiques, il n'y aurait plus de cause et il n'y aurait plus d'effet - et il n'y aurait plus de logique du tout, au moins causale : il n'y aurait plus, le cas échéant, qu'une téléologie - qui est peut-être imposée par la structure de l'ordre juridique.[178] »

109. L'étude de la fondamentalité textuelle[179], notamment utilisée dans le contentieux constitutionnel du déclassement issu de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution[180] met à jour les traits caractéristiques du concept. Dès ses premières utilisations, la fondamentalité apparaît comme une notion ambiguë dont l'une des spécificités est d'osciller entre hiérarchie formelle et hiérarchie matérielle.

110. Afin de mettre en valeur cette dualité de logique, nous avons choisi d'appréhender la fondamentalité dans sa dimension formelle comme un outil de répartition des compétences (§1) puis dans sa dimension matérielle comme un outil d'harmonisation normative (§2).

§1 – La fondamentalité : outil de répartition des compétences

111. La fondamentalité n'apparaît pas, en 1958, comme le concept central de l'article 34 de la Constitution. A cette époque, l'attention se porte sur la fin de la souveraineté parlementaire par la mise en place d'un encadrement des matières législatives. Si l'on sait aujourd'hui comme nous le rappellent Jean et Jean-Eric Gicquel que : « la révolution n'a pas eu lieu[181] » et que « la loi, cette passion française (M. Couderc) est moins marginalisée que désacralisée à la vérité[182] », les principaux débats se sont surtout axés sur la question de savoir comment devait être interprété le contenu de cet article.

---

[178] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[179] expression entendue comme la fodamentalité résultant de l'article 34 de la Constitution de 1958

[180] Article 37 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. »

[181]GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 704

[182]GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 704

112. Notre propos ne s'inscrit pas dans cette controverse réglée par les jurisprudences favorables au législateur développées tant par le Conseil constitutionnel que le Conseil d'Etat.[183] Il s'agit pour nous de comprendre comment le juge constitutionnel a usé de la fondamentalité et quel en a été le résultat. L'indétermination caractérisant ce concept va permettre au juge constitutionnel de s'émanciper de son rôle originel de « répartiteur » des compétences. En recherchant ce qui relève de la fondamentalité, le juge constitutionnel est amené à garantir la hiérarchie formelle entre la loi et le règlement et par ce biais, il atténue en fait la rationalisation du parlementarisme en poussant le Parlement à exercer pleinement sa compétence. Ce n'est pas tant le nombre de matières exposées par l'article 34 de la Constitution qui garantit le maintien de l'effectivité du pouvoir législatif. C'est le choix du juge constitutionnel d'adopter une définition extensive de la fondamentalité qui conditionne la protection des prérogatives législatives. En effet, plus le Conseil constitutionnel interprète largement les garanties et autres principes fondamentaux, non définis à l'article 34 du texte constitutionnel, et plus le pouvoir législatif voit son champ de compétences s'étendre. L'intérêt pour le juge constitutionnel de cette extension est que plus le nombre de lois est important et plus il a une chance d'être saisi. Dès les premières années de fonctionnement de la Cinquième République, la fondamentalité apparaît comme un enjeu de stratégie ayant vocation à garantir à différents acteurs des domaines d'intervention plus vastes.

113. Toutefois, si le Conseil constitutionnel aborde la fondamentalité textuelle selon une perspective positive au profit du pouvoir législatif, cette remarque, comme en témoigne la décision 2008-211L[184], ne doit pas être systématisée. Le juge

[183] « En effet, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, chargés tous deux, dans leurs domaines respectifs de compétence, de préciser la portée de l'article 34, ont imposé une interprétation extensive du domaine réservé à la loi » FORMERY Simon-Louis, *La Constitution commentée article par article*, 8e édition, Paris, Hachette supérieure, 2004, pp. 72-73

[184] 18 septembre 2008 - Décision n° 2008-211 L *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire* Recueil, p. 365 - Journal officiel du 21 septembre 2008, p. 14606 : « 1.Considérant que le nombre de représentants de chacune des catégories de membres du Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire, autres que parlementaires, figurant au deuxième alinéa de l'article 23 de la loi du 13 juin 2006 susvisée ne met en cause ni les principes fondamentaux « de la préservation de l'environnement » qui relèvent de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, ni le droit, dont les conditions et les limites sont définies par la loi en vertu de l'article 7 de la Charte de l'environnement, d'accéder aux informations relatives à l'environnement ou de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, ni aucun des autres principes ou règles placés par la Constitution dans le domaine de la loi ; que, dès lors, ce nombre a le caractère réglementaire »

constitutionnel fidèle à son approche autolimitative de l'interprétation constitutionnelle[185] demeure un régulateur des relations entre l'exécutif et le législatif.

114. Aussi, il nous faut détailler en quoi la fondamentalité est une technique d'interprétation (A) avant de voir en quoi elle peut être usitée comme une technique de régulation des pouvoirs (B).

A – La fondamentalité : une technique d'interprétation

115. La fondamentalité peut être appréhendée comme une technique d'interprétation, au sens où, elle permet au juge de clarifier la règle de droit[186]. Pour Kelsen, « l'interprétation est à la fois acte de connaissance et acte de volonté dans la mesure où elle indique et détermine le sens et la signification d'une chose.[187] » Nous retrouvons cette double dimension, dans le cadre de l'utilisation de la fondamentalité.

116. L'absence de détermination préalable du sens de la fondamentalité implique que le juge, pour trancher un litige, soit dans l'obligation de se prononcer sur le caractère fondamental d'un principe ou d'une garantie. Cette position de contrainte place la figure juridictionnelle dans la perspective de l'interprétation acte de connaissances. Si le juge doit trancher un litige c'est parce qu'il en a la capacité, il a la compétence technique d'apporter une solution à un différend. Le degré d'abstraction élevé des règles constitutionnelles complexifie leur application à un cas concret. Lorsque l'article 34 de la Constitution prescrit qu'il revient à la compétence du législateur de « fixer les règles concernant…les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État », le degré d'abstraction est élevé, dans la mesure où, le texte ne précise pas le contenu de « ces règles », sont elles nécessairement des permissions, des interdictions. De plus, cette disposition ne nous dit rien sur ce qui permet de distinguer une garantie fondamentale, d'une garantie non fondamentale. Aussi, pour apporter une solution juridique à un problème, le juge combine connaissance et volonté. Il déduit du système juridique la portée de la règle et son caractère fondamental mais cette déduction le conduit à émettre un choix

[185] « On peut disserter à l'infini, sur un plan universitaire, des mérites de la règle d'interprétation que s'est donné le Conseil en 1988 à propos des " principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ". L'essentiel est ailleurs : dans la volonté d'autolimitation (" self restraint ") et de transparence qu'elle manifeste » AMELLER Michel, *Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel*, exposé à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCDE, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

volontaire, au sens où, il doit choisir, parmi les interprétations du texte, celle qui lui paraît la plus cohérente, celle à laquelle il va conférer une autorité. L'autorité étant « le pouvoir d'imposer ces volontés à autrui[188] », la fondamentalité apparaît comme un moyen pour le juge d'imposer sa lecture de la Constitution au pouvoir politique.

117. La fondamentalité n'a pas d'existence autonome, lorsqu'il n'y a pas d'atteinte ou de difficulté, le juge ne ressent pas le besoin de se prononcer sur le caractère fondamental d'un principe. Ainsi, dans sa décision 77-92 DC, le Conseil expose clairement sa position : « Considérant qu'aucune des dispositions de la loi (…) ne porte atteinte à la liberté de choix du praticien et à la liberté de prescription de celui-ci ; qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner si ces libertés constituent des principes fondamentaux ayant valeur constitutionnelle.[189] » La fondamentalité apparaît comme un outil ayant pour objet de trancher un litige.

118. Si le caractère fondamental se déduit de la logique de combinaison normative, donc du fonctionnement même de la structure juridique, la compréhension par le juge de cet agencement de normes sous-tend le caractère volontaire de l'interprétation.[190] La fondamentalité a besoin d'un fait générateur qu'est l'atteinte ou la difficulté, elle n'est pas spontanée, elle est déduite par le juge. C'est en ce sens que la fondamentalité peut être comprise comme une technique d'interprétation. Elle permet au juge constitutionnel d'ajouter au texte constitutionnel sans pour autant que ce type d'interprétation conduise en l'espèce à un pouvoir normatif jurisprudentiel.[191]

---

[186] COMBEAU Pascal, Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative , *RFDA*, 2004, p. 1069

[187] COMBEAU Pascal, Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative , *RFDA*, 2004, p. 1069

[188] Définition du terme autorité, Larousse, source http://www.larousse.fr

[189] 18 janvier 1978 - Décision n° 77-92 DC *Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale)* Recueil, p. 21 ; RJC, p. I-57 - Journal officiel du 19 janvier 1978, p. 422

[190] 17 novembre 1966 - Décision n° 66-42 L *Nature juridique des dispositions de l'ordonnance n° 59-106 du 6 janvier 1959, modifiant et complétant la loi du 1er août 1936 relative au statut des cadres des réserves de l'armée de l'air* Recueil, p. 32 ; RJC, p. II-26 - Journal officiel du 27 avril 1967 : « « Considérant, toutefois, que les dispositions de l'article 43 de cette loi telles qu'elles résultent des modifications apportées par l'article 4 de ladite ordonnance n'ont pas le caractère réglementaire dans la mesure où, en établissant, dans le premier alinéa et la dernière phrase du second alinéa dudit article, une relation entre les conditions d'avancement des officiers de réserve et celles des officiers d'active, elles présentent pour ces derniers le caractère d'une garantie fondamentale de la nature de celles que l'article 34 de la Constitution a rangées dans le domaine de la loi »

[191]« jusqu'ici, le Conseil constitutionnel, malgré certaines apparences, a toujours été très fidèlement attaché à la règle selon laquelle il n'y a pas de norme constitutionnelle en dehors des dispositions textuelles ayant cette

119. Progressivement, le Conseil complète de façon empirique le corpus des règles constitutionnelles. Or, le complément est formel et non matériel puisque le juge applique un raisonnement et ne délivre pas une liste de principes ou garanties fondamentaux. La fondamentalité permet au juge constitutionnel d'expliciter la logique inhérente au texte constitutionnel, l'interprétation de ce concept devient une technique de garantie de la cohérence de la Constitution ce qui rejoint les propos de Ronald Dworkin : « ma description a supposé une considération particulière de ce que l'interprétation, décrite de manière très abstraite, est réellement. Dans le contexte que j'ai à l'esprit, c'est une activité qui consiste à essayer d'imposer une cohérence à la conduite qui constitue une pratique sociale, et imposer une cohérence signifie proposer une explication ou un sens cohérents dont cette conduite puisse être considérée comme une expression ou un exemple.[192] »

120. L'usage de la fondamentalité par le juge lui permet ainsi de réguler les relations entre les différents pouvoirs.

B– La fondamentalité : une technique de régulation des pouvoirs

121. Sur la base de la détermination de la fondamentalité, le juge constitutionnel opére une régulation des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif. Ce rôle de régulation est affirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 6 novembre 1962, dans laquelle il précise qu': « il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics.[193] » Il

---

valeur, sous réserve naturellement de la part que comporte une interprétation constructive. Car, bien que, quelquefois, il y ait eu des confusions sur les termes de « principes généraux du droit » confondus avec les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », en revanche, le Conseil constitutionnel n'a jamais contesté la possibilité pour le juge administratif d'avoir sa propre source de droit, c'est-à-dire de recourir à son pouvoir normatif jurisprudentiel. » BRAIBANT Guy, DRAGO Roland, GAUDEMET Yves, LABETOULLE Daniel, LYON-CAEN Arnaud, LE MIRE Pierre, MOREAU Jacques, VEDEL Georges, WAQUET Philippe, Questions pour le droit administratif, *AJDA,* 1995, p. 11

[192] DWORKIN Ronald, La théorie du droit comme interprétation, *Droit et Société* 1- 1985, pp. 107-108

[193] 06 novembre 1962 - Décision n° 62-20 DC *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* Recueil, p. 27 - Journal officiel du 7 novembre 1962, p. 10778 « 2. Considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et

s'agit pour nous de voir en quoi la fondamentalité peut être appréhendée par le juge comme un instrument de régulation.

122. La notion de régulation recouvre plusieurs missions des juridictions constitutionnelles. Pour Simone Veil, ancien membre du Conseil constitutionnel, « la régulation de l'activité des pouvoirs publics et la résolution des conflits éventuels conduisent les Cours constitutionnelles à poser des bornes en assurant le respect de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes, à jouer un rôle d'arbitre en cas de conflit, et enfin à garantir le respect par chacun des pouvoirs du plein exercice de leurs compétences respectives.[194] » Le dernier membre de cette phrase attire particulièrement notre attention. En effet, sur la base de l'article 34 de la Constitution, le juge constitutionnel détermine les compétences de chacun des pouvoirs. Il lui revient, notamment en application de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, de délimiter avec précision le champ de compétences de la loi et du règlement. Il joue ainsi le rôle d'arbitre en cas de conflit ou de doute relatif à la nature d'une disposition.[195]

123. Cependant, le Conseil constitutionnel use également du concept de fondamentalité en ce qu'il lui permet d'assurer que le législateur assume pleinement sa compétence. En effet, le juge constitutionnel a interprété de manière directive[196] l'article 34 de la Constitution, puisqu'il impose au pouvoir législatif d'exercer de façon « précise et complète pour écarter tout risque d'arbitraire[197] » les compétences qu'il tient du texte constitutionnel. Si le texte législatif ne remplit pas cette condition d'effectivité, il est annulé pour inconstitutionnalité au motif d'une incompétence négative. Celle-ci peut

---

non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ; »

[194]Discours introductif de Madame Simone Veil, membre du Conseil constitutionnel, 4ème Congrès de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF) du 13 au 15 novembre 2006, p. 4

[195] 09 avril 2009 - Décision n° 2009-216 L *Nature juridique de dispositions du code de la propriété intellectuelle* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 12 avril 2009, p. 6433 : « « Le Conseil constitutionnel a été saisi le 13 mars 2009 par le Premier ministre, dans les conditions prévues par le second alinéa de l'article 37 de la Constitution, d'une demande tendant à ce qu'il se prononce sur la nature juridique du deuxième alinéa et des deux premières phrases du troisième alinéa de l'article L. 311-5 du code de la propriété intellectuelle »

[196]« l'interprétation directive fixe une ligne de conduite pour les autorités ayant à appliquer la loi (autorités administratives et juridictionnelles). » VERPEAUX Michel, BONNARD Maryvonne (sous la direction de), *Le Conseil constitutionnel*, études, Paris, La Documentation française, 2007, p. 77

[197] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, pp. 708-709

être soulevée.[198] Dans le cadre de l'incompétence négative, la fondamentalité apparaît comme une technique de régulation, puisque la détermination du caractère fondamental d'un principe ou d'une garantie permet au juge de vérifier si le législateur a respecté la plénitude de la charge constitutionnelle qui lui est confiée.

124. Il nous faut distinguer deux utilisations différenciées de la notion de fondamentalité en tant qu'instrument de régulation. D'une part, le juge constitutionnel peut avoir recours à la fondamentalité formelle. C'est l'approche classique du concept dans le cadre du contentieux constitutionnel, c'est-à-dire que le Conseil débute son raisonnement par le rappel de la règle constitutionnelle issue de l'article 34 de la Constitution, puis il vérifie que le législateur a bien respecté cette prescription constitutionnelle comme en témoigne, par exemple, les considérants 11 et 12 de la décision 2004-499 DC du 29 juillet 2004[199].

125. D'autre part, le juge constitutionnel peut avoir recours à une approche plus substantielle de la fondamentalité. Bien que le terme de fondamentalité ne soit pas employé, le sens de l'inconstitutionnalité pour incompétence négative renvoie

[198] « le Conseil sanctionne également l'incompétence « négative », c'est-à-dire le fait pour le législateur de rester en deçà de sa compétence. Ce vice de constitutionnalité est de plus en plus contrôlé par un Conseil qui n'hésite pas à la soulever d'office si les auteurs de la saisine ne l'ont pas invoqué. » ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 139

[199] 29 juillet 2004 - Décision n° 2004-499 DC *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* Recueil, p. 126 - Journal officiel du 7 août 2004, p. 14087. « 11. Considérant que le 3° de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978, dans la rédaction que lui donne l'article 2 de la loi déférée, permettrait à une personne morale de droit privé, mandatée par plusieurs autres personnes morales estimant avoir été victimes ou être susceptibles d'être victimes d'agissements passibles de sanctions pénales, de rassembler un grand nombre d'informations nominatives portant sur des infractions, condamnations et mesures de sûreté ; qu'en raison de l'ampleur que pourraient revêtir les traitements de données personnelles ainsi mis en oeuvre et de la nature des informations traitées, le 3° du nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 pourrait affecter, par ses conséquences, le droit au respect de la vie privée et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que la disposition critiquée doit dès lors comporter les garanties appropriées et spécifiques répondant aux exigences de l'article 34 de la Constitution ; 12. Considérant que, s'agissant de l'objet et des conditions du mandat en cause, la disposition critiquée n'apporte pas ces précisions ; qu'elle est ambiguë quant aux infractions auxquelles s'applique le terme de « fraude » ; qu'elle laisse indéterminée la question de savoir dans quelle mesure les données traitées pourraient être partagées ou cédées, ou encore si pourraient y figurer des personnes sur lesquelles pèse la simple crainte qu'elles soient capables de commettre une infraction ; qu'elle ne dit rien sur les limites susceptibles d'être assignées à la conservation des mentions relatives aux condamnations ; qu'au regard de l'article 34 de la Constitution, toutes ces précisions ne sauraient être apportées par les seules autorisations délivrées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ; qu'en l'espèce et eu égard à la matière concernée, le législateur ne pouvait pas non plus se contenter, ainsi que le prévoit la disposition critiquée éclairée par les débats parlementaires, de poser une règle de principe et d'en renvoyer intégralement les modalités d'application à des lois futures ; que, par suite, le 3° du nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 est entaché d'incompétence négative »

implicitement à la notion de droits fondamentaux. Dans ses décisions 2006-540 DC[200] ou encore 2009-592 DC[201], le Conseil constitutionnel fait référence au principe de sécurité juridique par le truchement de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Cet objectif consacré par la décision du 16 décembre 1999[202] découle : « de la combinaison des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789.[203] » Le lien entre cet objectif constitutionnel qui impose au législateur d'exercer pleinement et avec qualité ses compétences et le principe de sécurité juridique est confirmé par François Luchaire : « Le Conseil considère que "l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des objectifs de valeur constitutionnelle" (421 DC du 16 décembre 1999). Certes, le Conseil invoque ici non le principe de sûreté mentionné

[200] 27 juillet 2006 - Décision n° 2006-540 DC *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* Recueil, p. 88 - Journal officiel du 3 août 2006, p. 11541 : « 9. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »

[201] 19 novembre 2009 - Décision n° 2009-592 DC *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 25 novembre 2009, p. 20223 : « 6. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »

[202] 16 décembre 1999 - Décision n° 99-421 DC *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* Recueil, p. 136 - Journal officiel du 22 décembre 1999, p. 19041 « 13. Considérant, en deuxième lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, le Gouvernement a apporté au Parlement les précisions nécessaires en rappelant l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf codes mentionnés à l'article 1er, auquel faisait obstacle l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ; que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas " »

[203]Commentaire de la décision n° 99-421 DC du 16 novembre 1999 Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes : « Bien plus : le recours à l'article 38, pour mener à bien la codification du droit interne en surmontant l'obstacle constitué par l'embouteillage des textes au Parlement, concourait à l'accessibilité et à l'intelligibilité de la loi, dans lesquelles le Conseil a vu un objectif de valeur constitutionnelle découlant de la combinaison des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789. A été constitutionnalisée de la sorte une nouvelle composante de la sécurité juridique (cf. n° 98-404 DC du 18 déc. 1998, cons. 2 à 7, Rec. p. 315, AJDA 1999, p. 2; n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, cons. 35 et 36, commentaire aux Petites affiches, n° 369 du 1er déc. 1999). » *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8*, octobre 1999 à février 2000, p. 23

par l'article 2 de la Déclaration, mais "la garantie des droits" requise par son article 16, en affirmant que celle-ci "ne pourrait pas être effective si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui sont applicables". Mais c'est bien la sécurité juridique qui se trouve implicitement protégée.[204] » Or, un certain nombre d'auteurs appréhendent le principe de sécurité juridique comme un droit fondamental[205]. Bertrand Mathieu et Michel Verpeux intègrent la sécurité au nombre des « droits-garanties » qui « ont pour objet de permettre la sauvegarde de tels droits (substantiels).[206] »

126. La fondamentalité apparaît alors comme un instrument juridique interprétatif mais répondant à une logique ambivalente. Progressivement, le juge constitutionnel utilise ce moyen non seulement dans le cadre d'une répartition formelle des compétences mais qu'il se réfère également à une acception substantielle de la notion. Ainsi, il existe une coexistence des logiques formelle et matérielle dans l'emploi du concept de fondamentalité et ce dualisme a un but commun : garantir un effet de prévalence.[207]

§2 – La fondamentalité : outil d'harmonisation normative

127. La notion de fondamentalité est complexe à déterminer puisque le terme de fondamental est lui-même difficile à définir avec exhaustivité ce que nous confirme le Doyen Vedel : « Le terme de « fondamental » n'est pas un terme rare dans un langage qui est d'ailleurs toujours un peu imprécis et qui par exemple à partir du mot essentiel ou fondamental vise un sens beaucoup plus vaste, comme « de premier plan » ou « important » etc.[208] » Le caractère indéterminé de la fondamentalité implique que ce concept connaisse une définition empirique. Cependant, cette détermination ne repose pas sur des critères, à leur tour, précis. Par conséquent, par référence à Ronald

[204] LUCHAIRE François, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, 2001, La protection des droits et libertés fondamentaux, la sécurité juridique, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[205] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 851

[206] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 669

[207] « si la fondamentalité peut être, selon le cas, soit une cause, soit un simple effet, c'est que, selon ce cas, on change de logique : l'on passe d'une logique substantielle à une logique formelle » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[208] MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 17

Dworkin qui précise que « dans l'utilisation de notre langage nous suivons tous des règles dont nous ne sommes pas totalement conscients[209] », nous pouvons avancer l'hypothèse selon laquelle l'usage de la fondamentalité renvoie à une présomption c'est-à-dire à « un mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait, on induit un autre fait qui n'est pas prouvé.[210] »

128. Appliquée à notre objet d'étude, cela revient à dire que le juge déduit la fondamentalité d'un fait. Mais quel peut être ce fait ? Il est la valeur constitutionnelle d'une prescription juridique. En effet, au sein du système juridique français, les normes qualifiées de fondamentales sont de nature constitutionnelle. Il existe une unité de valeur de la fondamentalité, elle correspond bien à un fait établi qui est matérialisé par le contenu du texte constitutionnel. Ce fait, c'est-à-dire « ce qui est reconnu comme certain, incontestable[211] », peut être exprès lorsqu'une liberté ou un droit est consacré par la Constitution. Nous pouvons sur ce point, faire référence à la décision du 11 octobre 1984[212] dans laquelle le Conseil constitutionnel qualifie la liberté de communication de fondamentale, après avoir rappelé que cette dernière est contenue à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen donc qu'elle appartient au bloc de constitutionnalité.

129. Ce fait peut également être implicite lorsque la nature constitutionnelle d'une règle est issue de l'interprétation juridictionnelle. Cette interprétation peut résulter de la combinaison de normes appartenant à un même ensemble normatif comme cela est le cas du droit à mener une vie familiale normale qualifié de droit fondamental par la

[209] DWORKIN Ronald, La théorie du droit comme interprétation, *Droit et Société* 1- 1985, p. 101

[210] GUINCHARD Serge, MONTAGNIER Gabriel (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, 12e édition, Paris, Dalloz, 1999, p. 410

[211] Définition du terme fait, Larousse, source http://www.larousse.fr

[212] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200 « 35. Considérant que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi" ; 36. Considérant que le principe ainsi proclamé ne s'oppose point à ce que le législateur, compétent aux termes de l'article 34 de la Constitution pour fixer "les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", édicte des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer ; 37. Considérant que, cependant, s'agissant d'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, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

décision du 13 août 1993[213] et qui découle du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1958[214]. Cette interprétation peut aussi résulter d'une combinaison de normes extra constitutionnelles mais pouvant être rattachée au texte constitutionnel. Il en est ainsi du consentement d'un malade à un traitement médical consacré comme une liberté fondamentale par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 16 août 2002 n°249552 : « le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale.[215] » Or, dans cette jurisprudence, le juge administratif ne fait aucune mention de la Constitution.[216] Pourtant ce droit peut être interprété comme la résultante de la protection de la santé consacrée par la Préambule de la Constitution de 1946[217] et de la liberté individuelle.[218]

130. Appliquée dans le cadre du principe de la hiérarchie des normes, la valeur constitutionnelle d'une norme revient à lui conférer une prévalence au sein des

[213]13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 « 3. Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés »

[214]20 novembre 2003 - Décision n° 2003-484 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* Recueil, p. 438 - Journal officiel du 27 novembre 2003, p. 20154 « 37. Considérant que le dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale »

[215]Conseil d'Etat, Juge des référés, du 16 août 2002, 249552, publié au recueil Lebon

[216] « pour parvenir à cette conclusion, le juge administratif s'est appuyé exclusivement sur les dispositions de l'article 16-3 du code civil et de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, qu'il a pris soin de citer longuement comme pour compenser l'absence de rattachement à la Constitution - qui n'est pas même mentionnée dans les visas. » GLENARD Guillaume, Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, *AJDA*, 2003, p. 2008

[217] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, extraits, « 11. 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. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

[218] « le droit pour un malade de donner son consentement à un traitement médical est une liberté fondamentale, que le juge aurait pu - mais il ne l'a pas fait, sciemment ? - qualifier de « corollaire » de la liberté individuelle. » DEGUERGUE Maryse, Le juge, la liberté du malade et l'éthique du médecin, *AJDA*, 2002, p. 717

relations intra normatives. Aussi, il nous faut vérifier si cet effet de prévalence conduit à l'établissement d'une véritable hiérarchie (A) ou plus modestement à la constitution d'une conciliation limitée aux cas d'espèce (B).

A – La fondamentalité : une technique de prévalence

131. La fondamentalité apparaît comme une technique juridique de prévalence comme le confirme Etienne Picard : « on relève que l'invocation d'un droit fondamental conduit toujours, dans les conditions où il se présente, à assurer sa prévalence effective sur telle autre considération, même lorsque celle-ci pourrait s'autoriser d'une norme de niveau au moins équivalent à la base formelle sur laquelle repose le droit fondamental considéré - qui d'ailleurs la constitue quelquefois lui-même - et même si ce droit ne prévaut pas toujours.[219] »

132. Cet effet de prévalence est présent dans la rédaction de l'article 34 de la Constitution au sens où, le caractère fondamental d'un principe ou d'une garantie tend à attribuer à ladite norme une valeur juridique supérieure. La détermination de la fondamentalité permet de garantir le respect de la hiérarchie des normes. Ce qui relève de la fondamentalité a trait au domaine de la loi qui est supérieur au règlement. Progressivement se dessine une ligne de répartition entre l'essence d'un principe et la mise en application de ce dernier. La fondamentalité renvoie d'une certaine manière au degré d'abstraction de la norme .[220] Elle permet au juge d'opérer une classification entre les éléments constitutifs d'une liberté, attachés à la fondamentalité, et les éléments permettant la mise en application de cette liberté, pouvant être adaptés ou limités. Nous pouvons ici faire le lien avec la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le cadre du référé – liberté. La condition exposée d'une atteinte grave et manifestement illégale fait écho à la position du juge constitutionnel puisque le référé –liberté à vocation à garantir une liberté fondamentale contre toute violation dont la gravité est telle que le droit en question en serait dénaturé, vidé de son sens. Ainsi, même si nous

[219] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[220] Décision n° 60-5 L du 07 avril 1960 *Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959* Recueil, p. 32 - Journal officiel du 29 avril 1960, p. 3958 *: «* : « Considérant que cette disposition, qui n'a pas effet de mettre en cause le principe fondamental de la détermination des catégories de prestations ci-dessus rappelé mais seulement d'en préciser la portée dans un cas particulier, ressortit, en vertu de l'article 37 de la Constitution, à la compétence du pouvoir réglementaire »

sommes dans le cas d'une atteinte à une liberté fondamentale, mais que l'atteinte n'est pas manifestement illégale, la requête est rejetée par le juge administratif.[221]

133. L'effet de prévalence incarné par la référence à la fondamentalité connaît une portée limitée. La qualification de « fondamentale » ne conduit pas à l'établissement d'une prévalence substantielle et immuable. La reconnaissance d'un droit comme fondamental ne signifie donc pas que ce droit soit intangible. En droit français, la fondamentalité renvoie au mieux à la valeur constitutionnelle de la norme qualifiée comme telle mais sans que celle-ci est une autre portée matérielle.[222] Contrairement, à la conception allemande des droits fondamentaux exposée notamment par Michel Fromont[223], la conception française de la fondamentalité tend à recouvrir un usage beaucoup plus pragmatique du concept. Face au refus de tirer les conséquences d'une hiérarchie intra constitutionnelle issue d'un effet de prévalence substantielle de la notion, la fondamentalité tend à un effet formel de prévalence. Elle est un instrument de conciliation dans la mesure où, le juge en accordant le qualificatif de fondamental dispense sa bienveillance à une liberté donnée, donc la fait prévaloir, vis–à–vis d'une autre liberté afin de rendre compatibles entre elles des normes antagonistes et de trancher un cas d'espère donné.

B – La fondamentalité : une technique de conciliation

134. En droit constitutionnel allemand, l'intangibilité des droits fondamentaux prévue à l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale[224] doit être mise en perspective avec l'article 19 alinéa 1 du même texte qui précise : « un droit fondamental peut être

[221] Conseil d'État, , 06/04/2010, 338168, Inédit au recueil Lebon : « Considérant qu'il est manifeste, dans ces conditions (…) le préfet de l'Hérault n'a pas porté une atteinte manifestement illégale au droit d'asile de M. et Mme B en refusant leur admission au séjour ; que, par suite, leurs requêtes ne peuvent qu'être rejetées. »

[222]« le Conseil d'Etat a choisi la conception moderne des libertés fondamentales, celles-ci se définissent simplement comme les libertés qui sont à l'abri du législateur, quelle que soit leur « fondamentalité. » » FAVOREU Louis, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1739

[223] «ces principes déclarés intangibles (le principe de la protection des droits fondamentaux, celui de l'Etat de droit et celui de la démocratie) sont les éléments essentiels de l'ordre constitutionnel établi par la Loi fondamentale et ils caractérisent ce que les juristes allemands appellent souvent l'identité ou la nature même du régime politique institué en 1949. Aucune révision constitutionnelle régulière ne peut y toucher » FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP*, 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[224] Article 79 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, : « (3) Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite. »

restreint par une loi ou en vertu d'une loi.[225] » L'intangibilité renvoie directement à la substance du droit. Le Conseil constitutionnel s'inscrit dans un raisonnement analogue. L'utilisation de la fondamentalité permet au juge constitutionnel de limiter la compétence du législateur en refusant à celui-ci la possibilité de dénaturer une norme de valeur constitutionnelle. Nous pouvons illustrer nos propos par cet extrait de la décision 90-284 DC : « les règles que le législateur édicte à cette fin peuvent soumettre à certaines limites les droits et libertés des employeurs dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à leur substance.[226] »

135. La fondamentalité est liée au degré d'abstraction de la norme, au sens où, dans le cadre d'un conflit entre deux niveaux hiérarchiques, dans notre exemple difficultés d'application de la Constitution par le législateur, la fondamentalité caractérise le niveau normatif le plus abstrait. Elle agit comme un garde – fou du fondement de la norme donnée qui, de par sa valeur constitutionnelle, intègre les fondements du système juridique en place. Les droits fondamentaux peuvent être limités ou restreints ce qui fait dire à certains auteurs, parmi lesquels Louis Favoreu, qu'ils sont « des permissions d'agir déterminées.[227] »

136. Ainsi, la conciliation s'incarne dans la détermination par le juge de la délimitation de la coexistence de deux permissions d'agir. Dans sa décision du 18 septembre 1986[228],

---

[225] Article 19 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, : « (1) Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné. » source http://mjp.univ-perp.fr

[226] 16 janvier 1991 - Décision n° 90-284 DC *Loi relative au conseiller du salarié* Recueil, p. 20 ; RJC, p. I-422 - Journal officiel du 18 janvier 1991, p. 923 : « 3. Considérant qu'en vertu du quatrième alinéa de l'article 34 de la Constitution la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; que, dans l'exercice de cette compétence, il est loisible au législateur d'investir des personnes de fonctions particulières dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs et de doter ces personnes d'un statut destiné à leur permettre un exercice normal de leurs fonctions ; que les règles que le législateur édicte à cette fin peuvent soumettre à certaines limites les droits et libertés des employeurs dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à leur substance »

[227]FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 85

[228] 18 septembre 1986 - Décision n° 86-217 DC *Loi relative à la liberté de communication* Recueil, p. 141 - Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294 « 8. Considérant qu'il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de 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 auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte »

le Conseil constitutionnel concilie la liberté d'expression et de communication, qu'il a qualifiée en 1984 de liberté fondamentale[229], et les objectifs de valeur constitutionnelle notamment celui de la sauvegarde de l'ordre public. En l'espèce, le caractère fondamental de la liberté de communication n'est pas rappelé puisque le juge ne relève pas d'atteinte à cette liberté.

137. La fondamentalité a vocation à être utilisée par le juge dans deux hypothèses. D'une part, lorsqu'il y a atteinte à une liberté pouvant en dénaturer la substance. Ceci est le cas par exemple dans le cadre de la décision du 16 juillet 1971[230]. En soumettant la constitution des associations à un régime administratif préventif, le législateur aurait dénaturé le principe de la liberté de constitution des associations. D'autre part, lorsque le juge doit faire coexister deux règles de même portée normative, comme le Conseil constitutionnel nous l'explique dans sa décision 93-325 DC : « que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle.[231] »

138. La fondamentalité est une technique de conciliation qui entraîne la protection de la substance d'un droit donné. Cet effet de prévalence peut s'exprimer de manière négative. Par plusieurs jurisprudences[232] le Conseil constitutionnel a opéré une conciliation entre la libre administration des collectivités territoriales et l'article 34 de

[229] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200

[230] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

[231] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 « 81. Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

[232] voir à titre d'exemples 09 avril 1996 - Décision n° 96-373 DC *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* Recueil, p. 43 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5724 ou encore 17 janvier 2002 - Décision n° 2001-454 DC *Loi relative à la Corse* Recueil, p. 70 - Journal officiel du 23 janvier 2002, p. 1526

la Constitution confiant au législateur compétence en matière de fixation des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens dans l'exercice des libertés publiques. Le juge constitutionnel a fait prévaloir l'égalité d'application des libertés publiques sur l'ensemble du territoire au détriment des articles 72 et 74 de la Constitution.[233] En l'espèce, la fondamentalité est utilisée a contrario par le juge constitutionnel. En annulant le terme « fondamentales » qui se voulait restrictif dans son approche, il protège le principe d'égalité d'application des libertés sur tout le territoire.

139. La multiplication des emplois de la fondamentalité conjuguée à la difficulté de cerner la logique qui sous-tend ce développement va conduire la doctrine à identifier, à partir notamment des décisions du 22 janvier 1990[234] et du 13 août 1993[235], une fondamentalité de nature substantielle.[236]

140. Aussi, il nous faut à présent aborder la notion non plus selon une perspective formelle mais à travers une perspective substantielle incarnée d'abord par le recours aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République puis par les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle.

Section 2 : Une technique juridique doublée d'un sens substantiel

141. L'article 34 de la Constitution n'induit pas la création d'une catégorie juridique liée à la fondamentalité. Il tend à l'utilisation de la fondamentalité en tant que critère de

[233]« Il a considéré que, pas plus que le principe général de libre administration, la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer prévue par l'article 74 de la Constitution ne permettait de faire échec à l'application de cette règle et n'a pas admis que seules les garanties "fondamentales" des libertés publiques relèvent de la compétence de l'Etat » Commentaire de la décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°1*, premier semestre 1996, p. 19

[234] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

[235] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

[236]« Ainsi que cela a été souligné par la doctrine, l'influence de « l'idéologie des droits de l'homme » a progressivement « fait admettre l'idée que les étrangers, même s'ils n'accèdent pas à l'égalité avec les nationaux, ont néanmoins, en tant qu'êtres humains, des droits fondamentaux qui méritent protection ». Cette philosophie avait trouvé son expression dans la décision 89-269 DC du 22 janvier 1990 précitée. Le troisième considérant de la décision 93-325 DC la reprend tout en l'étoffant et la précisant quant au contenu des droits protégés » GENEVOIS Bruno, Un statut constitutionnel pour les étrangers, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993, *RFDA*, 1993 p. 871

répartition des compétences. Pourtant cette approche restrictive ne correspond qu'imparfaitement à la réalité des conséquences de l'emploi de la notion. En effet, à partir du moment où une juridiction se prononce sur le caractère fondamental d'une disposition, elle émet nécessairement un jugement de valeur sur cette norme.[237] Cette appréciation conduit, notamment les commentateurs des décisions juridictionnelles, à s'interroger sur le concept en termes substantiels et non plus formels. Certains auteurs, à l'instar du Doyen Vedel, contestent la spécificité substantielle de la fondamentalité notamment en ce qu'elle est subjective au profit de la normativité constitutionnelle plus objective : « je crois que la normativité d'un système, d'une construction d'une « Stuffentheorie », d'une théorie hiérarchique, à base de constitutionnalité est nécessaire, mais qu'il faut accepter la règle du jeu selon laquelle ce n'est pas le juriste qui dit – sauf naturellement nécessité d'interprétation – ce qui est ou non fondamental, mais ce qui est constitutionnel et ce qui n'est pas constitutionnel. Ce n'est pas parce que l'on a oublié quelque chose que le juriste est autorisé lui – même à le mettre dans la Constitution.[238] »

142. Cependant, le Conseil constitutionnel a adopté une position quelque peu divergente vis–à–vis des propos du Doyen Vedel. Dans le cadre de la fondamentalité textuelle, la dimension substantielle de la notion est accessoire. Elle n'est que la résultante de la dimension formelle de la notion. Nous pouvons appuyer notre raisonnement sur les propos de Ronald Dworkin qui met en relief la difficulté de cerner la portée réelle des termes employés et l'ambivalence qui en découle : « la question des mots utilisés – celle de savoir si nous souhaitons rendre compte de nos conclusions dans un jugement interprétatif et quels seraient alors les critères d'interprétations qui conviendraient – serait secondaire par rapport aux convictions morales pour l'expression desquelles nous aurions utilisé ces mots, et les ressources du langage juridique seraient suffisamment flexibles pour qu'à peu prés les mêmes convictions puissent être rapportées dans un langage assez différent.[239] » Appliquée à notre objet d'étude, cette citation nous permet de mettre en exergue qu'il est délicat d'établir de manière

[237]« l'on peut s'interroger sur les valeurs retenues à sa base et les conditions dans lesquelles un droit est déclaré fondamental » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[238] MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 18

[239] DWORKIN Ronald, La théorie du droit comme interprétation, *Droit et Société* 1- 1985, p. 114

certaine la volonté des juridictions lorsqu'elles emploient la notion de fondamentalité. Dans le cadre de la fondamentalité textuelle, nous ne pouvons soutenir que la volonté du Conseil constitutionnel est de rendre compte de l'existence d'une nouvelle unité conceptuelle.

143. Mais, à partir, de la manifestation du concept par le biais des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par la décision du 16 juillet 1971[240], et plus encore avec la décision du 22 janvier 1990[241] reconnaissant à tous ceux qui résident sur le territoire de la République des « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », il apparaît que le même substantif recouvre une conviction quelque peu différente. La fondamentalité critère formel de répartition des compétences, devient la fondamentalité critère substantiel, source d'une unité conceptuelle nouvelle.

144. Le juge constitutionnel aurait-il cherché à compléter la Constitution en lui adjoignant ce que le pouvoir constituant aurait omis ? La réponse à cette interrogation est emprunte d'ambiguïté, ce qui paraît être une constante en matière de fondamentalité. S'il est exact que le juge constitutionnel ait fait preuve d'audace interprétative par sa découverte des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, comme le souligne Robert Badinter : « Vais-je évoquer la contribution du Conseil, depuis sa décision fondatrice de 1971 (sur la liberté d'association), à la sauvegarde des droits fondamentaux ? [242]» puis en consacrant la notion de libertés et droits fondamentaux, il n'en reste pas moins que ces innovations ont été atténuées dans leur portée par des jurisprudences ultérieures résolument plus restrictives dénoncées, par exemple, par Gilles Armand s'agissant de la protection offerte à la liberté individuelle : « le contexte actuel fait indiscutablement pencher la balance en faveur des exigences de l'ordre public au détriment de la protection des droits et libertés.[243] »

---

[240] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

[241] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

[242] BADINTER Robert, Une longue marche « Du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°25*, avril à juin 2008, p. 47

[243]ARMAND Gilles, Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?, *RFDC*, n°65, janvier 2006, p. 39

145. Aussi, nous avons choisi de mettre en exergue ce rapport ambigu du juge constitutionnel à la fondamentalité en nous concentrant sur une dimension substantielle limitée par la consécration des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (§1), mais malgré tout confirmée par la consécration des libertés et droits fondamentaux à valeur constitutionnelle (§2).

§1 – Une dimension substantielle limitée par la consécration des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)

146. Etienne Picard précise que : « Tous les droits ne sont certainement pas fondamentaux. Mais, à les considérer tels qu'ils s'affirment en droit positif, ils forment une catégorie très ouverte en ce sens que celle-ci s'avère susceptible d'accueillir en son sein toutes sortes de droits, quels que soient leurs objets, leurs titulaires, leurs sources formelles.[244] » Les PFRLR sont, dans le cadre du contentieux constitutionnel, la première manifestation de cette diversification du concept de fondamentalité jusque là reposant sur l'article 34 de la Constitution.

147. Les PFRLR peuvent être considérés comme des principes charnières dans la mesure où ils sont consacrés par le Préambule de la Constitution de 1946[245] sans pour autant que ce texte ne les détermine de manière exhaustive. Nous remarquons une fois encore cette dichotomie entre une fondamentalité formelle assumée par le texte constitutionnel et une fondamentalité substantielle indéterminée.

148. L'expression de PFRLR a pour origine l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931 qui consacre comme tel la liberté d'enseignement.[246] Cette catégorie a été oubliée durant les premières années de fonctionnement de la Cinquième République

[244] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[245] « Il (le peuple) réaffirme solennellement les droits et 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 » Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, pp. 8-9

[246] 23 novembre 1977 - Décision n° 77-87 DC *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement* Recueil, p. 42 - Journal officiel du 25 novembre 1977, p. 5530 « 2. Considérant, d'une part, que la sauvegarde du caractère propre d'un établissement lié à l'État par contrat, notion reprise de l'article premier, 4e alinéa, de la loi du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés, n'est que la mise en oeuvre du principe de la liberté de l'enseignement ; 3. Considérant que ce principe, qui a notamment été rappelé à l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle ; »

puisque la valeur juridique du préambule de la Constitution de 1958, faisant renvoi notamment au préambule de la Constitution de 1946, portait à controverses.[247]

149. Cependant, dès 1959 le Conseil d'Etat affirme la juridicité du préambule de la Constitution de 1958 à travers la catégorie des principes généraux du droit : « les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives[248]. » Ces principes, définis par Yves Gaudemet comme « des principes non écrits, souvent rattachés cependant à des textes écrits de moindre portée et déduits de ceux – ci que la jurisprudence reconnaît comme s'imposant à l'administration sous peine d'illégalité[249] », sont, en quelques sortes, les précurseurs des PFRLR. En effet, cette définition peut être transposée aux PFRLR. Ces derniers sont des principes non écrits, rattachés « au fonds législatif de la France[250] » et dont la jurisprudence constitutionnelle impose au législateur le respect sous peine d'inconstitutionnalité. La première reconnaissance des PFRLR par le Conseil constitutionnel a lieu par la décision du 16 juillet 1971[251] où le juge constitutionnel annule pour la première fois une disposition législative au motif qu'elle porte atteinte aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution. »

150. Ce nouveau support formel de la fondamentalité rappelé expressément par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée « réaffirmés par le préambule de la

[247] « les seuls travaux préparatoires initialement publiés, ceux du Comité consultatif constitutionnel montraient que le Gouvernement (par la voix de son Commissaire R. Janot) n'entendait pas subordonner les lois au préambule afin de ne pas favoriser la toute –puissance des juges. » TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 122

[248] Conseil d'Etat, Section, du 26 juin 1959, 92099, publié au recueil Lebon

[249] GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 19e édition, Paris, L.G.D.J, 2010, p. 105

[250] VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

[251] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114 « 2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ; »

Constitution » constitue l'amorce d'une définition substantielle de la fondamentalité maîtrisée par le juge constitutionnel. La fondamentalité ne répond plus uniquement à une prévalence formelle fondée sur la valeur constitutionnelle des principes mais également à une prévalence matérielle fondée sur la valeur « philosophique » de certains principes.

151. Aussi pour étudier ce passage de la fondamentalité formelle à la fondamentalité substantielle, nous avons choisi de voir en quoi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République constituent une amorce de définition matérielle du concept de fondamentalité (A), avant de constater que la portée de ces principes est volontairement encadrée par le Conseil constitutionnel (B).

A – L'esquisse d'une définition matérielle de la fondamentalité par la jurisprudence constitutionnelle

152. Le concept tel qu'il est supporté par les PFRLR a vocation à compléter la fondamentalité appréhendée comme une technique juridique.[252] Il apporte à la notion une dimension substantielle qui, suggérée dans certaines espèces par exemple dans la décision 83-156 DC[253], n'est que résiduelle dans le cadre de la fondamentalité issue de l'article 34 de la Constitution.

153. La reconnaissance des PFRLR inaugure une nouvelle utilisation du concept de fondamentalité par le juge constitutionnel. Il perfectionne par cet outil son rôle de régulateur. La fondamentalité textuelle lui permet de s'affirmer comme un régulateur des compétences entre le pouvoir exécutif et le législatif. La fondamentalité substantielle lui permet d'affirmer son rôle de régulateur du pouvoir politique au sens large. La consécration des PFRLR place le Conseil constitutionnel dans la position d'un défenseur des droits de la personne. Or, cette redéfinition de la fonction du Haut

[252] 18 septembre 2008 - Décision n° 2008-211 L *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire* Recueil, p. 365 - Journal officiel du 21 septembre 2008, p. 146061

[253] 28 mai 1983 - Décision n° 83-156 DC *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse* Recueil, p. 41 - Journal officiel du 1er juin 1983, p. 1646 « 4. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et détermine les principes fondamentaux du droit du travail ; qu'à ce titre, il lui appartient de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés ; qu'ainsi, sans violer aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, la loi soumise à l'examen du Conseil a pu, dans son article 8, poser des règles interdisant le cumul de pensions de retraite et de certaines activités et prévoir que le cumul d'une pension et d'une activité salariée, dans les cas où il est autorisé, donne lieu à une contribution de solidarité assise sur les salaires »

Conseil modifie la position institutionnelle du Conseil constitutionnel. Cette évolution répond à une double caractéristique énoncée par Pierre Mazeaud : « En reconnaissant valeur constitutionnelle à ces règles, le Conseil a accru son champ de compétences, répondant par là à une demande de justice constitutionnelle.[254] »

154. Le développement substantiel de la notion permet au Conseil constitutionnel d'étendre son champ de compétences en intégrant dans le champ de la constitutionnalité des principes qui ne sont pas explicitement consacrés par le texte constitutionnel. Ainsi, comme nous l'explique Michel Verpeaux « à défaut peut être d'avoir un avenir, les principes fondamentaux ont certainement un passé.[255] » En effet, ces principes sont issus des législations républicaines antérieures à la Constitution du 27 octobre 1946. Ce que constitutionnalise le Conseil constitutionnel, ce n'est pas la législation en tant que telle, mais le principe auquel elle renvoie. Par conséquent, pour Michel Verpeaux « la condition en définitive la plus importante réside dans le caractère suffisamment fondamental du principe pour mériter le caractère de « principe fondamental reconnu par… »[256] » La fondamentalité est utilisée par le juge comme un instrument d'interprétation constructive du champ de la constitutionnalité. La fondamentalité permet au juge de faire un « tri » entre les dispositions appartenant par analogie à « l'identité constitutionnelle » telle qu'elle est définie en droit allemand[257], et qui méritent d'accéder à une protection constitutionnelle. Le respect des PFRLR s'impose au législateur ainsi qu'à toutes les autorités publiques[258]. Les

[254] MAZEAUD Pierre, La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, intervention, EREVAN, 29 septembre – 2 octobre 2005, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[255] VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

[256] VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

[257] FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP*, 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[258] 22 juillet 1980 - Décision n° 80-119 DC *Loi portant validation d'actes administratifs* Recueil, p. 46 - Journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1868 « 6. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence. »

jurisprudences combinées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat[259] démontrent l'efficience de cette nouvelle catégorie juridique. On dénombre une dizaine[260] de PFRLR dont le plus ancien est la liberté d'association reconnu par la décision du 16 juillet 1971[261] et le plus récent relatif à la responsabilité pénale des mineurs consacré par la décision 2002-461 DC du 29 août 2002[262].

155. Le deuxième apport de la fondamentalité incarnée par les PFRLR est la mise en œuvre progressive du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel dont le point d'orgue est la mise en place récente de la question prioritaire de constitutionnalité depuis le 1er mars 2010. Longtemps considéré comme une autorité politique et non juridique, le Conseil constitutionnel use de la fondamentalité pour s'affirmer comme un juge en ce qu'il protège les droits et libertés. A partir de la reconnaissance des PFRLR, le Conseil constitutionnel commence à être comparé à « une juridiction des

[259] Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 29 mai 1992, 67622, publié au recueil Lebon « Considérant qu'ainsi que l'a énoncé le Conseil constitutionnel dans sa décision 83-165 DC du 20 janvier 1984, la garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; que cette indépendance suppose que les professeurs aient une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté scientifique et qu'elle est incompatible avec l'instauration d'un collège unique pour l'élection desdits conseils, regroupant les professeurs et d'autres catégories d'enseignants ou d'enseignants chercheurs qui ne peuvent leur être assimilés ; qu'eu égard aux fonctions des sous-directeurs de laboratoire susrappelées, ceux-ci ne peuvent être assimilés aux professeurs ; que si le décret attaqué pouvait, en vertu de l'article 37 de la loi du 26 janvier 1984 susvisé, déroger aux dispositions de l'article 39 de cette loi qui renvoie à un décret la fixation des conditions du droit de suffrage, la composition des collèges électoraux et les modalités d'assimilation et d'équivalence de niveau pour la représentation des personnels et des étudiants aux conseils ainsi que les modalités de recours contre les élections, il ne pouvait méconnaître le principe susrappelé d'indépendance des professeurs qui a une valeur constitutionnelle ; que par suite, l'article 9 du décret attaqué est entaché d'illégalité en tant qu'il prévoit un collège unique pour les professeurs et les sous-directeurs de laboratoire ; que l'ensemble des articles 8 à 17, ainsi que l'article 28, qui ne sont pas divisibles de ces dispositions doivent être annulées ; »

[260] voir annexe 1

[261] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

[262] 29 août 2002 - Décision n° 2002-461 DC *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* Recueil, p. 204 - Journal officiel du 10 septembre 2002, p. 14953 : « 26. Considérant que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle ; que ces principes trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante ; que toutefois, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs »

droits de l'homme[263] » sur le modèle de cours constitutionnelles européennes comme le Tribunal de Karlsruhe.[264] Certains auteurs, parmi lesquels Olivier Beaud, mettent, de manière plus ou moins explicite, en relation la contestation du caractère juridictionnel du Conseil avec une jurisprudence moins protectrice des libertés. Les décisions moins protectrices des libertés adoptées par le Conseil constitutionnel depuis notamment la politique sécuritaire ayant suivi les attentats du 11 septembre 2001 mettraient en relief les carences juridictionnelles de l'institution et renforceraient son caractère politique. Ainsi, Olivier Beaud énonce, s'agissant de sa lecture du livre de Pierre Joxe *Cas de conscience,* « l'assemblée de la rue Montpensier protège faiblement les libertés publiques.[265] » Le terme « d'assemblée » retient d'ailleurs l'attention avant de poser l'idée défendue par l'auteur de l'ouvrage selon laquelle : « le Conseil constitutionnel serait moins une juridiction qu'une institution politique.[266] » La détermination substantielle de la fondamentalité réactive le débat sur la nature des décisions de justice. Or, si l'on soutient, comme Pierre Mouzet, qu'interpréter « c'est faire un choix politique (ce qui ne signifie pas partisan)[267] », la fondamentalité revêt alors une signification extra juridique.

156. C'est dans le but de vérifier cette hypothèse tenant au caractère extra juridique du concept, que nous allons à présent voir en quoi le Conseil constitutionnel a volontairement encadré le développement des PFRLR.

[263] « Les observateurs allemands ont compris tout de suite le changement fondamental que constituait pour le Conseil sa grande décision du 16 juillet 1971 et l'élargissement du droit de saisine à l'opposition parlementaire en 1974. On mettait en relief que le Conseil constitutionnel évoluait vers une juridiction des droits de l'homme. » SCHÖNBERGER Christoph, Le Conseil constitutionnel vu d'Allemagne : une marche difficile vers le sommet juridictionnel, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°25*, avril à juin 2008 p. 63

[264]« la Cour allemande était donc, dès ses débuts, surtout une Cour des droits de l'homme » SCHÖNBERGER Christoph, Le Conseil constitutionnel vu d'Allemagne : une marche difficile vers le sommet juridictionnel, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°25*, avril à juin 2008 p. 62

[265] BEAUD Olivier, Débattre sur le Conseil constitutionnel... Enfin !, *AJDA*, 2010, p. 353

[266] BEAUD Olivier, Débattre sur le Conseil constitutionnel... Enfin !, *AJDA*, 2010, p. 353

[267] MOUZET Pierre, Le rapport de constitutionnalité, Les enseignements de la V^{e} République, *RDP*, 20 juillet 0701 n° 4, 1er juillet 2007, p. 959

B – Une portée substantielle tempérée par le Conseil constitutionnel

157. Sensible peut-être aux critiques d'une partie de la doctrine s'agissant des PFRLR[268], le Conseil constitutionnel a par sa décision du 20 juillet 1988 posé à travers les considérants 11 et 12[269] de cette jurisprudence des critères permettant l'identification d'un tel principe. Jean et Jean-Eric Gicquel résument ces considérants ainsi que les décisions ultérieures relatives à la même problématique comme suit : « Ceux- ci (PFRLR) doivent être importants (…), constants (…) et se distinguent de la tradition républicaine (…).[270] » Il est ainsi surprenant de constater que le juge constitutionnel ne donne aucune indication tenant à la détermination du caractère fondamental de ces principes. De surcroît, seul un critère est substantiel celui tenant au caractère républicain des législations pouvant servir de base normative à la consécration d'un PFRLR. Les deux autres critères, application constante et entrée en vigueur de la loi antérieurement à la Constitution du 27 octobre 1946, demeurent des données formelles.

158. Nous retrouvons cette permanence d'un imbroglio des logiques juridiques formelle et matérielle permettant de déterminer la fondamentalité. Le juge constitutionnel ne répond que très partiellement à l'interrogation soulevée, par exemple, par le Professeur Turpin : « qu'est-ce qui mérite d'être qualifié de fondamental ?[271] » Deux éléments de réponse peuvent être apportés. D'une part, un élément négatif de définition exposé dans le considérant 11 de la décision 88-244 DC : « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée. » Par conséquent, la reconnaissance de la fondamentalité ne peut être liée à son ancienneté temporelle. Cette remarque permet d'expliquer

[268]« dès lors « ces principes à tout faire » (L. Favoreu), « à géométrie variable » (D. Loschak) n'aboutissent qu'à soumettre la volonté du législateur d'un jour à celle du législateur d'hier ou d'avant –hier interprétée par le juge constitutionnel (…) » TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 125

[269]20 juillet 1988 - Décision n° 88-244 DC *Loi portant amnistie* Recueil, p. 119 - Journal officiel du 21 juillet 1988, p. 9448 « 11. Considérant que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; 12. Considérant que, si dans leur très grande majorité les textes pris en matière d'amnistie dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du préambule de la Constitution de 1946 ne comportent pas de dispositions concernant, en dehors des incriminations pénales dont ils ont pu être l'occasion, les rapports nés de contrats de travail de droit privé, il n'en demeure pas moins que la loi d'amnistie du 12 juillet 1937 s'est écartée de cette tradition ; que, dès lors, la tradition invoquée par les auteurs de la saisine ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1946 »

[270] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 107

[271] TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 125

pourquoi la fondamentalité se développe sur le support d'autres normes sans lien avec le passé juridique de la France. D'autre part, un élément de définition positif exposé au considérant 12 de la décision du 20 juillet 1988 : « la législation républicaine », c'est-à-dire que la fondamentalité reçoit ici une esquisse de définition idéologique, au sens où, ne peut être reconnu comme fondamental qu'un principe qui a trait à la république. Cette dernière peut être définie comme une « forme d'organisation politique dans laquelle les détenteurs du pouvoir l'exercent en vertu d'un mandat conféré par le corps social.[272] » Or, si chez Montesquieu la république s'accommode aussi bien de la démocratie que de la monarchie française, comme nous l'explique Philippe Braud[273], la Constitution du 4 octobre 1958 précise les caractères de la République française en son article premier notamment en exposant que celle – ci est : « indivisible, laïque, démocratique et sociale.[274] » Ainsi, le caractère fondamental d'un principe pourrait découler du fait que celui-ci participe à la réalisation des notions susmentionnées.

159. Toutefois, si cet essai de définition apparaît intellectuellement séduisant, il ne peut en rien être considéré comme suffisant. Si l'on compare ce raisonnement aux PFRLR consacrés, on a du mal à établir un lien entre, par exemple, l'indépendance des professeurs d'université[275] et les notions énoncées à l'article premier de la Constitution. A l'inverse, d'autres PFRLR comme la liberté de conscience[276] et la laïcité[277] correspondent exactement aux critères substantiels d'identification de la fondamentalité.

---

[272] Définition du terme république, Larousse, source http://www.larousse.fr

[273] BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, 5e édition, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 190

[274] Article premier de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits : « ARTICLE PREMIER. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

[275] 20 janvier 1984 - Décision n° 83-165 DC *Loi relative à l'enseignement supérieur* Recueil, p. 30 - Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 365 : « 20. Considérant qu'en ce qui concerne les professeurs, auxquels l'article 55 de la loi confie des responsabilités particulières, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques »

[276] 27 juin 2001 - Décision n° 2001-446 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* Recueil, p. 74 - Journal officiel du 7 juillet 2001, p. 10828 : « que la liberté de conscience constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »

[277] Conseil d'Etat, 8 SS, du 30 novembre 2001, 219605, inédit au recueil Lebon : « Considérant que l'article 7 de la loi du 1er juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, a maintenu en application dans ces départements les articles 21 à 79 du code civil

160. L'encadrement des PFRLR n'est que relatif. Si le champ formel de ces derniers est clairement déterminé par le juge constitutionnel, le champ substantiel de ceux-ci demeure ouvert. Comme le précise le Professeur Verpeaux : « même en satisfaisant aux critères posés par le Conseil constitutionnel lui – même, le juge dispose d'une assez grande liberté pour formuler ces principes puisqu'il n'est pas lié par un texte précis.[278] » Ceci explique pourquoi en dépit de la jurisprudence restrictive de 1988, la reconnaissance de nouveaux PFRLR a été certes limitée mais existante. Le Conseil constitutionnel a reconnu postérieurement à la décision 88-244 DC, comme PFRLR que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée immobilière en 1989[279] ou encore l'existence d'une justice pénale des mineurs en 2002[280] tandis que le Conseil d'Etat a consacré en 1996 le principe de l'interdiction d'une extradition à caractère politique[281].

---

local ; qu'ainsi le maintien en vigueur de la législation locale procède de la volonté du législateur ; que si, postérieurement à la loi précitée du 1er juin 1924, les préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure le principe de laïcité, cette réaffirmation n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi »

[278] VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

[279] 25 juillet 1989 - Décision n° 89-256 DC *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles* Recueil, p. 53 - Journal officiel du 28 juillet 1989, p. 9501 : « qu'en outre, le principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'autorité judiciaire est garante de la propriété, implique que le montant de la provision payée à l'exproprié ou consignée soit fixé par le juge de l'expropriation »

[280] 29 août 2002 - Décision n° 2002-461 DC*Loi d'orientation et de programmation pour la justice* Recueil, p. 204 - Journal officiel du 10 septembre 2002, p. 14953 : « 26. Considérant que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle ; que ces principes trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante ; que toutefois, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs »

[281] Conseil d'Etat, Assemblée, du 3 juillet 1996, 169219, publié au recueil Lebon : « Considérant qu'aux termes de l'article 44 de l'accord de coopération franco-malien susvisé : "L'extradition ne sera pas exécutée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la partie requise comme une infraction politique ou comme une infraction connexe à une telle infraction" ; que ces stipulations doivent être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique ; qu'elles ne sauraient dès lors limiter le pouvoir de l'Etat français de refuser l'extradition au seul cas des infractions de nature politique et des infractions qui leur sont connexes ; que, par suite, M. Y... est, contrairement à ce que soutient le garde des sceaux, fondé à se prévaloir de

161. L'étude des PFRLR permet de poser deux axiomes. La fondamentalité en droit français n'est pas un concept purement formel, elle renvoie à un contenu concret relatif aux droits et libertés des personnes. Les PFRLR, s'ils sont une amorce de définition substantielle de la fondamentalité, ne sont pas suffisants pour comprendre ce que recouvre cette notion. Les incertitudes perdurent s'agissant de ces principes[282] parce que des doutes subsistent encore et toujours quant au sens de la fondamentalité. La seule certitude que nous ayons est que la constance de l'indétermination de la fondamentalité permet au juge, et en particulier au juge constitutionnel, d'entretenir son rôle de créateur explicité par Jean Morange : « il (le juge constitutionnel) détermine, d'abord, quels sont les principes à valeur constitutionnelle et il en précise le contenu et la portée. Il lui appartient, ensuite, non seulement de les concilier entre eux, mais de les concilier également avec les objectifs à valeur constitutionnelle qui sont dégagés par lui.[283] » L'apparition de l'expression « libertés et droits fondamentaux à valeur constitutionnelle » dans la décision du 22 janvier 1990[284] peut alors être appréhendée comme une volonté du Conseil constitutionnel d'enrichir une fois encore le bloc de constitutionnalité.

§2- Une dimension substantielle confirmée par la consécration des droits et libertés fondamentaux

162. En droit français, le concept de fondamentalité repose principalement sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles par le Conseil constitutionnel. Que le concept réponde à une logique formelle, comme dans le cas de la fondamentalité textuelle, ou, à une logique matérielle, s'agissant des PFRLR, il est constant que la fondamentalité est construite par le juge. Pierre Mouzet nous explique « que l'interprétation constitutionnelle soit pur acte de volonté ou en partie acte de connaissance, il est certain que la question de constitutionnalité est ici celle des

---

ce principe ; qu'il ne ressort toutefois pas des pièces du dossier que l'extradition du requérant ait été demandée dans un but politique »

[282]« l'observation précise des conditions dans lesquelles le Conseil ne consacre pas un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République permettra tout au contraire de souligner les incertitudes qui continuent de peser sur cette catégorie » MERLEY Nathalie, La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, *RFDA*, 2005 p. 621

[283] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 89

[284] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

valeurs[285] » ce qui sous-entend que l'interprétation constitutionnelle est plus un acte de volonté que réellement un acte de connaissance.

163. Par conséquent, quelle est la volonté du juge constitutionnel lorsque dans le considérant 33 de sa décision 89-269 DC du 22 janvier 1990[286], il emploie l'expression inédite de « libertés et droits fondamentaux ayant valeur constitutionnelle » ? La nouveauté en l'espèce réside dans le fait que si les juges ordinaires ont usé, avant le Conseil constitutionnel, de la formulation « droits et libertés fondamentaux de la personne humaine[287] », ils n'ont pas conféré à ces derniers une valeur constitutionnelle. Pourtant, la lecture de la décision du juge constitutionnel n'apporte que peu d'éléments tenant à la définition de la fondamentalité. Pour Etienne Picard, la formule retenue par le Haut Conseil en 1990 peut recouvrir trois significations : « cette expression peut avoir deux ou trois significations : elle peut d'abord vouloir dire, conformément à la logique substantielle, que leur valeur constitutionnelle dérive de leur caractère fondamental ; toujours selon la même logique, mais en l'espèce de façon un peu moins plausible, elle peut aussi signifier, qu'il s'agit des droits qui, au sein de l'ordre constitutionnel, jouissent d'une portée prééminente ; elle peut enfin et surtout impliquer, selon une logique formelle, qu'il y a des droits fondamentaux qui ne sont pas constitutionnels mais, par suite, simplement législatifs.[288] » L'ambiguïté sur le sens de la notion n'est donc pas levée par la consécration constitutionnelle des droits fondamentaux.

164. Cependant, l'étude de cette décision nous amène à poser deux constats. Premièrement, la fondamentalité est bien le fruit d'une volonté du juge. La création de cette expression sans rapport avec le texte constitutionnel ne peut pas être le fruit du hasard. Est-ce un acte de connaissance ? L'absence de référence à une disposition du bloc de constitutionnalité, la carence de toute mise en évidence d'un raisonnement juridique à l'origine de cette affirmation selon laquelle il existe des libertés et droits

[285] MOUZET Pierre, Le rapport de constitutionnalité, Les enseignements de la V^e^ République, *RDP,* 20 juillet 0701 n° 4, 1^er^ juillet 2007, p. 959

[286] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972 « 33. Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la 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 »

[287] Conseil d'Etat, 2 / 6 SSR, du 10 mars 1989, 97226, inédit au recueil Lebon

[288] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

fondamentaux à valeur constitutionnelle, nous conduisent à soutenir que si connaissance il y a, elle ne peut être que le fruit d'une réminiscence au sens de Socrate[289].

165. Mais distinguer la proportion de connaissances de celle de volonté ayant précédée à la consécration de cette expression est impossible à établir avec certitude. De surcroît, comme nous l'indique Michel Troper la volonté n'est pas synonyme de pouvoir : « On attribue quelquefois à tort la liberté de l'interprète au fait que l'interprétation est un acte de volonté. Si elle est bien un acte de volonté, on ne doit pourtant pas voir là la source d'un pouvoir quelconque. Toute interprétation en effet, quelle qu'elle soit, (…) est un acte de volonté, parce qu'elle peut se ramener à une prescription (…) Cette prescription n'est jamais susceptible d'être vraie ou fausse. Mais une prescription peut être soit une simple recommandation ou un conseil, non obligatoire, soit une norme obligatoire.[290] » Ainsi, la fondamentalité apparaît comme une prescription obligatoire. Elle n'est donc pas une simple facilité de langage. Contrairement aux propos du Doyen Vedel, la fondamentalité est bel et bien un objet juridique concret du droit constitutionnel français.

166. Le deuxième constat qui peut être établi est que la fondamentalité se distingue des autres catégories du bloc de constitutionnalité en ce qu'elle bénéficie à « tous ceux qui résident sur le territoire de la République.[291] » Elle se caractérise par la largesse du nombre de ses bénéficiaires. Cependant, cette protection étendue du concept n'en est que la conséquence et non le fait générateur. C'est parce que ces libertés et droits sont fondamentaux, qu'ils bénéficient aux nationaux comme aux étrangers et non

[289] « Conçois-tu une fois encore, Ménon, où celui-ci en est maintenant dans sa marche vers la remémoration ? C'est que tout d'abord, au début, il ne savait pas quelle est la ligne de l'espace de huit pieds, tout comme il ne le sait pas maintenant encore, mais pourtant il croyait bien alors savoir quelle elle est, et il répondait résolument comme quelqu'un qui sait, et il ne se conduisait pas en homme qui est dans l'embarras; alors que maintenant, il se conduit dorénavant en homme qui est dans l'embarras, et, tout comme il ne sait pas, il ne croit pas non plus savoir » PLATON, *Ménon*, L'expérience avec l'esclave, 80d1-86d2, Traduction Bernard SUZANNE, 2000, source http://plato-dialogues.org

[290] TROPER Michel, La liberté de l'interprète, *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg, source http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge3.html

[291] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972 « 33. Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la 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 »

l'inverse.[292] Le champ expansif des titulaires d'un droit n'est que la conséquence de la fondamentalité.[293]

167. A partir de ces constats, nous allons étudier en quoi la fondamentalité est le fruit d'une jurisprudence intentionnelle (A) avant de mettre en relief que cette démarche jurisprudentielle demeure inachevée notamment quant au sens de la notion (B).

A – Une jurisprudence intentionnelle

168. Les deux décisions qui ont retenu notre attention sont celles du 22 janvier 1990[294] et celle du 13 août 1993[295]. Outre le fait que le Conseil constitutionnel y emploie l'expression de « libertés et droits fondamentaux à valeur constitutionnelle », ces deux jurisprudences semblent participer d'un même mouvement de consécration d'une approche a priori substantielle de la fondamentalité dans le cadre du contentieux constitutionnel. Ces décisions peuvent être envisagées comme complémentaires, dans la mesure où, après avoir annoncé l'émergence d'une nouvelle unité conceptuelle de valeur constitutionnelle en 1990, le Conseil constitutionnel définit le contenu de cette dernière en 1993. La liste des droits et libertés qualifiés de fondamentaux en 1993 n'apparaît en rien exhaustive. Il était, à cette période, envisageable de soutenir que le Conseil allait au gré de sa jurisprudence compléter cette catégorie.

169. Or, l'intention du juge constitutionnel lorsqu'il consacre en 1990 explicitement la notion de fondamentalité n'est peut-être pas d'ajouter une unité conceptuelle supplémentaire au bloc de constitutionnalité. Sa volonté réside peut être simplement pas dans le fait de réaffirmer la portée du principe d'égalité. Ainsi, le Professeur Benoît – Rohmer nous explique que « Ce considérant de principe revêt une importance qui n'échappera à personne, à un moment où notre pays connaît une poussée xénophobe et raciste d'une particulière ampleur. Il indique que les mesures

[292]« Quels que soient leurs titulaires, les libertés et droits de valeur constitutionnelle doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle ». GENEVOIS Bruno, Un statut constitutionnel pour les étrangers, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993, *RFDA*, 1993 p. 871

[293]«A partir du moment où en consacrant la libre administration des collectivités territoriales comme liberté fondamentale le Conseil d'Etat a choisi la conception moderne des libertés fondamentales » FAVOREU Louis, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1739

[294] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

[295] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

discriminatoires à l'encontre des étrangers que prendra le législateur butent sur deux rocs incontournables : les garanties du droit international et celles des droits fondamentaux applicables à toutes les personnes résidant sur le territoire de la République sans acception de nationalité.[296] » En d'autres termes, la décision du 22 janvier 1990 correspond à une volonté de privilégier une valeur, l'égalité, sur une autre valeur « la préférence nationale. » La fondamentalité n'apparaît pas comme un instrument quantitatif, au contraire elle demeure un moyen de prévalence formelle. Ici, c'est l'égalité qui s'avère fondamentale, ce qui se rapproche de la dernière interprétation de cette expression de « libertés et droits fondamentaux à valeur constitutionnelle » donnée par le Professeur Picard « qu'il y a des droits fondamentaux qui ne sont pas constitutionnels mais, par suite, simplement législatifs.[297] »

170. La portée de cette formulation n'est pas de parfaire le contenu du bloc de constitutionnalité mais de mettre en exergue la prévalence de certains droits au sein de ce bloc de constitutionnalité. Ainsi, dans le cadre de chaque bloc (constitutionnel, législatif, réglementaire), certains principes prévalent sur d'autres. La différence avec l'intangibilité du droit constitutionnel allemand tient à ce que cette prévalence n'a pas été définie préalablement par le pouvoir constituant originaire, elle se manifeste de manière relative, au cas par cas, dans le cadre de la jurisprudence. C'est ce qu'Etienne Picard nous démontre lorsqu'il met en relief les relations intrinsèques entre hiérarchie matérielle et hiérarchie formelle : « la hiérarchie substantielle habite aussi en cette hiérarchie formelle, dont la formalité même tend à masquer les exigences de celle-là, qui pourtant se révèle dans l'application plus concrète et relative de ces normes.[298] » La hiérarchie substantielle est relative et contingente, elle est marquée par le contexte. L'usage de la fondamentalité permet au juge constitutionnel d'orienter le législateur sur le chemin du respect de l'Etat de droit : « elle (la décision commentée) condamne à l'insignifiance juridique certains débats actuels tendant à imposer une « préférence nationale » : à l'évidence, celle-ci supposerait désormais une révision de la Constitution politiquement exclue.[299] »

[296] BENOIT – ROHMER Florence, Applicabilité du principe d'égalité aux étrangers, *AJDA*, 1990, p. 471

[297] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[298] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[299] BENOIT – ROHMER Florence, Applicabilité du principe d'égalité aux étrangers, *AJDA*, 1990, p. 471

171. En 1993, la démarche suivie par le Conseil constitutionnel se complexifie. Nous retrouvons une démarche semblable à celle liée au respect de la prévalence du principe d'égalité entre les nationaux et les étrangers par exemple dans le cadre du considérant 84 de la décision 93-325 DC[300]. Toutefois, ce raisonnement devient ardu à appliquer au considérant 81 relatif au droit d'asile. En l'espèce, il ne peut s'agir de la protection du principe d'égalité puisque par définition les nationaux ne peuvent, dans leur propre nation, se prévaloir du droit d'asile. Et pourtant lorsque l'on analyse ce membre de phrase : « s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution[301] » nous comprenons que le droit d'asile est le « sésame » indispensable à la mise sur un pied d'égalité des nationaux et des étrangers. Cette approche de la fondamentalité renvoie à une possible détermination de la fondamentalité par référence au contenu de l'article premier de la Constitution qui établit que la République : « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. »

172. Néanmoins, si la jurisprudence du 13 août 1993 s'inscrit dans la continuité de celle du 22 janvier 1990, en ce qu'elle confirme l'approche formelle de la fondamentalité, il n'en reste pas moins qu'en établissant une liste des libertés et droits fondamentaux à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel brouille une nouvelle fois la logique qui sous-tend le concept en droit français et pose alors non plus la question du sens de la fondamentalité mais de l'exhaustivité de son contenu.

---

[300] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 : « 84. Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; que sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel »

[301] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 : « 81. Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

B – Une démarche jurisprudentielle sibylline

173. La fondamentalité formelle de laquelle découle une fondamentalité substantielle nous apparaît être une réalité au sein du système juridique. Cet axiome repose sur le fait que l'usage de la fondamentalité induit la volonté de traduire un effet de prévalence. Mais la portée de cette volonté de prévalence peut-elle formellement s'incarner dans une nouvelle catégorie juridique ?

174. L'interrogation est soulevée à partir du moment où le juge constitutionnel a recours à des principes non expressément prévus par le texte de la Constitution pour invalider une loi ou soumettre le législateur au respect de certaines exigences. La question se pose dès la consécration des PFRLR par la décision du 16 juillet 1971, cela dit en des termes quelques peu différents par rapport notamment à l'énumération contenue dans la décision 93-325 DC. Les PFRLR ne sont donc pas créés ex nihilo par le juge constitutionnel.[302] Leur existence est antérieure à leur intégration au sein du bloc de constitutionnalité.[303] Lorsqu'il les consacre, le Conseil constitutionnel ne fait qu'élever hiérarchiquement au rang normatif supérieur les PFRLR contenus dans le corps d'une loi. Cet ascenseur normatif se justifiant par leur caractère important, la constance de leur application tout en étant distincts de la tradition républicaine. Dans le cadre des PFRLR, nous pouvons répondre par la positive à l'interrogation susmentionnée : « oui » la volonté de prévalence formelle du juge peut conduire à la constitution d'une nouvelle unité conceptuelle à valeur constitutionnelle. Néanmoins, la portée de cette affirmation est atténuée par les arguments permettant de démontrer les liens entre les PFRLR et le texte constitutionnel notamment quant au caractère novateur de cette catégorie.

175. Si les conclusions s'avèrent incertaines s'agissant des PFRLR qu'en est-il dans la décision du 13 août 1993 ? Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a-t-il la volonté de compléter sans aucune source formelle de référence, une nouvelle catégorie de droits, en l'espèce, les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle ?

[302] « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) tirent leur origine d'une expression figurant dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Dès l'entrée en vigueur de cette Constitution, ils sont devenus une composante de notre ordonnancement juridique. Ils ont survécu en 1958 au changement de République, en raison du renvoi opéré par le Préambule de la Constitution de 1958 au Préambule de 1946. » GENEVOIS Bruno, Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, *AJDA*, 1998, p. 477

[303] « « il s'agit d'une catégorie constitutionnelle nouvelle, formellement législative. »TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 125

Ce qui sous-tend le questionnement est la présence d'une liste de libertés énoncée dans la décision. Cette attitude est novatrice pour le Conseil constitutionnel, car en matière de fondamentalité, il n'avait pas, jusque là, raisonné par ensemble de libertés mais au cas pas cas. Par exemple, il n'a pas dressé préalablement à leur consécration, dans un cas d'espèce donné, de liste des PFRLR. La liste de la décision de 1993, notamment exposée au considérant 3, contient « la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale[304] » auxquelles il faut ajouter les considérants 81 et 84 dans lesquels le Conseil constitutionnel consacre le droit d'asile et les droits de la défense en tant que droits fondamentaux. Avant cette énumération, le Conseil constitutionnel avait consacré le caractère fondamental du droit de propriété en 1982 [305] et de la liberté de communication en 1984[306] et en 1994[307]. En 1998, le juge adopte une nouvelle

[304] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 « 3. Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés »

[305] 16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299 « 16. Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »

[306] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200 « 37. Considérant que, cependant, s'agissant d'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, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

[307] 29 juillet 1994 - Décision n° 94-345 DC *Loi relative à l'emploi de la langue française* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240 « 5. Considérant que s'il incombe au législateur, compétent, aux termes de l'article 34 de la Constitution, pour fixer "les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer, il ne saurait le faire, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés, qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

formulation. Il ne reprend pas son expression de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » mais après avoir rappelé que le législateur doit dans le cadre de sa compétence respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle, il précise : « en ce qui concerne en particulier les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés ; que figurent notamment, parmi ces droits et libertés, la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dont découle en particulier la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises.[308] » Ce changement de terminologie n'appelle aucune remarque particulière dans le commentaire officiel de la décision[309].

176. La multiplicité des expressions employées par le juge constitutionnel et, depuis 1998, la disparition de l'emploi de ce vocabulaire, excepté dans le cadre du contrôle mené sur la base de l'article 54 de la Constitution relatif à l'examen de la compatibilité à la Constitution des traités internationaux, nous laissent à penser que le Conseil constitutionnel n'a pas eu la volonté de créer ex nihilo une nouvelle catégorie juridique. Peut-être en 1990 et 1993 a-t-il eu une tentation, celle de bâtir un ensemble normatif jurisprudentiel regroupant de manière moderne et cohérente sous une seule et même catégorie l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis. Mais

[308] 10 juin 1998 - Décision n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* Recueil, p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033 « 3. Considérant que, s'il est loisible au législateur, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article 34 de la Constitution qui range dans le domaine de la loi "les principes fondamentaux ... du droit du travail...", de fixer la durée légale hebdomadaire du travail effectif et, dans ce cadre, d'instituer des mécanismes d'incitation financière propres à favoriser, dès l'entrée en vigueur de la loi, la réduction du temps de travail et la sauvegarde de l'emploi, cette disposition constitutionnelle, tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit syndical et de la sécurité sociale, ne sauraient dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, en ce qui concerne en particulier les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés ; que figurent notamment, parmi ces droits et libertés, la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dont découle en particulier la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises »

[309]Commentaire de la décision n° 98-401 DC du 20 juin 1998 Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail « Le Conseil constitutionnel s'est attaché, dans un troisième temps, à répondre au grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre et aux droits et libertés des employeurs et des salariés ; il a ainsi indiqué qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, dès lors que lesdites limitations n'ont pas pour conséquence d'en dénaturer la portée. Puis, il a rappelé la compétence du législateur dans la matière des principes fondamentaux du droit du travail, qui lui permet notamment de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés. » *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°5*, premier semestre 1998, p. 12

les vives critiques qui suivirent sa décision du 13 août 1993 conjuguées au fait que l'établissement d'une liste comporte des désavantages ont conduit, nous le pensons, le Conseil constitutionnel à renoncer à cette tentation. En effet, dresser une liste exige que les composantes de celle-ci soient cohérentes, donc de déterminer des critères d'identification de ces dernières, comme le Conseil l'a fait pour les PFRLR ce qui a conduit à la rareté de leur nombre. Or, la détermination de critères réduit la marge de liberté interprétative de la juridiction dont la crédibilité est liée au respect desdits critères.

177. Aussi, si volonté il y a eu de la part du Conseil constitutionnel, elle réside plus sûrement dans le fait de conserver sa liberté interprétative, comme le souligne Dominique Rousseau « ce qui est « fondamental » et ne l'est pas, est décidé librement par le Conseil.[310]» La contrepartie de ce souci de liberté, dont le corollaire est le manque de cohérence du concept, a conduit à la définition empirique et paradoxale des libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle.

[310] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 107

Chapitre 2 : Une détermination empirique

178. La décision du 22 janvier 1990[311] semblait marquer un nouvel élan dans le développement du droit des libertés. Résolument plus moderne et plus ouverte aux droits conventionnel[312] et communautaire[313], l'expression de «libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » pouvait être appréhendée comme signifiant l'introduction au sein du bloc de constitutionnalité d'un élément novateur. Suscitant l'enthousiasme, les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle ne vont pas connaître l'essor attendu ou espéré. Dès 1993, leur avenir s'obscurcit lorsque le pouvoir constituant dérivé contrecarre l'interprétation donnée du droit d'asile par le juge constitutionnel. Dans la décision 93-325 DC[314], le Conseil constitutionnel donne une lecture très protectrice du droit d'asile, qualifié expressement de droit fondamental. Il y dévoile également une liste, a priori non exhaustive, des libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle. Avec le recul, nous nous apercevons que cette révision constitutionnelle, alors même qu'elle fait entrer dans le texte constitutionnel l'expression de libertés fondamentales à l'article 53-1[315], marque un coup d'arrêt dans la reconnaissance de cette nouvelle catégorie juridique au niveau du contentieux constitutionnel. Les critiques émises,

[311] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

[312]A titre d'exemple CEDH, *affaire Maurice contre France*, n° 11810/03, 6 octobre 2005, publiée au Recueil des arrêts et décisions 2005-IX « 86. Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, parmi d'autres, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52, p. 26, § 69). Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 du Protocole n° 1 tout entier, donc aussi dans la seconde phrase qui doit se lire à la lumière du principe consacré par la première. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété (*Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, précité, p. 23, § 38). »

[313] A titre d'exemple CJUE, affaire C-510/08 Arrêt 2010-04-22 Mattner « 53 À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'il résulte certes de la jurisprudence de la Cour que la nécessité de sauvegarder la cohérence d'un système fiscal peut justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité. Toutefois, pour qu'une telle justification puisse être admise, il est nécessaire que soit établie l'existence d'un lien direct entre l'octroi de l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé (voir arrêts Manninen, précité, point 42, ainsi que du 17 septembre 2009, Glaxo Wellcome, C-182/08, non encore publié au Recueil, points 77 et 78). »

[314] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

[315] Loi n°93-1256 du 25 novembre 1993 constitutionnelle relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile

notamment par le Premier ministre de l'époque Edouard Balladur[316], à l'encontre de l'utilisation du droit non-écrit par le Conseil constitutionnel, vont d'emblée fragiliser tant la légitimité et l'autorité de cette nouvelle unité conceptuelle de valeur constitutionnelle que celles de son interprète le Conseil constitutionnel.

179. Si le sens proprement juridique du concept fait débat[317], les libertés fondamentales vont pourtant connaître un développement croissant. Alors que le vide normatif tenant à la détermination des droits fondamentaux demeure, ces derniers connaissent un véritable succès. De plus en plus de textes de droit interne font référence aux droits et libertés fondamentaux. La manifestation la plus probante de ce succès est la loi du 30 juin 2000[318] instaurant la procédure du référé-liberté. La terminologie s'insère dans le langage juridique, politique, social. Les cours de libertés publiques dispensés dans les facultés de droit deviennent des cours de libertés fondamentales[319], de nombreux projets ou propositions de loi ou amendements[320] tentent de faire consacrer de nouveaux droits fondamentaux, tandis que la sphère sociale, elle aussi, appelle à la consécration des droits numériques comme droits fondamentaux[321]. Alors que la définition constitutionnelle amorcée des libertés fondamentales s'essouffle, la fondamentalité connaît une croissance exponentielle dans des domaines infra et extra constitutionnels.

---

[316] Discours prononcé par M. Edouard Balladur, le 19 novembre 1993, devant le Congrès (extrait) : « Depuis que le Conseil constitutionnel a décidé d'étendre son contrôle au respect du préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît, conçus parfois à des époques bien différentes de la nôtre. Certains pensent même qu'il lui est arrivé de les créer lui-même. » source http://www.senat.fr

[317] « La satisfaction qu'on en tire se justifie sans doute politiquement ou moralement. Juridiquement, un peu plus de réserve s'impose. Car il faut déterminer ce qu'implique exactement ce mouvement, et où il conduit. » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[318] Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives

[319]Arrêté du 30 avril 1997 relatif au diplôme d'études universitaires générales Droit et aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et science politique, extraits, « Annexe, description des licences et des maîtrises du secteur droit et science politique I - Licence et maîtrise en droit,1 - Contenu de la licence : La licence en droit comporte 500 heures d'enseignement au moins, sous forme de cours ou de travaux dirigés, dont au moins 300 heures portent sur les matières suivantes : droit des libertés fondamentales »

[320] Amendement n°136 rect., présenté par Mme Batho, M. Valls, M. Urvoas, Mme Karamanli, M. Pupponi, M. Blisko, M. Le Bouillonnec, M. Valax, M. Jung et les membres du groupe Socialiste, radical, citoyen et divers gauche : « article additionnel avant l'article premier, insérer l'article suivant :I. – La sécurité est pour chaque citoyen un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives », Assemblée nationale, 5 février 2010, Performance de la sécurité intérieure - (n° 2271)

[321]Déclaration des droits fondamentaux numériques, présentée par Hervé Morin, le 23 juin 2009, source http://droits-numeriques.org/

180. La complexité de la fondamentalité, au sein du système juridique français, réside dans la constitution d'une présomption de fondamentalité. En d'autres termes, parce qu'elle est consacrée par des textes de droit, les juridictions deviennent le moteur du développement du concept, mais, c'est une évolution au cas par cas. Parce qu'elle est consacrée par des juridictions, la sphère sociale la revendique au bénéfice de droits nouveaux poussant par là même la sphère politique à voter des textes en conséquence. Ainsi, la fondamentalité est au cœur de nombreux débats, elle est même analysée comme la caractéristique première de l'Etat de droit[322]. Toutefois, déterminer ce qu'elle recouvre avec exactitude en droit interne s'avère délicat.

181. Pour tenter de cerner ce qu'est la fondamentalité en droit français, nous allons partir du paradigme posé par Louis Favoreu selon lequel : « Les droits et libertés fondamentaux désignent donc simplement les droits et les libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus, ni moins.[323] » Cette définition de la fondamentalité s'avère très large puisqu'elle suppose que dès qu'une liberté connaît une consécration juridique parmi les trois niveaux normatifs exposés, elle entre dans le champ de la fondamentalité. Cette définition apparaît comme corroborant cette présomption de fondamentalité qui est intrinsèquement liée à l'idée présentée par Etienne Picard selon laquelle : « ces droits fondamentaux ne représentent rien de très nouveau : leur émergence ne serait qu'un épiphénomène à portée limitée, essentiellement verbale.[324] » Reprenant la méthode proposée par le Professeur Picard, nous allons tenter de confronter cette approche sereine de la fondamentalité à la réalité de son application.

182. Cette confrontation nous amène à mettre en lumière, dans une section première, que ce concept est défini de manière paradoxale notamment par les juridictions, ce qui conduit au maintien d'une présomption de fondamentalité[325] que nous analyserons dans une section deuxième.

---

[322] « caractère d'un Etat où la protection des droits fondamentaux des personnes se trouve effectivement garantie par la mise en œuvre de règles institutionnelles, de normes juridiques et de procédures juridictionnelles » BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, 5e édition, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 607

[323]FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 758

[324] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[325] « L'enthousiasme se manifeste surtout à l'extérieur du monde des juristes, pour autant que cette apparition soit clairement perçue en dehors de ce cercle. Mais l'intuition qu'on en a est forte et la possible ignorance du droit en

Section 1 : Une conception paradoxale des sens de la fondamentalité

183. Malgré de nombreuses références textuelles à la fondamentalité, aucune d'elles ne pose de définition de ce qu'est ce concept ou encore ne pose de critères d'identification de ce qui peut ou doit en relever. La notion de fondamentalité est le fruit de la jurisprudence avant même qu'elle ne soit mise en perspective par rapport à la constitutionnalité.[326] Les juges ordinaires ont fait référence à la fondamentalité substantielle avant le Conseil constitutionnel, notamment dans le cadre du contentieux de l'extradition. Ainsi, dans un arrêt du 21 décembre 1988, le Conseil d'Etat rejette la requête de M. De Luis X au motif que « le système judiciaire espagnol dont fait partie la juridiction dite "Audiencia Nacional" respecte les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine ainsi que l'exigent les principes généraux du droit de l'extradition.[327] »

184. En l'espèce, le contenu de la fondamentalité n'est pas abordé de manière explicite. Toutefois, ce type d'arguments fait bien référence à la dimension substantielle de la fondamentalité, puisqu'elle suppose que le Conseil d'Etat ait vérifié que le système juridique espagnol respecte bien les droits et libertés fondamentaux. Nous retrouvons un raisonnement analogue dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans sa décision 2003-485 DC[328] dans le corps de laquelle le juge constitutionnel utilise, en matière de droit d'asile, le critère du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour conclure à la non violation du principe d'égalité sans pour autant nous éclairer, par exemple par une réserve d'interprétation, sur ce que sont les libertés fondamentales caractérisant un « pays sûr ». Or, cette absence constante de définition

---

sa technicité n'altère pas la conviction que l'*on a des droits*, pris ainsi en compte. » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[326]« observons que la jurisprudence des juges ordinaires recourt depuis longtemps à la notion de droit ou de liberté fondamentale, et cela bien antérieurement à l'apparition de droits constitutionnels » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[327] Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 21 décembre 1988, 98527, inédit au recueil Lebon

[328] 04 décembre 2003 - Décision n° 2003-485 DC *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile* Recueil, p. 455 - Journal officiel du 11 décembre 2003, p. 21085 « 39. Considérant que la loi déférée tend à traiter de façon appropriée les demandes d'asile, en vue de mieux protéger les personnes remplissant les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié ou accorder le bénéfice de la protection subsidiaire ; qu'eu égard à cet objet, les demandeurs d'asile provenant de pays qui peuvent être considérés comme assurant le respect des principes de la liberté, de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont dans une situation différente de celle des demandeurs d'asile provenant d'autres pays ; qu'ainsi, la circonstance que les règles de procédure soient différentes selon que le demandeur provient ou non d'un pays sûr n'est pas contraire au principe d'égalité»

de la notion nuit nécessairement à son efficacité juridique. On ne sait pas ce qui permet tant au Conseil d'Etat qu'au Conseil constitutionnel d'arriver à cette conclusion du respect des droits fondamentaux.[329]

185. Nonobstant sa prégnance dans le vocabulaire juridique tant normatif que jurisprudentiel, la fondamentalité demeure indéterminée. Le doute est permis quant à la substance des libertés fondamentales et il revient aux juridictions de lever ce doute. Cette approche très spécifique de la fondamentalité est très bien illustrée par les propos de Louis Favoreu relatifs à la mise en œuvre de la procédure du référé-liberté : « « C'est dans la catégorie, plus vaste et en continuelle expansion, des droits et libertés garantis par la Constitution ou par des conventions internationales qu'il faut rechercher le champ d'application du « référé-liberté [...]. Toutefois, la liste des droits et libertés constitutionnels garantis est très longue... » et le Conseil d'Etat sera donc appelé à faire un choix.[330] »

186. Ce choix évoqué par le Doyen Favoreu relatif à l'étendue du champ de la fondamentalité revient ainsi en dernier lieu aux juridictions, et en particulier, aux juridictions suprêmes. Pourtant, comme le dénonce Etienne Picard : « Il se peut aussi que les juges qui usent de cette appellation n'aient pas davantage que la doctrine une claire vision de ce à quoi elle correspond exactement.[331] » La fondamentalité en droit français est maintenue dans un flou permanent quant à sa matérialité.

187. De cette irrésolution, nous avons tiré deux certitudes auxquelles nous avons choisi d'apporter notre attention. D'une part, nous avons constaté que la double portée de la fondamentalité est assumée par les juridictions (§1). D'autre part, nous avons remarqué que, bien que la notion de fondamentalité ait connu une expansion au sein de l'ordonnancement juridique français, la détermination de son sens demeure ignorée par les normes (§2).

[329]« trop souvent, il (le Conseil constitutionnel) ne le démontre pas et ne nous livre pas exactement - et quelquefois aucunement - les mécanismes de son raisonnement, alors qu'il le pourrait certainement. » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[330] FAVOREU Louis, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1739

[331] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

§1 – Une double portée assumée par la jurisprudence

188. L'approche de la fondamentalité est paradoxale, dans la mesure où, la pauvreté de sa définition n'est pas proportionnelle à la multiplicité de ses utilisations. Sur la base de cette dichotomie, nous pouvons distinguer deux approches de la fondamentalité.

189. La fondamentalité peut apparaître comme un référent, c'est-à-dire que l'emploi de l'expression renvoie à un modèle abstrait de valeurs. La fondamentalité est alors passive, elle est associée à des concepts qui eux répondent à une définition substantielle déterminée. Elle agit comme un élément de renforcement du degré de protection de la personne. Nous retrouvons cette approche à l'article 415 du Code civil[332], disposition qui traduit : « la volonté (…) d'assurer la protection de la personne et non plus seulement des biens du majeur, dans le respect de sa liberté, de ses droits fondamentaux et de sa dignité[333] » ou encore à l'article 53-1 alinéa 1 de la Constitution .[334] La fondamentalité est dans le cadre de cette approche définie par rapport à un autre concept, c'est-à-dire que l'apport de la notion découle de son rapprochement avec les libertés individuelles, la dignité ou les droits de l'homme. Puisque la fondamentalité est placée dans la même perspective que ces notions, c'est qu'elle a trait au même domaine juridique, celui des droits de la personne et de leur protection. Dans le cadre de l'approche passive, la fondamentalité peut apparaître comme un concept redondant, au sens où, elle ne semble rien apporter de supplémentaire au texte en termes d'intelligibilité donc d'efficacité puisque le sens de cette notion demeure indéterminé comme l'exprime Emmanuel Dreyer : « Il est

[332] Article 415 du Code civil : « Article 415 modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009 Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique. »

[333] SEVELY- FOURNIE Catherine, Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs, *Recueil Dalloz,* 2009 p. 1221

[334] « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées » Article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

devenu usuel de présenter un droit comme fondamental. Cette formule exprime-t-elle autre chose que la subjectivité de celui qui l'emploie s'agissant du droit en cause ?[335] »

190. La fondamentalité peut apparaître comme un outil de protection. Le terme « fondamental » est employé dans un but particulier et notamment dans l'objectif de faire prévaloir une valeur concrète. Cette fondamentalité active est celle développée par la jurisprudence. C'est de la fondamentalité active que découle la détermination empirique du concept. La fondamentalité active peut être appréhendée comme la prévalence juridique, donc la protection, d'une valeur supportée par une norme dans un cas d'espèce donné. C'est particulièrement le cas dans le cadre de la jurisprudence administrative relative à la procédure du référé – liberté ou encore dans le cadre de la décision du Conseil constitutionnel 2008-573 DC par laquelle le juge constitutionnel rappelle au législateur que « l'égalité devant le suffrage » est une « règle fondamentale.[336] » Il n'y a pas de référence à un ensemble abstrait de valeurs, nous sommes dans le concret, au sens où, le juge précise le sens de la règle et sa portée.

191. C'est à cette fondamentalité active que nous allons nous consacrer en étudiant quels sont les apports de la jurisprudence à ce concept. Ainsi, nous pouvons constater que les jurisprudences administratives et constitutionnelles sont, en la matière, complémentaires. En effet, le Conseil constitutionnel a développé le concept de fondamentalité en termes de régime juridique, notamment par des théories jurisprudentielles telles celle de l'effet cliquet, tandis que sur la base du référé-liberté, le Conseil d'Etat contribue à matérialiser le sens de la fondamentalité. Aussi, nous étudierons la définition d'un régime juridique attachée à la fondamentalité par le juge constitutionnel (A) avant de nous pencher sur la définition d'un signifié juridique de cette notion par le juge administratif (B).

[335] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[336]08 janvier 2009 - Décision n° 2008-573 DC *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés* Recueil, p.36 - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724. « 21. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée »

A- La jurisprudence constitutionnelle ou la définition d'un régime juridique lié à la fondamentalité

192. Le Conseil constitutionnel aborde la fondamentalité comme un outil formel. Il utilise cette notion afin de mettre en place un régime constitutionnel des droits de la personne. Le Conseil constitutionnel use de la fondamentalité comme d'un instrument de protection des libertés contre le législateur.

193. Dans le cadre de cette protection, le juge constitutionnel a développé la jurisprudence dite de « l'effet – cliquet » synonyme de l'expression « règle du cliquet anti retour. » Cette technique jurisprudentielle renvoie à l'idée selon laquelle : « Il est certaines libertés essentielles, comme la liberté de communication, auxquelles le législateur ne peut toucher que "d'une main tremblante". Celui-ci ne peut en réalité intervenir que pour les rendre plus effectives, sauf à encourir la censure du juge constitutionnel. C'est ce qui a été qualifié d'"effet cliquet"[337]. »

194. L'effet cliquet apparaît dans le cadre de la décision 83-165 DC du 20 janvier 1984[338] « dans laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que l'on ne pouvait abroger une loi donnant aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles sans les remplacer par des garanties équivalentes : ainsi, la protection des droits fondamentaux ne saurait diminuer.[339] » Dans cette décision, le juge constitutionnel consacre comme PFRLR l'indépendance des professeurs d'université. Il existe un lien entre la naissance de l'effet cliquet et la fondamentalité. Ce rapport entre les deux notions est expressément confirmé par la décision du 11 octobre 1984 en son considérant 37.[340] Cette association est également présente dans la décision 93-325

[337] Quelques éléments sur le droit de propriété et le Conseil constitutionnel (note d'information interne aux services du Conseil constitutionnel), source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[338] 20 janvier 1984 - Décision n° 83-165 DC *Loi relative à l'enseignement supérieur* Recueil, p. 30 - Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 365

[339] MOUZET Pierre, Le rapport de constitutionnalité, Les enseignements de la V[e] République, *RDP*, 20 juillet 0701 n° 4, 1[er] juillet 2007, p. 959

[340] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200 : « s'agissant d'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, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

DC en son considérant 81 : « s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle.[341] » L'interprétation de l'effet cliquet sur la base de ces décisions peut donner lieu à deux acceptations. D'une part, elle peut signifier que le législateur ne peut abaisser la protection d'un droit, jusqu'à le vider de sa substance. D'autre part, selon Pierre Mouzet : « la jurisprudence entreprises de presse d'octobre 1984 révèle un désir latent (et réalisé un temps) de traduire en contrainte juridique la priorité politique de certains droits fondamentaux.[342] »

195. S'il s'avère exact que l'effet cliquet donne une portée extensive à la fondamentalité, en ce qu'elle rigidifie le droit qualifié de fondamental par son impossible remise en question par le législateur, le Conseil constitutionnel n'a pas, vraisemblablement, cherché à instaurer une intangibilité de certaines normes de valeur constitutionnelle. Dès 1984, le juge constitutionnel contrebalance l'effet cliquet par l'exigence du respect par le législateur d'objectifs à valeur constitutionnelle. Or, pour les Professeurs Mathieu et Verpeaux : « la prise en compte de tels objectifs permet au législateur de s'affranchir, concernant ces droits et libertés, de la règle du cliquet anti retour.[343] »

196. Certes, la décision du 13 août 1993 en son considérant 81 ne fait pas de référence aux objectifs à valeur constitutionnelle. Cependant, la censure de cette décision par le pouvoir constituant dérivé marque la fin d'une potentielle tentative par le juge constitutionnel de donner un sens matériel à l'effet de prévalence qu'il accorde à la fondamentalité. Si le législateur ne pouvait légiférer que pour améliorer la protection d'une liberté, cette dernière deviendrait hiérarchiquement supérieure aux autres libertés du bloc de constitutionnalité. Progressivement sa protection ne pouvant plus s'accentuer, elle deviendrait immuable ou intangible. Or, l'établissement d'une

[341] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

[342] MOUZET Pierre, Le rapport de constitutionnalité, Les enseignements de la V^e^ République, *RDP*, 20 juillet 0701 n° 4, 1^er^ juillet 2007, p. 959

[343] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 429

prévalence matérielle ou d'une préférence substantielle ne doit pas être effectué par le juge qui pourrait s'en trouver décrédibilisé.[344]

197. Aussi, l'apport de la jurisprudence constitutionnelle en matière de fondamentalité ne doit pas être dénaturé. Le juge constitutionnel n'a pas mis en place de hiérarchie intra constitutionnelle, et encore moins de supraconstitutionnalité, en usant de la fondamentalité. La contribution du juge constitutionnel est, serions nous tentés de dire, plus modeste, puisque après le revers subi en 1993, le régime juridique attaché à la fondamentalité ne se traduit que formellement par un effet de prévalence relatif, au cas par cas, d'une norme sur une autre norme. La conciliation l'a emporté sur la hiérarchisation comme nous le démontre la décision 2002-461 DC. Après avoir consacré, au considérant 26[345], un PFRLR relatif à la spécificité de la responsabilité pénale des mineurs, le Conseil constitutionnel, au considérant 67, met l'accent sur la marge de manœuvre dont dispose le législateur pour réaliser ou concilier des normes constitutionnelles. La fondamentalité n'implique pas plus de contrainte que le respect par le législateur des « garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle.[346] » Face à l'absence de détermination constitutionnelle d'une fondamentalité matérielle, le

[344] « Or, si la vocation traditionnelle de la théorie de l'Etat de droit est de saisir la politique par le droit, ou encore de « valoriser la politique par le droit », il semble évident que le Conseil constitutionnel risque, aux yeux de ses aficionados, de perdre en crédibilité s'il quitte le terrain du droit pour s'avancer de façon provocante, à l'occasion d'interprétations audacieuses des dispositions constitutionnelles, sur celui de l'opportunité la frontière entre ces deux domaines restant insaisissable dans la mesure où l'on peut dire que lorsque le juge s'empare de questions d'opportunité, il les transforme en questions de droit faisant ainsi le jeu de ses détracteurs. » DESMONS Eric, Révision constitutionnelle, justice constitutionnelle et Etat de droit, *Petites affiches*, 30 novembre 1994 n° 143, 30 novembre 1994

[345] 29 août 2002 - Décision n° 2002-461 DC *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* Recueil, p. 204 - Journal officiel du 10 septembre 2002, p. 14953 « 26. Considérant que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle ; que ces principes trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante ; que toutefois, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs »

[346] 29 août 2002 - Décision n° 2002-461 DC *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* Recueil, p. 204 - Journal officiel du 10 septembre 2002, p. 14953 « 67. Considérant, en outre, qu'il est à tout moment loisible au législateur, dans le domaine de sa compétence, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité ; que l'exercice de ce pouvoir ne doit cependant pas aboutir à priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle »

Conseil d'Etat va, habilité par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, compléter cette notion en lui allouant un contenu.

B- La jurisprudence administrative ou la définition d'une fondamentalité substantielle

198. La jurisprudence administrative s'inscrit en complément de la jurisprudence constitutionnelle en matière de fondamentalité. La jurisprudence constitutionnelle utilise la fondamentalité comme un instrument de prévalence, c'est-à-dire que le Conseil constitutionnel développe une approche formelle de la notion. Au contraire, la jurisprudence administrative, sur la base notamment du référé- liberté, adopte une approche substantielle de la fondamentalité. L'article L. 521-2 du Code de justice administrative pose trois conditions de recevabilité de cette procédure que sont l'urgence, la mise en cause d'une liberté fondamentale et l'atteinte « ce qui suppose la réalité d'une violation de la liberté invoquée.[347] » Par conséquent, la fondamentalité « conditionne, désormais, la compétence du juge administratif des référés pour déclencher un nouveau type de référé - le référé-liberté fondamentale - créé par la loi du 30 juin 2000 et inséré dans l'article L. 521-2 du code de justice administrative.[348] » La complémentarité entre ces deux approches jurisprudentielles tient au fait que la jurisprudence constitutionnelle privilégie la mise en œuvre d'une hiérarchie formelle tandis que la jurisprudence administrative consacre une hiérarchie substantielle. Le concept de fondamentalité n'est complet en droit français que par l'adjonction des jurisprudences constitutionnelle et ordinaire.

199. Cet effet de complémentarité peut être expliqué par deux éléments. La jurisprudence constitutionnelle se caractérise par son degré d'abstraction. Que l'on soit dans le cadre du contrôle a priori exercé au titre des articles 54 ou 61 de la Constitution ou encore dans le cadre de la QPC ou contrôle a posteriori, le Conseil constitutionnel raisonne en termes conceptuels. Sa décision n'a vocation qu'à trancher un conflit entre normes. Nous pouvons illustrer nos propos par la décision 2010-3 QPC[349] où dans le considérant 2, le Conseil constitutionnel expose le grief de la requérante sans faire

[347] PACTEAU Bernard*, Manuel de contentieux administratif*, Paris, P.U.F, 2006, p. 251

[348] FAVOREU Louis, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1739

[349] 28 mai 2010 - Décision n° 2010-3 QPC Union des familles en Europe [Associations familiales] Journal officiel du 29 mai 2010, p. 9730.

aucune référence à des éléments de fait[350]. Quel que soit le type de contrôle de constitutionnalité, a priori ou a posteriori, le contrôle demeure essentiellement théorique. Certes, le contrôle exercé a posteriori se veut un contrôle concret car la question prioritaire de constitutionnalité ne peut être soulevée qu'à l'occasion d'un litige.[351] Toutefois, le Conseil constitutionnel ne tranche pas le litige en cours comme il le rappelle dans sa décision du 3 décembre 2009 : « le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée[352] », il demeure « juge de la constitutionnalité de la loi, non de son application à l'espèce.[353] »

200. Le second élément caractérisant la complémentarité des jurisprudences constitutionnelle et administrative est la conséquence du premier. Puisque la jurisprudence constitutionnelle ne s'applique qu'au règlement de conflits normatifs, au sein desquels la fondamentalité n'a qu'un intérêt formel, la jurisprudence ordinaire va quant à elle trancher concrètement un litige. Dans ce cadre, la fondamentalité est purement substantielle, elle incarne la prévalence d'une norme sur une autre norme dans un cas d'espèce concret. Comme nous l'indique Guillaume Glénard, faute de

[350] 28 mai 2010 - Décision n° 2010-3 QPC Union des familles en Europe [Associations familiales] Journal officiel du 29 mai 2010, p. 9730 « 2. Considérant que, selon la requérante, le « monopole absolu » dont bénéficierait l'Union nationale des associations familiales pour représenter l'ensemble des familles auprès des pouvoirs publics méconnaîtrait le principe d'égalité entre les associations familiales et l'Union nationale des associations familiales ; qu'il porterait également atteinte, d'une part, à la liberté d'expression des associations familiales et au pluralisme des courants de pensées et d'opinions et, d'autre part, à la liberté d'association »

[351] « « Alors que le propre du contrôle dit abstrait est d'être déclenché en dehors de tout litige préexistant devant un juge (c'est justement pour cela qu'il est qualifié d'abstrait), le contrôle dit concret sur question préjudicielle trouve son origine dans une instance en cours (c'est pour cela qu'il est qualifié de concret) au cours de laquelle est invoquée une contrariété entre une disposition législative applicable au procès et des droits ou libertés constitutionnellement garantis. » BON Pierre, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009, p. 1107

[352] 03 décembre 2009 - Décision n° 2009-595 DC *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21381 « 27. Considérant que l'article 23-7 prévoit que le Conseil d'État ou la Cour de cassation saisit le Conseil constitutionnel par une décision motivée accompagnée des mémoires ou des conclusions des parties ; que le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire " distinct et motivé " ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité devront lui être transmis ; que cet article impose également que le Conseil constitutionnel reçoive une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir ; qu'en prévoyant, en outre, la transmission de plein droit de la question au Conseil constitutionnel si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans un délai de trois mois, le législateur organique a mis en oeuvre les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution qui disposent que le Conseil d'État ou la Cour de cassation " se prononce dans un délai déterminé " ; que, dès lors, ces dispositions sont conformes à la Constitution »

[353]ROUX Jérôme, La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009, *RDP*, 20 octobre 0101 n° 1, 1er janvier 2010, p. 233

pouvoir déterminer un critère formel d'identification des libertés fondamentales à partir de l'article L. 521-2 du CJA, la définition donnée du concept par le Conseil d'Etat est purement substantielle : « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'est pas déterminée à partir de l'application d'un critère formel. Elle se définit matériellement.[354] » Le juge administratif privilégie ainsi une approche de la fondamentalité en termes de catégorie juridique. Nous pouvons ainsi dresser une liste indicative des libertés fondamentales reconnues comme telles au titre du référé – liberté beaucoup plus importante que celle définie par le Conseil Constitutionnel. Sont consacrées comme des libertés fondamentales : la liberté d'aller et venir[355], la liberté d'expression[356], la liberté de réunion[357], la liberté d'entreprendre[358], le droit de propriété[359], la liberté de culte[360], le

[354] GLENARD Guillaume, Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, *AJDA*, 2003, p. 2008

[355] Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés, du 9 janvier 2001, 228928, publié au recueil Lebon : « Considérant que le refus de renouvellement ou de délivrance d'un passeport à un citoyen français porte atteinte à la liberté d'aller et venir, laquelle comporte le droit de se déplacer hors du territoire français, qui constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative ; qu'en l'espèce, le refus de renouvellement de son passeport opposé à M. X... qui justifie devoir, pour les besoins de son activité professionnelle, se rendre au Brésil et au Canada, porte une atteinte grave à sa liberté d'aller et venir »

[356] Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Labetoulle), du 24 février 2001, 230611, publié au recueil Lebon : « Considérant que si le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion est une liberté fondamentale, la situation soumise en l'espèce au juge des référés ne saurait être regardée comme révélant "une atteinte manifestement illégale" à cette liberté ; que dès lors et sous réserve de ce qui vient d'être dit quant au rôle qui incombera au Conseil supérieur de l'audiovisuel, il y a lieu de rejeter la demande de M. D... »

[357] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 19 août 2002, 249666, publié au recueil Lebon : « Considérant, d'une part, que la liberté de réunion est une liberté fondamentale ; que le caractère de liberté fondamentale s'attache également au droit pour un parti politique légalement constitué de tenir des réunions »

[358] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 juillet 2003, 257971, mentionné aux tables du recueil Lebon : « que, dans ces conditions, cette décision individuelle porte une atteinte manifestement illégale à la liberté d'entreprendre ; que cette atteinte, en interdisant à la SARL Côte Radieuse, d'exploiter les services de transport côtier de passagers comportant une escale à Collioure, qui représentent 25% de son activité, revêt le caractère de gravité exigé par les dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »

[359] Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Genevois), du 23 mars 2001, 231559, publié au recueil Lebon : « Considérant qu'en raison de ses effets sur la libre disposition par la société Lidl du bâtiment dont elle est propriétaire, cette décision porte une atteinte grave à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si, eu égard au fait que la société requérante ne s'est pas conformée à la législation sur l'urbanisme commercial, une atteinte de même gravité affecte également la liberté du commerce »

[360] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 25 août 2005, 284307, publié au recueil Lebon : « Considérant que la liberté du culte a le caractère d'une liberté fondamentale ; que, telle qu'elle est régie par la loi, cette liberté ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public ; qu'elle a également pour composante la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte »

droit de grève[361], le secret des correspondance[362], un recours effectif devant un juge[363], l'exigence du consentement d'un patient à un acte médical[364], la liberté personnelle[365], le droit d'asile[366], la libre administration des collectivités territoriales[367] ou encore la présomption d'innocence[368].

201. Toutes les libertés qualifiées de fondamentales par le Conseil d'Etat ont une valeur constitutionnelle sans pour autant que ces libertés soient expressément qualifiées

[361] Conseil d'Etat, 1ère et 2ème sous-sections réunies, du 9 décembre 2003, 262186, publié au recueil Lebon : « Considérant que le droit de grève présente le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »

[362] Conseil d'Etat, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 9 avril 2004, 263759, publié au recueil Lebon « Considérant que le secret des correspondances et la liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux ont le caractère de liberté fondamentale »

[363] Conseil d'Etat, du 13 mars 2006, 291118, mentionné aux tables du recueil Lebon : « Considérant que la possibilité d'exercer un recours effectif devant un juge a le caractère d'une liberté fondamentale »

[364] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 16 août 2002, 249552, publié au recueil Lebon : « Considérant que le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale »

[365] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 8 septembre 2005, 284803, publié au recueil Lebon : « Considérant que si en raison du renvoi fait par le Préambule de la Constitution de 1958 au Préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas, contrairement à ce qu'a affirmé le premier juge que « le droit à la santé » soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; que toutefois, entrent notamment dans le champ des prévisions de cet article le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués ainsi que le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui ; qu'en outre, s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention »

[366] Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés, du 12 janvier 2001, 229039, publié au recueil Lebon : « Considérant, d'une part, que la notion de liberté fondamentale au sens où l'a entendue le législateur lors de l'adoption de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, englobe, s'agissant des ressortissants étrangers qui sont soumis à des mesures spécifiques réglementant leur entrée et leur séjour en France, et qui ne bénéficient donc pas, à la différence des nationaux, de la liberté d'entrée sur le territoire, le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié, dont l'obtention est déterminante pour l'exercice par les personnes concernées des libertés reconnues de façon générale aux ressortissants étrangers »

[367] Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon : « Considérant, en premier lieu, que, si le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution, est au nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une protection juridictionnelle particulière, le refus opposé par le maire de Venelles aux demandes qui lui avaient été présentées en vue de convoquer le conseil municipal pour que celui-ci délibère sur l'objet mentionné ci-dessus ne concerne que les rapports internes au sein de la commune et ne peut, par suite, être regardé comme méconnaissant ce principe »

[368] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 mars 2005, 278435, publié au recueil Lebon : « Considérant en revanche que la présomption d'innocence, qui concourt à la liberté de la défense et à la protection des droits de la personne, constitue une liberté fondamentale ; qu'elle implique qu'en matière répressive la culpabilité d'une personne faisant l'objet de poursuites ne puisse être présentée publiquement comme acquise avant que ne soit intervenue une condamnation devenue irrévocable ; que le respect de cette exigence s'impose, non seulement devant les instances chargées de l'instruction puis du jugement de l'affaire, mais également vis-à-vis d'autres autorités publiques »

comme telles par la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi, se dégage de cette comparaison entre jurisprudence constitutionnelle et jurisprudence administrative, une complémentarité paradoxale, dans la mesure où, il n'apparaît pas de lien de cohérence entre elles. Aussi, l'attitude, comme le souligne Gilles Bachelier, du Conseil d'Etat est avant tout pragmatique et on ne peut en tirer qu'une seule certitude : « est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 ce que le juge des référés a reconnu comme telle.[369] »

202. La fondamentalité ne connaît qu'une détermination empirique tant dans sa forme que dans son contenu. Aussi, il nous faut, à présent, nous pencher sur les lacunes textuelles du concept et tenter d'en comprendre les raisons.

§2 – Une permanence de l'absence de définition textuelle

203. La fondamentalité en droit français ne peut être assimilée à la fondamentalité issue du droit comparé. Elle se distingue de cette dernière notamment en ce qu'elle ne consacre pas expressément ce concept [370] et de surcroît la plupart des libertés constitutionnellement protégées sont consacrées par le préambule de la Constitution de 1958 ce qui rompt avec l'approche moderne de la fondamentalité.[371] La fondamentalité ne connaît pas non plus de définition par la loi.[372] Aussi, la fondamentalité n'est définie par aucun texte de droit interne alors même que de nombreuses dispositions juridiques font référence à la notion comme l'article R. 311-22[373] du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatif aux thèmes présentés lors de la formation civique.

---

[369] BACHELIER Gilles, Le référé –liberté*, RFDA,* 2002, p. 261

[370] « dans toutes les Constitutions modernes (…) ils (les droits fondamentaux) occupent une place centrale avec souvent une portée juridique renforcée » FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 123

[371] « il suffit de consulter les Constitutions adoptées au cours des vingt ou trente dernières années pour s'en convaincre. La tradition (française) des « préambules » est bel et bien révolue. »FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 123

[372] « Elle (la notion de liberté fondamentale) est néanmoins délicate à appréhender dans la mesure où elle ne fait l'objet d'aucune définition légale » BACHELIER Gilles, Le référé –liberté*, RFDA,* 2002, p. 261

[373] Article R. 311-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : « Article R. 311-22 modifié par le décret n°2009-331 du 25 mars 2009 - art. 5 (V) La formation civique mentionnée à l'article L. 311-9 comporte la présentation des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment en ce qui

204. Il s'agit pour nous de nous questionner sur les raisons de cette non prise en compte de la question de la définition des droits fondamentaux par les textes. Pourtant en 1990 et en 1993, des projets de révisions avaient, à l'occasion des débats sur l'insertion d'une exception d'inconstitutionnalité, proposé de consacrer la notion de droits fondamentaux. Le projet de loi constitutionnelle n°1203 portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution[374] et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990 prévoyait l'ajout d'un alinéa à l'article 61 de la Constitution ainsi rédigé : «Les dispositions de loi qui concernent les droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil constitutionnel par voie d'exception à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction.» En 1993, le rapport du Comité Vedel préconisait la rédaction d'un nouvel article 61-1 de la Constitution reprenant le projet de 1990 complété d'un autre alinéa précisant : « Le Conseil constitutionnel est saisi à la demande d'un justiciable, sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre.[375] » Le rapport du Comité Balladur remis le 29 octobre 2007 au Président Nicolas Sarkozy reprend lui aussi la terminologie relative à la fondamentalité dans le corps de sa proposition n°74 relative également à la mise en place d'une exception d'inconstitutionnalité.[376] Mais dans les trois cas, le constituant n'a pas repris et constitutionnalisé cette expression.

205. S'agissant du législateur, la loi du 30 juin 2000 ne comporte aucune précision tenant à la définition des libertés fondamentales pour la protection desquelles la procédure du

---

concerne l'égalité entre les hommes et les femmes, la laïcité, l'état de droit, les libertés fondamentales, la sûreté des personnes et des biens ainsi que l'exercice de la citoyenneté que permet notamment l'accès obligatoire et gratuit à l'éducation. Un arrêté du ministre chargé de l'intégration fixe la durée maximale et minimale nécessaire à cette formation. La participation de l'étranger à cette formation est sanctionnée par une attestation nominative établie par l'Office français de l'immigration et de l'intégration et remise à l'étranger par l'organisme ayant assuré la formation. »

[374] Projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n°1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990, source http://www.senat.fr

[375] Rapport remis au Président de la République la 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, avis et communications, avis divers, Journal officiel de la République française, 16 février 1993, p. 2549

[376]« Le Conseil constitutionnel peut, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, être saisi par voie d'exception aux fins d'apprécier la conformité d'une loi aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution./ Le Conseil constitutionnel, à la demande d'un justiciable, est saisi, dans les conditions prévues par une loi organique, sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, des juridictions qui leur sont subordonnées ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre » Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{e} République p. 90

référé – liberté est spécialement créée. La rédaction de l'article L. 521-2 du CJA laisse à penser à certains auteurs comme Bernadette Le Baut-Ferrarèse qu' « en résumé, là comme ailleurs, il appartiendra donc au juge de se tracer son propre sillon par son travail d'interprétation créatrice.[377] »

206. Face à la permanence de cette carence textuelle, il nous faut tenter de comprendre pourquoi les pouvoirs légitimement investis de la création normative, que sont le pouvoir constituant et le pouvoir législatif, n'assument pas la détermination de la fondamentalité et laissent cette tâche aux juridictions. Aussi, nous nous intéresserons premièrement à l'absence de révision constitutionnelle prenant en compte la fondamentalité (A) avant, secondement, de constater que cette carence du texte constitutionnel n'est pas complétée par le législateur (B).

A- Une absence de révision constitutionnelle consacrant la notion de fondamentalité

207. La Constitution du 4 octobre 1958 ne fait référence à la fondamentalité, en tant que catégorie juridique, que dans le cadre de l'article 53-1 de la Constitution. Cet article n'apparaît pas comme consacrant une protection constitutionnelle des libertés fondamentales. La rédaction de l'article 53-1 tend à être moins protectrice que la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993. Ainsi, si le droit constitutionnel d'asile est un droit fondamental tant pour le Conseil constitutionnel[378] que pour le Conseil d'Etat[379], l'article 53-1 de la Constitution donne une définition plus restrictive de ce droit en contradiction avec l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946. La maîtrise de l'octroi de l'asile est totale pour l'Etat.[380] Par conséquent, si l'article 53-1 de la Constitution fait référence à la notion de fondamentalité par l'expression « libertés fondamentales », il n'en tire pas les conséquences d'une prévalence substantielle attachée à la notion. Une fois encore l'approche est strictement formelle,

[377] LE BAUT-FERRARESE Bernadette, Les procédures d'urgence et le langage du droit, *RFDA*, 2002, p. 296

[378] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

[379] Conseil d'État, , 06/04/2010, 338163, Inédit au recueil Lebon « Considérant que le droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une liberté fondamentale, a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié »

[380] « Depuis la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993, l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et l'article 53-1 de la Constitution sont en parfaite contradiction. Le premier voit, en effet, dans le droit d'asile un droit subjectif alors que dans le second, c'est l'Etat qui est le titulaire du droit d'asile et qui l'octroie comme bon lui semble » AUBIN Emmanuel, Le droit constitutionnel d'asile, *Petites affiches*, 19 juin 1998 n° 73, p. 14

dans la mesure où, cette disposition précise que « la République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.[381] » On le voit la référence à la fondamentalité apparaît passive ou accessoire, la notion demeure indéterminée. Aucun élément ne nous est fourni par le constituant pour que puisse être apprécié si les autres Etats européens respectent bien les libertés fondamentales eu égard au fait qu'en droit constitutionnel français nous ne savons pas ce qu'ils sont.

208. Les projets de révisions constitutionnelles portant sur l'introduction d'une exception d'inconstitutionnalité ont tous les trois fait référence à la notion de fondamentalité. Ils auraient pu être l'occasion pour le constituant de définir matériellement le concept. Or, par trois fois, la notion n'a pas été consacrée. Toutefois à la lecture des raisons de ces échecs, la détermination de la fondamentalité n'apparaît pas avoir joué un rôle déterminant dans les débats. Ainsi, la lecture du rapport du Sénat relatif au projet de loi organique concernant l'article 61-1 de la Constitution déposé par Hugues Portelli le 29 septembre 2009, montre que les raisons ayant motivé les rejets de 1990 et 1993 ne semblent pas liées à un rejet de la notion de fondamentalité[382]. Cette tendance est confirmée par la doctrine aussi bien par Didier Chauvaux[383] , que par Dominique

[381] Article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

[382] Rapport n° 637 (2008-2009) de M. Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois, déposé le 29 septembre 2009, Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « Le Sénat, dont le rapporteur était M. Jacques Larché, alors président de votre commission des lois, avait admis le principe du contrôle de constitutionalité exercé *a posteriori* par voie d'exception mais en l'assortissant de nombreuses réserves. En rendant inapplicable *erga omnes* une disposition déclarée inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel se voyait, selon le rapporteur, reconnaître un pouvoir d'abrogation de la loi qui n'appartenait jusqu'à présent qu'au Parlement. Le Sénat avait prévu notamment une procédure de renvoi automatique devant le Parlement des lois déclarées non conformes. Les divergences entre l'Assemblée nationale et le Sénat subsistèrent en deuxième lecture et la réforme n'aboutit pas. En 1993, un texte très proche fut soumis aux assemblées avec un sort identique. Le comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen Georges Vedel avait alors préconisé la création d'un mécanisme de question préjudicielle de constitutionnalité. Un nouveau projet de révision constitutionnelle, très proche de celui de 1990, fut déposé. Le changement de majorité législative intervenu la même année ne permit pas de faire prospérer cette initiative. »

[383]« quand il a été envisagé, en 1990, d'instituer une exception d'inconstitutionnalité, l'objectif poursuivi était de mettre fin, en présence d'une atteinte aux droits fondamentaux, au caractère incontestable de la loi promulguée. La principale raison d'hésiter résidait dans la crainte qu'une partie significative de législation en vigueur soit fragilisée » CHAUVAUX Didier, L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile, L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009: réflexions sur un retard*, RDP*, 20 septembre 0501 n° 3, 1 mai 2009, p. 566

Rousseau.[384] Ainsi, c'est l'exception d'inconstitutionnalité qui est rejetée et les risques que cette nouvelle procédure comporte et non à proprement parler la notion de fondamentalité.

209. En 2008, les données sont différentes puisque l'exception d'inconstitutionnalité est cette fois – ci consacrée alors que la fondamentalité est, elle, à nouveau, laissée de côté. Le changement de terminologie réside dans le fait que le constituant a substitué à l'expression « libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution » celle de « droits et libertés garanties par la Constitution » au motif que « la mention des « libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution » figurant dans les propositions du « comité Balladur » aurait inutilement laissé entendre que certains droits et libertés reconnus par la Constitution sont moins « fondamentaux » que d'autres.[385] » Dans le corps du rapport parlementaire relatif au projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, nous trouvons une esquisse de définition de la fondamentalité : « Ainsi, lorsqu'à l'occasion d'un litige, une partie (…) estime qu'une disposition législative qui lui est applicable est contraire à des droits fondamentaux, entendus comme les droits et libertés que la Constitution garantit, elle pourrait demander au juge de soulever cette question préjudicielle.[386] » Cette tentative de cadrage du concept peut apparaître paradoxale dans la mesure où le rapporteur de l'Assemblée Nationale suivi sur ce point par le Sénat exclut la notion de fondamentalité du texte de l'article 61-1 de la Constitution. Nonobstant cette tentative, la détermination de la fondamentalité n'est pas suffisante puisqu'elle fait référence à « des droits fondamentaux » et non « aux droits fondamentaux » laissant supposer qu'ils existent des droits fondamentaux ailleurs que

[384]« repoussée par les sénateurs en 1990, la proposition est reprise par le comité Vedel en 1993 mais, la même année, elle est à nouveau refusée par les parlementaires. Sans doute pour des raisons politiciennes surtout en 1990, mais aussi parce que le Parlement comprend cette nouvelle extension de saisine comme un abaissement supplémentaire de l'autorité de la loi et un pas vers le gouvernement des juges » ROUSSEAU Dominique, L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile, La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridictionnel?, *RDP*, 20 septembre 0501 n° 3**,** 1 mai 2009 p. 631

[385] Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République, par M. Jean-Luc Warsmann, p. 437

[386] Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République, par M. Jean-Luc Warsmann, p. 434

dans le texte constitutionnel ce qui renvoie implicitement à la thèse soutenue par Etienne Picard[387] selon laquelle aucune norme n'épuise la fondamentalité.

B – Une carence entretenue au niveau infra constitutionnel

210. La fondamentalité est très présente au sein de la sphère juridique infra constitutionnelle. Elle est supportée par des textes juridiques ayant une force contraignante. Nous pouvons remarquer un rapport à la fondamentalité emprunt de passivité au sens où la notion est très fréquemment définie par référence à un autre concept. L'article R. 53-19-1 du Code de procédure pénale[388] relatif à la consultation des données enregistrées dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques associe les « droits fondamentaux » aux « libertés » et « à la vie privée. » Si les Etats étrangers assurent à ces concepts un niveau de protection suffisante, s'agissant de la protection de données à caractère personnel, ils pourront consulter le fichier national automatisé des empreintes génétiques. Cet exemple démontre que le pouvoir réglementaire ne donne lui non plus aucune définition de ce à quoi renvoient les droits fondamentaux. Nous retrouvons un rapport analogue à la fondamentalité à l'article L. 4422-16[389] du Code général des collectivités territoriales. Une fois encore le concept de libertés fondamentales n'est pas explicité.

211. Le paradoxe que mettent en valeur ces exemples est que comme il n'existe pas en droit français de définition normative de la fondamentalité, des dispositions qui apparaissent protectrices sont potentiellement source d'arbitraire. Leur interprète est

[387] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[388] Article R. 53-19-1 du Code de procédure pénale, extraits, : « Article R53-19-1 créé par le décret n°2009-785 du 23 juin 2009 - art. 1 : (…) les données enregistrées dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques peuvent être consultées (…): 3° Par tout engagement liant, aux fins définies à l'article 24 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, la France à des organismes internationaux ou à des Etats étrangers, lorsque ces organismes et ces Etats assurent à la vie privée, aux libertés et aux droits fondamentaux des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel un niveau de protection suffisant au sens de l'article 68 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. »

[389] Article L. 4422-16 du Code général des collectivités territoriales, extraits, : « Article L. 4422-16 modifié par la loi n°2002-92 du 22 janvier 2002 - art. 3 : II.-Le pouvoir réglementaire de la collectivité territoriale de Corse s'exerce dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi. Sans préjudice des dispositions qui précèdent, dans le respect de l'article 21 de la Constitution, et pour la mise en oeuvre des compétences qui lui sont dévolues en vertu de la partie Législative du présent code, la collectivité territoriale de Corse peut demander à être habilitée par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental. La demande prévue à l'alinéa précédent est faite par délibération motivée de l'Assemblée de Corse, prise à l'initiative du conseil exécutif ou de l'Assemblée de Corse après rapport de ce conseil. Elle est transmise par le président du conseil exécutif au Premier ministre et au représentant de l'Etat dans la collectivité territoriale de Corse. »

peu contraint dans la détermination de leur contenu, puisqu'en amont elles tirent leur validité du respect d'un concept « la fondamentalité » dont aucun organe habilité à le faire n'a défini de sens. La protection est formelle, elle ne peut être matérielle.

212. La fondamentalité est également présente dans des textes ayant trait à la sphère juridique mais sans caractère contraignant. Nous pouvons illustrer nos propos par deux propositions de lois déposées devant l'Assemblée Nationale. D'une part, il s'agit de la proposition visant à reconnaître le droit de vivre à domicile comme un droit fondamental et universel enregistrée à la présidence de la chambre basse le 24 octobre 2007[390]. L'exposé des motifs relatif à cette proposition ne mentionne aucun élément à caractère juridique « vivre à domicile est a priori la chose la plus naturelle du monde ». Les députés auteurs de cette proposition n'établissent aucun lien entre ce droit et la Constitution ou un texte de droit externe. Le seul indice est cette référence à une approche d'un droit conçu comme naturel, inhérent à la personnalité « le domicile est constitutif de l'identité de chacun. » Ici, l'approche de la fondamentalité est strictement matérielle. L'utilisation des termes « fondamental » et « universel » tend à souligner le caractère essentiel du droit en cause mais sans qu'une cohérence juridique ne soit développée. D'autre part, il nous faut étudier la proposition de loi constitutionnelle[391] visant à compléter le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 par la Charte des droits naturels et des libertés fondamentales. Cette dernière a vocation à « renforcer et [de] promouvoir ces normes essentielles. » Une fois encore l'approche de la fondamentalité est matérielle et proche de l'école du droit naturel comme en témoigne l'article 1er de ladite Charte : « les droits naturels et les libertés fondamentales de l'homme et du citoyen sont immuables, inaliénables, imprescriptibles, irrévocables et inviolables. »

213. Même si ces propositions n'ont pas abouti, elles témoignent d'une confusion totale dans le rapport à la fondamentalité. Les textes normatifs n'abordent le concept qu'en termes formels tandis que la société, représentée par ses députés dans nos exemples, aborde la fondamentalité en termes substantiels. Les définitions proposées de la notion

[390] Proposition de loi visant à reconnaître le droit de vivre à domicile comme un droit fondamental et universel, présentée par M. Denis Jacquat, député, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 octobre 2007, n°329, source http://www.assemblee-nationale.fr

[391] Proposition de loi constitutionnelle relative à la Charte des droits naturels et des libertés fondamentales, présentée par M. Franck Marlin, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 janvier 2008, n°570, source http://www.assemblee-nationale.fr

sont divergentes tant dans leur approche que dans leur portée. La fondamentalité formelle a une portée protectrice limitée puisque l'indétermination de son contenu tend à renforcer le pouvoir de son interprète.[392] La fondamentalité matérielle a une portée a priori extensive puisqu'elle suppose la consécration d'un nombre plus important de libertés. Mais son rapport au droit naturel nuit à son efficience juridique au sein de l'organisation strictement positiviste de l'ordonnancement juridique. Aussi, nous serions tentés de soutenir que la fondamentalité est ressentie, plus qu'elle n'est consacrée. Cette remarque nous amène à étudier l'hypothèse de l'existence d'une présomption de fondamentalité.

Section 2 : L'existence d'une présomption de fondamentalité

214. Le paradoxe de la fondamentalité est qu'elle est plus une présomption qu'un paradigme. La présomption est un « jugement fondé non sur des preuves, mais sur des indices, des apparences, sur ce qui est probable sans être certain[393] » tandis que le paradigme peut être défini comme « un faisceau de concepts reconnus universellement, qui à une époque déterminée, fournit à une communauté de chercheurs, pour un certain temps, des mécanismes de problématisation et des solutions.[394] » Si le concept de fondamentalité permet au chercheur de développer des problématiques, son indétermination n'offre pas à celui-ci de solution. Au contraire, la fondamentalité complexifie les rapports entre les acteurs de la sphère juridique. Sa non définition conduit au maintien d'une certaine confusion, loin de la prévisibilité de la norme, leitmotiv de l'Etat de droit qui se veut être « le règne de la Confiance[395]. » C'est pour cette raison que la notion de présomption, nous paraît plus apte à rendre compte du concept de fondamentalité en droit français au sens où il est supposé. Il est probable que par adjonction de différents concepts, la fondamentalité ait trait aux droits de l'homme, aux libertés individuelles, aux libertés. Toutefois, cela n'est pas

[392]« tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation. Il s'agit d'un acte libre et la validité de son résultat dépend seulement de la qualité de son auteur » TROPER Michel, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 135

[393] Définition du terme présomption, Larousse, source http://www.larousse.fr

[394]ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 27

[395] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 67

certain. Cette incertitude qui pousse à la diversification du concept. L'hypothèse retenue est la suivante : puisqu'il n'est pas indubitable que la fondamentalité ne corresponde qu'à un effet de prévalence des droits de l'homme et des libertés individuelles qui sont matériellement définis et restreints, alors, il est possible d'envisager que la fondamentalité recouvre une réalité juridique plus large que celle à laquelle les notions précitées renvoient expressément.

215. L'indétermination de la fondamentalité entretient l'espoir sur ce qu'elle pourrait être, en masquant au final ce qu'elle est véritablement. La singularité de la fondamentalité découle de deux principaux éléments. D'une part, elle repose sur une pluralité de supports normatifs, ce qu'Etienne Picard exprime par l'emploi de l'expression : « un catégorie hors normes.[396] » Elle ne correspond pas au classement normatif traditionnel, dans la mesure où, elle peut être incarnée par des normes différentes dans leur sens et leur portée juridiques. Ainsi, certains auteurs, à l'instar de Gilles Bachelier, se questionne sur le fait de savoir si la formule de l'article L. 521-2 du CJA inclut les droits fondamentaux : « Mais il faut aussi se demander si le législateur a entendu intégrer les droits fondamentaux qui sont désormais associés aux libertés. A ce titre et par exemple, on ne peut passer ici sous silence les droits notamment économiques et sociaux reconnus par le Préambule de la Constitution de 1946 repris par le Préambule de la Constitution de 1958.[397] » Le Conseil d'Etat a répondu par la positive à cette interrogation en associant, par exemple s'agissant du droit d'asile, les deux terminologies : « Considérant que le droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une liberté fondamentale.[398] »

216. D'autre part, malgré la pluralité de ces supports normatifs, la fondamentalité apparaît renvoyer à une unique réalité juridique qui est la valeur constitutionnelle des valeurs qualifiées de fondamentales. Mais cette unité conceptuelle est supposée plus qu'elle n'est réellement vérifiée ou vérifiable.[399] La valeur constitutionnelle des

[396] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[397] BACHELIER Gilles, Le référé –liberté*, RFDA,* 2002, p. 261

[398] Conseil d'État, , 31/12/2009, 335107, Inédit au recueil Lebon

[399]« les libertés en cause ne sont pas nécessairement limitées à celles préservées par des règles de valeur constitutionnelle et il serait prématuré d'affirmer que tout ce qui relève de ce champ entrera nécessairement dans le champ de l'article L. 521-2. Mais il faut bien convenir que nombre de décisions prennent en compte le fait que la liberté en cause est constitutionnellement garantie » BACHELIER Gilles, Le référé –liberté*, RFDA,* 2002, p. 261

normes fondamentales est donc souhaitée mais elle ne répond pas à une obligation juridique formelle. Elle est un indice du caractère fondamental d'une liberté mais elle n'est en rien nécessaire ou suffisante comme le précise Michel Verpeaux dans le cadre de la théorie de la voie de fait: « pour le juge judiciaire, ou pour le Tribunal des conflits, la notion de liberté fondamentale est autonome et ne se rattache à aucun catalogue précis, qu'il soit constitutionnel ou législatif.[400] »

217. La fondamentalité peut être envisagée comme une réalité non conceptualisée (§1) ce qui fait de cette notion un objet juridique original (§2).

§1 – Une réalité non conceptualisée

218. Les éléments sur lesquels repose la fondamentalité ne présentent pas une grande harmonie entre eux. Ainsi, le qualificatif « fondamental » peut être employé à l'appui de nombreux substantifs. La fondamentalité peut également, comme le souligne Etienne Picard, être usitée à travers son substantif.[401]

219. La fondamentalité n'est pas a priori conçue comme une catégorie normative. En effet, les catégories peuvent être définies comme « des unités conceptuelles fondamentales servant de fondement à des classifications d'objets (…) C'est aussi avec les catégories que s'organise une portion du savoir : c'est par elles qu'une discipline se structurent.[402] » Or, nous avons démontré que la fondamentalité ne peut structurer une discipline, en l'espèce le droit des libertés, puisque elle n'en est pas à l'origine. En d'autres termes, contrairement à l'exemple allemand dans lequel la fondamentalité est inhérente à la mise en place de la Loi Fondamentale, la fondamentalité en droit français se développe postérieurement à la Constitution. En droit allemand, le concept de droits fondamentaux est antérieur au texte de la Loi Fondamentale.[403] Dans le système juridique français, la fondamentalité se développe

[400] VERPEAUX Michel, Voie de fait et liberté fondamentale, *AJDA*, 2008, p. 885

[401] « Le juge peut aussi se référer à la notion de droit ou de principe fondamental en utilisant non l'adjectif mais le substantif : le pluralisme est ainsi au « fondement de la démocratie » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[402] ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 34

[403]« ces droits fondamentaux avaient déjà fait l'objet de proclamations dans les constitutions des Etats allemands du XIXème siècle, notamment dans les constitutions prussiennes de 1850 » FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 49

en dehors de tout cadre constitutionnel prédéfini. De cette désynchronisation entre la rédaction de la Constitution et le développement de la fondamentalité découle un accroissement non maîtrisé de la notion. Ceci explique pourquoi la fondamentalité ne s'incarne pas en un seul support normatif déterminé que serait la Constitution.

220. La fondamentalité matérielle, c'est-à-dire la fondamentalité entendue comme une catégorie juridique ne peut être appréhendée que comme la résultante de l'emploi de la fondamentalité formelle. L'interrogation en l'espèce réside dans le fait de savoir s'il existe réellement une unité conceptuelle liée à la fondamentalité ou si comme le soutient le Doyen Vedel, celle-ci n'est qu'illusion.[404] La qualification de « fondamental » accordée à un ou plusieurs substantifs distincts est –elle suffisante à créer une unité conceptuelle dont le but est de structurer la discipline du droit des libertés ? Deux approches sont possibles. Si l'on adhère au raisonnement de Georges Vedel, la fondamentalité matérielle est artificielle, dans la mesure où, elle ne correspond pas au droit positif. Elle peut être au mieux une construction théorique mais dans les faits, elle n'a pas de raison d'être. Cependant, l'emploi de la notion par le constituant à l'article 53-1 de la Constitution, par le législateur à l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique[405] ou encore par les juridictions semble démontrer que cette notion correspond bien à un objet juridique. Si, à présent, nous prenons le contre-pied du Doyen Vedel en affirmant qu'il existe une fondamentalité matérielle mais qu'elle n'est que la résultante de la fondamentalité formelle, au sens où, elle intervient comme une manifestation de la seconde, se pose alors la question de l'intérêt de cette notion. Le droit des libertés a – t – il besoin du concept de fondamentalité, notamment pour devenir plus efficace ?

[404] « le juriste reprend son tableau et se dit « qu'est-ce qui est fondamental ? » Comme naturellement il aime l'illusion, il va essayer de trouver chez les auteurs, de trouver dans la pratique ce qui est fondamental, ce qui ne l'est pas » MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 18

[405] Article L. 1110-1 du Code de la santé publique, créé par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 3 JORF 5 mars 2002 : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. »

221. Nous nous proposons de démontrer que l'hétérogénéité la fondamentalité en fait concept autofondé (A) avant de constater qu'elle ne peut correspondre à une catégorie juridique, au sens matériel (B).

A – Un concept autofondé

222. La fondamentalité ne connaît qu'une définition empirique, ni son contenu, ni ses effets ne sont prédéterminés par un texte. La diffusion de la notion n'est pas maîtrisée, elle ne s'épuise dans aucune catégorie de normes formelles. Cette diversité se traduit concrètement par la multitude des substantifs pouvant être qualifiés de fondamentaux. Aussi, et sans prétendre être exhaustif, nous pouvons constater que dans le texte de la Constitution quatre noms sont qualifiés de fondamentaux. Il s'agit des principes présents dans le préambule de la Constitution de 1946 et dans l'article 34 de la Constitution, des garanties (article 34 de la Constitution), des libertés fondamentales (article 53-1 de la Constitution) et des intérêts (préambule de la Charte de l'environnement[406].) La jurisprudence constitutionnelle a complété la liste de ces occurrences par le biais des substantifs droits ou encore règles. Le seul point commun de ces normes est leur rapport à la fondamentalité, puisque leur degré de contrainte juridique diffère.[407] Cependant, nous ne pouvons pas déduire de cette diversité de supports normatifs, une hiérarchie intra fondamentale basée sur le caractère plus ou moins contraignant des supports de la fondamentalité. En effet, le Conseil constitutionnel applique un régime juridique semblable à toutes les normes qualifiées de fondamentales. Ainsi, il refuse tout caractère absolu à la fondamentalité. La mise en œuvre de cette dernière peut être limitée, notamment par le respect des objectifs à valeur constitutionnelle, sans pour autant que celle-ci soit dénaturée. Sous cette réserve, les limitations apportées, notamment par le législateur, à la fondamentalité sont avalisées par le juge constitutionnel en matière de droits et libertés

[406]« Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation » Charte de l'environnement de 2004, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[407]« les droits sont immédiatement normatifs, les principes doivent nécessairement être mis en œuvre et leurs effets contraignants sont donc plus atténués car plus indirects. » GAIA Patrick, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *RFDC*, n°58, avril 2004, p. 235

fondamentaux[408], de garanties fondamentales[409], de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République[410] ou encore de principes fondamentaux[411].

223. L'origine de la notion est indéterminée, c'est-à-dire que ses sources ne sont pas présentes dans un texte antérieur au texte constitutionnel de 1958. C'est en ce sens que nous pouvons reprendre l'expression du Professeur Picard en affirmant que la fondamentalité est un concept autofondé. Etienne Picard nous explique que : « dans les deux cas, en 1789 comme en 1971, les droits se sont autofondés. Simplement, la première fois, ils en ont appelé à une justification externe, transcendantale, mais positivement invérifiée (et sans doute invérifiable), tandis que lors de la seconde refondation, en se constitutionnalisant, ils n'en ont appelé qu'à eux-mêmes pour poser d'emblée leur positivité. Du point de vue qui nous concerne, les deux opérations présentent le même sens, en ce que, dans les deux moments historiques, les droits fondamentaux ne se fondent que sur eux-mêmes.[412]» A l'instar de 1789 où la notion de droits de l'homme ne préexiste pas juridiquement à la rédaction de la Déclaration des

[408] 22 avril 1997 - Décision n° 97-389 DC Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration Recueil, p. 45 ; RJC, p. I-707 - Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271 : « 10. Considérant que si le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, il lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que figurent parmi ces droits et libertés, la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter, et la liberté du mariage »

[409] 18 septembre 1986 - Décision n° 86-217 DC Loi relative à la liberté de communication Recueil, p. 141 ; RJC, p. I-283 - Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294 : « 8. Considérant qu'il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de 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 auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte »

[410] 12 janvier 1977 - Décision n° 76-75 DC Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales Recueil, p. 33 ; RJC, p. I-45 - Journal officiel du 13 janvier 1976, p. 344 : « 5. Considérant qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels il seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ; que, par suite, il n'est pas conforme à la Constitution »

[411] 16 janvier 1991 - Décision n° 90-284 DC Loi relative au conseiller du salarié Recueil, p. 20 ; RJC, p. I-422 - Journal officiel du 18 janvier 1991, p. 923 : « 3. Considérant qu'en vertu du quatrième alinéa de l'article 34 de la Constitution la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; que, dans l'exercice de cette compétence, il est loisible au législateur d'investir des personnes de fonctions particulières dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs et de doter ces personnes d'un statut destiné à leur permettre un exercice normal de leurs fonctions ; que les règles que le législateur édicte à cette fin peuvent soumettre à certaines limites les droits et libertés des employeurs dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à leur substance »

[412] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

droits de l'homme et du citoyen, la fondamentalité ne précède pas la Constitution de 1958. Ces deux notions tirent leur origine d'éléments non positivistes, au sens de non normatifs, voire d'éléments extra juridiques. Ainsi, à la lecture du préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le fondement des droits de l'homme apparaît lié au droit naturel et « sous les auspices de l'Etre suprême », notion qui ne fait pas partie de la sphère juridique. Les origines de la fondamentalité apparaissent encore plus obscures, dans la mesure où, ils sont à la fois la conséquence de l'Etat de droit et sa justification.[413]

224. Le caractère autofondé de la fondamentalité réside dans sa capacité à exister non pas en fonction d'un substantif mais en raison de la valeur que ce dernier incarne. Si la fondamentalité peut être appréhendée en tant que catégorie juridique, elle ne peut l'être selon une approche formelle.

B – Le rejet d'une catégorisation par le choix du substantif

225. Formellement, la fondamentalité ne peut être appréhendée comme constituant une catégorie juridique. Le paradoxe du système français, dans son rapport à la fondamentalité, tient au fait qu'il existe une rupture entre la forme du droit et sa substance. Ainsi, une catégorie est un ensemble d'éléments de même nature. Or, la fondamentalité n'est pas constituée par des normes de même nature puisque toutes ne correspondent pas à un niveau équivalent de contrainte. Franck Moderne nous rappelle, s'agissant des principes généraux du droit et des PFRLR, que le caractère normatif des « principes » est même remis en question par une partie de la doctrine.[414]

226. Le droit est composé « de normes de conduite, mais il y a, dans la société, d'autres normes de conduite que le droit.[415] » La fondamentalité ne correspond pas à une norme juridique préétablie donc il devient difficile de discerner si cette norme relève bien du cadre juridique ou au contraire si elle appartient à une autre sphère comme par

[413] « Car ce sont bien eux qui ont justifié, en même temps que l'inclusion dans la Constitution de son Préambule, l'extension du rôle du juge constitutionnel, que la Constitution ne prévoyait pas formellement. Les droits se sont bien, à cet égard, autofondés, en opérant ce tournant majeur de l'Etat de droit » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[414]« les grands questionnements sur la normativité de ces principes, la séparation du droit et de la morale, les pouvoirs qu'ils confèrent au juge, etc » MODERNE Franck, Principes fondamentaux, principes généraux*, RFDA*, 1998, p. 495

[415] CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2e édition, 2e tirage, Paris, PUF, 2008, p. 305

exemple la morale. Or, comme l'a démontré le Doyen Carbonnier : « elles (les normes non juridiques) sont avec le droit dans un rapport si étroit de concurrence ou de complémentarité[416] » qu'il est délicat de déterminer si c'est la morale qui pénètre le droit ou le droit qui se substitue à celle-ci. Les interrogations tenant à la nature du concept de fondamentalité s'expliquent par cet état de fait souligné par Emmanuel Dreyer : « Les droits fondamentaux se sont développés d'autant plus librement que la démarche n'avait, à sa base, aucune prétention juridique.[417] » En effet, l'emploi du qualificatif « fondamental » tendait à introduire « une dose de subjectivité dans le langage juridique pour souligner l'importance de certains droits.[418] » La fondamentalité n'a donc pas été conçue comme une unité conceptuelle ayant pour fonction d'organiser une portion du savoir. La fondamentalité s'est construite à contretemps, c'est-à-dire que l'on a tiré du développement empirique de la notion des conséquences théoriques.

227. Cette théorisation de l'objet s'explique par la montée en puissance de la notion d'Etat de droit. Walter Leinser nous indique que « l'Etat de droit, c'est le normativisme. Ce n'est pas le Gouvernement des Hommes, c'est le Règne des Normes.[419] » Par conséquent, la fondamentalité est devenue une notion juridique, elle est progressivement passée d'un état de valeur, à un état normatif alors même qu'elle n'en avait pas la vocation. Elle s'est transformée en « un énoncé » ayant « non seulement la signification subjective d'une norme du point de vue de son auteur (énoncé prescriptif du législateur ou du juge), mais aussi la signification objective d'une norme du point de vue d'une norme supérieure.[420] » Toutes les difficultés à appréhender la fondamentalité en tant qu'objet strictement juridique découlent de cette situation, dans la mesure où, la notion n'a pas été préalablement formatée pour devenir une norme juridique. Son caractère normatif n'a été reconnu qu'a posteriori, notamment par analogie avec le constitutionnalisme allemand, sans prendre en compte

[416] CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2e édition, 2e tirage, Paris, PUF, 2008, p. 315

[417] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[418] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[419] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 66

[420] MONJAL Pierre-Yves, La hiérarchie des droits, *Petites affiches*, 18 novembre 2003, n 230, p. 13

le fait que la fondamentalité n'est pas une notion juridique à l'origine du constitutionnalisme français.

228. Il faut distinguer deux phases d'évolution dans le processus de normativisation de la fondamentalité. En premier lieu, la fondamentalité correspond à un système de normes statique que Kelsen définit comme une organisation où : « la validité des normes résulte de la conformité de leur contenu à celui d'une norme supérieure, si bien que chacune d'elles se trouve subsumée sous le fond d'une autre « comme le particulier sous le général » jusqu'à la norme fondamentale qui les contient toutes. Une telle hiérarchie matérielle peut, selon l'auteur, être observée dans l'ordre moral où, par exemple, l'interdiction du mensonge, de la tromperie ou du parjure peut être déduite de la norme plus générale qui ordonne la sincérité.[421] » En second lieu, la fondamentalité correspond à un système de normes dynamique : « dans lequel une norme n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu mais parce qu'elle a été créée conformément à ce que prescrit une norme supérieure, jusqu'à la norme fondamentale supposée qui ne contient rien d'autre que « l'habilitation d'une autorité créatrice de norme ».[422] » La réalisation de l'Etat de droit ne peut être effective que dans la mesure où le système normatif réunit ces deux dimensions, c'est-à-dire lorsque le pouvoir est limité matériellement et formellement en étant à la fois compatible et valide vis-à-vis des prescriptions du texte constitutionnel.

229. Aussi, il nous faut, à présent vérifier si la fondamentalité peut constituer une catégorie juridique non pas en fonction de ces normes supports mais en tant que concept autonome.

§2 – Un objet juridique original

230. Pour Denys de Béchillon, la norme se définit comme un devoir-être impératif[423]. Le concept de fondamentalité répond à cette définition. Le qualificatif fondamental induit une attitude à respecter. Dans le cadre du contentieux constitutionnel, la qualification par le juge d'un droit comme fondamental conduit à ce que le législateur puisse le

[421] PUIG Pascal, Hiérarchie des normes : du système au principe, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 749

[422] PUIG Pascal, Hiérarchie des normes : du système au principe, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 749

[423] DE BECHILLON Denys, Règle, Droit et complexité, synthèse et commentaire par Serge DIEBOLT tiré de l'ouvrage : *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?,*éditions Odile Jacob, Paris, 1997, source http://www.reds.msh-paris.fr

limiter, par exemple en le conciliant avec l'ordre public, sans pour autant le dénaturer. Le devoir-être réside dans un choix restreint pour le législateur, puisque toute limitation apportée à un droit consacré comme fondamental est conditionnée par le respect de la substance de ce droit. Dans le cadre du contentieux du référé- liberté, l'atteinte à une liberté fondamentale entraîne non pas le devoir-être de la personne publique ou chargée d'une mission de service public mais celle du juge de faire cesser par toutes mesures la violation alléguée. Si le devoir-être n'est pas respecté, il y aura sanction du comportement de l'acteur fautif. En effet, si le législateur dénature une liberté fondamentale, la loi sera frappée d'inconstitutionnalité a priori comme a posteriori tandis que si le juge administratif ne met pas un terme à la violation d'une liberté norme fondamentale, un requérant victime d'une telle situation pourra saisir notamment la Cour européenne des droits de l'homme. Certains auteurs, parmi lesquels Philippe Krikorian, évoquent à ce sujet « la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice », c'est-à-dire qu'ils invoquent la condamnation par une cour de droit externe de la défaillance de « l'Etat juge.[424] »

231. Cependant, pour être une norme juridique, la fondamentalité doit s'incarner dans le cadre d'un système normatif à la fois statique et dynamique. La notion doit s'imposer tant matériellement que formellement. Compatibilité et validité sont les maîtres mots du fonctionnement d'un Etat de droit teinté idéologiquement de démocratie et de libéralisme.[425] Il nous faut vérifier si dans le cadre du système juridique français, la notion de fondamentalité se traduit par le respect d'une hiérarchie à la fois formelle et substantielle. La hiérarchie formelle découle de la position du concept au sein de la hiérarchie des normes. Pour pouvoir être un devoir-être impératif juridique, il faut que la fondamentalité se situe à un degré élevé de la pyramide normative. La hiérarchie substantielle est assurée par la première, elle signifie que le sens de la fondamentalité doit s'imposer aux étages normatifs inférieurs et notamment à leurs interprètes. Aussi, il nous faut nous assurer que, par exemple, le Conseil d'Etat en tant que juge ordinaire respecte bien le sens de la fondamentalité donné par le Conseil constitutionnel. Certes, le Conseil constitutionnel n'est pas une cour suprême. Il ne s'inscrit pas dans une position de hiérarchie vis-à-vis des cours suprêmes que sont la Cour de cassation et le

[424] KRIKORIAN Philippe, L'avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel, *Gazette du Palais*, 20 novembre 2008, n°325, p. 10

[425]« l'Etat de droit apparaît comme une organisation politique et sociale destinée à mettre en œuvre les principes de la démocratie libérale » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 51

Conseil d'Etat. Toutefois, l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que les décisions du juge constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.[426] »

232. Nous pouvons déduire de cet article 62 de la Constitution, que l'interprétation donnée par le juge constitutionnel du concept de fondamentalité devrait s'imposer à l'ensemble de l'ordonnancement juridique. L'hypothèse que nous nous proposons d'examiner est celle selon laquelle, à défaut d'être une catégorie juridique, la fondamentalité serait un ensemble normatif, c'est-à-dire que la notion pourrait être définie comme un ensemble de normes hétérogènes mais homogènes dans leurs effets, dans la mesure où, ces normes sont formellement supérieures et matériellement impératives. Aussi nous allons étudier en quoi la fondamentalité apparaît comme un ensemble juridique (A) avant de nous pencher sur les lacunes de cette approche (B).

A – La fondamentalité comme catégorie juridique

233. Hans Kelsen a fait le choix épistémologique de « traiter un certain ensemble de normes, dont la Constitution est la plus élevée, comme un système juridique.[427] » Par conséquent, si la fondamentalité, dans le cadre du droit interne, doit se trouver au sein d'un étage normatif, il semble logique qu'elle se situe dans la sphère de la constitutionnalité. Cette association entre fondamentalité et constitutionnalité est renforcée par l'examen de droits constitutionnels étrangers comme les droits allemand ou espagnol. Dans ces deux Etats, la fondamentalité est consacrée au cœur même du texte constitutionnel. En Allemagne, la fondamentalité correspond, aux articles 1 à 19 de la Loi fondamentale, aux normes intangibles auxquelles même le pouvoir constituant dérivé ne peut déroger.[428]

234. Dans le système français, nous avons établi que la Constitution ne définit pas la fondamentalité. Pourtant, Les libertés consacrées comme fondamentales ont une valeur constitutionnelle. Ainsi, l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique

[426] Article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 24

[427] MONJAL Pierre-Yves, La hiérarchie des droits, *Petites affiches*, 18 novembre 2003, n° 230, p. 13

[428] VON UNGERN-STERNBERG Antje, L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ?, *RDP,* 20 octobre 0101 n° 1, 1er janvier 2010, p. 171

reconnaît comme fondamental, le droit à la santé[429]. Ce droit est consacré par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946[430]. Un constat similaire peut être effectué s'agissant des libertés qualifiées de fondamentales dans le cadre de la procédure du référé – liberté. Sans que notre propos ne se veuille exhaustif, le juge administratif a identifié comme fondamentale : la liberté d'aller et de venir[431] ou le droit d'asile[432] recevant une qualification analogue dans la décision 93-325 DC du Conseil constitutionnel, le principe du caractère pluraliste des courants d'expression[433] qui est un objectif à valeur constitutionnelle[434] ou la liberté syndicale[435] garantie par l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946[436].

235. Plus ambiguë est la relation tissée entre la fondamentalité et la constitutionnalité par le Conseil constitutionnel lui – même. En effet, les PFRLR sont constitutionnalisés par le juge constitutionnel, ce qui induit qu'ils n'avaient pas préalablement de valeur constitutionnelle. Une réflexion identique peut être menée s'agissant de libertés comme celle du mariage consacrée dans la décision 93-325 DC qui n'est évoquée par aucun texte du bloc de constitutionnalité. Pour justifier cette ambiguïté, il faut se placer dans le cadre de la théorie kelsénienne du législateur négatif.

---

[429] Article L. 1110-1 du Code de la santé publique, créé par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 3 JORF 5 mars 2002 : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. »

[430]Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, extraits « 11. 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. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

[431]Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (Mme Aubin), du 2 avril 2001, 231965, publié au recueil Lebon

[432]Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Delarue), du 12 novembre 2001, 239792, mentionné aux tables du recueil Lebon

[433] Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Labetoulle), du 24 février 2001, 230611, publié au recueil Lebon

[434] 18 septembre 1986 - Décision n° 86-217 DC *Loi relative à la liberté de communication* Recueil, p. 141 - Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294

[435] Conseil d'État, Juge des référés, 13/11/2009, 333414, Inédit au recueil Lebon

[436] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, extraits : « 6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

236. Pour Hans Kelsen le juge constitutionnel ne crée pas le droit. Son rôle se restreint à annuler les dispositions, législatives dans l'exemple français, qui contreviennent à la Constitution soit en ce qu'elles sont incompatibles avec cette dernière, soit en ce qu'elles sont invalides par rapport à celle-ci. La théorie du législateur négatif illustrée par le Doyen Vedel en ces termes : « Le Conseil constitutionnel a droit à la gomme, pas au crayon[437] » laisse à penser que lorsque le juge constitutionnel consacre comme fondamentale une norme, cette dernière était contenue en filigranes dans le texte de la Constitution. Franck Moderne nous rappelle s'agissant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu' : « Il en résulte que les normes de référence sont des normes écrites qui tirent leur autorité des textes et non de la jurisprudence, et que les « principes » dont fait état le Constituant (« principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », « principes particulièrement nécessaires à notre temps » et autres « principes de valeur constitutionnelle ») ne sont utilisés qu'après vérification de leur ancrage dans un texte ou un ensemble de textes[438] » Ainsi, bien que distendu, le lien entre fondamentalité et constitutionnalité n'est pas rompu.

237. La fondamentalité semble correspondre à la double exigence d'un système juridique réunissant les dimensions statique et dynamique. Pourtant cette affirmation se doit d'être nuancée, car si dans les faits la fondamentalité peut être appréhendée comme un système normatif de nature juridique, aucun moyen institutionnalisé ne garantit la pérennité du respect de la notion tant au niveau formel que substantiel.

B – Une qualification en tant que catégorie à relativiser

[437] BADINTER Robert, Du côté du Conseil constitutionnel, *RFDA*, 2002 p. 207

[438] MODERNE Franck, Principes fondamentaux, principes généraux*, RFDA*, 1998, p. 495

238. La fondamentalité s'inscrit dans le cadre de la logique hiérarchisée inhérente à la pyramide des normes en ce qu'elle est matériellement et formellement supérieure. En effet, son contenu et sa valeur juridique relèvent du niveau constitutionnel, étage normatif le plus élevé au sein de l'ordonnancement juridique. Mais cette cohérence du concept peut être remise en cause par un double phénomène d'autonomie.

239. D'une part, l'autorité du Conseil constitutionnel n'est assurée par aucun mécanisme juridique. Par conséquent, les cours suprêmes bénéficient d'un degré d'autonomie dans leur prise en compte de la jurisprudence constitutionnelle.[439] Les cours suprêmes peuvent ainsi faire échec à l'effet erga omnes des décisions du Conseil constitutionnel. Aucun instrument juridique ne permet d'assurer le maintien de la valeur constitutionnelle d'une norme attachée à la fondamentalité. Nous pourrions imaginer une liberté consacrée comme fondamentale par le juge constitutionnel et que cette qualité lui soit expressément refusée par le juge ordinaire.

240. D'autre part, les juges ordinaires ont développé une approche autonome de la fondamentalité. Le Conseil d'Etat développe une définition beaucoup large de la fondamentalité que celle qui ressort de l'examen de la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi, le juge administratif dans son ordonnance des référés du 12 novembre 2001 consacre : « La liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie qui en est une composante, la libre disposition de son bien par un propriétaire et la liberté contractuelle constituent des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.[440] » S'agissant de la liberté contractuelle, Etienne Picard souligne : « la liberté contractuelle ne constitue pas un droit fondamental dès lors que telle est la position du Conseil constitutionnel, assez nettement affirmée.[441] » Nous n'avons en l'espèce une rupture de la compatibilité des normes, au sens où, une autorité infra constitutionnelle ne respecte pas l'autorité de l'interprète authentique de

[439] «si le Conseil d'Etat et la Cour de cassation reconnaissent « l'autorité persuasive », donc purement morale, de la jurisprudence constitutionnelle, ils s'attribuent le droit de faire prévaloir leur propre interprétation des normes de référence, au nom d'une interprétation elle – même autonome de l'article 62 C » MILLET François-Xavier, L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexions à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique*, RDP*, 20 août 0901 n° 5, 1er septembre 2008, p. 1305

[440]Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Genevois), du 12 novembre 2001, 239840, publié au recueil Lebon

[441] PICARD Etienne, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, *AJDA*, 1998 p. 651

la Constitution. En conséquent, le caractère juridique de cet ensemble normatif qu'est la fondamentalité apparaît nettement remis en cause.

241. Le deuxième procédé mettant en exergue l'autonomie du juge ordinaire, et notamment administratif, est qu'il refuse de se référer avec précision à l'un des catalogues de droits fondamentaux mais se réserve le droit de piocher soit dans le catalogue constitutionnel, soit dans un catalogue de droit externe.[442] Une liberté est fondamentale soit parce qu'elle est constitutionnelle, soit parce qu'elle est protégée par des normes externes notamment par la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, soit parce qu'elle bénéficie de ce double degré de protection. L'arrêt du Conseil d'Etat 328879 est un exemple de la liberté du juge administratif dans le choix du raisonnement le conduisant à reconnaître une liberté comme fondamentale : « Considérant que le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, protégé par la Constitution et par les stipulations des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue une liberté fondamentale.[443] » Le caractère juridique de la notion de fondamentalité est ici remis en question s'agissant de sa cohérence. La présomption relative à la notion réside dans le fait que le concept est supposé juridique. Toutefois cette présomption n'est valide que tant que la fondamentalité a pour unité la valeur constitutionnelle des normes qui la compose. A chaque fois que cette unité est remise en question, la juridicité de la notion s'effrite laissant la place à une utilisation subjective de la fondamentalité.

242. Après avoir tenté, dans ce titre premier, de mettre en perspective l'évolution du sens de la notion de fondamentalité au sein de l'ordonnancement juridique français, nous allons, au cours d'un titre deuxième, mettre en lumière le fait que les ambiguëtés de la notion sont assumées.

[442] «C'est donc dans la catégorie, plus vaste et en continuelle expansion, des droits et libertés garantis par la Constitution ou par des conventions internationales qu'il faut rechercher le champ d'application du « référé-liberté ». Cette approche ouverte de la toute nouvelle procédure qui s'offre aux justiciables doit être saluée » GUYOMAR Mattias, COLLIN Pierre, Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'Etat juge d'appel, *AJDA*, 2001, p. 153

[443] Conseil d'État, Juge des référés, 30/06/2009, 328879, Publié au recueil Lebon

Titre 2 : Une pluralité d'usages assumée

243. Pour Etienne Picard, la fondamentalité est une notion structurellement relative : « Deux sortes de relativité se dégagent : une relativité formelle et une relativité substantielle. La première s'observe dans le droit positif des droits fondamentaux tels que le juge les sanctionne ; la seconde, qui en est la cause, réside en cela que la portée effective d'un droit s'apprécie nécessairement dans un contexte concret donné, qui confère à ces droits leur véritable substance.[444] »

244. Un droit, qualifié dans une espèce juridique donnée, de fondamental peut ne pas l'être dans un autre cas. Cette relativité formelle fait référence au concept en tant que technique juridique de conciliation. En fonction des éléments en présence, le juge n'aborde pas la fondamentalité de la même manière. Cette relativité est notamment liée à la gravité de l'atteinte portée à un droit. Nous retrouvons cette idée de proportionnalité[445] entre la gravité de l'atteinte et le caractère fondamental d'une liberté dans la rédaction de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. La procédure du référé-liberté établit un lien entre la fondamentalité et l'existence d'une « atteinte grave et manifestement illégale. » Certes, bien que, comme le précise Bernard Pacteau : « a priori, toute atteinte à une liberté fondamentale soit grave[446] », c'est le degré de l'atteinte qui est sanctionné et non le seul fait qu'une violation touche à une liberté fondamentale. Cette remarque peut être un facteur expliquant l'absence d'une liste des libertés fondamentales dans le corps de la loi du 30 juin 2000. Nous pouvons illustrer nos propos par un arrêt du Conseil d'Etat du 20 février 2004.[447] En

[444] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[445] « rappelons que, la jurisprudence allemande et, à sa suite, la jurisprudence communautaire estiment que le principe de proportionnalité recouvre trois exigences : une exigence d'adéquation : la mesure adoptée doit être a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but visé ; une exigence de nécessité : elle ne doit pas être plus restrictive que ne l'exige le but poursuivi, ce qui suppose que le choix d'une mesure moins contraignante pour les personnes concernées ou pour la collectivité n'aurait pu permettre d'atteindre à l'identique l'objectif visé ; une exigence de proportionnalité au sens strict : à supposer que la mesure soit nécessaire, encore faut-il qu'elle ne soit pas hors de proportion avec le résultat recherché, ce qui implique une mise en balance des charges créées et des avantages apportés par la réalisation de l'objectif poursuivi » GOESEL-LE BIHAN Valérie, Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel défense et illustration d'une théorie générale, *RFDC*, n°45, 2001, p. 68

[446] PACTEAU Bernard*, Manuel de contentieux administratif*, Paris, P.U.F, 2006, p. 251

[447] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 20 février 2004, 264774, inédit au recueil Lebon

l'espèce, le juge administratif rejette le moyen du requérant, basé sur la violation, par les services fiscaux, du droit à se présenter à une élection, au motif qu'il : « ne résulte pas de l'instruction que cette prise de position soit entachée d'une illégalité manifeste. » L'absence de violation entraîne un non positionnement du juge administratif sur la question de savoir si la liberté de se présenter à une élection est ou non une liberté fondamentale.

245. Un nombre important de normes reconnues par les textes ou les juges, comme ayant un caractère fondamental appartiennent déjà à d'autres catégories juridiques attachées à un fondement textuel précis. Cette relativité substantielle fait référence à la définition de la fondamentalité en tant qu'unité conceptuelle. Le contenu de ce concept ne lui est pas propre puisque les libertés qu'il renferme sont liées à d'autres notions. Il en est ainsi de la liberté de communication consacrée comme une liberté fondamentale par la décision 94-345 du 29 juillet 1994.[448] Toutefois, la liberté de communication est également garantie à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[449]. Cet exemple, nous permet d'établir que le champ substantiel de la fondamentalité recouvre le champ d'autres unités conceptuelles parmi lesquelles les droits de l'homme, le juge constitutionnel usant des deux qualificatifs possibles dans le corps de sa jurisprudence[450].

[448] 29 juillet 1994 - Décision n° 94-345 DC *Loi relative à l'emploi de la langue française* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240 « 5. Considérant que s'il incombe au législateur, compétent, aux termes de l'article 34 de la Constitution, pour fixer "les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer, il ne saurait le faire, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés, qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

[449] Article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 8

[450] 28 juin 1982 - Décision n° 82-140 DC *Loi de finances rectificative pour 1982* Recueil, p. 45 - Journal officiel du 29 juin 1982, p. 2043 « 5. Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de 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 auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ; »

246. De cette double relativité, la fondamentalité tire deux caractères principaux. Elle apparaît comme un concept « hors normes[451] » en ce qu'elle englobe des normes qui initialement ne lui correspondaient pas. De plus, elle est un concept adaptable tant aux enjeux techniques du litige comme technique de résolution des différends, qu'aux enjeux de fond car elle permet d'apporter une réponse à une question de droit nouvelle.

247. Aussi, nous nous proposons de mettre en exergue ce double caractère de la fondamentalité en démontrant en quoi ce concept apparaît, à la fois, comme un outil d'adaptabilité (chapitre premier) et de modernité (chapitre deuxième) du droit des libertés.

[451] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

Chapitre 1 : Un outil d'adaptabilité du droit des libertés

248. La fondamentalité se caractérise par sa globalité. Elle constitue un ensemble qui a pour unité formelle sa logique de prévalence et pour unité substantielle la valeur constitutionnelle des normes qui la composent.

249. La fondamentalité est une notion globale qui se décline à la fois comme une technique juridique et comme une catégorie juridique. Toutefois, ces deux acceptions du concept ne sont pas distinctes l'une de l'autre, la seconde découle de la première. La fondamentalité en tant que catégorie n'est que la résultante de l'application, dans des cas d'espèce déterminés, de la logique de prévalence induite par la fondamentalité en tant que technique juridique. Cette prévalence peut s'exprimer dans un cadre extranormatif ou intranormatif.[452] De cet effet de prévalence découle la constitution d'une catégorie juridique par ricochet, au sens où, les normes attachées à la fondamentalité ne constituent une unité conceptuelle qu'a posteriori. La technique précède et conditionne la détermination du contenu du concept.

250. C'est pour cette raison que les deux sens de la fondamentalité coexistent. Puisque au sein du système juridique français aucune source normative ne prédispose de ce qu'est la fondamentalité, cette dernière n'est substantiellement alimentée que de manière empirique, notamment, par la jurisprudence. Or, si le juge cesse d'user de la fondamentalité entendue comme technique, la fondamentalité substantielle se tarit. C'est exactement le cas de figure existant dans le cadre du contentieux constitutionnel. En ayant de moins en moins recours à la fondamentalité en tant que technique de conciliation, le Conseil constitutionnel a mis un terme au développement substantiel de la fondamentalité constitutionnelle.

251. Le juge constitutionnel essaie de différencier plus nettement les deux sens de la fondamentalité afin de dissocier le versant substantiel, du versant technique. Nous pouvons appuyer nos propos sur la décision du 8 janvier 2009, dans laquelle il emploie

[452]« La fondamentalité opère de façon intranormative lorsque la seule norme applicable, ne comportant formellement qu'un seul et même rang, n'établit pas de hiérarchie entre les droits ou prétentions en conflit, et lorsque le juge en dégage une néanmoins en qualifiant tel droit comme fondamental. Et elle est extranormative lorsque le juge trouve un droit en dehors de la norme formelle et l'applique néanmoins à l'encontre d'une autre prétention justifiable sur la base de cette même norme, tout en imputant cette prévalence à cette dernière » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

l'expression de « règle fondamentale.[453] » Le terme « règle » est un substantif générique qui ne correspond pas à une catégorie précise de normes. Aussi, il nous semble que peut être décelée une tentative de retour au sens premier de la fondamentalité, émanant de l'article 34 de la Constitution, et faisant référence de manière étroite à la prévalence. Toutefois, il n'en est pas de même pour le Conseil d'Etat qui, habilité en ce sens pas l'article 521-2 du Code de justice administrative, raisonne, certes, en termes de prévalence mais également en termes de catégorie[454]. La jurisprudence administrative assume la fondamentalité comme une catégorie dont l'unité de sens est assurée par la recherche de la valeur constitutionnelle d'une liberté consacrée comme fondamentale sur la base du référé –liberté.[455]

252. La fondamentalité est également un concept globalisant. Elle tend à faire la synthèse d'éléments dispersés au sein de catégories juridiques différenciées. Ce concept permet ainsi un regroupement des droits et libertés autour de leur valeur constitutionnelle. Cependant, puisqu'aucun texte normatif ne pose expressément la valeur des normes attachées à la fondamentalité, l'unité de valeur ne tient qu'au « bon vouloir » des différents acteurs ayant autorité en matière de fondamentalité, à savoir les juges, de manière ordinaire, et le pouvoir constituant, de manière extraordinaire. Ceci explique pourquoi le recours à la fondamentalité n'est que relatif.

253. Lorsqu'une norme est qualifiée de fondamentale, elle l'est dans un contexte précis en fonction de contraintes spécifiques. Contrairement à ce que soutiennent les tenants

[453] 08 janvier 2009 - Décision n° 2008-573 DC *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés* Recueil, p.36 - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724.: « 21. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée ; »

[454] Conseil d'État, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 17/03/2010, 332586 « Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 3 du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil, du 18 février 2003 : (...) 4. Le demandeur d'asile est informé par écrit, dans une langue dont on peut raisonnablement supposer qu'il la comprend, au sujet de l'application du présent règlement, des délais qu'il prévoit et de ses effets ; qu'il ressort des pièces du dossier, en particulier d'un certificat établi par un traducteur assermenté près la cour d'appel de Paris, que M. A n'a pas été informé par écrit dans une langue qu'il comprenait des conditions d'application du règlement, des délais qu'il prévoit et de ses effets ; qu'ainsi, faute d'avoir mis le requérant à même de bénéficier des garanties procédurales prévues par le paragraphe 4 de l'article 3 du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, le préfet de police a porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit d'asile »

[455] « le Conseil d'Etat a privilégié - le mot est faible- la source constitutionnelle à chaque fois qu'il s'est agi de ranger une liberté parmi celles que permet de protéger l'institution du référé-liberté. » WACHSMANN Patrick, L'atteinte grave à une liberté fondamentale, *RFDA*, 2007, p. 58

de la supraconstitutionnalité, la fondamentalité ne crée pas de hiérarchie reposant sur la valeur de la norme. La valeur d'une liberté demeure identique, c'est-à-dire constitutionnelle, par contre c'est sa combinaison avec une autre liberté qui lui confère dans un cas d'espèce une qualité fondamentale. Ainsi, un droit de l'homme telle la liberté de communication ne change pas de nature, il demeure dans cette catégorie juridique. Mais en fonction du contexte, comme dans la décision du 29 juillet 1994[456], cette liberté devient fondamentale. En l'espèce, elle doit être conciliée avec l'article 2 de la Constitution qui pose le principe constitutionnel selon lequel : « la langue de la République est le français. » L'objectif pour le juge constitutionnel est que le législateur réussisse à concilier ces deux normes de même valeur dans le cadre précis des obligations pesant sur les médias d'user de certains termes ou expressions définis par voie réglementaire[457]. Or, si la fondamentalité donnait de manière systématique une valeur juridique supérieure, les libertés devenues fondamentales ne pourraient demeurer dans leur catégorie juridique d'origine. Pourtant la liberté de communication n'est pas toujours une liberté fondamentale comme en témoigne la décision du 10 juin 2009 dans laquelle le juge constitutionnel traite de la liberté de communication uniquement sur la base de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[458].

254. La dimension globale de la fondamentalité induit que ce concept répond à une pluralité de logiques (section première), qui provient du fait que ce cette notion transcende les catégories classiques du droit des libertés (section deuxième).

[456] 29 juillet 1994 - Décision n° 94-345 DC *Loi relative à l'emploi de la langue française* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240

[457] 29 juillet 1994 - Décision n° 94-345 DC *Loi relative à l'emploi de la langue française* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240 « 9. Considérant que toutefois, eu égard à la liberté fondamentale de pensée et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il ne pouvait imposer, sous peine de sanctions, pareille obligation aux organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle qu'ils soient publics ou privés ; »

[458] 10 juin 2009 - Décision n° 2009-580 DC *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 13 juin 2009, p. 9675 « 12. Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi " ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services ; »

Section 1 : Une notion répondant à une pluralité de logiques

255. La fondamentalité n'est pas une catégorie juridique classique, au sens d'une classification du savoir parce que les normes qui la composent ne correspondent pas toutes au même niveau de contrainte juridique. Cependant, matériellement les normes consacrées comme fondamentales bénéficient d'un degré de protection constitutionnelle. L'unité de la notion est assurée substantiellement mais non formellement puisqu'aucun mécanisme ne garantit la pérennité de l'unicité du concept. Aussi, il faut adopter une autre définition de la notion de catégorie juridique que celle que nous avons précédemment admise. Ce choix tient au fait qu'aucun autre concept ne pallie celui d'unité conceptuelle. Cette dernière est certes inadaptée à traduire la réalité de la fondamentalité, pour autant, cette notion existe en droit. La difficulté est que ses moyens d'existence ne se calquent pas sur le fonctionnement abstrait du système juridique. Le système juridique est un ensemble de normes qui interagissent entre elles. Les juristes ont opéré des classifications afin de rendre compte de la cohérence de cet ensemble. La catégorisation des normes complète la notion de hiérarchie normative mise en place par Kelsen. Elle permet une plus grande clarté des rapports entre les différents étages normatifs ainsi qu'au cœur de ceux-ci.[459] Après avoir démontré que la fondamentalité ne correspond pas à la définition classique de ce qu'est une catégorie juridique, nous avons choisi d'adopter la définition de cette notion donnée par Etienne Picard.[460]

256. Puisque la fondamentalité ne peut appartenir à aucune catégorie juridique préexistante, il faut pour tenter de comprendre ce concept, partir du paradigme selon lequel la fondamentalité est une catégorie juridique spécifique caractérisée par la disparité de ses éléments constitutifs et l'unité relative de sa portée juridique. Seuls les effets de la fondamentalité semblent emprunts de stabilité, au sens où, ce concept

[459]« Ce qui manque, ce n'est pas une hiérarchie entre les normes, mais une catégorisation des normes plus claire : qu'est-ce qui relève de la fonction constitutionnelle, législative, exécutive ? Quels critères d'identification employer : procédure, portée de la norme, contenu ? » MONJAL Pierre-Yves, La hiérarchie des droits, *Petites affiches*, 18 novembre 2003, n° 230, p. 13

[460]« au lieu de déduire la fondamentalité de ce que le droit positif en révèle à l'examen, et de la réduire à cela, nous allons tenter de l' induire de ce qu'elle montre, c'est-à-dire de ses effets. Nous postulerons par là que c'est la fondamentalité qui doit justifier le régime (et non pas l'inverse, car le régime ne justifie pas la fondamentalité : il ne fait qu'en découler, et se borne, de notre point de vue, à signaler sa présence) » PICARD Etienne, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, *AJDA*, 1998 p. 651

induit un effet de prévalence. Le caractère global de la notion tient au fait que l'effet de prévalence peut être soit formel, soit substantiel, soit les deux en même temps.

257. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel reconnaît une liberté donnée comme fondamentale, l'effet de prévalence est à la fois formel de par le niveau juridique de protection et substantielle, une liberté est privilégiée dans un cas déterminé. Sa valeur est donc temporairement magnifiée. Par contre, lorsque le préambule de la Charte de l'environnement évoque les « intérêts fondamentaux de la Nation[461] », l'effet de prévalence n'est que formel, au sens où, certains intérêts -mais lesquels ? – revêtent une importance pour la Nation. Enfin, lorsque le Conseil d'Etat consacre une liberté fondamentale dans le cadre du contentieux du référé-liberté, l'effet de prévalence ne peut être que substantiel. En l'espèce, comme le souligne le Doyen Favoreu : « Il est assez étonnant qu'une réforme qui a été motivée par des considérations très précises - permettre au juge administratif d'être aussi efficace que le juge judiciaire et limiter la tendance de celui-ci à « abuser » de la voie de fait - et qui n'a donné lieu au Parlement à aucun débat d'envergure sur la protection des libertés fondamentales, aboutisse en définitive à la création d'une procédure moderne d'un type nouveau à laquelle d'autres pays ont également pensé.[462] » Cette comparaison entre la voie de fait et le référé liberté démontre que ce dernier n'aborde la fondamentalité qu'en termes substantiels puisque la voie de fait ne concerne qu'un nombre précis de libertés.[463] En conséquence, dans le cadre de l'article L. 521-2 du CJA, la fondamentalité est un critère matériel de recevabilité de la procédure comme l'urgence et la constatation d'une atteinte grave et manifestement illégale. La fondamentalité définit le champ d'application de la procédure « d'un référé-injonction destiné à protéger les libertés.[464] »

258. Aussi, nous allons tour à tour étudier ces différentes manifestations de l'effet de prévalence de la fondamentalité, en abordant les logiques qui animent ce dernier.

[461]« Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation » Charte de l'environnement de 2004, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[462] FAVOREU Louis, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1739

[463] GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 19e édition, Paris, L.G.D.J, 2010, p. 74

[464] LE BAUT-FERRARESE Bernadette, Les procédures d'urgence et le langage du droit, *RFDA*, 2002, p. 296

Ainsi, le Conseil constitutionnel aborde la fondamentalité en termes plus fonctionnels (§1) que le Conseil d'Etat qui conçoit cette notion en termes substantiels (§2).

§1 – Le Conseil constitutionnel ou l'avantage donné à la logique fonctionnelle

259. Le Conseil constitutionnel entretient avec la fondamentalité un rapport complexe. Ce rapport peut être appréhendé en trois phases[465]. La première correspond aux années 1958 – 1971, période durant laquelle le juge constitutionnel n'aborde l'effet de prévalence de la notion qu'en termes formels[466]. La fondamentalité est alors un instrument de répartition des compétences entre les organes réglementaires et législatifs. La deuxième phase commence en 1971 et elle s'étend jusqu'en 1998. Le juge constitutionnel aborde l'effet de prévalence à la fois de manière formelle et matérielle. C'est la période durant laquelle sont consacrées les premiers PFRLR[467] et définie l'expression de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle. » La troisième période débute en 1998 et elle perdure. Elle se caractérise par un retour à l'utilisation uniquement formelle de l'effet de prévalence induit par la fondamentalité.

260. Le Conseil constitutionnel a du mal à déterminer sa position vis-à-vis de la fondamentalité. L'emploi du concept par le juge constitutionnel semble manquer de cohérence, puisque les phases précédemment évoquées ne se substituent pas les unes aux autres mais sont dans une relation de superposition. Le développement de l'association fondamentalité formelle et matérielle n'a pas mis un terme à l'usage par le Conseil constitutionnel d'une fondamentalité uniquement formelle[468]. Une remarque

[465] Voir annexe 2

[466] 23 février 1970 - Décision n° 70-60 L *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 2, alinéa 2, de l'ordonnance du 23 octobre 1958, portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique* Recueil, p. 35 - Journal officiel du 1er mars 1970, p. 2117 « 1. Considérant que les dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel, sans apporter aucune limitation nouvelle au principe suivant lequel la déclaration d'utilité publique doit être prononcée par décret en Conseil d'Etat, ont uniquement pour objet de déterminer les cas où, les conclusions du commissaire enquêteur ou de la commission chargée de l'enquête étant favorable et par dérogation à la règle générale, l'utilité publique pourra être déclarée par arrêté ministériel ou par arrêté préfectoral ; que ces dispositions, qui ne visent qu'à la répartition entre des autorités de degrés différents, mais relevant toutes du pouvoir exécutif, d'attributions qui appartiennent à celui-ci en matière de déclaration d'utilité publique, ne mettent en cause ni les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits civils et des obligations civiles et commerciales ni aucun des autres principes fondamentaux non plus qu'aucune des règles que l'article 34 de la Constitution a placés dans le domaine de la loi ; que, par suite, lesdites dispositions ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire »

[467] 20 janvier 1984 - Décision n° 83-165 DC *Loi relative à l'enseignement supérieur* Recueil, p. 30 - Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 365

[468] 16 octobre 2008 - Décision n° 2008-213 L *Nature juridique de dispositions du code de la route et de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 modifiée portant réforme des procédures civiles d'exécution* Recueil, p. 369 - Journal

semblable peut être menée s'agissant de la fondamentalité substantielle. Le retour à un effet de prévalence formelle ne préjuge pas un abandon définitif de l'effet de prévalence substantielle. Malgré ce rapport difficile à la fondamentalité, le Conseil n'a pas renoncé à avoir recours à la notion comme en témoigne la décision du 18 février 2010 en son considérant 13.[469]

261. Il s'agit pour nous de tenter de déterminer quelles peuvent être les raisons qui ont conduit le Conseil constitutionnel à s'autolimiter, c'est-à-dire à mettre fin, pour le moment, à une approche formelle et substantielle de la notion. L'origine de ce dédoublement de l'effet de prévalence au bénéfice de la dimension formelle de la notion peut être explicitée en fonction de considérations pratiques et de considérations théoriques. Les raisons pratiques s'incarnent principalement dans le fait que le Conseil constitutionnel n'a pas les moyens institutionnels de faire prévaloir son interprétation de la fondamentalité y compris dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Les raisons théoriques résident dans l'hypothèse selon laquelle le juge constitutionnel aborde ce concept non pas selon une perspective formelle ou matérielle mais essentiellement comme un mécanisme d'adaptation de la sphère constitutionnelle et d'intégration d'éléments exogènes à celle-ci, c'est-à-dire selon une approche fonctionnaliste.

262. Nous nous proposons de développer ces deux considérations ayant conduit à un certain déclin de la notion de fondamentalité au sein du contentieux constitutionnel, en nous intéressant d'une part, aux raisons contextuelles de cette décroissance (A) avant d'étudier le postulat selon lequel le Conseil constitutionnel privilégierait une approche fonctionnelle de la fondamentalité (B).

---

officiel du 18 octobre 2008, p. 16002 « 2. Considérant que ces dispositions ne mettent en cause ni les principes fondamentaux « du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales » qui relèvent de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, ni aucun des autres principes ou règles placés par la Constitution dans le domaine de la loi ; que, dès lors, elles ont le caractère réglementaire »

[469] 18 février 2010 - Décision n° 2010-602 DC *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 24 février 2010, p. 3385 : « « Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée »

A- Un contexte défavorable au maintien d'une approche substantielle de la fondamentalité

263. La fondamentalité constitutionnelle, c'est-à-dire émanant soit du texte constitutionnel, soit de son interprète authentique qu'est le Conseil constitutionnel connaît une portée limitée. Cet impact restreint se concrétise par le faible nombre de libertés reconnues comme fondamentales par le juge constitutionnel. La fondamentalité substantielle est laissée de côté par le juge constitutionnel qui lui préfère une approche plus formelle caractérisée par l'effet de prévalence donné à une norme dans le cadre d'un conflit normatif.

264. Cette approche circonscrite s'explique par la position institutionnelle du Conseil constitutionnel. En effet, celui-ci n'a pas les moyens juridiques d'imposer aux autres juridictions, et notamment aux cours suprêmes que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, le respect de son interprétation du texte constitutionnel. Il n'est pas une cour suprême, au sens du rôle exercé par la Cour suprême des Etats-Unis.[470]

265. La difficulté du système juridique français est que si en théorie la Constitution est bien placée au sommet de la hiérarchie des normes, dans les faits, cette suprématie n'est assurée que de manière très imparfaite par le Conseil constitutionnel. Cette remarque peut être illustrée par la mise en place de la QPC dont l'objectif est de rendre la Constitution aux justiciables comme nous l'indique Pascal Jan : « La Constitution, restée longtemps l'œuvre des gouvernants, a donc fini par devenir un instrument à destination des justiciables.[471] » Malgré les améliorations apportées par la procédure de la QPC, le Conseil constitutionnel n'a pas de moyens techniques, comme une procédure d'annulation ou de cassation des arrêts des cours suprêmes, afin de rendre opposables le sens et la portée qu'il donne au texte constitutionnel. Le système

[470]« L'œuvre la plus importante de la Cour est d'avoir construit le statut juridique de la Constitution. C'est elle qui a donné à ce document valeur de texte sacré et qui en fait l'arche sainte de la République américaine, d'une part, en en garantissant d'abord, comme l'y invitait la clause de suprématie, le caractère de loi suprême de l'Union, mais d'autre part et surtout en faisant de la Constitution fédérale la seule loi suprême du peuple américain. La Constitution des Etats-Unis est opposable à tous, tous sont obligés par elle » ZOLLER Elisabeth, Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel n°5*, premier semestre 1998, p. 51

[471] JAN Pascal, La question prioritaire de constitutionnalité, *Petites affiches*, 18 décembre 2009, n°252, p. 6

constitutionnel se caractérise dans les faits par une pluralité des interprètes authentiques du texte constitutionnel.[472]

266. La protection des droits fondamentaux ne peut être soumise à des divergences jurisprudentielles. L'enjeu pour la légitimité des juridictions est trop important. En effet, l'existence, jusqu'à mars 2010, d'un contrôle de constitutionnalité uniquement a priori a placé le Conseil constitutionnel dans une position de retard vis-à-vis du développement des droits fondamentaux. Lorsqu'une liberté est consacrée par le Conseil d'Etat comme fondamentale au titre de l'article L. 521-2 du CJA, il apparaît difficile pour le juge constitutionnel de contrecarrer l'interprétation du juge administratif en la matière. Cela serait possible s'il s'appuyait sur une divergence d'interprétation de la Constitution appliquée au cas d'espèce et dans un délai court. Mais le temps qu'une hypothèse semblable soit soumise au Conseil, et encore faudrait-il qu'elle le soit, la divergence interprétative apparaît seulement comme une restriction des libertés de la personne, notamment aux yeux du justiciable lambda. Le Conseil constitutionnel n'a pas réellement le choix, soit il ignore la fondamentalité substantielle, soit il prend le risque de se trouver en porte-à-faux vis-à-vis des justiciables. S'il contredit une jurisprudence favorable aux libertés, il met en jeu sa propre légitimité. Une remarque identique peut être menée dans le cadre des relations avec les Cours externes, notamment communautaire et européenne. Sur la base des principes généraux du droit de l'Union européenne, de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les Cours de droit externe sont des expertes de la protection des libertés fondamentales. De plus, elles ont les moyens institutionnels de contraindre les Etats à prendre en compte leurs décisions par le biais de sanctions financières importantes. Si le Conseil constitutionnel s'était lancé dans une détermination jurisprudentielle active de la notion, il se serait placé sous le courroux direct de ces juridictions. Si ses interprétations de la fondamentalité étaient invalidées par les Cours externes, sa légitimité et son rôle effectif de « gardien des libertés » pourraient être amoindris. Par conséquent, le Conseil constitutionnel afin de se

[472] «« on peut donc comprendre le refus de la Cour de cassation de retenir la même interprétation, étant donné qu'elle n'était pas liée. Cependant, cette divergence jurisprudentielle nous apparaît malgré tout inopportune dans la mesure où elle peut être perçue comme la manifestation de la pluralité des interprètes constitutionnels authentiques, la Cour de cassation ayant eu le dernier mot. » MILLET François-Xavier, L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexions à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique*, RDP*, 20 août 0901 n° 5, 1er septembre 2008, p. 1305

détacher des interprétations de la fondamentalité émanant d'autres organes juridiques et de garantir son autonomie en matière de protection des libertés a eu plus d'intérêt à laisser de côté la logique substantielle de la notion.[473]

267. La révision constitutionnelle du 23 novembre 1993 en est la preuve, la protection des droits fondamentaux, en ce qu'elle est subjective puisque indéterminée par le texte constitutionnel, peut apparaître plus comme un cadeau empoisonné qu'un facteur de renforcement de légitimité pour le juge constitutionnel.

B – Une approche plus fonctionnelle que formelle de la fondamentalité

268. Le rapport du Conseil constitutionnel à la fondamentalité est ambigu. Si l'on constate un recul de la dimension substantielle de la notion, il n'en demeure pas moins que le juge constitutionnel continue de se référer à la fondamentalité. L'explication qui peut être apportée à cette alternance de choix du juge constitutionnel est que ce dernier appréhende la notion non pas en termes formels et/ou substantiels mais principalement en termes fonctionnels. Cette hypothèse est posée par le Professeur Picard « Ces droits ne constitueraient-ils donc qu'une « catégorie fonctionnelle »[474] ? » mais elle est rejetée au motif qu'« une telle qualification laisserait entendre que ce contenu se voit formellement faussé par les extensions ou restrictions qu'on applique à la catégorie dans le but, selon le cas, soit de faire bénéficier de son régime des éléments qui normalement ne lui appartiennent pas, soit au contraire de les en priver lorsqu'ils en relèvent ordinairement.[475] »

269. Le fonctionnalisme se définit comme « une théorie selon laquelle la stabilité d'un ensemble est assurée par la tâche que chaque partie accomplit par rapport à cet ensemble.[476] » L'analyse fonctionnelle « est une forme ou une méthode de connaissance scientifique qui, concrètement analyse et explique le droit – et les autres phénomènes normatifs – en étudiant les « fonctions » ou les tâches que le droit réalise

[473] « Même imparfait, le système actuel de contrôle de constitutionnalité français a atteint son régime de croisière et jouit d'une légitimité certaine. » Le rôle du Conseil constitutionnel français, exposé présenté par Yves GUENA, Président du Conseil constitutionnel, à l'occasion du 150ème anniversaire de l'État fédéral suisse le 13 juin 1998, *Rapport du Conseil constitutionnel français*, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[474] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[475] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[476] CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2e édition, 2e tirage, Paris, PUF, 2008, p. 135

pour la société, celles qu'il devrait réaliser, et comment il les réalise ou devrait les réaliser.[477] » Appliquée à notre objet d'étude qu'est la fondamentalité, nous pouvons émettre l'hypothèse selon laquelle la fondamentalité a pour fonction de garantir la prévalence d'une norme sur une autre norme.

270. Le Conseil constitutionnel a pour mission, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, d'opérer un examen entre une loi, norme infra constitutionnelle, et la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité se définit comme « la garantie de la constitution ou l'ensemble des moyens juridiques destinés à assurer la conformité des règles de droit à celle-ci.[478] » Par conséquent, la fondamentalité peut être comprise comme un moyen juridique ayant pour fonction de garantir la prévalence d'une norme constitutionnelle sur une autre norme de même niveau hiérarchique. La dimension fonctionnelle de la fondamentalité réside en ce qu'elle permet au juge constitutionnel de faire prévaloir dans un cas d'espèce donné une norme, donc une valeur, sur une autre norme. Il ne revient pas au Conseil d'opérer une hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles. Contrairement à l'exemple allemand, le constituant français n'a pas établi de hiérarchie interne au sein du texte constitutionnel. Cependant, pour trancher un litige, le juge constitutionnel doit rendre compatible des normes qui a priori sont antagonistes, comme la propriété privée de l'article 17 de la DDHC et la possibilité pour l'Etat de nationaliser des entreprises consacrée par l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 comme l'illustre la décision du 16 janvier 1982.[479]

271. Toutefois, dans un certain nombre d'hypothèses, l'équilibre entre deux dispositions n'est pas réalisable. L'une doit l'emporter sur l'autre. En matière de liberté, nous retrouvons ce défaut d'équilibre incarné dans la formulation « la liberté est la règle et la restriction de police l'exception.[480] » La fondamentalité apparaît comme le moyen pour le Conseil constitutionnel de poser le principe selon lequel la liberté est la règle, la restriction, par exemple par l'ordre public, l'exception. Le recours à la notion de

[477]ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 112

[478] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 193

[479] 16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299 « 50. Considérant cependant que, quelle que fût leur force, ces nécessités pratiques ne pouvaient prévaloir sur l'exigence de la juste indemnité due à chacun des anciens propriétaires d'actions »

[480]STIRN Bernard, *Les libertés en questions*, 6e édition, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 81-82

fondamentalité permet au juge constitutionnel de rappeler la valeur des libertés. Ces dernières sont les fondements de l'Etat de droit, s'il n'y a pas de libertés à préserver, la limitation du pouvoir n'a pas de raison d'être.

272. Aussi, la logique fonctionnelle de la fondamentalité peut s'incarner dans cette fonction : le rôle de la fondamentalité est de replacer les libertés au centre de l'ordonnancement juridique, elles sont le fondement de l'ordonnancement juridique. Nous pouvons faire le lien avec les propos d'Etienne Picard s'agissant de la notion d'ordre public : « En effet, dans les Etats de droit, il ne saurait y avoir d'ordre public autonome ou transcendant, c'est-à-dire conçu indépendamment des exigences de la liberté. Car il n'y présente aucune valeur pour lui-même ou en lui-même : il ne pourrait s'autoriser d'aucune légitimité ni d'aucune validité s'il n'était ordonné, défini et mis en oeuvre sans servir à la garantie et à la protection mêmes de la liberté ou plus généralement des droits fondamentaux qui, au sens propre, se trouvent au fondement de cet ordre juridique, pour lui donner son sens et sa raison d'être : pour lui servir de fondations.[481] »

273. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la logique fonctionnelle de la fondamentalité semble l'emporter sur les logiques formelle ou substantielle. La fondamentalité agit comme un signe linguistique visant à rappeler que quelles que soient les limites apportées par les pouvoirs constitués aux libertés, la préservation de ces dernières est la condition indispensable à l'Etat de droit.[482]

§2 – Le Conseil d'Etat ou l'avantage donné à la logique substantielle

274. Le Conseil d'Etat aborde la fondamentalité selon une logique principalement substantielle. Certes, la grande majorité des libertés consacrées par le juge administratif comme fondamentales ont également une valeur constitutionnelle, ce qui sous-tend une approche à la fois formelle et matérielle de la notion. Mais cette association de logiques n'est que relative. Aucun mécanisme juridique ne contraint la Haute autorité administrative au respect systématique de ce critère de

[481] PICARD Etienne, L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public, *AJDA*, 1996, p. 55

[482]« L'Etat de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qui entraîne à la fois une instrumentalisation de l'Etat, dont le but est de servir les libertés, et la subjectivisation du droit, qui dote chacun d'un statut, lui attribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère une capacité d'action » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 52

constitutionnalité. Aussi, le Conseil d'Etat est autonome dans sa détermination de la fondamentalité. Il a la capacité de faire évoluer ce concept indépendamment de la jurisprudence constitutionnelle.

275. Le juge administratif entretient des rapports particuliers avec la fondamentalité dans le cadre de deux contentieux. Le premier est celui du contrôle de conventionnalité. Le second a trait à la procédure d'urgence du référé liberté introduit par la loi du 30 juin 2000 à l'article L. 521-2 du CJA.

276. Le contrôle de conventionnalité peut être défini comme « un nouveau pouvoir de censure permanent de la loi (…) Le juge judiciaire ou administratif se reconnaît compétent pour apprécier la conformité d'une loi postérieure à une norme internationale ou communautaire, en la neutralisant sur la base de l'article 55 de la Constitution.[483] » Le Conseil constitutionnel, par sa décision du 15 janvier 1975, a refusé d'exercer ce contrôle de conformité au motif : « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution.[484] » Il a ainsi implicitement renvoyé l'exercice de cet examen aux juges ordinaires. Rapidement admis par la Cour de cassation, dans son arrêt du 24 mai 1975[485], il faut attendre le 20 octobre 1989[486] pour le Conseil d'Etat se mette au diapason de son homologue judiciaire. Le contrôle de conventionnalité permet « une dynamique renouvelée de la protection des droits fondamentaux de la personne.[487] » En effet, le législateur est soumis au respect d'un nombre croissant de libertés.

277. Le préambule de la Constitution de 1958 connaît deux désavantages. D'une part, il protège quantitativement peu de libertés. Les textes de la DDHC, du préambule de la Constitution de 1946 et de la Charte de l'environnement sont tout de même limités. La DDHC ne contient que 17 articles, le préambule de 1a Constitution de 1946, 16 alinéas et la Charte de l'environnement, 10 articles. Certes, le Conseil constitutionnel

[483] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 708

[484] 15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671

[485] Cour de Cassation, Chambre MIXTE, du 24 mai 1975, 73-13.556, Publié au bulletin

[486] Conseil d'Etat, Assemblée, du 20 octobre 1989, 108243, publié au recueil Lebon

[487] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 109

et le Conseil d'Etat ont, par leurs interprétations respectives, donné la pleine mesure de ces textes. Le Conseil constitutionnel a, par exemple, consacré le principe de la dignité humaine sur la base du préambule du préambule de la Constitution de 1946 dans sa décision 94-343/344 DC[488]. D'autre part, le préambule de la Constitution de 1958 fait renvoi à des textes historiquement datés. Une fois encore les jurisprudences constitutionnelle et administrative contribuent à l'actualité des dispositions contenues dans les textes précités. Ainsi, dans sa décision du 16 janvier 1982, le Conseil constitutionnel a actualisé la portée du droit de propriété en le reliant à la liberté d'entreprendre.[489] En dépit des efforts des différentes juridictions, les textes composant le bloc de constitutionnalité ont parfois du mal à prendre en compte les nouvelles problématiques auxquelles doit répondre le droit des libertés, comme en témoigne la proposition de Hervé Morin le 23 juin 2009 visant à la rédaction d'une déclaration des droits fondamentaux numériques plus apte à prendre en compte le « développement mondial et accéléré de l'Internet (qui) implique ainsi l'adoption de garde-fous et la reconnaissance de nouveaux droits et libertés qui, conciliés avec ceux déjà existants, visent à permettre le plein exercice des droits fondamentaux.[490] »

278. Le contrôle exercé par le juge administratif sur la base de l'article L. 521-2 du CJA est le second contentieux permettant au Conseil d'Etat de développer sa lecture autonome du concept de fondamentalité. Cette procédure se caractérise par son originalité qui réside « dans la souplesse de son déclenchement qui n'est ainsi subordonné, ni à une décision administrative préalable, ni à l'exercice simultané d'un recours au fond.[491] » Comme le contrôle de conventionnalité, le référé-liberté est une procédure qui se plie avec aisance aux circonstances de l'espèce offrant ainsi au juge

[488] 27 juillet 1994 - Décision n° 94-343/344 DC *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* Recueil, p. 100 - Journal officiel du 29 juillet 1994, p. 11024 « 2. Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "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" ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »

[489] « La France est une république sociale (article 1er de la Constitution de 1958) ; elle n'est pas une république socialiste. » Quelques éléments sur le droit de propriété et le Conseil constitutionnel (note d'information interne aux services du Conseil constitutionnel), source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[490] Pour une déclaration des droits fondamentaux numériques, enjeux, source http://droits-numeriques.org

[491] PACTEAU Bernard*, Manuel de contentieux administratif*, Paris, P.U.F, 2006, p. 249

administratif une certaine latitude dans son appréciation du caractère fondamental d'une norme.

279. Aussi, nous allons nous intéresser au rapport entretenu entre ces contrôles et le concept de fondamentalité. Le juge administratif n'exerce pas ces deux contrôles simultanément.[492] » Par conséquent, nous aborderons successivement ces deux types de contrôle, en mettant en relief, l'apport considérable du contrôle de conventionnalité au développement de la fondamentalité (A), avant de constater les conséquences de ce premier contrôle sur celui exercé au titre du référé-liberté (B).

A– L'impact décisif du contrôle de conventionnalité sur le développement de la fondamentalité

280. Le contrôle de conventionnalité permet aux juridictions ordinaires d'écarter l'application d'une loi au motif qu'elle porte atteinte à un engagement international, en vertu de l'article 55 de la Constitution.[493] De nombreux instruments internationaux ont pour objet de protéger les droits fondamentaux. Cette prise en compte des libertés par le droit international est récente. Elle prend toute sa dimension au sortir de la Seconde guerre mondiale. Ce droit international des droits de l'homme[494] a un caractère idéologique dont le premier principe est « l'égalité de tous les hommes.[495] »

281. La notion de DIDH peut être rapprochée de la notion de droits fondamentaux dans la mesure où les deux notions sont fréquemment associées sans pour autant que la terminologie liée à la fondamentalité ne s'impose véritablement.[496]

282. Après les controverses opposant les cours constitutionnelles allemande[497] et italienne[498] à la Cour de Luxembourg, la notion de droits fondamentaux connaît, en droit externe, un développement proportionnel à celui du droit communautaire. A partir de son arrêt du 12 novembre 1969[499], la Cour de justice de l'Union européenne est à l'origine de « l'élaboration d'un régime communautaire de protection des droits fondamentaux.[500] » Puis, un certain nombre de textes de portée juridique variable vont à leur tour mettre la fondamentalité au cœur de la construction communautaire. Cette volonté peut être illustrée par la création d'une Agence des droits fondamentaux de

[492] « La position adoptée par le Conseil d'État traduit son souci d'éviter que le juge des référés, qui est un juge de l'urgence et de l'évidence, ne s'engage dans un contrôle de conventionnalité de la loi qui exige une étude approfondie, laquelle incombe au premier chef au juge saisi au principal » GENEVOIS Bruno, L'application du droit communautaire par le Conseil d'État, *RFDA*, 2009, p. 201

l'Union européenne créée à Vienne par le règlement (CE) n° 168/2007 du 15 février 2007.

283. L'exercice du contrôle de conventionnalité permet aux juges ordinaires d'élargir leur définition substantielle de la fondamentalité. Une fois encore, la fondamentalité n'est pas appréhendée en tant que concept. Les textes relevant du droit international abordent la notion principalement sous la forme de listes plus ou moins exhaustives des libertés devant être entendues comme fondamentales. La remarque de Frédéric Sudre relative à la dimension idéologique du DIDH est importante. La détermination de la fondamentalité en droit externe repose entièrement sur le choix d'un présupposé idéologique qui nous est explicité dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice.[501] » La reconnaissance du caractère fondamental d'une liberté découle de la prise en considération de ces concepts dont peu sont associables à des concepts juridiques. En d'autres termes, lorsqu'une liberté concourt à la réalisation concrète de ces idéaux, elle

---

[493] Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

[494] ci après DIDH

[495] SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 38

[496]DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[497] Cour constitutionnelle allemande, décision du 29 mai 1974, affaire dite Solange I, MICHEL Valérie, La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux, CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 55

[498] Cour constitutionnelle italienne, décision du 27 décembre 1965, affaire San Michele, MICHEL Valérie, La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux, CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 55

[499] CJUE, 12 novembre 1969, Erich Stauder c/ Stadt Ulm, aff. 29/69, Rec. p. 419

[500] MICHEL Valérie, La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux, CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 54

[501] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 216

est potentiellement fondamentale. Mais une fois encore, cet attachement aux notions de dignité, de liberté, d'égalité et de solidarité, s'il s'avère nécessaire, n'est en rien suffisant. Les juges ordinaires ont alors le choix de piocher dans la liste des libertés fondamentales qui leur paraît la plus adaptée au cas concret qu'ils ont à trancher.

284. La difficulté réside dans le fait de savoir sur quel élément de la problématique se porte le choix. Il existe deux hypothèses, à savoir, le Conseil d'Etat choisit-il ce qui relève de la fondamentalité ou choisit-il la justification juridique la plus apte à justifier ce qu'il a perçu comme fondamental ? Pour répondre à cette interrogation, nous pouvons appuyer nos propos sur cette remarque de Michel Troper relative au processus de délibération : « l'absence de débat semble alors pouvoir être comprise comme le signe de l'adhésion de la majorité des juges à une idéologie politico-juridique, qui pourrait bien constituer l'arrière plan de ce fameux droit commun.[502] » Ainsi, le choix ne porte pas sur le qualificatif ayant trait à la liberté mais sur le choix de la justification positiviste de cette qualification et de ses conséquences.[503]

B – L'influence du contrôle de conventionnalité sur la fondamentalité infraconstitutionnelle

285. L'influence du contrôle de conventionnalité sur le contrôle réalisé par le juge administratif au titre de la procédure du référé-liberté devrait se manifester de deux façons. D'une part, la proximité des terminologies employées entre les textes de droit externe et l'article L. 521-2 du CJA axés autour de la protection des « libertés fondamentales » devrait conduire le juge administratif, face au défaut de définition constitutionnelle de la notion, à se référer matériellement à la conception de cette notion résultant du droit externe. D'autre part, lorsque le Conseil d'Etat exerce un contrôle de conventionnalité sur une loi, il se place sous la coupe hiérarchique des cours de droit externe qui sont les seules interprètes authentiques des droits communautaire et conventionnel européen. La fondamentalité aurait pu être un moyen

[502] TROPER Michel (sous la direction de), *Comment décident les juges, La Constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Paris, Economica, 2008, p. 8

[503] Conseil d'État, , 26/06/2009, 329155, Inédit au recueil Lebon : « « si la liberté du mariage est une liberté fondamentale, le refus de délivrer un visa à la requérante pour assister au mariage de sa fille, qui réside en France comme son futur époux, ne met en rien en cause la célébration de ce mariage et ne porte donc pas d'atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté ; qu'il ne ressort pas non plus des circonstances de l'espèce que le refus de visa porterait une atteinte grave et manifestement illégale au droit de Mme A au respect de sa vie privée et familiale, tel que garanti par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »

d'assimilation de la jurisprudence administrative aux jurisprudences externes en matière de droit des libertés.

286. Or, le Conseil d'Etat a développé une conception autonome de la fondamentalité. Cette dernière se matérialise par le fait que le juge administratif ne rattache que rarement la liberté qualifiée de fondamentale à une source normative précise comme en témoigne cet arrêt du 9 janvier 2001[504]. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat consacre la liberté d'aller et venir comme une liberté fondamentale, mais dans les visas, il ne fait aucune mention de la Constitution ou d'un texte de droit international. A l'inverse, dans d'autres cas d'espèce, le juge administratif vise le texte constitutionnel et des textes de droit international comme dans son ordonnance du 14 avril 2005[505] relatif à la présomption d'innocence. Ces deux exemples permettent d'établir que le Conseil d'Etat se refuse à adhérer aux différentes acceptions du concept de fondamentalité. Cette dernière est appréhendée de manière fonctionnelle par le Conseil constitutionnel en ce qu'elle incarne un effet de prévalence, et, selon une approche substantielle par les Cours de droit externe. Si le juge administratif choisit d'adhérer à une conception substantielle, il se refuse à lier son interprétation au respect d'un ensemble normatif déterminé. Aussi, il consacre comme fondamentales aussi bien des libertés reconnues expressément par les textes internationaux comme la liberté du mariage[506] que des libertés strictement constitutionnelles à l'instar de la libre administration des collectivités territoriales[507].

287. Le Conseil d'Etat affirme son indépendance dans le cadre du référé-liberté vis-à-vis de l'interprétation donnée de la fondamentalité par les Cours de droit externe. Pour ce faire, le juge administratif nuance la portée de la notion de primauté des engagements internationaux sur la loi issue de l'article 55 de la Constitution ainsi que la primauté du droit communautaire affirmée par la Cour de justice de l'Union européenne[508]. Il restreint la portée du contrôle de conventionnalité en se refusant à l'exercer dans le cadre du référé-liberté. En effet, par son ordonnance du 30 décembre 2002, 240430[509],

[504] Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés, du 9 janvier 2001, 228928, publié au recueil Lebon

[505] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 avril 2005, 279473, publié au recueil Lebon

[506] Conseil d'État, , 26/06/2009, 329155, Inédit au recueil Lebon

[507] Conseil d'Etat, 3 / 8 SSR, du 12 juin 2002, 246618, publié au recueil Lebon

[508] CJUE arrêt du 15 juillet 1964, Costa / E.N.E.L. (6-64, Rec._p._01141)

[509] Conseil d'Etat, 6 / 4 SSR, du 30 décembre 2002, 240430, publié au recueil Lebon

le Conseil d'Etat avance l'idée selon laquelle : « sans être impossible, le contrôle de conventionnalité des lois échappe en raison de sa nature au juge administratif des référés.[510] » Celle-ci repose sur le fait que le délai de jugement imparti au juge des référés ne lui permet pas de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg dans le cadre du contrôle de conventionnalité réalisé en matière communautaire.[511] Par conséquent, le juge administratif s'autorise, certes à titre provisoire, à interpréter des dispositions du droit communautaire dérivé. La fondamentalité devient un instrument d'accroissement de compétences par le Conseil d'Etat. Au nom d'une protection effective des droits fondamentaux, le juge administratif accroît le champ du contrôle de conventionnalité. L'influence est donc inversée, au sens où, c'est la maîtrise de la fondamentalité qui a des incidences sur l'exercice du contrôle de conventionnalité, et non plus seulement le contrôle de conventionnalité qui conditionne la définition matérielle de la fondamentalité.

288. La fondamentalité agit selon une dynamique de globalisation, c'est-à-dire qu'elle permet la réunion d'éléments juridiques divers. La diversité de ceux-ci découle du fait qu'ils appartiennent à des ordres juridiques distincts. La dimension globalisante de la fondamentalité s'exprime en ce qu'elle permet des interactions entre les composantes normatives ou institutionnelles de différents systèmes juridiques car elle renvoie à une idéologie commune à tous ces ordonnancements juridiques. Cet effet globalisant est également présent au sein de la classification normative interne.

Section 2 : Une notion transcendant les catégories classiques du droit des libertés

289. Amorcé en France avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le droit des libertés n'a cessé de s'enrichir. Il est constitué d'une pluralité de textes qui se complètent. La notion de bloc de constitutionnalité traduit bien la réalité de ce droit. Elle met en perspective cette caractéristique a priori paradoxale de

[510] LE BAUT-FERRARESE Bernadette, L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne, *Petites affiches*, 25 février 2004, n° 40, p. 4

[511]« Or, dans le cas de la procédure de référé-liberté, où sa décision doit être prise dans un délai de 48 heures pour faire échec à une violation grave et manifeste d'une liberté fondamentale, le juge ne peut saisir utilement la Cour de Luxembourg. Dans ces conditions, le juge des référés libertés s'est reconnu la possibilité d'interpréter le droit dérivé « à titre provisoire » GENEVOIS Bruno, L'application du droit communautaire par le Conseil d'État, *RFDA*, 2009, p. 201

diversité et d'unité. La diversité tient au fait que les textes composant ledit bloc sont issus d'idéologies politiques différenciées. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est animée par une idéologie libérale et individualiste tandis que le préambule de la Constitution de 1946 se caractérise par une idéologie socialisante et collective. Enfin, la philosophie de la Charte de l'environnement introduite dans le préambule de la Constitution par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005[512] est plus ambiguë. Elle prescrirait des « droits de solidarité » dont le titulaire serait « la collectivité, ou tout à la fois le peuple et l'individu.[513] » A cette énumération, il faut ajouter le concept de libertés publiques, présent aux articles 34, 72, 73 et 74 de la Constitution de 1958. Les libertés publiques trouvent leur origine dans la Constitution du 14 janvier 1852, mais l'expression existait au singulier dans la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 ou la Charte du 4 juin 1814.[514] Ces libertés publiques « correspondent historiquement, en France, à ce que l'on a appelé l'Etat légal, c'est-à-dire le règne de la loi.[515] »

290. Toutes ces catégories normatives incarnent des manifestations de la liberté. Ce concept ne « peut se réduire à une seule signification.[516] » Dans nos propos, nous retiendrons comme définition de cette notion celle de liberté juridique telle qu'elle est déterminée par Jacques Robert et Jean Duffar : « il n'a dès lors liberté juridique que dans la mesure où cette liberté est protégée dans son exercice contre les atteintes que les tiers pourraient y porter. La liberté juridique implique une obligation non point à la charge de celui qui est libre, mais à la charge des tiers. Elle peut de ce fait s'analyser comme une créance sur tous les membres de la collectivité.[517] »

291. La fondamentalité n'a pas de contenu expressément déterminé, par contre, substantiellement elle est composée de normes ayant trait à d'autres catégories normatives. Ainsi, un certain nombre d'auteurs emploient indifféremment les notions

[512] Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005 Loi constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement

[513] PERI Alexandra, La Charte de l'environnement : reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental ?, *Petites affiches*, 24 février 2005, n° 39, p. 8

[514] TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, p. 7

[515] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 18

[516] ROBERT Jacques, DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 13

[517] ROBERT Jacques, DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 13

de droits de l'homme, de libertés publiques et de liberté fondamentale.[518] Cette multiplicité est également présente dans la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi, la liberté d'expression consacrée comme fondamentale par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 octobre 1984[519] appartient aussi à la catégorie des droits de l'homme en ce qu'elle est reconnue par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Un raisonnement analogue peut être tenu pour le droit de grève qualifié de liberté fondamentale par le Conseil d'Etat[520] et constitutionnalisé par l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946. L'association entre la fondamentalité et ces différents concepts, notamment par le biais d'une approche passive de la notion, permet une détermination a contrario de la fondamentalité. La juxtaposition de ces concepts semble supposer qu'ils sont distincts les uns des autres. Ainsi, à l'article 53-1 de la Constitution, la rédaction retenue « des Droits de l'homme et des libertés fondamentales » met en avant l'adjonction des deux concepts notamment en raison de l'emploi de la conjonction de coordination « et » qui marque l'addition des notions. Cependant, si les concepts semblent recouvrir des réalités juridiques distinctes aucun élément tangible n'établit cette distinction. Nous retrouvons l'idée de présomption de fondamentalité présente, par exemple, dans le titre de cet article d'Alexandra Peri : « La Charte de l'environnement : reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental ?[521] » qui laisse supposer au lecteur que l'intégration de la Charte de l'environnement au préambule de la Constitution ne peut suffire à affirmer le caractère fondamental du droit de l'environnement.

292. Nous avons choisi de vérifier cette hypothèse selon laquelle, malgré leur proximité substantielle, les concepts de droits de l'homme, de libertés publiques et de libertés fondamentales ne peuvent être employés de manière synonyme comme nous le précise le Professeur Turpin s'agissant des deux premiers : « parfois considérées comme synonymes, les notions de droits de l'homme et de libertés publiques ne se recouvrent

[518] SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 13

[519] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200

[520] Conseil d'État, Juge des référés, 15/07/2009, 329526, Inédit au recueil Lebon

[521] PERI Alexandra, La Charte de l'environnement : reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental ?, *Petites affiches*, 24 février 2005, n° 39, p. 8

pas totalement.[522] » Pour se faire nous nous proposons d'appréhender la fondamentalité comme une notion plus complète que celle de droits de l'homme (§1) avant de voir en quoi elle s'avère être plus efficace que celle de libertés publiques (§2).

§1 – La fondamentalité : substantiellement plus complète que la DDHC

293. Les droits de l'homme, que nous abordons selon une perspective de droit interne comme les droits émanant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et les droits fondamentaux peuvent être rapprochés en ce qu'ils résultent d'une idéologie commune. Cette dernière se veut libérale et place la personne au centre de l'organisation étatique. Cette dimension idéologique découle de l'école du droit naturel.[523] Cependant, le droit naturel ne peut avoir d'effets d'applicabilité et de contrainte sans le droit positif. Aussi, comme nous l'indique Marie-Luce Pavia : « la loi positive, comme critère d'applicabilité et de sanction de la loi naturelle, va permettre de proclamer des droits qui sont des exigences à l'époque. Par conséquent s'il convient d'admettre la récurrence d'idéaux abstraits, il n'en demeure pas moins que c'est l'Histoire qui leur donne vie.[524] »

294. Le fondement idéologique commun entre droits de l'homme et droits fondamentaux implique que ces derniers s'inscrivent dans le prolongement chronologique des premiers. La réunion très fréquente de ces deux expressions[525] amène à déduire, que ces deux notions ont un seul et même objet. La reconnaissance des droits de l'homme, à l'époque révolutionnaire, et des droits fondamentaux, à l'époque contemporaine, tend à garantir à la personne, la mise en place d'un système étatique protecteur et non

[522] TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, p. 7

[523] « le droit qui se déduit des principes de la raison – donc qui participe de l'universalité, de l'immuablilité, de l'absolu de ces principes » CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2e édition, 2e tirage, Paris, PUF, 2008, p. 74

[524] PAVIA Marie-Luce, Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, *Petites affiches*, 06 mai 1994 n° 54, p. (non communiqué)

[525] Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 37

plus oppresseur. La protection des droits est le fondement même de l'Etat de droit dont la vocation est de limiter le pouvoir.[526]

295. Les droits de l'homme et les droits fondamentaux ont également en commun la consécration de leur valeur juridique est jurisprudentielle en droit interne. Sans l'intervention du juge, et notamment du juge constitutionnel, ces deux unités conceptuelles n'auraient qu'une portée symbolique au mieux philosophique. C'est le juge qui a façonné ces droits en leur donnant une valeur constitutionnelle et en déterminant leur sens et leur portée. L'élargissement du champ constitutionnel à la protection des libertés est l'élément indispensable de l'efficacité du contrôle de constitutionnalité qui tire sa légitimité du fait qu'il est un instrument de concrétisation de l'Etat de droit. Nous pouvons établir un parallèle avec les propos de Michel Fromont relatifs aux droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne : « L'Etat de droit n'est plus l'Etat légal. L'interprète ultime des droits fondamentaux, le Tribunal constitutionnel fédéral, devient la clef de voûte de l'édifice constitutionnel allemand.[527] » En élargissant le champ constitutionnel à la protection des droits de la personne, le Conseil constitutionnel a renforcé sa position institutionnelle.

296. Malgré les points de convergence entre les deux notions relatifs tant à leur fondement qu'à leur consécration, il demeure que la notion de fondamentalité présente des spécificités par rapport à celle de droits de l'homme. Celles-ci sont de deux ordres. D'une part, la fondamentalité est substantiellement plus étendue que les dix-sept articles de la DDHC. D'autre part, la fondamentalité en ce qu'elle est indéterminée s'avère beaucoup plus adaptable que la liste de « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme[528] » qui se veulent par nature immuables. Aussi, nous nous intéresserons aux différences matérielles entre les deux concepts (A) avant de voir en quoi la fondamentalité se caractérise par son adaptabilité (B).

---

[526]« l'Etat de droit, c'est les normes en application, c'est le cadre établi par l'un, rempli par l'autre, dans une conjoncture qui n'est pas le partage, mais l'élimination du pouvoir » LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 66

[527] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

[528] Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p.7

A – Fondamentalité et droits de l'homme : des différences matérielles

297. Si les droits de l'homme et les droits fondamentaux ont des points de convergence, nous ne pouvons conclure à une synonymie entre ces concepts.[529] Certains auteurs, à l'instar de Dominique Turpin, distinguent ces deux notions, en ce que la fondamentalité introduirait une hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité « la notion de « droits fondamentaux » ou de « libertés fondamentales » introduit une hiérarchie entre les libertés, dont certaines seulement paraissent essentielles[530]. » Nous n'adhérons pas à cette dernière thèse, dans la mesure où, la relativité du concept de fondamentalité ne permet pas d'établir, sur la base de cette notion, de classification permanente des libertés. Si la fondamentalité traduit un effet de prévalence, cet effet est temporaire et circonscrit à un cas d'espèce. A contrario, les droits de l'homme s'inscrivent dans une volonté de consécration liée à l'intemporalité et à la transcendance.[531]

298. Un nombre limité de droits sont consacrés par les dix-sept articles de la DDHC. Sont expressément consacrés, la liberté, l'égalité, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression, la liberté d'opinion, de presse et de conscience. A cette énumération de droits garantis par la DDHC, il faut ajouter des dispositions relatives à l'organisation étatique tels des principes comme celui selon lequel toute souveraineté réside dans la Nation[532] ou encore la séparation des pouvoirs[533]. Par conséquent, si ce texte révolutionnaire est envisagé comme le premier garantissant à la personne des droits qui lui sont propres, il semble nécessaire de préciser que l'homme, envisagé dans ses diverses dimensions individuelles et sociales, connaît d'autres prérogatives que celles

[529] « Rien, dans les décisions du Conseil constitutionnel, ne permet donc de conclure que les droits de l'homme reconnus constitutionnellement et les droits fondamentaux sont deux catégories identiques » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[530] TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, p. 8

[531] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 12

[532] « Article 3 - Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 7

[533] « Article 16- Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 8

énoncées en l'espèce. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pose les premiers jalons du droit des libertés.

299. La fondamentalité se différencie des droits de l'homme, en ce qu'elle connaît une détermination substantielle plus vaste. Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, nous avons pu constater que le droit d'asile, la liberté du mariage, la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, les droits de la défense, la liberté de pensée et d'opinion, sont qualifiés de droits fondamentaux. De surcroît, depuis la mise en place par la loi du 30 juin 2000 de la procédure du référé-liberté, le Conseil d'Etat est venu, à son tour, par la voie jurisprudentielle, compléter la liste non exhaustive des libertés fondamentales. Ainsi, au regard de la jurisprudence de la Haute autorité administrative, sont, par exemple, consacrées comme des libertés fondamentales, la liberté d'aller et de venir[534], la libre administration des collectivités territoriales[535], le droit de propriété[536], le droit à la présomption d'innocence[537], le droit de mener une vie familiale normale[538], le droit d'asile[539], la liberté syndicale[540], les droits de la défense au sens large[541], le droit de grève[542], la liberté de mariage[543] ou encore l'indépendance des professeurs d'université[544]. Si les liens entre la liste des droits qualifiés de fondamentaux par le Conseil constitutionnel et ceux recevant une qualification identique de la part du Conseil d'Etat apparaissent évidents tant le contenu de ces dernières est proche, il n'en reste pas moins qu'elles se distinguent des droits proclamés par la DDHC en ce qu'il couvre un nombre d'hypothèses et de bénéficiaires beaucoup plus large.

---

[534] Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés 9 janvier 2001, 228928, publié au recueil Lebon, Conseil d'État, 03/04/2009, 326721, Inédit au recueil Lebon

[535] Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon

[536] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 27 novembre 2002, 251898, mentionné aux tables du recueil Lebon

[537] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 mars 2005, 278435, publié au recueil Lebon

[538] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 10 août 2005, 282952, inédit au recueil Lebon

[539] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 mai 2006, 292910, mentionné aux tables du recueil Lebon

[540] Conseil d'État, Juge des référés, 13/11/2009, 333414, Inédit au recueil Lebon

[541] Conseil d'État, 25/09/2009, 332260, Inédit au recueil Lebon, Conseil d'État, 12/08/2009, 330724, Inédit au recueil Lebon, Conseil d'État, Juge des référés, 30/06/2009, 328879, Publié au recueil Lebon

[542] Conseil d'État, Juge des référés, 15/07/2009, 329526, Inédit au recueil Lebon

[543] Conseil d'État, , 26/06/2009, 329155, Inédit au recueil Lebon

[544] Conseil d'État, Juge des référés, 22/06/2009, 328756, Inédit au recueil Lebon

300. L'ambiguïté attachée à une assimilation des deux catégories de droit peut s'expliquer par la terminologie employée en droit international. Dans le cadre du droit externe et en particulier international, il n'est pas rare de trouver une référence quasi exclusive à la terminologie des droits de l'homme et non à celle des droits fondamentaux.[545] La fondamentalité ne s'est pas substituée aux droits de l'homme. Ces derniers continuent d'être juridiquement contraignants. La dimension universaliste de la DDHC, clairement exprimée dans le corps de celle-ci[546], a contribué à diffuser au niveau international plus facilement l'image des droits de l'homme plutôt que celles des droits fondamentaux. Comme le précise Véronique Champeil-Desplats : « C'est finalement par convention que la notion de droit fondamental a été identifiée aux droits de l'homme à valeur constitutionnelle.[547] »

301. La fondamentalité apparaît comme un concept gigogne, qui englobe les droits de l'homme tout en s'en distinguant notamment, en raison du caractère très adaptable du contenu des libertés fondamentales.

B – L'adaptabilité de la fondamentalité face à l'immuabilité des droits de l'homme

302. La fondamentalité se caractérise par son adaptabilité notamment au contentieux juridique. A l'inverse, le texte de la DDHC tire sa légitimité pour partie de la sacralisation de son contenu. La permanence de sa rédaction marque son autorité. Il est difficile d'imaginer une révision constitutionnelle qui aurait pour but de modifier les termes du texte révolutionnaire, même si, dans le principe rien ne l'interdit. Le rapport du Comité Veil met en relief la volonté du pouvoir constituant originaire de ne pas toucher aux textes fondateurs composant le préambule de la Constitution.[548] Les deux

[545]SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 13

[546]Pour une illustration de ce caractère universel voir l'article premier de la DDHC qui utilise le termes « homme » comme bénéficiaire de droits sans conditionner l'octroi de ce bénéfice à une condition par exemple de nationalité : « Art. 1er. -Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. » Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 7

[547] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[548] « mais s'agissant des droits fondamentaux, c'est une autre option qui a été prise : le constituant de 1958 a délibérément choisi la voie de la sédimentation plutôt que celle de la rédaction, la raison tenant sans doute à une certaine vision de l'histoire dans les démocraties occidentales, suivant laquelle un droit nouveau est toujours censé représenter un progrès, s'ajouter à ce qui précède plutôt que le remplacer ou le limiter. » Rapport du

catégories normatives précitées ne se situent pas dans une perspective constitutionnelle identique. Chacune traduit une fonction du texte constitutionnel.

303. Dans le cadre de l'histoire constitutionnelle française, les constitutions sont, généralement, adoptées selon une logique de réaction par rapport aux textes à valeur constitutionnelle, les ayant précédées. Cette théorie des cycles constitutionnels met en relief la recherche d'un gouvernement équilibré : « Tout se passe ensuite, ainsi que l'a si magistralement démontré Maurice Hauriou, à propos des cycles constitutionnels, comme si, le balancier politique ayant excessivement penché dans un sens puis dans l'autre, le souci de l'équilibre l'emportait.[549] » Ce souci de réaction traduit une rupture avec le régime constitutionnel antérieur, mais, il marque, également, l'attachement à la prise en compte du précédent constitutionnel. Certains éléments précédemment utilisés dans des textes constitutionnels passés sont réactualisés dans les Constitutions postérieures. Ceci est notamment le cas pour la DDHC, qui est le symbole de l'attachement de la tradition française aux droits de la personne. Nous retrouvons une logique semblable concernant la consécration des PFRLR.[550] Cette reprise d'éléments constitutionnels antérieurs, met en relief l'une des fonctions du texte constitutionnel, qui est de concrétiser l'idéologie préconstituante. Cette dernière n'apparaît pas spontanément, elle est le fruit de facteurs socioculturels anciens, soit dans le but de les battre en brèche, soit dans le but de les inscrire comme les fondements du régime constitutionnel nouveau.

304. La fondamentalité rompt avec cette approche du texte constitutionnel par la souplesse de la détermination de son contenu. Celui-ci émane quasi exclusivement des jurisprudences constitutionnelles et administratives, ce qui met en exergue le rôle social du texte constitutionnel. Nous retrouvons cette idée chez Roscoe Pound pour lequel le droit est « l'instrument principal du contrôle social[551] » qui peut être défini comme « l'ensemble des moyens de toute sorte par lesquels la société assure sa

---

Comité présidé par Simon Veil, Redécouvrir le préambule de la Constitution, Paris, La Documentation française, 2008, pp. 11-12

[549] DELCROS Bertrand, ROGER Jérôme, Commentaire de la loi n° 94-88 du 1er février 1994 modifiant la loi du 30 septembre 1987 relative à la liberté de communication, *AJDA*, 1994, p. 305

[550] VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

[551] CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2e édition, 2e tirage, Paris, PUF, 2008, p. 130

cohésion.[552] » En effet, pour apparaître légitime aux yeux des citoyens, la Constitution doit suivre les évolutions sociétales, sans quoi, elle apparaît rapidement inadaptée et doit être remplacée. La fondamentalité est cette partie de la Constitution, relative aux droits des libertés, qui permet l'adaptabilité du texte constitutionnel.

305. La constitutionnalité ne peut prendre le risque d'être figée, il en va de sa pérennité. L'être humain est confronté à de nouveaux enjeux, au sein desquels, le droit ne peut faire l'économie de sa présence, sous peine de devenir, à son tour obsolète. Cela est par exemple le cas en matière de recherches biologiques et médicales[553], de certaines atteintes relatives à l'environnement tenant à la pollution, ou en raison de nouvelles données économiques qui bouleversent la place de l'être humain à l'échelle du monde. L'indétermination normative de la fondamentalité rend plus adaptable le droit des libertés. Si la réinterprétation des textes anciens par le juge permet leur réactualisation, le recours à la fondamentalité permet de ne pas nuire à la cohérence de ces textes. En d'autres termes, la fondamentalité permet au texte constitutionnel de prendre en compte des changements de fait, donc à terme de droit, sans prendre le risque de voir bouleverser la cohérence formelle de celui-ci. Nous retrouvons cette idée dans les propos du Comité Veil relatifs à la constitutionnalisation de droits en matière de respect de la vie privée.[554]

306. Après avoir distingué les droits de l'homme des droits fondamentaux, il nous faut à présent nous intéresser aux différences entre libertés publiques et libertés fondamentales notamment en ce qui concerne leur degré d'efficacité juridique.

§2 – La fondamentalité : formellement plus efficace que les libertés publiques

307. La notion de libertés publiques est spécifique à la France. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, la plupart des pays européens se dotent d'un système constitutionnel axé sur la protection des libertés. Cette rénovation du constitutionnalisme est la conséquence d'une relecture de la notion d'Etat de droit au sein duquel les droits

[552] CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2e édition, 2e tirage, Paris, PUF, 2008, p. 129

[553] « en effet, les recherches portant sur des technologies nouvelles, notamment en matière d'informatique et de communication, d'environnement et de bioéthique, représentent un défi en termes de droits et libertés fondamentaux. » MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 568

[554] Rapport du Comité présidé par Simon Veil, Redécouvrir le préambule de la Constitution, Paris, La Documentation française, 2008, p. 77

fondamentaux deviennent les règles les plus importantes. L'exemple allemand est topique de cette mutation.[555] Or, la France par la Constitution du 27 octobre 1946 choisit une voie intermédiaire, dans la mesure où, si le texte constitutionnel, en son article 90[556], distingue le pouvoir constituant des autres pouvoirs, il demeure que l'Assemblée nationale peut assez facilement violer la Constitution « faute d'un véritable contrôle de constitutionnalité.[557] » Dans les faits, la loi s'impose au texte constitutionnel.[558] Cet état de fait explique pourquoi, le concept de libertés publiques qui traduit pour Dominique Turpin « le passage du jusnaturalisme qui caractérise les « droits de l'homme » au positivisme juridique[559] » continue d'être employé même si la notion « paraît aujourd'hui datée.[560] » Certains auteurs, à l'instar d'Alec Stone Sweet, considèrent que la souveraineté parlementaire n'a réellement pris fin qu'avec l'introduction de la QPC : « le 21 juillet 2008, la souveraineté de la loi est morte.[561] » Pour autant, la loi constitutionnelle du 21 juillet 2008 n'a pas supprimé les références du texte constitutionnel à la notion de libertés publiques.

308. Jean Morange met l'accent sur le fait que la distinction terminologique entre libertés publiques et droits fondamentaux s'attache au point de vue choisi par l'utilisateur de

[555]« Dorénavant, la notion est à la fois formelle et matérielle : formelle dans la mesure où l'Etat de droit demeure un Etat dont les organes ont des compétences bien délimitées, matérielles dans la mesure où ces compétences doivent être exercées dans le respect de normes supérieures (…) Parmi ces règles, les plus importantes sont sans conteste les droits fondamentaux » FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 49

[556] Article 90 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Article 90. La révision a lieu dans les formes suivantes : La révision doit être décidée par une résolution adoptée à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale. La résolution précise l'objet de la révision. Elle est soumise, dans le délai minimum de trois mois, à une deuxième lecture, à laquelle il doit être procédé dans les mêmes conditions qu'à la première, à moins que le Conseil de la République, saisi par l'Assemblée nationale, n'ait adopté à la majorité absolue la même résolution. Après cette seconde lecture, l'Assemblée nationale élabore un projet de loi portant révision de la Constitution. Ce projet est soumis au Parlement et voté à la majorité et dans les mêmes formes prévues pour la loi ordinaire. Il est soumis au référendum, sauf s'il a été adopté en seconde lecture par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers ou s'il a été voté à la majorité des trois cinquièmes par chacune des deux assemblées. Le projet est promulgué comme loi constitutionnelle par le président de la République dans les huit jours de son adoption. Aucune révision constitutionnelle relative à l'existence du Conseil de la République ne pourra être réalisée sans l'accord de ce Conseil ou le recours à la procédure de référendum. » source http://mjp.univ-perp.fr

[557] BODINEAU Pierre, VERPEAUX Michel, *Histoire constitutionnelle de la France*, 2e édition, Paris, collection que sais-je, PUF, 2002, p. 115

[558] BODINEAU Pierre, VERPEAUX Michel, *Histoire constitutionnelle de la France*, 2e édition, Paris, collection que sais-je, PUF, 2002, p. 115

[559] TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, p. 7

[560] TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, p. 7

[561] STONE SWEET Alec, Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République, *Les Cahiers du Conseil constitutionne,l* n°25, avril à juin 2008, p. 69

cette terminologie.[562] Cette idée fait écho au caractère moderne de la fondamentalité. Les libertés publiques et les libertés fondamentales ne s'inscrivent pas dans la même perspective, elles ne sont donc pas assimilables. Frédéric Sudre insiste sur le fait que le concept de libertés publiques traduit une approche exclusivement interne du droit.[563] A partir de ces éléments se dessine une définition a contrario de la fondamentalité. Par opposition aux libertés publiques, les libertés fondamentales traduisent une dynamique de modernité et une ouverture des sources du droit des libertés à la sphère internationale.

309. Cependant, les libertés fondamentales s'inscrivent dans le prolongement historique et conceptuel des libertés publiques. En reprenant la réflexion de Jean Morange, on s'aperçoit que chaque concept précédemment évoqué à une fonction déterminée. Les droits de l'homme ont un rôle idéologique, les libertés publiques ont une fonction juridique liée à la détermination d'un régime propre aux libertés et les libertés fondamentales apparaissent comme la symbiose des deux autres concepts. Elle en reprend le contenu et le régime. Les libertés publiques ne peuvent être réduites à la création d'un régime juridique. Elles ont une dimension substantielle en ce qu'elle consacre des libertés ignorées par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Doyen Favoreu met en exergue cet apport substantiel de la notion au droit des libertés : « mais c'est surtout la IIIè République qui, dans ses débuts, se distingue par le nombre et l'importance des lois classiquement considérées comme formant le régime législatif (à qualifier aujourd'hui sans doute de traditionnel) des libertés en France.[564] »

310. Aussi, nous allons nous intéresser aux convergences matérielles entre libertés publiques et libertés fondamentales (A) avant de mettre l'accent sur la différence majeure entre ces deux notions qui tient à leur degré d'efficacité juridique (B).

---

[562] «certains mettent l'accent sur la permanence des sources d'inspiration en se référant aux droits de l'homme, ou des régimes juridiques, en continuant à parler de libertés publiques. D'autres insistent sur les transformations profondes concernant notamment les sources et les contrôles avec tout ce que cela implique quant à l'étendue des droits et libertés. Ils recourront plus volontiers à l'expression « droit des libertés fondamentales » MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, pp. 19-20

[563] SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 13

[564]FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 61

A – La fondamentalité : héritière des libertés publiques

311. Le concept de fondamentalité n'est pas créé ex nihilo par les juridictions françaises. La notion s'appuie sur un héritage constitutionnel amorcé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen complété et développé par les libertés publiques. Le droit des libertés se développe par l'adjonction de différentes catégories normatives. Ces catégories se renouvellent selon un processus en deux temps. D'une part, la nouvelle catégorie s'appuie sur l'existant, elle reprend le contenu des unités conceptuelles préexistantes à sa consécration. D'autre part, cette nouvelle catégorie dépasse l'existant, soit en développant matériellement le droit des libertés, soit en perfectionnant les mécanismes de protection juridique, soit en réunissant ces deux dimensions. Il n'y a pas de rupture de la préservation des libertés tant que l'Etat de droit perdure. L'enrichissement de la matière est progressif, mais non linéaire, au sens où, si globalement la protection juridique des libertés est plus efficace, ce constat doit être nuancé en fonction des libertés concernées et des époques étudiées. Cette alternance dans l'effectivité de la protection juridique des libertés est, par exemple, soulignée par Etienne Picard en matière de contrôle d'identité : « en toute hypothèse, en instituant formellement ce nouveau type de contrôle judiciaire, le législateur a privé une liberté constitutionnelle d'une de ses garanties légales, ce que pourtant le juge constitutionnel lui interdit habituellement et qu'il n'a pas ici sanctionné.[565] »

312. Nonobstant cette variabilité dans l'efficience de la garantie notamment juridictionnelle des libertés liée à une prise en compte par les juridictions du contexte socio – politique[566], l'apport de la fondamentalité à la théorie des libertés publiques est de deux ordres.

313. Elle a permis la constitutionnalisation de libertés dont la protection ne relevait que du législateur. Elle a élevé hiérarchiquement un certain nombre de droits, les

[565] PICARD Etienne, Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites, *RFDA*, 1994 p. 959

[566]« ce recul traduit probablement un échec de la démocratie juridique et constitutionnelle dans la sauvegarde des droits et libertés, du moins lorsque le climat social n'y est pas favorable et que le pouvoir politique œuvre au contraire, avec le soutien apparent de population, en faveur de la logique sécuritaire » ARMAND Gilles, Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?, *RFDC*, n°65, janvier 2006, p. 72

préservant du pouvoir exécutif ce qui est le créneau des libertés publiques[567] mais surtout du pouvoir législatif, ce que ne permet pas le régime des libertés publiques.

314. Elle n'a pas modifié le régime juridique des libertés publiques devenues libertés fondamentales. Nous pouvons illustrer nos propos en prenant appui sur la liberté d'association. Cette dernière est issue de la loi de 1901 et elle est soumise à un régime juridique répressif, c'est-à-dire que seul un abus tenant à l'exercice de la liberté d'association peut conduire à la dissolution d'une association. La constitutionnalisation de cette liberté, par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 faisant entrer cette liberté dans la catégorie des PFRLR[568], donc de la fondamentalité, n'a pas transformé le régime répressif de la liberté d'association, au contraire, elle l'a assuré contre les agissements du législateur. En l'espèce, la volonté du législateur était de soumettre la constitution des associations à un régime préventif.[569] Cette permanence tenant à la définition et au régime d'une liberté renforce la sécurité juridique, en la matière, et souligne l'attachement matériel et formel entre les différentes normes composant le droit des libertés.

315. Malgré la permanence et la complémentarité entre les libertés publiques et les libertés fondamentales tenant à l'étroitesse de leur contenu et du régime juridique auquel elles sont soumises, il n'en demeure pas moins que les libertés publiques peinent par un manque d'efficacité juridique. La fin du règne de l'Etat légal place les libertés publiques dans un contexte plus historique que juridique, le contenu et la valeur de celles-ci n'apparaissent plus adaptés aux exigences de l'Etat de droit basé sur le règne du texte constitutionnel.

---

[567] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 18

[568] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association Recueil, p. 29 ; RJC, p. I-24 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p.7114

[569] Ce régime « suppose un contrôle a priori, l'intervention d'une autorité publique préalablement à l'usage de la liberté, une autorisation d'agir » MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 17

B – Une efficacité accrue des libertés fondamentales

316. L'efficacité des libertés fondamentales tient à deux principaux facteurs la valeur constitutionnelle de la fondamentalité et l'ingéniosité de la notion tenant à ses mécanismes de garantie. [570]

317. La fondamentalité fait partie du bloc de constitutionnalité. Si ce rapport entre constitutionnalité et fondamentalité n'est pas expressément posé par le texte de la Constitution, il est bien présent dans les faits. Aussi, la fondamentalité a l'avantage, par rapport aux libertés publiques, d'offrir une protection juridique plus contraignante. Ce renforcement de la contrainte juridique des libertés s'inscrit dans le processus de développement et d'affirmation de l'Etat de droit.[571] L'une des carences de la notion de libertés publiques est qu'en raison de leur portée législative, ces dernières ne correspondent pas conceptuellement aux exigences posées par l'Etat de droit.

318. Le deuxième facteur de distinction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques est que les libertés fondamentales contiennent en leur sein leurs éléments de protection. En d'autres termes, il existe des droits fondamentaux qui ont pour objet de garantir l'exercice d'autres droits fondamentaux. Ces « droits-garanties » « donnent à l'individu l'assurance qu'il pourra faire valoir les autres droits dans les meilleures conditions et que le droit lui sera appliqué de façon juste, régulière et non arbitraire.[572] » Ils se posent en complément des « droits-substantiels » qui « visent à

[570]« la protection à un niveau normatif supralégislatif (notamment constitutionnel) des droits et libertés envisagés à la fois comme des garanties objectives et comme des droits opposables à tous les pouvoirs (et même aux autres individus et groupes d'individus) bénéficiant des voies et mécanismes de garantie de la primauté des normes constitutionnelles et aussi de mécanismes, en résumé ce que l'on appelle des « droits fondamentaux » comme catégorie, s'avère la plus efficace. » FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 69

[571]« dans tous les pays libéraux, le socle de l'Etat de droit est désormais censé être constitué par un ensemble de droits, inscrits dans des textes de valeur juridique supérieur » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 99

[572] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 847

reconnaître à l'individu soit un espace de liberté (…), soit un statut en tant qu'individu ou en tant que membre du corps social.[573] »

319. La fondamentalité est un concept plus complet que celui des libertés publiques, dans la mesure où ces dernières sont dépendantes d'une intervention extérieure pour se réaliser. Les libertés fondamentales répondent à un souci de pragmatisme. Elles dépassent les libertés publiques en ce qu'elles génèrent leurs propres conditions d'efficacité. Elles sont à la fois la liberté et sa garantie. La fondamentalité est conditionnée par le rapport entretenu entre l'Etat de droit et le normativisme. Ce dernier est « l'essence de l'Etat de droit[574] », il « veut régler, aussi strictement que possible, tous les secteurs étatiques.[575] » Le contenu de la fondamentalité est influencé par cette relation. Produit de l'Etat de droit, elle incarne la légitimité de ce concept. A ce titre, elle calque son mode de fonctionnement sur celui de l'Etat de droit. Dans le but d'organiser le droit des libertés de la manière la plus précise possible, la fondamentalité développe des droits-garanties qui ont vocation à assurer la pleine efficacité des droits-substantiels. La volonté en l'espèce est de verrouiller au maximum le système juridique, de clore le droit des libertés en l'appréhendant comme un ensemble, un tout non dépendant d'éléments externes créant ses propres conditions de compatibilité et de validité.

320. Les libertés fondamentales sont un concept réunissant les apports idéologiques et juridiques des droits de l'homme et des libertés publiques. Elles en constituent le plus avancé degré de perfectionnement. Aussi, nous allons nous attacher, dans un deuxième chapitre, à mettre en évidence cette dynamique de modernité du concept de fondamentalité, dans la mesure où, celui-ci permet aux notions de droits de l'homme et de libertés publiques d'évoluer en fonction des perspectives nouvelles de la société.

[573] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, pp. 466-467

[574] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 66

[575] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 75

Chapitre 2 : Un outil de modernisation du droit des libertés

321. La première présentation du concept de droits fondamentaux a été réalisée par Michel Fromont dans son étude consacrée en 1975 aux « droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne.[576] » Utilisée par les Cours suprêmes à la fin des années 1980, par exemple pour le Conseil d'Etat, dans le cadre du contentieux de l'extradition[577], il faut attendre le début des années 1990, par la décision 89-269 DC du 22 janvier 1990[578], pour que le Conseil constitutionnel s'en empare à son tour. Ces quelques éléments indiquent que la notion de fondamentalité, notamment envisagée en tant que catégorie normative, est récente dans le système de droit interne. Ceci explique sans doute pourquoi, demeurent des incertitudes quant à son sens exact.

322. Cependant, la notion de modernité ne renvoie pas uniquement à une acception temporelle. La fondamentalité est un concept moderne, certes au sens chronologique, mais aussi au sens conceptuel. Le contenu de la fondamentalité n'est pas exclusif. Il est composé de normes diverses et hétérogènes appartenant à des catégories normatives distinctes que sont les droits de l'homme et les libertés publiques. Face à ce constat, il nous faut nous interroger sur le fait de savoir quels peuvent être les intérêts d'user de la fondamentalité pour ces normes déjà qualifiées ou classifiées ?

323. L'emploi du qualificatif « fondamental » traduit une logique de prévalence dans un cas d'espèce donné et elle n'a pas vocation à se substituer à la classification normative existante. L'indétermination de la notion permet aux juridictions, non seulement de concilier des normes entre elles, mais également de faire évoluer le contenu de celles-ci. C'est ce qu'Etienne Picard conceptualise sous les expressions de fondamentalité intranormative et extranormative.[579]

---

[576] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 49

[577]Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 7 janvier 1987, 75867, inédit au recueil Lebon « Considérant que contrairement aux allégations du requérant le système judiciaire des Etats-Unis d'Amérique respecte les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine ainsi que l'exigent les principes généraux du droit de l'extradition »

[578] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

[579]«Mais le fait que la reconnaissance de la fondamentalité ne procède pas du texte formel apparaît plus nettement encore lorsque, même dans le cas d'une possible hiérarchisation formelle des droits par le texte lui-

324. Dans le cadre de la fondamentalité intranormative, le juge se trouve dans l'hypothèse où il est face à deux droits ayant une valeur juridique identique. Pour trancher le litige qui se présente à lui, il va devoir les concilier. La conciliation, c'est-à-dire l'action visant à rendre des choses compatibles, consiste à faire prévaloir, dans un cas d'espèce précis, un droit sur un autre droit. C'est le fait d'accepter que l'application d'un droit constitue la limitation d'un autre droit. Cette notion est présente dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits.[580] »

325. Dans le cadre de la fondamentalité extranormative, le juge se trouve dans l'hypothèse où il est face à une carence normative. Il ne possède pas, dans son champ de référence, de normes textuelles lui permettant de solutionner le litige. Or, le juge se doit de statuer, il ne peut refuser de répondre à une requête sous peine que soit constitué un déni de justice défini par l'article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire.[581] La fondamentalité devient alors un moyen pour le juge visant non pas à concilier, mais, à résoudre une question de droit. Pour ce faire, le juge peut compléter l'ordonnancement juridique par l'introduction d'un droit nouveau ou encore élargir le champ des bénéficiaires d'un droit donné.

---

même, le juge, communautaire, constitutionnel ou ordinaire, en voit d'autres non formellement énoncées. Dans certaines hypothèses, il accorde à des droits qu'il dit fondamentaux, une prévalence que le texte même n'impliquait pas en raison de l'égalité formelle, constamment attestée et affirmée, des normes consacrant les droits ou les pouvoirs en conflit : il qualifie donc de fondamental un droit qui n'était pas qualifié comme tel par le texte, mais que celui-ci reconnaissait tout de même (joue alors la fondamentalité intranormative). Il va plus loin dans d'autres situations, plus démonstratives encore (par exemple, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ou la jurisprudence constitutionnelle) : il peut qualifier un droit de fondamental ou en appliquer les effets, alors que le texte lui-même ne mentionnait même pas ce droit (ce qui est une manifestation de la fondamentalité extranormative). »PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[580] Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 7

[581] Article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire créé par la lOI n°2007-1787 du 20 décembre 2007 - art. 26 : « Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ; 2° S'il y a déni de justice. Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. L'Etat est civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui sont prononcées à raison de ces faits contre les juges, sauf son recours contre ces derniers. »

326. La modernité de la fondamentalité s'affirme donc dans le fait qu'elle permet aux juridictions soit de mettre en corrélation la norme ancienne avec la société actuelle ou encore en ce qu'elle offre une possibilité aux juges de répondre à des besoins juridiques nouveaux non traités de manière textuelle.

327. Ce sont ces deux aspects de la modernité de la fondamentalité que nous allons étudier, en nous concentrant, dans une section première, sur l'actualisation continue du droit ou la fondamentalité intranormative avant d'analyser, dans une section deuxième, un concept permettant l'intégration de droits nouveaux ou la fondamentalité extranormative.

Section 1 : La fondamentalité intranormative : l'actualisation continue du droit

328. Le passage à la fondamentalité offre de nouvelles perspectives aux juridictions. Comme le souligne Richard Ghévontian en matière de référé-liberté : « le juge administratif suprême n'a pas souhaité donner l'impression de « passer à côté » d'une occasion historique de se renouveler.[582] » Cette reconstruction de la conception classique des libertés est possible parce que le concept de fondamentalité n'est pas normativement déterminé. Cette souplesse inhérente à la notion permet aux juridictions, par leur interprétation, d'actualiser le contenu et la portée des libertés.

329. La modernité du concept réside ainsi dans le fait que la fondamentalité permet aux juridictions d'actualiser le sens de certaines libertés et d'ouvrir le bénéfice de celles-ci à de nouveaux bénéficiaires.[583]

330. Le juge peut réactualiser le sens d'un droit, c'est-à-dire le définir par rapport au contexte actuel. Dans sa décision 81-132 DC, le Conseil constitutionnel met en exergue les évolutions subies par le droit de propriété.[584] Le recours à la

[582] GHEVONTIAN Richard, Le référé-liberté : une procédure prometteuse, *Recueil Dalloz*, 2001 p. 1748

[583] FAVOREU Louis, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *Recueil Dalloz*, 2001 p. 1739

[584] 16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299 : « si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le

fondamentalité permet de maintenir la valeur du droit en soulignant son importance, tout en admettant la nécessité de son adaptabilité à des enjeux différents de ceux qui existaient lors de sa reconnaissance.

331. La rénovation peut également passer par une relecture de la notion de personne juridique, au sens de sujet de droit. Les droits de l'homme et les libertés publiques sont attachées à la protection de la personne physique. Or, la notion de libertés fondamentales est plus large en ce qu'elle compte au rang de ses bénéficiaires des personnes morales. Bernard Faure met en exergue le lien entre transformation de la sphère juridique et développement de la fondamentalité : « l'apparition du thème des droits fondamentaux des personnes morales ne va pas sans coïncidences avec un certain nombre de transformation dans notre paysage juridique.[585] »

332. Aussi, la fondamentalité peut être entendue comme un indicateur des changements, des évolutions que subit le système de droit. Nous pouvons faire le lien avec la pensée d'Emile Durkheim qui considérait le droit comme « un fait social » dont l'« importance réside en ce qu'il s'agit d'un système de règles régulatrices de l'action sociale, qui opère comme un moyen d'intégration sociale et qui contribue à ce que la société soit un système stable et intégré.[586] » Ainsi, le recours à la fondamentalité par le juge peut être interprété comme un moyen de maintenir une stabilité en dépit des transformations de la sphère juridique. Nous retrouvons ici l'idée de Jean Morange[587] relative à l'emploi de l'expression « libertés fondamentales » comme signe linguistique mettant en valeur les transformations profondes des sources du droit des libertés ainsi que de ses procédures de contrôle.

333. C'est dans le but de vérifier cette hypothèse que nous allons nous intéresser à la fondamentalité comme moyen d'actualisation tant du champ normatif (§1) que du champ des libertés (§2).

---

caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique. »

[585] FAURE Bernard, Les droits fondamentaux des personnes morales, *RDP*, 20 août 0101, n° 1, 1er janvier 2008, p. 233

[586] ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 52

[587] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 20

§1 – La fondamentalité : moyen d'actualisation des normes

334. Pour Etienne Picard, la fondamentalité intranormative permet au juge de qualifier : « de fondamental un droit qui n'était pas qualifié comme tel par le texte, mais que celui-ci reconnaissait tout de même.[588] » En d'autres termes, la fondamentalité intranormative renvoie à l'effet de prévalence de la notion. Cette prévalence s'exprime, en l'espèce, au sein d'un même niveau hiérarchique. Le juge opère un agencement de normes qui lui permet de trancher une question de droit.

335. La fondamentalité intranormative ne permet pas au juge de compléter substantiellement son champ de référence normatif. Le juge tire comme conséquence du texte que, pour résoudre le conflit normatif qui lui est soumis, telle liberté doit prévaloir sur telle autre. C'est le cas du Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 octobre 1984[589]. Il reconnaît le caractère fondamental de la liberté de communication mais il ne la crée pas. Il s'appuie notamment sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour justifier son raisonnement. Nous sommes dans le cadre d'une interprétation qui repose plus, en apparence, sur l'acte de connaissance que sur un acte de volonté. Nous pouvons supposer que le caractère fondamental de la liberté de communication découle de la rédaction de l'article 11 de la DDHC, en ce qu'il précise que cette liberté est « un des droits les plus précieux de l'homme.[590] » Or, l'adjectif précieux renvoie à la notion d'importance qui va être matérialisée par le Conseil constitutionnel en ce que la liberté de communication est le fondement de l'exercice d'autres droits : « son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés.[591] » La fondamentalité intranormative permet au juge de mettre en lumière les fondements du système juridique dans lequel lui-même s'inscrit

[588] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[589] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200

[590] Article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p.8

[591] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200 « 35. Considérant que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi" ; 37. Considérant que, cependant, s'agissant d'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, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

et de les garantir.[592] Cette approche de la fondamentalité renvoie à l'hypothèse que nous avons avancée selon laquelle les droits reconnus comme fondamentaux par le juge constitutionnel ont trait à l'article premier du texte constitutionnel dans lequel figurent « les principes essentiels de la République.[593] » Cette approche peut être étayée par le fait que, comme le soulignent les Professeurs Mathieu et Verpeaux : « le pluralisme, la démocratie et la liberté de communication audiovisuelle forment ainsi un ensemble indissociable, ce qui explique le caractère tout à fait fondamental de cette liberté (liberté de communication). [594]»

336. La fondamentalité intranormative ne produit que des effets relatifs. Elle ne modifie pas le texte. Elle ne porte atteinte à l'égalité formelle, que ce dernier prescrit, que de manière momentanée. C'est le point de distinction majeur entre le texte constitutionnel français et le texte constitutionnel allemand. Ce dernier prévoit l'intangibilité des droits fondamentaux, donc il instaure une hiérarchie intraconstitutionnelle. La Constitution du 4 octobre 1958 n'opère pas de hiérarchisation de ses dispositions. A contrario, cela signifie donc que le corpus constitutionnel ne fait qu'un, toutes les normes contenues dans le texte de la Constitution ont une seule et même valeur. Le Conseil constitutionnel, s'appliquant une doctrine de « self-restraint », se refuse à établir de son propre chef une telle hiérarchie.

337. Pour résoudre un conflit de normes, seules deux attitudes sont envisageables : « Le problème du conflit de normes est classique en droit et pour le résoudre, il y a alors deux grands types de solution : soit la question est réglée sur le terrain de la hiérarchie des normes, et le pouvoir du juge est alors encadré par l'utilisation des critères de définition de cette hiérarchie ; soit la question est tranchée sur le plan de l'interprétation, et le juge a alors un pouvoir discrétionnaire pour tenter « de concilier »

[592] « Est donc, au sens propre, appelé fondamental ce qui est au fondement d'un système ou d'une organisation, ce qui est constituant, ce sur quoi tout est édifié et de quoi tout est dérivé. (…) Ils ont une répercussion sur tout ou partie du système juridique auquel ils appartiennent car leur reconnaissance et leur protection conditionnent celles d'autres droits. Le Conseil constitutionnel interprète de la sorte la liberté de communication. » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[593] FORMERY Simon-Louis, *La Constitution commentée article par article*, 8e édition, Paris, Hachette supérieure, 2004, p. 9

[594] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 555

les normes en contradiction.[595] » Puisque la Constitution n'a pas prévu de hiérarchie normative, il ne reste qu'une solution au Conseil constitutionnel, celle de l'interprétation. Cependant, l'interprétation n'a pas les mêmes effets que la hiérarchie normative car elles sont de natures différentes. La hiérarchie normative a une portée formelle que l'interprétation n'a pas. Guillaume Drago met en valeur cette distinction : « La hiérarchie des normes entraîne certains effets automatiques et notamment l'invalidation de la norme de degré inférieur dans le cas où elle est contraire à la norme de degré supérieur. Or, dans le jeu très empirique de la « conciliation » entre des normes de niveau constitutionnel, si l'on peut remarquer que, le plus souvent, les libertés de premier rang bénéficient des préférences du juge, cet effet n'est pas automatique (...). Le terme de « hiérarchie matérielle » doit être entendu plutôt dans un sens para-juridique comme indiquant l' « importance » que le juge constitutionnel attache à certains droits et libertés avec cette conséquence que, s'ils doivent être conciliés avec des principes, des droits et des libertés moins « importants », c'est à leur exercice que l'on demandera le moins de sacrifices sur l'autel de la conciliation.[596] »

338. Dans le cadre cette interprétation empirique, le juge constitutionnel ne peut développer la fondamentalité intranormative que selon deux axes. Elle lui est utile pour renouveler la grille de lecture d'une norme donnée (A) et établir une hiérarchie relative des libertés (B).

A – Une nouvelle grille de lecture d'une norme donnée

339. L'interprétation est définie par le Professeur Picard comme le moyen qui « révèle l'existence, dans le texte, [soit] d'une prévalence qui n'y était pas formellement affirmée[597]. » La fondamentalité intranormative apparaît comme une technique d'interprétation qui permet au juge d'affirmer la prévalence d'une norme sur une autre norme.

340. Le juge est tenu de respecter la cohérence globale de son champ de référence normatif. La fondamentalité n'est pas un moyen de s'affranchir de la norme. Au

[595] POULIQUEN Patricia, L'équilibre entre les textes de 1789 et 1946, *Petites affiches*, 17 février 1995, n° 21, p. 4

[596]DRAGO Guillaume, La conciliation entre principes constitutionnels, *Recueil Dalloz*, 1991 p. 265

[597] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

contraire, elle s'inscrit dans la volonté de faire perdurer une norme donnée. Nous pouvons appuyer nos propos sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment à travers la décision 82-132 DC[598] dans laquelle le juge constitutionnel rappelle l'attachement du peuple français à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cet attachement s'est exprimé, selon le Conseil, par le fait que le peuple ait rejeté par référendum le premier projet constitutionnel d'avril 1946 qui ne constitutionnalisait pas la Déclaration révolutionnaire. C'est en s'appuyant sur cet acte du peuple souverain, que le juge constitutionnel affirme « le caractère fondamental du droit de propriété[599]. » Cette décision met en exergue la dimension idéologique des droits fondamentaux. Jean Morange nous explique que « la Déclaration de 1789 contient une philosophie de « l'association politique » dont « le but (…) est la préservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. »[600] » Cette dimension idéologique est la même que celle qui sous-tend le développement de l'Etat de droit, qui repose sur la protection des droits fondamentaux, au sens où, « des droits ont été reconnus à chaque être humain, qui s'imposent à la volonté générale.[601] » Il n'y a pas de dénaturation du droit de propriété, l'affirmation de son importance s'inscrit dans la continuité du développement du droit des libertés. Seul le contexte a changé. En 1789,

[598] 16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299

[599] 16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299 : « 14. Considérant que le peuple français, par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités. 15. Considérant qu'au contraire, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ; que, aux termes du préambule de la Constitution de 1958, le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 . 16. Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »

[600] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 11

[601] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 242

il s'agit d'affirmer l'existence du droit de propriété, en 1982, il s'agit de garantir sa pérennité puisqu'il est « un soubassement de la société libérale. [602]»

341. Le juge est également tenu de respecter le sens des droits consacrés explicitement par sa norme de référence. Autrement dit, le Conseil constitutionnel ne peut s'affranchir du texte constitutionnel y compris lorsque le pouvoir politique et la société y sont favorables. Nous pouvons prendre pour exemple les difficultés tenant aux différentes lois ayant trait à la parité entre les hommes et les femmes. La parité se pose en contradiction vis à vis du principe d'égalité qui peut être considéré selon André Moine comme un droit fondamental.[603] Malgré le consensus de la classe politique à ce sujet, dont la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999[604] est le symbole, le Conseil constitutionnel a résisté à cette remise en cause du principe d'égalité consacré, notamment, à l'article premier du texte constitutionnel. Le respect de la fondamentalité intranormative peut conduire le juge à invalider des textes législatifs qui traduisent des aspirations nouvelles de la société mais risquent de dénaturer certains droits constitutionnels. Toutefois, ce qui n'est pas permis au législateur, l'est au pouvoir constituant dérivé. Aussi, depuis la révision constitutionnelle de juillet 1999, le Conseil constitutionnel accepte de déroger au principe d'égalité comme en témoigne sa décision du 30 mai 2000.[605] C'est le pouvoir constituant qui a choisi de dénaturer le principe d'égalité, dans le cadre de la parité politique, et non le juge constitutionnel. Toutefois, l'actualité du principe d'égalité demeure assurée par le Conseil dans d'autres domaines, comme dans le cadre de l'égalité de suffrage qualifiée de « règle fondamentale[606] » par le juge constitutionnel.

---

[602] TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, p. 23

[603]« Le droit fondamental à l'égalité est un principe constitutionnel, la Constitution est au sommet de la hiérarchie des normes ; dès lors ce principe ne devrait connaître aucune atténuation en droit. Or l'égalité de fait socialement recherchée, entre les femmes et les hommes, conduit à des aménagements juridiques de ce droit fondamental » MOINE André, La conformité au droit fondamental à l'égalité des discriminations "positives" fondées sur l'identité sexuelle un exemple d'interactions normatives et jurisprudentielles, Congres AFDC de Montpellier - projet de communication, source http://www.droitconstitutionnel.org

[604] Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes

[605] 30 mai 2000 - Décision n° 2000-429 DC *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* Recueil, p. 84 - Journal officiel du 7 juin 2000, p. 8564 : « rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle. »

[606] 08 janvier 2009 - Décision n° 2008-573 DC *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés* Recueil, p. 36 - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724

342. La relativité de la fondamentalité intranormative s'exprime dans deux contextes. L'interprétation juridictionnelle de la norme ne peut conduire à suppléer la non définition d'une hiérarchie normative. L'interprétation juridictionnelle doit céder le pas devant les volontés du pouvoir constituant qui peut modifier la norme. La norme juridique positiviste n'est pas imprescriptible, elle s'adapte aux circonstances pour que le système normatif puisse perdurer. C'est parce que la fondamentalité en droit français est avant tout jurisprudentielle, que son application est relative. Nous pouvons faire le lien avec cette idée développée par Jean-Pierre Camby : « Le droit a horreur du vide. Si la jurisprudence le comble, cela ne peut qu'être par défaut. Que cela se fasse sans heurt pour le justiciable ne paraît pas en soi condamnable. Le juge n'en reste pas moins subordonné à la règle établie par le législateur, lorsque celle-ci existe. C'est toujours le législateur, garant de l'intérêt général, qui peut, comme et quand il le souhaite, manifester souverainement son pouvoir créateur de droit. En démocratie, le dernier mot lui revient, naturellement, toujours.[607] »

B – Une hiérarchisation relative des libertés

343. Etienne Picard définit la conciliation en ce qu'elle « révèle que l'identité du rang hiérarchique normatif est formellement maintenue.[608] » La fondamentalité intranormative permet au juge de résoudre des conflits normatifs au sein d'un même ensemble hiérarchique.

344. Elle s'exprime de manière spécifique dans le cadre du contentieux constitutionnel, dans la mesure où, comme le démontre Guillaume Drago : « placées toutes au sommet de la hiérarchie des normes, les règles constitutionnelles ne peuvent trouver de solutions aux conflits dans la théorie de la hiérarchie des normes puisqu'elles sont toutes d'égale valeur.[609] » La fondamentalité intranormative dans la sphère constitutionnelle ne peut être interprétée comme un instrument de hiérarchisation substantielle ayant vocation à se substituer à une absence de hiérarchie normative.

[607] CAMBY Jean-Pierre, Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle, *RDP*, 20 juin 1101, n° 6, 1er novembre 2006, p. 1505

[608] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[609] DRAGO Guillaume, La conciliation entre principes constitutionnels, *Recueil Dalloz*, 1991 p. 265

Certains auteurs nuancent cette affirmation mais ils se placent avant tout sur le plan politique.[610]

345. La fondamentalité intranormative apparaît comme un moyen utilisé par le juge pour harmoniser les libertés constitutionnelles entre elles. Certaines dispositions constitutionnelles s'avèrent antagonistes. Par conséquent, le juge doit permettre au texte constitutionnel d'être effectif en s'assurant que les contradictions ne nuisent pas à son effet contraignant. La conciliation joue en la matière un rôle primordial, puisque le degré d'abstraction élevé des normes constitutionnelles accentue le risque de divergences.[611]

346. Le Conseil constitutionnel use de la fondamentalité intranormative en suivant une méthode en deux temps. Nous pouvons prendre pour exemple la décision du 29 juillet 1994[612] concernant la loi relative à l'emploi de la langue française. Le Conseil constitutionnel applique un raisonnement binaire. Il rappelle la valeur constitutionnelle de la liberté de communication en s'appuyant notamment sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Puis, il affirme le caractère fondamental de cette liberté, ce qui a pour conséquence de la faire prévaloir sur l'article 2 de la Constitution disposant que « la langue de la République est le français.[613] » Patrick Wachsmann nous expose avec précision le cheminement suivi par le Conseil constitutionnel : « La démarche du Conseil constitutionnel sur le terrain de l'article 11 est désormais bien connue : rappel de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution de 1958 en matière de libertés publiques, mais aussi du fait que, s'agissant d'une liberté aussi essentielle, ce pouvoir ne peut s'exercer

[610]« l'abandon du cliquet ne serait pas seulement une posture stratégique d'un juge attaché autant aux prérogatives parlementaires qu'aux libertés individuelles, mais une construction relevant de la théorie du droit - pas de hiérarchie entre normes constitutionnelles - alors que la jurisprudence entreprises de presse d'octobre 1984 révèle un désir latent (et réalisé un temps) de traduire en contrainte juridique la priorité politique de certains droits fondamentaux » MOUZET Pierre, Le rapport de constitutionnalité, Les enseignements de la V[e] République, *RDP*, 20 juillet 0701 n° 4, 1[er] juillet 2007, p. 959

[611]« Les normes constitutionnelles n'échappent pas à cette éventualité d'un conflit entre elles. On peut même dire que, par leur généralité, elles suscitent plus que d'autres des conflits, des antagonismes, par leur large champ d'application à des situations juridiques variées » DRAGO Guillaume, La conciliation entre principes constitutionnels, *Recueil Dalloz*, 1991 p. 265

[612] 29 juillet 1994 - Décision n° 94-345 DC *Loi relative à l'emploi de la langue française* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240

[613] Article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8[e] édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

que pour renforcer l'effectivité de l'exercice de cette liberté ou pour opérer sa conciliation avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle (cette logique est acquise depuis les décisions du 27 juillet 1982 sur l'audiovisuel et des 10 et 11 octobre 1984 sur les concentrations en matière de presse). Parmi les règles constitutionnelles concurrentes figure celle introduite à l'article 2 de la Constitution par la révision du 25 juin 1992 : « La langue de la République est le français ». Mais une conciliation s'impose : la réaffirmation de l'identité nationale, obtenue à titre de compensation lors de la procédure de révision nécessitée par le traité sur l'Union européenne, n'autorise évidemment pas le législateur à apporter aux libertés n'importe quelle restriction, au nom de la défense de la langue française.[614] »

347. Dans le cadre de la jurisprudence administrative, la notion de conciliation n'a pas d'équivalence. En effet, l'utilisation de la fondamentalité intranormative a pour portée non pas de mettre en harmonie des normes d'un même niveau normatif mais bien de hiérarchiser des normes d'ensembles normatifs distincts. La Constitution appartient au champ de référence normatif du juge administratif. Bien que celui-ci se refuse à exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi, il rappelle la compétence du Conseil constitutionnel en la matière par exemple dans son arrêt du 5 janvier 2005[615], cela n'empêche pas le Conseil d'Etat « d'insister sur sa capacité à interpréter lui-même la norme constitutionnelle à laquelle il se soumet.[616] » De surcroît, il est chargé d'apprécier la constitutionnalité d'un acte administratif particulièrement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir sauf à ce qu'une loi fasse écran à l'exercice de ce contrôle en vertu de la jurisprudence Arrighi du 6 novembre 1936[617]. Eu égard à ces éléments, la consécration d'une liberté comme fondamentale renvoie, jusqu'à présent,

[614] WACHSMANN Patrick, Inconstitutionnalité partielle de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, *AJDA*, 1994, p. 731

[615] Conseil d'Etat, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 5 janvier 2005, 257341, publié au recueil Lebon

[616] BONNET Baptiste, Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale*, RFDA*, 2005, p. 56

[617] Intervention de Jean-Marc Sauvé ,Vice Président du Conseil d'Etat , Les réformes dans la juridiction administrative, Colloque organisé par l'Association des Juristes de Contentieux de droit Public (AJCP) du Master II Contentieux Public de l'Université Paris 1, Assemblée nationale le vendredi 15 mai 2009 : « Je n'ai besoin de rappeler à personne dans cette salle que, dans son arrêt *Arrighi* du 6 novembre 1936, le Conseil d'Etat a refusé d'exercer un contrôle de conformité des lois à la Constitution, alors même que la doctrine, incarnée notamment par le Doyen Hauriou, le pressait d'exercer ce contrôle et que de savants commentateurs avaient souligné que différents arrêts, notamment l'arrêt Heyriès du 28 juin 1918, mais pas uniquement, traduisaient déjà l'exercice d'une forme de contrôle de conformité des lois à la Constitution de 1875. Le Conseil d'Etat a décliné cette compétence en se fondant alors sur « l'état actuel du droit public français », réservant ainsi le fait qu'un autre état du droit public pourrait le conduire à une solution différente. » source http://www.conseil-etat.fr

à la valeur constitutionnelle de cette dernière. Aussi, la fondamentalité intranormative permet au juge administratif de contribuer à l'application d'une hiérarchie normative.

348. Qu'elle soit le moyen d'une conciliation ou la façon de reprendre la hiérarchisation normative, la fondamentalité intranormative apparaît comme un instrument de rénovation du droit des libertés.

§2 – La fondamentalité : moyen d'actualiser le champ des libertés

349. Le juge fait évoluer le droit des libertés avec comme ambition celui de l'améliorer. Cette idée de renouveau, notamment de la Constitution, est présentée par Francis Delpérée comme la condition permettant « une nouvelle naissance » du texte constitutionnel avec comme conséquences principales que « l'Etat est voué à connaître une autre existence. Les autorités sont amenées à revoir leurs comportements et leurs méthodes. Les citoyens sont invités à actualiser la liste de leurs droits et de leurs devoirs.[618] »

350. La fondamentalité intranormative peut être appréhendée comme un moyen à la disposition des juridictions visant à concrétiser cette volonté de renouveau, de changements. Richard Ghevontian souligne ce lien entre renouveau et fondamentalité dans la cadre du contentieux du référé-liberté : « fidèle à sa méthode traditionnelle, il a souhaité procéder à une « reconstruction » non encore achevée de sa conception classique des libertés fondamentales, de manière autonome et en tenant compte de ses propres pesanteurs et contraintes contentieuses.[619] »

351. La fondamentalité intranormative offre la possibilité aux juridictions de tirer des conséquences nouvelles de dispositions normatives faisant partie de leur champ normatif de référence. Il est ainsi du principe de dignité humaine que le Conseil constitutionnel déduit du préambule de la Constitution de 1946[620]. Comme le souligne Bernard Edelman « En droit, la dignité est un concept nouveau[621] » et elle fait partie

[618] DELPEREE Francis, Le renouveau du droit constitutionnel, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 228

[619] GHEVONTIAN Richard, Le référé-liberté : une procédure prometteuse, *Recueil Dalloz*, 2001 p. 1748

[620] 27 juillet 1994 - Décision n° 94-343/344 DC *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* Recueil, p. 100 - Journal officiel du 29 juillet 1994, p. 11024

[621] EDELMAN Bernard, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 185

pour Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux « des droits consubstantiels à l'homme.[622] » La fondamentalité intranormative offre également la possibilité aux juridictions de redéfinir la portée d'un droit. Nous pouvons nous appuyer sur la décision 93-325 DC[623] dans laquelle le Conseil constitutionnel a tenté d'affirmer une définition constitutionnelle très protectrice du droit d'asile face à une acception plus minimaliste de cette liberté par le droit communautaire. Le respect accru des libertés, l'augmentation de leur efficience, notamment face au pouvoir politique, dans le cadre du développement de l'Etat de droit ne sont pas linéaires. Le pouvoir politique a toujours, que ce soit par la voie législative ou par la voie de la révision, le dernier mot s'il le souhaite. Cet état de fait, qui peut apparaître néfaste à la protection des libertés, est conditionné par la définition substantielle de l'Etat de droit qui réunit préservation des libertés et exercice du régime démocratique. Or, le pouvoir politique étant le seul à rendre des comptes au peuple souverain, il a la possibilité de contrecarrer l'interprétation juridictionnelle y compris lorsque cette dernière est favorable aux droits de la personne.

352. La fondamentalité intranormative offre également la possibilité aux juridictions de déduire de leur champ normatif, un élargissement des bénéficiaires d'une liberté donnée. C'est le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel dans ses décisions du 22 janvier 1990[624] et du 13 août 1993[625], lorsqu'il accorde le bénéfice de la protection des « libertés et droits de valeur constitutionnelle à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. » Il intègre au rang des bénéficiaires de ces droits, les étrangers. Cette rénovation de la notion de personne titulaire de droits a également

[622] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 506

[623] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 « 81. Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

[624] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

[625] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

été appliquée par le Conseil d'Etat aux collectivités territoriales, concernant la protection de la libre administration des collectivités territoriales[626]. Ici, le Conseil d'Etat n'a pas fait acte de création, il a appliqué la fondamentalité intranormative de manière verticale dans les rapports entre différentes personnes publiques.[627]

353. L'adaptabilité de la fondamentalité lui permet d'être utilisée dans un nombre d'hypothèses plus élevé que les concepts de droits de l'homme et de libertés publiques. Les droits de l'homme et du citoyen sont fortement marqués par une idéologie individualiste difficilement transposable aux personnes morales, tandis que la seconde notion « par l'épithète « public » rend surtout compte de la dimension « verticale » des libertés publiques (…) Elles sont avant tout opposables à la puissance publique.[628] »

354. Aussi, il faut revenir sur cette approche de la fondamentalité en tant qu'instrument de rénovation s'agissant aussi bien de la portée de certains droits (A) que de la notion de personne, titulaire de droits (B).

A – Rénover la portée de certaines libertés

355. La fondamentalité intranormative permet aux juridictions d'augmenter la portée de certaines libertés. Cet accroissement peut être le fait soit d'un renforcement d'un degré de protection, soit d'une relecture d'un droit donné.

356. La jurisprudence administrative est une illustration de l'utilisation de la fondamentalité intranormative comme moyen de renforcer le degré de protection d'une liberté. Dès son arrêt du 11 juillet 1956 dit « Amicale des Annamites de

[626] Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon

[627] « Derrière la séparation horizontale, il n'y a que des pouvoirs, alors que la séparation verticale intéresse des entités qui sont assimilées à des personnes (…) On peut néanmoins penser que cette référence à la liberté des collectivités est l'argument qui a emporté la conviction de la Section du contentieux pour faire application d'une procédure de « référé-liberté ». M. Touvet cite l'exemple - qu'il juge lui-même extravagant -, de l'intervention directe d'un représentant de l'Etat dans le fonctionnement d'une assemblée locale ou la dissolution par le même d'une assemblée locale. L'une comme l'autre de ces hypothèses concernent la libre administration en tant qu'elle sépare verticalement les pouvoirs » VERPEAUX Michel, Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté, Note sous Conseil d'Etat, Section, 18 janvier 2001, Commune de Venelles c/ M. Morbelli, *RFDA*, 2001 p. 681

[628] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 60

Paris[629] », le Conseil d'Etat utilise la fondamentalité intranormative afin de renforcer le degré de protection de la liberté d'association[630]. Le Conseil d'Etat se base sur des normes appartenant à son champ de référence normatif que sont, notamment, la Constitution du 27 octobre 1946 et la loi du 1er juillet 1901. La Quatrième République, en ce qu'elle distinguait le pouvoir constituant du pouvoir législatif à travers son article 90, qui mettait en place une procédure spécifique de révision du texte constitutionnel, affirmait la supériorité de la Constitution sur la loi. Cependant, l'absence d'un contrôle de constitutionnalité effectif rendait cette supériorité formelle mais sans réelle incidence matérielle. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat annule un arrêté du Ministre de l'Intérieur au motif que celui-ci porte atteinte au PFRLR de la liberté d'association, catégorie consacrée par le préambule de la Constitution de 1946. La fondamentalité intranormative permet au juge administratif d'affirmer la prévalence des normes constitutionnelles sur le pouvoir réglementaire.

357. Le recours à la fondamentalité permet au Conseil d'Etat de justifier sa décision en ce qu'elle s'appuie implicitement sur la volonté exprimée par le peuple souverain. L'expression utilisée en l'espèce : « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de ladite Constitution » peut être interprétée selon une perspective binaire. Premièrement, par le référendum constituant du 13 octobre 1946, le peuple a choisi d'adhérer à un certain nombre de valeurs libérales contenues notamment dans le préambule du texte constitutionnel. Deuxièmement, le verbe « réaffirmer », présent dans le texte même du préambule, se définit comme le fait « d'affirmer de nouveau et avec force[631] » ce qui suppose que le préambule ne fait que réitérer la protection de libertés préexistant à la rédaction du

[629] Conseil d'Etat, Ass. plénière, du 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang, p. 317

[630] Conseil d'Etat, Ass. plénière, du 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang, p. 317 : « Considérant qu'aux termes de l'article 81 de la Constitution de la République française : « Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyens de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution » ; qu'il résulte de cette disposition que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de ladite Constitution sont applicables sur le territoire français aux ressortissants de l'Union française ; qu'au nombre de ces principes figure la liberté d'association ; que, dès lors, le Ministre de l'Intérieur n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, constater par l'arrêté attaqué en date du 30 avril 1953 la nullité de l'association déclarée des Annamites de Paris, dont les dirigeants et les membres étaient des ressortissants vietnamiens »

[631] Définition du terme réaffirmer, Larousse, source http://www.larousse.fr

texte constitutionnel.[632] Grâce au recours à la fondamentalité, le Conseil d'Etat rénove la portée de la liberté d'association en ce qu'il affirme son caractère supérieur par l'effet de prévalence qu'il lui accorde. D'ailleurs, « deux ans plus tard, le Conseil d'État confirmait le rang de la liberté d'association dans la hiérarchie des normes en la qualifiant de « liberté constitutionnelle ».[633] »

358. La jurisprudence constitutionnelle est une illustration de l'utilisation de la fondamentalité intranormative comme moyen de relecture d'un droit garanti par la Constitution. Dans sa décision 80-119 DC[634], le juge constitutionnel accroît la portée de l'article 64 de la Constitution[635] et celle de la loi du 24 mai 1872[636]. Ces deux textes sont relatifs à l'organisation respectivement de l'autorité judiciaire et du Conseil d'Etat. Le juge constitutionnel utilise la fondamentalité intranormative, incarnée par un PFRLR, pour consacrer l'indépendance de la juridiction administrative. Il tire de cette indépendance des conséquences importantes ayant une incidence sur la répartition des pouvoirs sous la Cinquième République.[637] Par cette décision, le Conseil constitutionnel a étendu le domaine de l'indépendance de l'autorité judiciaire, qui est un droit-garantie corollaire du droit à un recours effectif devant une juridiction, en consacrant l'indépendance du juge administratif et en définissant le cadre de cette indépendance : « il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les

[632] « C'est la décision du 11 juillet 1956 qui consacre pleinement la liberté d'association, puisque le Conseil d'État considère qu'elle figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, que le peuple français a « réaffirm[és] solennellement » selon les termes du Préambule de la Constitution de 1946 » FOMBEUR Pascale, La jurisprudence du Conseil d'Etat et la liberté d'association, *Actes du colloque La liberté d'association et le droit*, Paris, le Conseil constitutionnel, 29-30 juin 2001, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[633] FOMBEUR Pascale, La jurisprudence du Conseil d'Etat et la liberté d'association, *Actes du colloque La liberté d'association et le droit*, Paris, le Conseil constitutionnel, 29-30 juin 2001, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[634] 22 juillet 1980 - Décision n° 80-119 DC *Loi portant validation d'actes administratifs* Recueil, p. 46 - Journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1868

[635] Article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « ARTICLE 64. Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 24

[636] Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat

[637]« il reconnaît ainsi une fonction spécifique exercée par des organes indépendants, protégés contre les interventions des autres pouvoirs qui marque la reconnaissance d'un véritable pouvoir auquel participent tant les juridictions judiciaires que les juridictions administratives » MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 362

décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence.[638] »

359. La fondamentalité intranormative peut également être un moyen pour les juridictions d'augmenter les bénéficiaires des libertés.

B – Rénover le concept de personne titulaire de droits

360. Le concept de personne renvoie à « l'octroi de la capacité à être un sujet de droit.[639] » Xavier Bioy nous explique que : « l'octroi de la persona est un acte que l'on peut dire « standard » ou de « standardisation », il s'agit ni plus ni moins que de donner un laisser-passer unique à tous les titulaires de droits aussi différents soient-ils en réalité.[640] » La difficulté en matière de droit des libertés tient au fait que la tradition française bâtie sur l'idéologie individualiste de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a tendance à envisager la notion de titulaires des libertés de manière restrictive.[641]

361. Face à cette problématique, certains auteurs proposent de distinguer les bénéficiaires des droits, de leurs titulaires : « par « bénéficiaires », nous entendons l'ensemble auquel est attribuée une permission d'agir constitutive du droit fondamental en question : tout citoyen est bénéficiaire du droit de vote et de l'éligibilité, toute personne physique est bénéficiaire de la liberté d'expression etc. Par « titulaires », nous entendons l'ensemble des organes habilités à saisir l'instance juridictionnelle chargée du contrôle des normes de concrétisation des droits fondamentaux.[642] » Malgré la pertinence de cette distinction, nous ne nous intéresserons ici qu'aux titulaires de la fondamentalité, car l'usage de la fondamentalité intranormative a permis aux juridictions d'élargir le nombre de personnes titulaires de droits fondamentaux, dans la mesure où, ce développement est le fruit de la jurisprudence intrinsèquement liée à la saisine de l'instance juridictionnelle.

362. Le Conseil constitutionnel a ouvert le bénéfice des libertés aux étrangers par le recours aux libertés et droits à valeur constitutionnelle puisque ces derniers bénéficient à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Toutefois, cette protection

[638] 22 juillet 1980 - Décision n° 80-119 DC *Loi portant validation d'actes administratifs* Recueil, p. 46 - Journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1868

des libertés dévolues aux étrangers peut être adaptée, notamment dans un sens plus restrictif, par rapport à celle ayant cours pour les nationaux.[643]

363. S'agissant des personnes morales, l'article 19 alinéa 3 de la Loi Fondamentale allemande dispose que : « Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet.[644] » Cette protection qualifiée par le Doyen Favoreu d'« aspectuelle[645] » est reprise par les juridictions françaises. Dans sa décision du 11 octobre 1984[646], la liberté d'expression et de communication est accordée aux entreprises de presse, tandis que le Conseil d'Etat garantit, dans le cadre du référé-liberté, le droit de propriété par exemple aux sociétés, personnes morales de droit privé[647].

364. Plus délicat est de savoir si les personnes morales de droit public peuvent être titulaires de droit fondamentaux. Pour Roland Drago, les personnes morales de droit public sont titulaires de droits fondamentaux à la condition d'assimiler les notions de

---

[639]BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2003, p. 126

[640]BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2003, p. 127

[641]« dans notre histoire nationale et notre conception libérale au sein de laquelle l'individu occupe le devant de la scène débarrassée des corps intermédiaires qui ont pu s'interposer entre lui et l'autorité de l'Etat » FAURE Bernard, Les droits fondamentaux des personnes morales, *RDP*, 20 août 0101, n° 1, 1er janvier 2008, p. 233

[642] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 103

[643]« Si elle écarte toute obligation constitutionnelle de traiter les étrangers sur le même pied que les nationaux en ce qui concerne l'entrée et le séjour, la décision du 13 août 1993 admet cependant que le principe d'égalité puisse recevoir application entre étrangers dans ces domaines. Mais, même dans ce cadre, le législateur a la faculté de fixer des règles différentes en fonction de situations elles-mêmes différentes » GENEVOIS Bruno, Un statut constitutionnel pour les étrangers, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993, *RFDA*, 1993 p. 871

[644] Article 19 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, source http://mjp.univ-perp.fr

[645]FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 101

[646] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200

[647] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 27 novembre 2002, 251898, mentionné aux tables du recueil Lebon : « Considérant qu'il incombe à l'autorité administrative d'assurer, en accordant au besoin le concours de la force publique, l'exécution des décisions de justice ; que le droit de propriété, qui constitue une liberté fondamentale, a pour corollaire la liberté de disposer d'un bien ; que le refus de concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle ordonnant l'expulsion d'un immeuble porte atteinte à cette liberté fondamentale ; que les exigences de l'ordre public peuvent toutefois justifier légalement, tout en engageant la responsabilité de l'Etat sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques, un refus de concours de la force publique »

droits fondamentaux et de droits constitutionnels.[648] Mais cette position ne fait pas consensus, par exemple, Etienne Picard rejette cette assimilation : « Mais une réflexion plus critique sur la notion de droits fondamentaux conduit à rejeter la possibilité, pour ces personnes publiques, de se voir reconnaître des droits fondamentaux.[649] » Dans son arrêt du 23 mai 2007[650], le Conseil d'Etat a refusé qu'un département, en l'espèce celui des Landes, puisse se prévaloir du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le débat semblait tranché dans le sens d'une réponse négative concernant la possibilité pour les personnes publiques d'être titulaires de droits fondamentaux. Toutefois, le doute demeure car certains auteurs estiment que : « Le rejet de l'invocabilité de la Conv. EDH exprimé à l'occasion de l'arrêt Département des Landes ne peut donc s'analyser comme illustrant le refus du Conseil d'Etat de reconnaître par principe des droits et libertés fondamentaux aux personnes publiques.[651] » De surcroît, la Cour administrative d'appel de Lyon dans un arrêt du 24 novembre 2009 a admis : « qu'une section de commune peut se prévaloir utilement de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme[652] » relançant ainsi le débat.

365. Pour notre part, il ne nous apparaît pas choquant que les personnes morales de droit public puissent être entendues comme des titulaires des droits fondamentaux. En effet, l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 pose le principe de la décentralisation de la République, par conséquent, il induit une distinction entre l'Etat et les collectivités territoriales. De plus, l'article 72 de la Constitution pose le principe de la

[648] « Ces visions peuvent donc paraître superficielles sauf si on leur donne la dimension constitutionnelle car, à côté des libertés et droits fondamentaux des hommes, la « libre administration des collectivités territoriales » est, sans conteste, un principe de valeur constitutionnelle » alors « les droits fondamentaux des personnes publiques et spécialement des collectivités territoriales sont distincts des droits fondamentaux des personnes privées sauf à dire que la démocratie reconnaît aussi bien les libertés individuelles que les libertés locales, ce qui est l'évidence même » DRAGO Roland, Droits fondamentaux et personnes publiques, *AJDA*, 1998, p. 130

[649] PICARD Etienne, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, *AJDA*, 1998, p. 651

[650] Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 23/05/2007, 288378 : « que, d'autre part, le département requérant ne saurait utilement invoquer le protocole additionnel n° 1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui ne crée pas de droits dont les collectivités territoriales puissent se prévaloir, ni la charte européenne sur l'autonomie locale, qui n'avait pas fait l'objet d'une introduction dans l'ordre juridique français à la date du décret attaqué »

[651] DUPRE DE BOULOIS Xavier, Les personnes publiques et la Convention européenne des droits de l'homme : un peu, beaucoup, pas du tout ?, *AJDA*, 2008, p. 1036

[652] YOLKA Philippe, La carpe et le lapin : retour sur les droits fondamentaux des personnes publiques, *AJDA*, 2010, p. 559

libre administration des collectivités territoriales consacrée comme une liberté fondamentale[653]. Aussi, la thèse soutenue par Bernard Faure selon laquelle « les relations des administrations représentatives à l'Etat mériteraient d'être mieux garanties par un régime de droit[654] », nous apparaît fondée. La protection aspectuelle bénéficiant aux personnes morales de droit privé, nous apparaît devoir être élargie aux personnes morales de droit public : « leur égalité peut être garantie contre le législateur aussi bien au regard de la Constitution devant le juge constitutionnel, qu'au regard de la CEDH devant le juge ordinaire.[655] »

366. La fondamentalité intranormative peut être un moyen d'ouvrir le champ des titulaires des droits. Cependant, elle peut être source de divergence dans la mesure où, son sens est entièrement déterminé par son interprète. L'interprétation de la fondamentalité peut aller plus loin que l'adaptation du texte aux circonstances, elle peut être un moyen pour une juridiction : « non plus simplement de la découverte du sens mais de la construction d'un sens.[656] »

Section 2 : La fondamentalité extranormative : l'intégration de droits nouveaux

367. Pour Etienne Picard, l'extranormatif peut être compris en ce que son recours implique : « que celui-ci va surpasser le normatif - sinon il serait inutile au juge d'aller chercher un droit qui ne se trouve pas formellement dans le texte.[657] » La maîtrise de la fondamentalité extranormative appartient au juge, elle lui permet d'aller chercher dans d'autres sources normatives, une norme qu'il va qualifier de fondamentale. Cette

[653] Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon

[654] FAURE Bernard, Les droits fondamentaux des personnes morales, *RDP*, 20 août 0101, n° 1, 1er janvier 2008, p. 233

[655] FAURE Bernard, Les droits fondamentaux des personnes morales, *RDP*, 20 août 0101, n° 1, 1er janvier 2008, p. 233

[656] COMBEAU Pascal, Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative, *RFDA*, 2004, p. 1069

[657] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

fondamentalité extranormative, en ce qu'elle n'appartient pas au champ de référence normatif d'un juge donné, met en relief le pouvoir créateur de la jurisprudence.[658]

368. Cependant, les juridictions ne créent pas de libertés fondamentales en partant de rien, elles diversifient leurs sources normatives. Nous pouvons illustrer nos propos en prenant pour exemple le cas du droit au mariage. Dans sa décision 93-325 DC[659], le Conseil constitutionnel consacre, comme faisant partie des libertés et droits fondamentaux à valeur constitutionnelle, la liberté du mariage. Le texte constitutionnel ne fait pas référence à cette liberté, seul l'article 34 de la Constitution évoque la compétence du législateur en matière de régimes matrimoniaux. Pour autant, le Conseil n'a pas « inventé » la liberté du mariage, il l'a simplement constitutionnalisée. Cette liberté était en effet déjà consacrée par l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales sous les termes de « droit au mariage.[660] »

369. Cet exemple met en lumière l'une des caractéristiques de la fondamentalité qui est la multiplicité de ses sources. Elle ne se compose pas uniquement des normes à valeur constitutionnelle. Elle est substantiellement alimentée par des normes infra constitutionnelles comme les libertés publiques ou encore par des normes extraconstitutionnelles telles que les traités internationaux.

370. L'usage de la fondamentalité met en valeur l'existence d'une fonction combinatoire. Le juge associe différentes normes et le produit de cette combinaison est la reconnaissance d'une liberté ignorée par le texte. Si nous reprenons l'exemple précité de la liberté du mariage, elle peut être la résultante de l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946 qui prévoit que la « Nation assure à l'individu et à la famille les

[658] « on ne saurait ignorer le pouvoir créateur de la jurisprudence, source de droit. Du silence des textes, comme de la possibilité de les interpréter, découle un pouvoir créateur de droit » CAMBY Jean-Pierre, Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle, *RDP*, 20 juin 1101, n° 6, 1er novembre 2006, p. 1505

[659] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

[660] Article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Droit au mariage A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 40

conditions nécessaires à leur développement[661] » et de la liberté individuelle comme le précise Isabelle Da Silva : « Le Conseil constitutionnel a rattaché la liberté du mariage à la liberté individuelle, et a étendu son bénéfice au profit des étrangers, sans réserve liée à la régularité de leur séjour.[662] »

371. L'usage de la fondamentalité traduit l'internationalisation des droits de la personne. Ce processus d'internationalisation contribue à favoriser « la consolidation et l'homogénéisation progressive de ces droits (fondamentaux).[663] » Comme le souligne Jean-Marie Pontier, en raison de la pluralité des sources de la fondamentalité, il devient difficile de circonscrire la notion.[664] La fondamentalité permet ainsi au juge de s'affranchir de l'étroitesse de son champ normatif, en ce qu'elle est commune à différents systèmes. Elle permet de transposer une liberté d'un système à un autre système. Nous retrouvons cette idée chez Etienne Picard sous la notion de réserve de fondamentalité : « Ces données signifient que tout se passe comme si chaque norme de tout ordre juridique, parmi ceux que nous connaissons aujourd'hui, n'était posée que sous une réserve générale et implicite de fondamentalité ; et comme si celle-ci permettait au juge de faire prévaloir, le cas échéant, tout droit fondamental, et cela en dépit même de la lettre des textes.[665] » Elle n'est pas sans rappeler l'universalisme de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui incarne le fondement idéologique de la fondamentalité découlant de son attachement au jusnaturalisme.

372. Il nous faut nous intéresser aux deux modes d'expression de la fondamentalité extranormative que sont d'une part, l'association de normes (§1) et d'autre part, la prise en compte de l'internationalisation du droit (§2).

---

[661] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

[662] DA SILVA Isabelle, Référé-liberté et droit à une vie familiale normale, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 30 octobre 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, RFDA*, 2002, p. 324

[663] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 106

[664] « la notion de droits et libertés fondamentaux, issue du droit allemand est aujourd'hui consacrée tant en France (…) qu'à l'échelon communautaire (…) Son champ d'application demeure discuté : pour les uns, il ne peut s'agir que de droits protégés par des normes constitutionnelles (…), des normes communautaires, européennes ou internationales » PONTIER Jean-Marie, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 2e édition, Paris, Hachette supérieur, 2005, p. 8

[665] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

§1 – La fondamentalité extranormative : résultat d'une association normative

373. La notion de fonction combinatoire se définit comme la « capacité des unités linguistiques à s'associer entre elles pour constituer des groupes permettant la réalisation d'unités de rang supérieur[666]. » Elle est particulièrement bien adaptée à la fondamentalité, dans la mesure où, cette dernière a vocation à transcrire l'effet de prévalence d'une norme. La fondamentalité peut être analysée comme une fonction combinatoire en ce qu'elle traduit un double intérêt pour la juridiction. Par son recours à la fondamentalité extranormative, le juge intègre une norme nouvelle à son champ normatif et il fait prévaloir cette norme nouvelle sur l'ensemble de ses normes de référence. Dans le cadre de l'interprétation de la fondamentalité extranormative, le juge « va chercher en dehors du texte, dans la valeur du droit (et qui va s'imposer).[667] »

374. Très souvent, nous pouvons remarquer une similitude dans les droits qualifiés de fondamentaux dans différents systèmes européens. Véronique Champeil-Desplats souligne cette réalité et elle en tire deux conséquences : « Une telle démarche n'est pas dénuée de toute prétention à l'universalité. Le but est d'extraire un ensemble de valeurs communes ou, au moins, un système de droit européen commun.[668] » Si l'on compare la liste constitutionnelle des libertés fondamentales, composée principalement du droit de propriété, de la liberté d'expression, du droit d'asile, des droits de la défense, de la liberté individuelle, de la sûreté, de la liberté d'aller et venir, de la liberté du mariage ou encore du droit de mener une vie familiale normale, aux droits reconnus comme fondamentaux dans d'autres systèmes constitutionnels, nous pouvons mettre en relief une convergence substantielle de la notion. Les articles 14 à 29 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 font également référence à ces droits dans le titre premier du texte constitutionnel intitulé « des droits et des devoirs fondamentaux[669] ». Même chose s'agissant de la Loi fondamentale allemande où, dans le corps du titre premier du texte consacré aux droits fondamentaux, on retrouve à titre d'exemple la

[666] Définition du terme combinatoire, Larousse, source http://www.larousse.fr

[667] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[668] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[669] Titre I - Des droits et des devoirs fondamentaux, Constitution espagnole du 27 décembre 1978, source http://mjp.univ-perp.fr

liberté du mariage à l'article 6[670], le droit de propriété à l'article 14[671] ou encore le droit d'asile à l'article 16a[672].

375. La fonction combinatoire découle de l'association de normes externes au domaine normatif d'une juridiction. La difficulté réside dans le fait de savoir sur quelle base normative s'appuie la juridiction pour déduire le caractère fondamental de la norme. Ainsi, en 2001, le Conseil d'Etat reconnaît la liberté d'entreprendre comme une liberté fondamentale[673]. En 1998, le Conseil constitutionnel a consacré cette liberté par référence à la liberté individuelle garantie à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.[674] Mais la consécration de la liberté d'entreprendre en tant que liberté fondamentale n'est pas expresse. La reconnaissance de cette liberté est indirecte, elle est le corollaire de la liberté individuelle qui elle est fondamentale. Pour autant, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux mettent en valeur le fait qu'à partir de la décision 2000-433 DC[675], la conception de la liberté d'entreprendre évolue au sein de la jurisprudence constitutionnelle.[676] La protection de cette liberté a connu un développement progressif dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

---

[670] « Article 6 [Mariage et famille, enfants naturels] (1) Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat. » Article 6 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, source http://mjp.univ-perp.fr

[671]Article 14 [Propriété, droit de succession et expropriation] (1) La propriété et le droit de succession sont garantis. [2] Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois. » Article 14 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, source http://mjp.univ-perp.fr

[672] « Article 16a [Droit d'asile] (1) Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile. » Article 16a de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, source http://mjp.univ-perp.fr

[673] Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Genevois), du 12 novembre 2001, 239840, publié au recueil Lebon

[674] 10 juin 1998 - Décision n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* Recueil, p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033 : « en ce qui concerne en particulier les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés ; que figure notamment, parmi ces droits et libertés, la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dont découle en particulier la liberté d'entreprendre »

[675] 27 juillet 2000 - Décision n° 2000-433 DC *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* Recueil, p. 121 - Journal officiel du 2 août 2000, p. 11922 : « 40. Considérant que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'il est cependant loisible au législateur de lui apporter des limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles ; qu'il lui appartient par ailleurs de veiller, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, à la conciliation entre les divers principes et règles de valeur constitutionnelle applicables à la communication audiovisuelle ; que cette conciliation doit être opérée compte tenu des contraintes techniques et des nécessités économiques d'intérêt général propres à ce secteur ; que, par suite, il incombe au législateur, en fixant les règles tendant à la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, de veiller à ce que leur application ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel du pluralisme »

[676] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 500

Nonobstant cette consécration constitutionnelle progressive, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre en son article 16[677] la liberté d'entreprendre comme une liberté fondamentale. Certes, il faut attendre l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009, pour que la Charte des droits fondamentaux ait une valeur juridique. Toutefois, nous pouvons nous poser la question de savoir quel est l'ensemble normatif qui a le plus influencé la reconnaissance par le juge administratif de la qualité fondamentale de la liberté d'entreprendre ou alors si c'est la combinaison de ces deux influences qui a conduit le Conseil d'Etat à cette solution jurisprudentielle.

376. La fonction combinatoire peut s'exprimer selon deux perspectives que nous allons étudier successivement, en ce qu'elle peut être la résultante de la combinaison entre une norme constitutionnelle et une norme infraconstitutionnelle (A) ou encore entre une norme constitutionnelle et une norme extraconstitutionnelle (B).

A – La fondamentalité : résultante de la combinaison d'une norme constitutionnelle et d'une norme infraconstitutionnelle.

377. La fonction combinatoire s'exprime à travers la combinaison de normes de niveaux hiérarchiques différents. En droit français, la reconnaissance du caractère fondamental d'une liberté n'est pas l'exclusivité de la jurisprudence constitutionnelle. La norme nouvelle est le fruit de la combinaison de normes hiérarchiquement distinctes mais reliées par l'importance de chacune d'entre elles. Véronique Champeil-Desplats exprime cette idée à travers le lien entre droits et principes fondamentaux : « Dans les systèmes juridiques dits d'Etat de droit, il existe un lien étroit entre « droits » et « principes » fondamentaux. Les droits fondamentaux forment une partie des principes fondamentaux. Ils sont considérés comme le lien entre « l'Etat de droit, l'Etat social et la démocratie ».[678] » Les juges interprétent des normes formellement distinctes mais

[677] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 216

[678] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

participant chacune, à leur niveau normatif, à la réalisation substantielle de l'Etat de droit, c'est-à-dire au renforcement des droits de la personne ou de la démocratie.

378. Nous pouvons prendre pour exemple le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués qui est qualifié de liberté fondamentale par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 8 septembre 2005[679]. La fonction combinatoire s'exprime dans le lien établi entre l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique et l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Le premier texte consacre la protection de la santé comme un droit fondamental, tandis que le second reconnaît la valeur constitutionnelle de la protection de la santé. En l'espèce, le requérant estimait qu'à la suite d'un infarctus du myocarde son maintien en détention avec des co-détenus fumeurs l'exposant à un tabagisme passif constituait une atteinte à son droit à la santé. Le tribunal administratif de Nantes, sur la base du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, avait consacré le droit à la santé au titre des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat va à l'encontre de cette interprétation et annule l'ordonnance du juge des référés. La fondamentalité ne s'incarne pas dans le droit à la santé mais dans le droit à la protection de la santé dont découle notamment le libre consentement du patient. Le Conseil d'Etat refuse d'accueillir l'ensemble des droits constitutionnels comme des libertés fondamentales, il exclut notamment les droits-créances.[680]

379. Le Conseil d'Etat accueille le moyen du requérant, même s'il rejette la requête. Pour arriver à la consécration du consentement libre et éclairé du patient, le fondement constitutionnel n'est plus le même. Il relève de la liberté individuelle et non du droit-créance à la santé. La fonction combinatoire permet au juge de faire varier le curseur de la prévalence sur une autre valeur. Le requérant tentait de faire garantir son droit à demeurer en bonne santé. Or, ce que le juge administratif fait prévaloir, c'est la protection de la liberté individuelle, dénommée dans l'arrêt liberté personnelle, dans le cadre médical. Nous assistons à la mise en concurrence de deux combinaisons normatives différentes ayant des incidences juridiques distinctes. Le tribunal

[679] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 8 septembre 2005, 284803, publié au recueil Lebon

[680] « Il est clair que le refus s'adresse en réalité à la tentative d'utiliser cette procédure spéciale pour la sauvegarde d'un droit-créance, ce d'autant que cette solution fort restrictive est immédiatement contournée par l'appel au « droit de chacun au respect de sa liberté personnelle », qui permet tout de même d'accueillir la demande au sein du référé-liberté. » WACHSMANN Patrick, L'atteinte grave à une liberté fondamentale, *RFDA*, 2007, p. 58

administratif de Nantes avait opéré une combinaison entre l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique et l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 pour arriver à la consécration d'un nouveau droit fondamental, celui du droit à la santé. Le Conseil d'Etat opére une combinaison entre l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique et la liberté individuelle, pour consacrer comme fondamental, le libre consentement du patient. La portée de chacun des droits consacrés n'est pas de la même nature. Dans le premier cas, l'administration pénitentiaire se voit dans l'obligation de mettre tout en œuvre pour garantir la santé des détenus, alors que, dans le second cas, elle est dans l'obligation de s'abstenir de porter atteinte à la liberté des détenus en matière médicale.

380. La fonction combinatoire permet au juge de faire prévaloir l'idéologie libérale et individuelle sur l'idéologie sociale et collective et de renforcer le développement de droits plus efficients. Il est plus aisé pour le juge de vérifier si l'administration a porté atteinte au respect du consentement libre et éclairé du patient que de déterminer si elle a bien pris les mesures visant à préserver la bonne santé de ses administrés. La nature du droit en cause a une incidence sur la portée du contrôle exercé par le juge.[681] L'obligation d'abstention est juridiquement plus efficace que le respect de l'obligation positive à agir et a priori moins subjective, ce qui correspond aux exigences de contrôlabilité objective découlant de l'Etat de droit .[682]

B – La fondamentalité : résultante de la combinaison d'une norme constitutionnelle et d'une norme de droit externe

381. La fondamentalité est une notion commune à des ordres juridiques différents.[683] Cette proximité linguistique permet au juge national d'importer des normes qui ne sont pas expressément consacrées.

382. C'est le cas, par exemple, du secret des correspondances. Le droit au respect du secret des correspondances est le corollaire de la protection de la vie privée que le

[681] DRAGO Guillaume, La conciliation entre principes constitutionnels, *Recueil Dalloz*, 1991 p. 265

[682] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 67

[683]« ni la Constitution, ni le juge constitutionnel ne distinguent entre les droits et libertés au critère d'une fondamentalité qui serait l'apanage des uns et non des autres. Il s'agissait tout simplement de constitutionnaliser une appellation qui s'est aujourd'hui généralisée tant dans le champ constitutionnel que dans celui des droits européen et international » MATHIEU Bertrand, La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ?, *Petites affiches*, 25 juin 2009, n° 126, p. 18

Conseil constitutionnel fait découler de la liberté individuelle.[684] Il ne consacre pas le secret des correspondances comme une liberté fondamentale autonome mais comme un accessoire de la liberté individuelle. Pourtant dans son arrêt du 9 avril 2004, le Conseil d'Etat consacre expressément le caractère fondamental du secret des correspondances : « le secret des correspondances et la liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux ont le caractère de liberté fondamentale.[685] » En l'espèce, une administration municipale avait pris la décision d'ouvrir l'ensemble des courriers adressés aux adjoints au maire ainsi qu'à certains conseillers municipaux et ce sans leur accord. La fonction combinatoire permet d'allier la protection constitutionnelle du respect de la vie privée, à la consécration du secret des correspondances à l'article 8 alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales[686], pour déduire un droit fondamental nouveau en droit interne, celui du respect du secret des correspondances.

383. La difficulté réside dans le fait que le Conseil d'Etat ne vise ni la Constitution, ni la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La fondamentalité extranormative est induite. Elle apparaît comme la conséquence de la combinaison normative entre la protection de la vie privée garantie en droit interne et le secret des correspondances explicitement protégé en droit conventionnel européen.

384. La fonction combinatoire de normes constitutionnelles et de droit externe s'inscrit dans la logique du développement de l'Etat de droit en ce qu'elle est un moyen de répondre à la « recherche de l'Harmonie préstabilisée, d'un Ordre formellement parfait, matériellement ouvert à recevoir tous les « contenus ».[687] » En d'autres termes, la réception de normes venues d'ordres juridiques différents permet au juge d'assurer la permanence du système juridique, dans la mesure où, il trouve toujours une norme

[684]« le principe du respect de la vie privée est, en fait, un principe dérivé du principe de la liberté individuelle » MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 547

[685] Conseil d'Etat, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 9 avril 2004, 263759, publié au recueil Lebon

[686] Article 8 alinéa 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Droit au respect de la vie privée et familiale 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 39

[687] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 68

pour trancher un litige. Cette recherche met en exergue le caractère adaptable de la fondamentalité mais également sa relativité. En fonction du choix de la combinaison normative, le sens de la norme nouvellement consacré peut être très différent. La fondamentalité extranormative permet de répondre à une carence normative et d'assurer la prévalence de normes en cohérence avec l'idéologie préconstituante libérale. Cependant, si l'unité idéologique des normes consacrées, notamment axée autour de la protection de la liberté individuelle, laisse à penser que le recours à l'adjectif fondamental traduit « une condition sine qua non de l'identité [688]», il est également possible d'appréhender l'utilisation de ce qualificatif comme « le produit d'un processus de justification qui conduit à recourir à des arguments de plus en plus généraux pour imposer une décision.[689] » Cette décision qui est celle des juridictions conduit à un enrichissement continu du droit des libertés. Cet accroissement du nombre des libertés protégées a l'avantage de constituer une adaptation continue du droit à la société. L'absence d'explications du raisonnement suivi par la juridiction a le désavantage de mettre en lumière le caractère a priori subjectif des conditions de cette mise en adéquation entre le système juridique et le système social.

§2 - La fondamentalité extranormative : la prise en compte de l'internationalisation du droit

385. La fondamentalité reprend cette caractéristique des droits de l'homme qu'est l'universalisme, c'est-à-dire que les droits fondamentaux valent pour « tout être humain[690] » voire pour toutes personnes puisque leurs bénéficiaires peuvent être des personnes morales. De cet universalisme découle une internationalisation des droits de la personne.[691] A la suite de la Seconde Guerre mondiale, les instruments de protection des droits fondamentaux se sont multipliés. Comme le souligne Laurence Azoux-Bacrie : « désormais la mobilité des individus, accentuée par la révolution des autoroutes de l'information et l'évolution des mœurs, rend nos législations plus

[688] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[689] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[690] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 13

[691]« ces nouveaux droits participent à un mouvement d'universalisation des droits de l'homme marquée par leur internationalisation et leur régionalisation » JAN Pascal, Les droits de l'homme, *Petites affiches*, 03 juillet 2002, n° 132, p. 21

sensibles aux règles applicables dans les autres pays.[692] » Cette prise en considération des règles internationales est accentuée sur le continent européen par des instruments régionaux de protection de la fondamentalité que sont la Convention européenne des droits de l'homme et les principes généraux du droit communautaire[693] repris par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont l'objectif est de « dégager les valeurs communes (…) rendre visible ce qui existe déjà mais n'est pas forcément perçu par le citoyen européen.[694] »

386. La fondamentalité extranormative se matérialise sous la forme d'exigences nouvelles que les juges imposent au pouvoir national. Selon une perspective de droit interne, la fondamentalité supranationale est nécessairement extranormative car, bien qu'elle soit a priori proche substantiellement de la fondamentalité nationale, elle s'en distingue nécessairement formellement.[695] La fondamentalité crée une proximité linguistique, mais dans les faits, les droits qu'elle recouvre d'un système juridique à un autre peuvent avoir un signifié très différent.

387. Outre, cette proximité de langage, la fondamentalité supranationale impose le respect d'exigences nouvelles. Ceci est particulièrement le cas des droits-garanties ainsi que des garanties de droits. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux établissent une distinction intéressante entre les droits-garanties « qui doivent être considérés comme des droits subjectifs[696] » qui doivent être distingués « d'autres formes de garanties dont l'existence vise également, de façon médiate ou immédiate, à protéger les droits fondamentaux.[697] » Cette différenciation est présente notamment à l'article 16 de la

[692] AZOUX-BACRIE Laurence, SAVIN Patricia, Conclusion : les nouveaux droits fondamentaux, *Gazette du Palais*, 18 mars 2006, n° 77, p. 49

[693] STIRN Bernard, *Les libertés en questions*, 6e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 94

[694] DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline, L'Europe a-t-elle besoin d'une charte des droits fondamentaux ?, *Gazette du Palais*, 08 juin 2000, n°160, p. 5

[695] « Il n'importe pas, sur le plan formel où nous nous plaçons ici, que les droits fondamentaux ainsi consacrés dans l'ordre supranational se retrouvent généralement, en substance, dans l'ordre constitutionnel. Car, sur ce plan formel, même s'ils s'y retrouvent, ils demeurent différents. » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[696] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 467

[697] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 467

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.[698] La séparation des pouvoirs apparaît non pas comme un droit subjectif mais bien comme une garantie dont l'existence assure la protection effective des droits fondamentaux. Dans les Etats où le pouvoir est concentré entre les mains d'une seule personne ou d'un seul parti, il ne peut y avoir de développement des droits fondamentaux. L'émergence et le renforcement de la notion de fondamentalité n'est possible que dans le contexte d'un Etat de droit, c'est-à-dire d'un Etat libéral.[699]

388. Nous avons choisi de reprendre la distinction proposée par Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, en mettant en relief, en quoi la fondamentalité extranormative impose aux juridictions nationales la prise en compte de l'effectivité de nouveaux droits qui sont des droits-garanties (A) avant de mettre en exergue la standardisation des systèmes juridiques par le respect de garanties dues à la fondamentalitédes (B).

A – L'intégration effective des droits-garanties

389. Le concept de droit-garantie est défini par Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux comme « des droits fondamentaux, en ce qu'ils disposent d'une réelle efficience dans l'ordre juridique. Ce sont des droits subjectifs car un individu peut en faire valoir directement le respect par un juge.[700] » Ces droits ne sont que peu évoqués par les textes composant le bloc de constitutionnalité. La consécration moderne des droits-garanties réside dans la Convention européenne des droits de l'homme notamment en son article 6 consacrant le droit à un procès équitable[701]. La fondamentalité extranormative permet au juge national d'introduire au sein de l'ordonnancement juridique français ces exigences d'un genre nouveau en ce qu'elles ne sont pas de nature substantielle. Les droits-garanties ont pour vocation d'être le support des droits fondamentaux substantiels. Christophe de Aranjo nous explique que dans le cadre de la garantie des droits des citoyens européens : « Les droits garantis par le juge sont essentiellement des droits défensifs visant à protéger les libertés fondamentales. Ce système s'inscrit donc dans la logique du constitutionnalisme puisqu'il aboutit à

[698]« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. » Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 8

[699] « la théorie (de l'Etat de droit) naît à la fin du XIXème siècle dans des régimes libéraux confrontés au défi démocratique (…) mais la théorie est aussi en accord avec une idéologie libérale qui lui donne tout son sens » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 51

contraindre le pouvoir politique dans des limites.[702] » Cette logique est celle qui prévaut en matière de droits-garanties. Ils permettent à la personne juridique de se défendre, au sens juridique du terme, c'est-à-dire de faire valoir ses droits.

390. Le droit-garantie le plus topique est incarné par les droits de la défense appelé également droit au procès équitable consacré à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui constitue « le principe fondamental de la prééminence du droit dans une société démocratique.[703] » Or, ce principe ne fait pas partie des droits consacrés par le texte constitutionnel. Seuls les articles 7[704] et 9[705] de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce qu'ils se rapportent respectivement au principe « pas de peine sans loi » et à celui du respect de la présomption d'innocence peuvent être interprétés comme participant à la matérialisation de la garantie des droits

---

[700] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 468

[701] Article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Droit à un procès équitable 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. 3. Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. » Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 39

[702] DE ARANJO Christophe, Sur le constitutionnalisme européen, *RDP*, 20 juin 1101 n° 6, 1er novembre 2006, p. 1545

[703] SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 300

[704] «Article 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. » Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 8

[705] « 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. » » Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 8

de la défense. Le recours à la fondamentalité extranormative permet au juge national d'intégrer ce droit-garantie à son champ normatif et d'en sanctionner les éventuelles violations. Les droits de la défense sont consacrés par le Conseil constitutionnel dans sa décision 76-70 DC[706] comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République avant d'être intégrés à la liste des libertés et droits à valeur constitutionnelle par la décision 93-325 DC[707].

391. Le champ de ce droit ne cesse de s'accroître sous l'impulsion d'une interprétation extensive de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour européenne de Strasbourg.[708] Le caractère fondamental de ce droit est reconnu tant par le juge judiciaire[709] que par le juge administratif. Ce dernier a reconnu comme des libertés fondamentales au titre de l'article L. 521-2 du CJA, la présomption d'innocence[710], la possibilité d'exercer un recours effectif devant un juge[711], le droit à un procès équitable[712]. Dans son arrêt du 30 juin 2009, le Conseil d'Etat a mis en exergue le lien entre les droits de la défense et la Convention européenne des droits de l'homme illustrant ainsi le recours à la fondamentalité extranormative : « le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, protégé par la Constitution et par les stipulations des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue une liberté fondamentale.[713] »

392. Les droits de la défense sont un exemple de ce phénomène de standardisation du droit par le recours à la fondamentalité. Alors que ce droit n'occupe pas une place prépondérante dans le texte constitutionnel, la jurisprudence conventionnelle et les sanctions que peuvent craindre les Etats, notamment de la Cour de Strasbourg,

[706] 02 décembre 1976 - Décision n° 76-70 DC *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail* Recueil, p. 39 - Journal officiel du 7 décembre 1976, p. 7052

[707] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

[708]« cette acceptation matérielle du droit « de caractère civil » (…) a conduit la juridiction européenne à procéder à une extension « tous azimuts » du champ d'application de l'article 6 » SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 302

[709] Cour de cassation - Chambre sociale, n° 97-16.521, 27 mai 1999

[710] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 avril 2005, 279473, publié au recueil Lebon

[711] Conseil d'État, 25/09/2009, 332260, Inédit au recueil Lebon

[712] Conseil d'État, 12/08/2009, 330724, Inédit au recueil Lebon

[713] Conseil d'État, Juge des référés, 30/06/2009, 328879, Publié au recueil Lebon

poussent les juridictions nationales à faire de ce droit un « principe supérieur.[714] » Il ne s'agit pas pour nous de porter un jugement de valeur sur le développement de ce droit et sur la portée et la place qui peuvent lui être accordées. Ce « spécimen » nous permet de mettre en lumière ce que certains auteurs dénomment la portée structurante des droits fondamentaux.[715]

393. Le recours à la fondamentalité extranormative comporte l'avantage, pour le juge, de pouvoir compléter son ordonnancement juridique, toutefois, elle a l'inconvénient de lui échapper dès le moment où la portée de la notion est déterminée par un autre acteur que lui et dont la volonté interprétative s'impose à lui.

394. Les droits-garanties sont une source de contrainte qui s'impose à l'ensemble de la sphère juridique. La contrainte est définie par Véronique Champeil-Desplats comme une situation de fait dans laquelle « la solution retenue par l'acteur n'est pas déterminée par une norme qui le lierait : il se trouve dans une situation de pouvoir discrétionnaire. Néanmoins, il est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre.[716] » Appliquée à notre objet d'étude, la notion de contrainte rend compte du fait que si la consécration du caractère fondamental d'une liberté peut apparaître subjective, elle traduit plus sûrement l'effet de prévalence dévolu à des principes indispensables à la concrétisation du concept d'Etat de droit dans son acception moderne : « cet Etat de droit substantiel comporte deux aspects (…) la reconnaissance de « droits fondamentaux » qui doivent faire l'objet de mécanismes de protection appropriés. [717]»

B– Une standardisation des garanties dues aux libertés

395. La fondamentalité extranormative permet l'introduction au sein de l'ordonnancement juridique français de normes spécifiques qui agissent comme des

[714] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 687

[715] « La portée structurante des droits fondamentaux: déterminants des différentes règles et de l'architecture du système juridique donné lui-même, ils sont au fondement de tout ordre juridique et, en particulier, de l'État de droit dans lequel s'exprime un choix de société » PELLEGRINI Bernard, La portée structurante des droits fondamentaux, *VST,Vie sociale et traitements*, 2005/2, n°86, p. 147

[716] TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 13

[717] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 96

garanties des libertés des personnes. Certains auteurs, comme par exemple Louis Favoreu[718], ne distinguent pas ces garanties, des droits-garanties sus évoqués. Les garanties des droits ont vocation à garantir un environnement juridique propice à la protection de la fondamentalité. Le recours à la fondamentalité extranormative permet de mettre en valeur l'effet de prévalence d'une règle d'organisation de la structure étatique.

396. L'un des exemples les plus caractéristiques de ce développement des garanties de droits est l'apparition du principe de sécurité juridique. Considéré par de nombreux auteurs comme un droit-garantie, il nous semble qu'il est plus certainement une garantie des droits : « quand les textes constitutionnels font référence à la sécurité juridique c'est au titre des garanties générales accordées aux individus.[719] » Comme le soulignent Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux « le principe de sécurité juridique est en fait « un produit d'importation », issu pour l'essentiel du droit allemand et qui s'introduit petit à petit dans l'ordre interne par le truchement du droit communautaire.[720] »

397. Il peut apparaître surprenant qu'un principe totalement ignoré du texte constitutionnel finisse par rencontrer un tel succès. Ce transfuge réussi peut s'expliquer en raison de deux facteurs. D'une part, en termes de contrainte, comme pour les droits-garanties, les juridictions européennes oeuvrent à la diffusion de ce principe.[721] D'autre part, comme le souligne Bertrand Mathieu : « l'émergence du

[718] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 851

[719] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 851

[720] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, pp. 702-703

[721] « il s'impose en droit français en tant que principe du droit communautaire et dans le champ d'application de ce droit. Son utilisation par la Cour européenne des droits de l'homme représente pour les autorités normatives et juridictionnelles nationales une forte incitation à en assurer la protection, fut-elle indirecte » MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 703

principe de sécurité juridique est en adéquation avec certaines évolutions profondes du système juridique dont ce principe est à la fois le révélateur et l'accompagnateur.[722] »

398. La sécurité juridique est l'autre aspect de la définition substantielle de l'Etat de droit évoquée par Jacques Chevallier[723]. Elle est la traduction en termes normatifs de ce que Walter Leisner désigne sous le substantif « confiance » lorsqu'il détermine l'Etat de droit en ce qu'il voudrait être le « Règne de la Confiance.[724] » Dans son arrêt du 24 mars 2006 dit KPMG[725], le Conseil d'Etat fait référence au principe de confiance légitime qui serait le corollaire du principe de sécurité juridique. Dans le cadre du contentieux constitutionnel, le principe de sécurité juridique est, selon François Luchaire « un élément de la sûreté[726] » et il est décliné par le Conseil constitutionnel notamment à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi[727].

399. Cette garantie des droits qu'est la sécurité juridique met en exergue que la fondamentalité ne se restreint pas à ensemble de normes. Elle renvoie à une dimension extranormative car elle se manifeste dans tous les vecteurs supports de l'Etat de droit. La fondamentalité ne peut être réduite à une norme, entendue comme une règle de droit. La fondamentalité est la norme du Droit. Elle traduit une certaine conception idéologique du droit s'incarnant dans la notion d'Etat de droit.

400. Cependant, si cette idée s'avère séduisante, elle ne correspond pas exactement à la réalité du concept en droit français. Il est difficile de mettre à jour la cohérence du concept en ce qu'il participerait nécessairement à une concrétisation de l'approche substantielle de l'Etat de droit. En effet, si des principes tels que celui de la sécurité juridique traduisent « l'émergence de la figure du juge comme garant du respect des

[722] MATHIEU Bertrand, Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique, *les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°11, mars 2001 à septembre 2001 p. 160

[723] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 96

[724] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 67

[725] Conseil d'État, Assemblée, 24/03/2006, 288460, Publié au recueil Lebon

[726] LUCHAIRE François, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, *les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°11, mars 2001 à septembre 2001 p. 100

[727] 16 décembre 1999 - Décision n° 99-421 DC Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes Recueil, p. 136 - Journal officiel du 22 décembre 1999, p. 19041

droits fondamentaux[728] », une partie de la doctrine dénonce une utilisation à mauvais escient de la notion. Ainsi, la fondamentalité apparaît comme un argument justifiant la position des juridictions[729] ou pire le recours à ce concept pourrait donner lieu à « un usage fort opportuniste des droits fondamentaux. Dans certains cas, l'on peut même parler d'une véritable manipulation.[730] »

401. Nous nous sommes efforcés, dans cette première partie, de mettre en exergue les traits juridiques de la fondamentalité. Attachée au principe de hiérarchie des normes, imposant des obligations pour tous les acteurs de la sphère juridique, sanctionnée par les juridictions, la fondamentalité apparaît comme une évolution du droit des libertés. Attachée à l'Etat de droit, elle implique un renforcement des limitations du pouvoir et notamment du pouvoir politique. Pourtant, l'indétermination de la notion en droit français, condition de l'adaptabilité et de la relativité du concept, laisse planer un soupçon de discrédit. Quels autres enjeux peuvent être dissimulés derrière le recours à l'adjectif « fondamental » ? C'est à cette interrogation que nous allons tenter de répondre en nous intéressant, au cours d'une seconde partie, à une utilisation stratégique de la fondamentalité.

[728] MATHIEU Bertrand, Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique, *les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°11, mars 2001 à septembre 2001 p. 160

[729] « parce qu'il fait à la fois référence à un fort degré de généralité et à une cause ultime, le fondement, l'épithète répond au schéma d'exigence de justification ascensionnelle » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[730] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

Partie 2 : Une utilisation stratégique de la fondamentalité

402. La fondamentalité apparaît comme un objet juridique atypique. De l'inadéquation entre la norme et la réalité du droit en la matière découle des conséquences sur le fonctionnement du système de droit, entendu au sens strict en tant qu'ensemble organisant selon un rapport hiérarchisé des règles de conduites acceptées par un groupe social, mais également sur le système politique. Si le terme « politique » connaît une « extraordinaire fluidité sémantique[731] », il s'agit, pour nous, d'appréhender les effets de la fondamentalité sur l'organisation des pouvoirs au sein de la démocratie française.

403. De manière moderne, le champ d'application du droit constitutionnel est défini comme « nécessairement élargi, dépassant la simple description du fonctionnement des institutions étatiques (d'après les textes ou la pratique des régimes) pour englober des sources du droit, tant privé que public d'ailleurs, et tant national que local (…) ou international (…) mais aussi, du fait de l'insertion du préambule dans la Constitution, la protection des libertés fondamentales.[732] » Notre approche prend le contre-pied de l'évolution du droit constitutionnel, puisque nous avons commencé par l'étude du droit constitutionnel des libertés, avant de nous intéresser à celle du droit constitutionnel des institutions étatiques. Notre choix s'explique par la logique inhérente au développement de la notion. Abordée avant tout comme un concept empirique ayant trait aux libertés de la personne, la fondamentalité, parce qu'elle ne connaît pas de définition normative peut voir son usage détourné à des fins autres, que celle de la protection des droits de la personne. Il s'agit, dans cette seconde partie, d'appréhender la fondamentalité comme un enjeu de pouvoir, au sens interactionniste, comme « la capacité de A d'obtenir de B qu'il fasse une action Y à laquelle il ne serait pas résolu.[733] »

[731] BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, 5e édition, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 15

[732] TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 9

[733] BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, 5e édition, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 614

404. Pour ce faire, nous avons utilisé les ressources de l'approche stratégique[734] initiée notamment par Michel Crozier.[735] Appliquée à notre objet d'étude qu'est la fondamentalité, l'analyse stratégique permet de comprendre en quoi l'utilisation de ce concept par les différentes institutions (juridictions, pouvoir politique institutionnalisé) ainsi que la personne peut avoir des conséquences sur l'équilibre des pouvoirs tel qu'il est envisagé dans le cadre démocratique. Véronique Champeil-Desplats met l'accent sur l'apport que peut représenter l'analyse stratégique pour tenter de comprendre la réalité du concept de fondamentalité notamment dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle.[736]

405. La démocratie est définie, par référence au discours de Gettysburg prononcé par Abraham Lincoln, le 19 novembre 1863 comme le « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.[737] » Cette définition reprise par l'article 2 de la Constitution de 1958[738], ne rend compte qu'imparfaitement du sens moderne de la notion. En effet, la démocratie se caractérise par trois critères que sont le pluralisme politique, le libéralisme politique ainsi que le respect du principe de la majorité[739]. Or, la fondamentalité ne s'inscrit qu'imparfaitement dans le cadre de ce triptyque. En effet, si le régime démocratico-libéral précède l'avènement de la fondamentalité, cette dernière peut conduire à une remise en cause de celui-ci. Christophe de Aranjo met l'accent sur le fait que, dans le cadre de la justice des droits fondamentaux, « une balance d'intérêts est effectuée par le juge entre ce que l'intérêt « général » exige, et ce

[734] COMBESSIE Jean-Claude, *La méthode en sociologie*, 5e édition, Paris, La Découverte, 2007, p.7

[735]« Dans l'analyse stratégique (…) ce qui est explicatif des attitudes et ce que l'on cherche à saisir à travers elles, c'est l'état d'un système d'action et la façon dont ses caractéristiques et modes de régulation structurent les jeux à l'intérieur desquels les membres doivent jouer. (…) Elle en fait un procédé heuristique qui lui permet d'appréhender et de comprendre la façon dont les acteurs membres d'un système d'action agencent les potentialités de leurs situations pour tirer partie des opportunités qu'offre le jeu » CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, pp. 471-472

[736] « Cette trame permet de mettre en lumière l'enjeu que peuvent représenter pour un acteur juridique une décision ou l'utilisation d'une notion, comme celle de « droit fondamental » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[737] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 202

[738] Article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits : « Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

[739] KADA Nicolas, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2004, p. 33

que les intérêts « particuliers » ne sauraient souffrir.[740] » S'agissant du pluralisme politique, le dictat du respect des droits fondamentaux, alors même que la définition de ces derniers est très complexe à établir, contraint très fortement le contenu des volontés politiques. Le poids de certains principes au contenu énigmatique, telle la dignité humaine[741], peut s'opposer aussi bien à la volonté politique qu'à la liberté individuelle. S'agissant du respect du principe de la majorité, la fondamentalité s'inscrit dans une démarche de subjectivisation du droit.[742] Cette perspective peut s'inscrire en défaut de la reconnaissance de la légitimité des gouvernants élus par la majorité dans le but de garantir l'intérêt de tous, ou intérêt général, au détriment parfois de l'intérêt de chacun.

406. Cette approche plus négative de la fondamentalité découle principalement de l'usage qui est fait, par les différents acteurs du système démocratique, de la notion. La fondamentalité peut être détournée de son objectif de garantie des droits constitutionnels de façon plus ou moins volontaire. En fonction de l'acteur usant de la notion, les conséquences de son usage ne sont que partiellement maîtrisées. La personne juridique ne mesure pas l'impact global d'une reconnaissance aisée et banalisée de la fondamentalité. Le pouvoir politique ne conçoit pas les effets sur le long terme d'une diffusion anarchique des droits fondamentaux. Au final, c'est le juge qui a la meilleure maîtrise des enjeux extra juridiques de la fondamentalité. Au cœur de la régulation sociétale et juridique, il peut moduler les effets de cette notion. Soit il choisit une approche auto-restreinte de la fondamentalité qui garantit sa dimension protectrice de la notion contre les abus du pouvoir politique. Soit il opte pour une approche extensive de la fondamentalité qui dénature la volonté politique en la restreignant, limitant ainsi la marge décisionnelle du souverain qu'est le peuple s'exprimant par le biais de ses représentants.

---

[740] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 256

[741] « Si bien que la dignité que l'on met au commencement de tous les droits de l'homme, qui serait un « super-droit de l'homme » est de toutes les notions, de tous les vocables dont on se sert, l'un de ceux qui n'a aucune espèce de contenu défini. (…) La dignité est une coquille vide. » MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 21

[742] « Il est devenu usuel de présenter un droit comme fondamental. Cette formule exprime-t-elle autre chose que la subjectivité de celui qui l'emploie s'agissant du droit en cause ? » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

407. La non définition de la notion en droit français induit un facteur de multiplication des utilisations du concept qui remet en question tant son efficacité que son caractère juridique. La fondamentalité, produit de la démocratie, entretient avec sa matrice deux rapports antinomiques. Elle s'inscrit comme un palliatif aux carences de la démocratie représentative classique et la rénove en permettant l'émergence d'une démocratie constitutionnelle, en lien avec l'Etat de droit.[743] Mais, elle peut être appréhendée comme un enjeu de pouvoir pouvant fragiliser, à terme, la nature démocratique d'un régime. En effet, sa maîtrise est une condition de l'émancipation des acteurs qui l'utilisent, elle leur permet d'empiéter sur les compétences d'autres acteurs, ayant une légitimité à proprement parler démocratique car issue du suffrage universel.

408. L'ambiguïté des relations qu'elle entretient avec la démocratie est liée au fait que la fondamentalité est le produit de l'Etat de droit. Or, Etat de droit et démocratie ne sont pas des concepts synonymes. Jacques Chevallier met en lumière que l'Etat de droit « implique une certaine conception de la démocratie (…) elle apparaît comme un compromis entre l'idéologie démocratique et les valeurs libérales.[744] » La réalisation de ce compromis a des incidences sur les sphères politique et juridique. En effet, la place de la sphère juridique est renforcée par rapport au pouvoir politique « le juge apparaît comme la clef de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit.[745] » Cette montée en puissance de la figure juridictionnelle remet en question le rapport d'équilibre entre les pouvoirs établi jusqu'alors.[746]

409. Aussi, il nous a paru important de mettre en exergue les éléments de la fondamentalité qui peuvent participer au phénomène de désorganisation des relations au sein de la structure étatique, en étudiant, dans un titre premier, en quoi la fondamentalité déstructure le système juridique, puis, dans un titre deuxième, en nous attachant à voir en quoi elle est un facteur de déséquilibre du système politique.

---

[743] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 11

[744] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 54

[745] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 128

[746] « cette incertitude dans le contenu même des déclarations des droits constitue un vice intrinsèque à la théorie des droits fondamentaux : les juges risquent d'entrer, parfois malgré eux, sur le terrain réservé par nature au Politique et en contre-partie, les Politiques risquent d'utiliser à tort et à travers la dénonciation d'un Gouvernement des juges, chaque fois qu'une décision rendue leur déplaît DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 259

Titre 1 : Un concept déstabilisant le système juridique

410. La fondamentalité est un concept dont la portée souffre toujours d'incertitudes. Nous pouvons appuyer notre propos sur cette réflexion de Jean-Marc Sauvé -« Par ailleurs, la notion de «droits et libertés garantis par la Constitution» paraît devoir être préférée à celle de «libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution» pour couper court à des interrogations sur l'existence, au sein des droits constitutionnellement protégés, d'un sous-ensemble qui regrouperait les droits essentiels ou les droits fondamentaux[747] »- relative à l'introduction de l'article 61-1 de la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 lors de son audition devant la commission des lois de l'Assemblée Nationale. Malgré les réserves exprimées et le retrait de l'expression liée à la fondamentalité de l'article 61-1 de la Constitution par le constituant, il n'en demeure pas moins que la notion reste largement usitée. Aussi, nous pouvons craindre une dichotomie entre un sens présupposé du concept et sa réalité juridique.

411. Cette dichotomie a des incidences dommageables sur le fonctionnement même du système de droit. Tout d'abord, par système juridique, nous entendons faire référence à l'organisation d'un système de droit hiérarchisé telle que l'a conceptualisée Kelsen. Le droit est un ensemble de normes reposant sur une logique hiérarchisée. Ainsi, pour qu'une norme soit valide aussi bien formellement que matériellement, elle doit respecter les prescriptions de la norme qui lui est supérieure : « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci (…) et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale-norme supposée.[748] »

[747] Intervention de Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, Audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 5 mai 2008, source http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/jean-marc-sauve-audition_assemblee-nationale-5-mai-2008.pdf

[748] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. De Charles Eisenmann, 1962, réédition 1999, Coll. La pensée juridique, L.G.D.J – Bruylant, p. 224

412. Or, à cet égard la fondamentalité soulève deux séries de difficultés. D'une part, la fondamentalité ne s'épuise pas dans la constitutionnalité. Il existe un certain nombre de libertés qui sont consacrées comme fondamentales par des textes infra constitutionnels. Nous pouvons appuyer nos propos sur l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique[749] qui énonce que : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne » qui a été créée par la loi 2002-303 du 4 mars 2002, donc par une norme de valeur infra constitutionnelle. Cette première difficulté pourrait être surmontée par une interprétation par analogie du préambule de la Constitution de 1946 qui précise que « Elle (la nation) garantit à tous (…) la protection de la santé.[750] » Dans ces conditions, l'unité de valeur de la fondamentalité est assurée non formellement mais matériellement.

413. Mais, d'autre part, la fondamentalité n'est pas uniquement consacrée par le constituant ou le juge constitutionnel. Ainsi, la procédure dite du référé –liberté codifiée à l'article L. 521-2[751] du Code de justice administrative prévoit la possibilité pour le juge administratif d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Cette expression non définie dans le texte législatif sus évoqué induit la compétence pour le juge administratif de consacrer comme fondamentales, des libertés qui ne répondraient pas nécessairement à cette qualification dans le cadre du contentieux constitutionnel. Toutefois, nous pouvons remarquer une permanence de l'attachement matériel de la fondamentalité à la constitutionnalité, dans la mesure où, le juge administratif n'a, en l'état de sa jurisprudence, qualifié comme fondamentales que des libertés jouissant d'une valeur constitutionnelle comme nous le prouve cet

[749] Article L. 1110-1 du Code de la santé publique, créé par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 3 JORF 5 mars 2002 : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. »

[750] OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

[751] Article L. 521-2 du Code de justice administrative, créé par la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 - art. 4 JORF 1er juillet 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

extrait d'un arrêt récent du Conseil d'Etat : « considérant que le droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une liberté fondamentale, a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié.[752] »

414. Cependant, si nous pouvons établir comme paradigme que les libertés fondamentales ont une valeur constitutionnelle, il nous faut constater que l'absence de définition textuelle du concept ainsi que sa reconnaissance par un nombre important d'autorités nuisent tant à la cohérence de la notion qu'à son effectivité. De plus, aucun mécanisme juridique ne garantit la pérennité de l'unité juridique de la fondamentalité, qui repose exclusivement sur une correspondance substantielle de fait entre fondamentalité et constitutionnalité. De surcroît, la correspondance empirique entre fondamentalité et constitutionnalité ne traite pas les difficultés résultant des rapports entre les systèmes interne et externes. Comme le souligne Etienne Picard, la problématique que pose la fondamentalité est qu'elle existe dans tous les systèmes sans pour autant répondre à une unité de sens : « il apparaît que le « fondamental » se retrouve partout : par conséquent, aucun à lui seul ne résume le « fondamental ».[753] »

415. Aussi, il nous paraît important de mettre en exergue, dans un chapitre premier, en quoi la fondamentalité peut être un concept déstructurant pour la hiérarchie des normes telle que théorisée par Hans Kelsen, avant de nous attacher à démontrer, dans un chapitre deuxième, le caractère déstructurant de la notion s'agissant de la rationalité de la production normative mettant à mal la propre effectivité de la fondamentalité.

[752] Conseil d'État, Juge des référés, 01/03/2010, 336857, Inédit au recueil Lebon

[753] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

Chapitre 1 : Une complexification des relations juridiques

416. La notion de hiérarchie des normes repose sur la conception kelsénienne du droit, elle traduit la logique verticale qui anime le système juridique. Cette logique pose comme paradigme que la Constitution est au sommet de la pyramide et qu'ainsi toutes les normes infra-constitutionnelles doivent respecter les prescriptions formelles et matérielles de cette dernière. La fondamentalité, si elle est appréhendée en termes de valeur, devrait s'inscrire dans cette logique. En effet, nous avons établi que ce concept tient son unité du fait que les libertés consacrées comme fondamentales sont protégées par le texte constitutionnel.

417. Cependant, dans le système français, cette unité de valeur ne correspond pas parfaitement à l'utilisation formelle du concept. La fondamentalité ne connaît pas qu'une seule source normative. Nous pouvons appliquer à la fondamentalité cette remarque formulée par Jean et Jean-Eric Gicquel relative aux sources du droit, selon eux : « elles (les sources du droit) sont hiérarchisées et coordonnées, au point de fonder un ordre juridique comparé, de manière classique, par Kelsen à une pyramide. Une telle diversité réjouit sans nul doute l'initié, mais rend malaisée l'accessibilité au droit, pour le particulier.[754] » Si nous devions appliquer cette formule à notre objet d'étude, nous serions tenté d'inverser les propositions à savoir que si « une telle diversité réjouit sans nul doute le particulier, elle rend malaisée l'accessibilité au droit pour l'initié. » Il est difficile pour le juriste, habitué à raisonner en termes d'unités de savoir, de cerner ce que sont les libertés fondamentales. Concept global et globalisant, il est tentant de donner à ce concept un sens qui n'est pas le sien en droit français en systématisant la synonymie entre fondamentalité et constitutionnalité : « on peut identifier une troisième manière d'appréhender les droits fondamentaux. Celle-ci, assez répandue aujourd'hui sur ce sujet-là, est de type systématique ou dogmatique. Elle consiste à postuler que, dans notre ordre juridique, le constitutionnel étant fondamental, les droits fondamentaux sont les droits constitutionnels (tout au moins certains d'entre eux, ce qui obère la stricte cohérence de cette conception)[755] ».

[754] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 20

[755] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

418. Or, la fondamentalité ne peut être réduite à la constitutionnalité, la proposition inverse étant également vérifiable. Il existe des droits fondamentaux en dehors du texte constitutionnel consacrés par des systèmes externes tels que la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De surcroît, la Constitution ne contient pas en son sein uniquement des dispositions relatives à la fondamentalité. L'exemple probant de ce phénomène est la Constitution de la Cinquième République dont très peu de dispositions, exception faite de son préambule et des textes auxquels il fait renvoi, consacrent des libertés. L'emploi de la terminologie liée à la fondamentalité pose donc la difficulté de son intégration au sein de la hiérarchie normative. Il présuppose l'identification préalable de la source de la fondamentalité. Si une liberté fondamentale provient du droit externe, conventionnel ou communautaire, elle aura une place infra constitutionnelle et supra législative en vertu de l'article 55 de la Constitution[756]. Mais cette apparente simplicité du raisonnement est mise à mal par un double phénomène. D'une part, la Cour de justice de l'Union européenne a affirmé notamment par son arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft que : « dès lors, l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat[757] ». Autrement dit si une liberté est consacrée comme fondamentale dans l'ordre communautaire, cette qualification s'impose y compris au niveau constitutionnel. D'autre part, quelle est la place hiérarchique d'une norme fondamentale formellement infra constitutionnelle mais matériellement constitutionnelle ? Nous pouvons appuyer notre interrogation sur la confusion régnant autour du droit à la santé. Consacré par l'article L. 1110-1 du Code la santé publique en ces termes : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne[758] », cette

[756] Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

[757] CJUE 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *rec.* p. 1125

[758] Article L. 1110-1 du Code de la santé publique, créé par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 3 JORF 5 mars 2002 : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque

qualification lui est pourtant refusée par le Conseil d'Etat sur le fondement même des dispositions qui le liaient au texte constitutionnel et au prix d'une distinction subtile avec le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux et le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle[759] qui, eux, sont des droits fondamentaux dont les atteintes peuvent être sanctionnées au titre de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

419. Face à cet imbroglio tenant au positionnement de la fondamentalité dans le cadre de la hiérarchie des normes, il nous a paru important d'analyser en quoi ce concept complexifie les relations normatives au sein du droit interne, dans une section première, avant d'ouvrir notre analyse, dans une section deuxième, aux relations entre droit interne et droit externe.

Section 1 : Une complexification des relations au sein du droit interne

420. La fondamentalité ne s'intègre qu'imparfaitement dans le cadre défini de la hiérarchie des normes. Cette dernière repose, en effet, sur une organisation préétablie dont le but est de permettre au droit de se réguler notamment au niveau de sa validité. La hiérarchie des normes est un principe de classification des règles juridiques en fonction de leur valeur juridique. Cependant, comme le souligne Etienne Picard : « si l'on essaie en premier lieu de situer les droits fondamentaux dans la hiérarchie normative, on s'aperçoit qu'ils se retrouvent, dans toute cette structure normative, à peu près partout, et qu'aucune norme ne peut en rendre compte, ni exclusivement ni intégralement. »

---

personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. »

[759] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 8 septembre 2005, 284803, publié au recueil Lebon « Considérant que si en raison du renvoi fait par le Préambule de la Constitution de 1958 au Préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas, contrairement à ce qu'a affirmé le premier juge que « le droit à la santé » soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; que toutefois, entrent notamment dans le champ des prévisions de cet article le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués ainsi que le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui ; qu'en outre, s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention »

421. Les difficultés que soulève le concept de fondamentalité tiennent au fait que cette notion n'est pas définie par le droit français. Ni les textes, ni les jurisprudences ne posent de critères clairs permettant d'identifier une norme fondamentale : « le Conseil d'Etat s'est refusé à donner une définition de la notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Autant l'urgence telle qu'elle apparaît dans le cadre de la procédure de référé-suspension a eu l'honneur d'un considérant de principe qui en dessine les contours (…), autant l'expression « liberté fondamentale » semble négligée comme si le sujet embarrassait.[760] » Les définitions du concept procèdent, par conséquent, de la doctrine. Pour Louis Favoreu « il n'y a pas de distinctions selon que telle ou telle liberté serait plus fondamentale que d'autres dès lors que ces libertés sont protégées constitutionnellement ou internationalement.[761] » Cette approche positiviste tend à pallier les incohérences normatives par la cohérence de la valeur. Selon cette approche, il est aisé d'identifier les droits relevant de la fondamentalité.

422. Toutefois cette conception n'aborde pas la perception de la fondamentalité en tant que technique juridique de prévalence, donc, elle ne permet pas d'expliciter les raisons qui conduisent à une relativité du concept. Si les liens entre fondamentalité et constitutionnalité étaient si clairement établis, pourquoi le Conseil constitutionnel n'use-t-il pas plus aisément de cette notion ? Qu'est-ce qui empêche le Conseil d'Etat, par un considérant de principe, d'exposer les critères d'identification des libertés fondamentales ? Le sens de la fondamentalité conduit à une certaine confusion exprimée, par exemple, par Jean-Luc Warsmann, qui dans son rapport relatif à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, précise s'agissant de la modification terminologique de la proposition du Comité Balladur relative à l'article 61-1 de la Constitution : « La mention des « libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution » figurant dans les propositions du « comité Balladur » aurait inutilement laissé entendre que certains droits et libertés reconnus par la Constitution sont moins « fondamentaux » que d'autres.[762] » Cette remarque ne fait pas écho à la définition

[760] GLENARD Guillaume, Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, *AJDA*, 2003, p. 2008

[761] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 758

[762] Rapport n°892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle (N° 820) de modernisation des

proposée par le Doyen Favoreu. Il ressort de cet examen, qu'en France, l'indétermination normative de la fondamentalité conduit à affaiblir ce concept. Un certain flou demeure et certains, à l'instar de Guillaume Glénard, soutiennent qu'il est volontaire notamment de la part des juridictions tel le Conseil d'Etat : « Désireuse de ne pas entraver la marche de la jurisprudence, elle a choisi le flou. Rien n'est dit sur la méthode permettant de traquer la fondamentalité.[763] »

423. Cette ambiguïté sur le sens et la portée de la fondamentalité ne doit pas être négligée. Elle agit comme un dysfonctionnement dans le cadre de l'application du principe de hiérarchie des normes. Elle met à mal l'organisation systématique induite par la hiérarchie des normes, dans la mesure où, la fondamentalité est commune à plusieurs étages normatifs. Elle complexifie des relations normatives au sein du système juridique français par sa dispersion sur différents niveaux normatifs. Ainsi, nous ne pouvons pas affirmer que la fondamentalité s'épuise au sein de la constitutionnalité, elle la transcende, elle peut exister au moins en termes de validité en dehors du cadre constitutionnel.

424. Pour mettre en valeur cette concaténation imparfaite entre des notions trop souvent présentées comme synonymes, nous nous proposons d'étudier l'ambiguïté des relations existant entre constitutionnalité et fondamentalité (§1), avant de mettre en exergue le fait que la fondamentalité peut être une source de concurrence entre les juridictions de droit interne (§2).

§ 1 La place de la fondamentalité au sein de la constitutionnalité

425. Dans les systèmes constitutionnels étrangers consacrant expressément la notion de fondamentalité, cette dernière est liée au développement du constitutionnalisme. Comme le souligne Rainer Wahl s'agissant du système allemand « de l'histoire de la fulgurante ascension des droits fondamentaux, on ne retiendra ici que le moment décisif : avec la découverte de la dimension objective des droits fondamentaux, dans le jugement « Lüth », le droit allemand dans son ensemble a trouvé son fondement

institutions de la Ve République, par Jean – Luc Warsmann, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2008, p. 437

[763] GLENARD Guillaume, Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, *AJDA*, 2003, p. 2008

constitutionnel durable[764] », la fondamentalité a permis une renaissance de l'ordre juridique basé sur la concrétisation de la théorie kelsénienne de la « toute puissance » juridique de la Constitution. De ce repositionnement du texte constitutionnel découle une affirmation de la position essentielle de la juridiction constitutionnelle. A cet égard, Michel Fromont précise que le Tribunal constitutionnel fédéral allemand est « l'organe suprême de la République Fédérale.[765] »

426. Or, le système français ne correspond que très imparfaitement à ce schéma institutionnel. Marie- Joëlle Redor met l'accent sur les différences de conception existant entre les modèles constitutionnels allemand et français : « L'existence d'une garantie juridictionnelle spécifique constitue donc en Allemagne un élément de la définition des droits fondamentaux. Mais les choses se présentent fort différemment en France : non seulement la Constitution de 1958 ne mentionne pas explicitement l'existence de droits fondamentaux, mais elle ne confère apparemment aucune protection particulière aux droits figurant dans le préambule.[766] » Le système allemand repose sur un double fondement. D'une part, il consacre les droits fondamentaux qui s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics comme en témoigne l'article premier alinéa 3 de la Loi fondamentale[767]. D'autre part, le texte constitutionnel donne à la juridiction constitutionnelle les moyens de maintenir la portée structurante de ces normes « les droits fondamentaux sont donc placés au sommet de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique allemand. Par là même, ils contribuent à lui donner une forte unité et une très grande cohérence : toutes les règles de droit s'ordonnent autour d'eux.[768] » Cette portée structurante des droits fondamentaux, évoquée également par Etienne Picard, « le droit fondamental ne conforme pas seulement la structure

[764] WAHL Rainer, Aux origines du droit public allemand contemporain, *RDP*, 20 juillet 0501 n° 3, 1er mai 2007, p. 817

[765] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

[766] REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *C.R.D.F*, n°1, 2002, Université de Caen, p. 92

[767] Article 1 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, « Article 1 [Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique] (3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable. » source http://mjp.univ-perp.fr

[768] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

normative de l'Etat de droit, mais détermine son contenu et son fonctionnement[769] », ne se retrouve pas dans le cadre du droit français.

427. Cette carence d'effet structurant des droits fondamentaux s'explique par deux séries de facteurs. La première est que, contrairement au système allemand, la constitutionnalité n'est pas développée autour de la fondamentalité. Le texte constitutionnel ne consacre expressément cette notion que dans le cadre de l'article 53-1, introduit en 1993, donc le système constitutionnel n'a pas été bâti autour de ce concept. Il n'a d'ailleurs pas été élaboré avec comme préoccupation principale celle de la protection des libertés, puisque jusqu'en 1971 et la décision 71-44 DC[770], le préambule de la Constitution de 1958 renvoyant aux principaux textes protégeant les droits de la personne n'avait de valeur juridique qu'à travers la technique développée par le Conseil d'Etat des principes généraux du droit. Le système constitutionnel français a été organisé dans le but d'améliorer l'efficacité de la démocratie avec comme volonté exprimée par Michel Debré « d'essayer de reconstruire un pouvoir sans lequel il n'est ni État, ni démocratie, c'est-à-dire en ce qui nous concerne, ni France, ni République.[771] » La deuxième, qui est la conséquence de la première série de facteurs, est que dans ce contexte, le constituant n'avait pas besoin de doter la République d'un juge constitutionnel ayant le pouvoir de préserver un certain nombre de valeurs entendues comme intangibles ou indispensables au bon fonctionnement du régime.

428. Par conséquent, l'intégration de la fondamentalité substantielle agit comme un élément perturbateur de la constitutionnalité puisque cette dernière n'est pas prête à l'accueillir. L'idéologie, qui sous-tend la Constitution de 1958, n'est pas celle de l'Etat de droit. Si la protection des libertés y joue un rôle, celui-ci est assumé par le législateur sur le modèle de la Troisième République présentée encore comme une sorte « d'Age d'or » des libertés.

429. Par la constitutionnalisation qu'elle implique, la fondamentalité n'apparaît pas être une notion adaptée à la constitutionnalité française, centrée de 1958 à 1971, sur la

[769] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[770] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

[771]Discours de Michel DEBRÉ, garde des Sceaux, devant le Conseil d'État, 27 août 1958, source http://www.assemblee-nationale.fr

problématique institutionnelle de l'organisation des pouvoirs. La décision du 16 juillet 1971[772] est la première manifestation de l'élargissement concret du champ de la constitutionnalité à la protection des libertés. Michel Rocard établit un lien entre cette décision et l'intégration des droits fondamentaux : « En matière de droits fondamentaux, il est revenu à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à partir de la décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association, d'apporter une triple contribution[773] » avant d'arriver à la conclusion selon laquelle « si l'on se situe exclusivement sur le plan des sources formelles des normes constitutionnelles, les droits fondamentaux ont tous une même valeur constitutionnelle.[774] » Ce dernier membre de phrase souligne l'assimilation entre constitutionnalité et fondamentalité qui repose sur le constat, qu'en l'absence de définition de ce qu'est la fondamentalité, « la doctrine dominante sur la question a donc dû se rabattre sur une définition du droit fondamental reposant avant tout sur le rang normatif (valeur au moins supra-législative)[775]. »

430. Afin de mettre en évidence ces incohérences et les dangers que peut présenter une assimilation entre ces deux notions, nous allons étudier les difficultés de coexistence entre fondamentalité et constitutionnalité (A), avant de nous pencher sur le progressif rejet de la notion notamment dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (B).

A - Fondamentalité et constitutionnalité : une cohabitation difficile

431. Etienne Picard nous démontre que « Le fondamental n'est pas essentiellement réductible au constitutionnel[776] », c'est-à-dire que la fondamentalité ne se restreint pas à la constitutionnalité. Nous avons montré qu'il existe une fondamentalité

[772] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

[773] ROCARD Michel, Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport présenté par la délégation française à la VIIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), *RFDA*, 1990, p. 317

[774] ROCARD Michel, Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport présenté par la délégation française à la VIIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), *RFDA*, 1990, p. 317

[775] REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *C.R.D.F*, n°1, 2002, Université de Caen, p. 92

[776] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

supranationale et une fondamentalité infraconstitutionnelle, par conséquent, ce concept ne s'épuise pas dans le texte constitutionnel. De surcroît, si la fondamentalité ne se résume pas à la constitutionnalité, cette dernière n'en constitue pas la source principale. Si la Constitution de 1958 n'ignore pas le concept de « fondamental », elle ne lui accorde pas une place centrale.

432. L'introduction par la voie jurisprudentielle de la fondamentalité tend à déstructurer la sphère constitutionnelle. Cette déstructuration se concrétise sous deux aspects. D'une part, la fondamentalité est une source d'incertitudes. D'autre part, la fondamentalité est une source d'inefficacité.

433. La fondamentalité est une source d'incertitudes, dans la mesure où, l'indétermination de son sens nuit à sa matérialité. Deux pensées s'affrontent en la matière. D'un côté, certains auteurs, comme Louis Favoreu, assimilent fondamentalité et partie de la constitutionnalité relative à la protection des libertés par transfuge de la définition du concept en droit allemand : « l'expression droits fondamentaux « n'est véritablement utilisée en tant que telle qu'en Allemagne fédérale où elle a un sens précis par la Constitution » et que « on considérera que l'expression désigne les droits et les libertés constitutionnellement protégées.[777] » De l'autre, certains abordent la fondamentalité en ce qu'elle introduirait une hiérarchie substantielle emprunte de droit naturel comme le dénonce Jean-François Lachaume : « Cette conception des droits fondamentaux semble dès lors trop restreinte, elle a au moins pour elle le mérite de mettre en évidence qu'il existe des droits fondamentalement fondamentaux, si l'on ose dire, pour ne pas les qualifier de droits naturels.[778] »

434. L'absence de sens exact de la fondamentalité tend à mettre en doute l'effectivité de la protection constitutionnelle des droits de la personne. Elle introduit une dose de subjectivité néfaste qui tend à faire demeurer la Constitution dans la sphère philosophique et non juridique. Le haut degré d'abstraction des normes constitutionnelles renforce ce sentiment d'inefficacité du texte constitutionnel. Michel Fromont, dans sa présentation des droits fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne, insiste sur le fait que les « droits fondamentaux (…) présentent le

[777] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 757

[778] LACHAUME Jean-François, Droits fondamentaux et droit administratif, *AJDA*, 1998, p. 92

caractère de règles du droit objectif.[779] » Selon cette approche, la fondamentalité devrait participer à un renforcement du caractère contraignant de la Constitution mais cela n'est pas le cas.

435. Nous en voulons pour preuve, le recul de cette notion dans la jurisprudence constitutionnelle conjugué aux vives critiques supportées par le Conseil constitutionnel après sa décision du 13 août 1993 portant notamment sur le recours à des principes philosophiques : « cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux parfois plus philosophiques et politiques que juridiques.[780] » Le paradoxe de la fondamentalité est qu'alors qu'elle est le produit du normativisme en droit constitutionnel allemand, elle apparaît comme le produit d'une idéologie liée au droit naturel en droit constitutionnel français.

436. La fondamentalité devient ainsi une source d'inefficacité de la protection constitutionnelle des libertés. Olivier Beaud met en relief le fait que le recours à la fondamentalité ne garantit pas nécessairement une protection plus efficiente des libertés : « Le Conseil méconnaît la gravité de l'atteinte portée à la liberté individuelle, tout autant que la nécessité d'un droit spécial des mineurs qu'il avait pourtant érigée en 2002 (loi Perben I) en principe fondamental reconnu par les lois de la République[781]. »

437. Le caractère adaptable et relatif de la notion tend également à remettre en question la dimension sacrée de la Constitution. Michel Fromont souligne que « les horreurs du nazisme ont conduit les rédacteurs de la Loi Fondamentale de 1949 à faire en sorte que la démocratie libérale ne puisse pas être supprimée par une simple modification de la Constitution[782] » tandis qu'Olivier Schrameck précise s'agissant du système constitutionnel français que « le texte de la Constitution n'a rien de tabou.[783] » Cette différence, dans la conception du rôle que doit jouer le texte constitutionnel, est décisive pour mettre en valeur l'effet déstructurant de la fondamentalité. En effet, le

[779] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 50

[780] Discours prononcé par M. Edouard Balladur, le 19 novembre 1993, devant le Congrès, extrait, source http://www.senat.fr

[781] BEAUD Olivier, Débattre sur le Conseil constitutionnel... Enfin !, *AJDA*, 2010, p. 353

[782] FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP,* 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[783] GAUDEMET Yves, Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck, *RDP,* 20 août 0101 n° 1, 1er janvier 2008, p. 3

caractère relatif de la notion, qui se traduit par un effet de prévalence réduit au cas d'espèce, tend à remettre en question la portée de la protection des libertés. L'Etat de droit repose sur deux piliers que sont la démocratie et la protection des libertés fondamentales. Jacques Chevallier met en exergue le fait que « la disparition de la notion de droit subjectif tend à saper les fondements mêmes de l'Etat de droit.[784] »

438. En d'autres termes, la constitutionnalité est riche de textes assurant une protection efficace des droits de la personne. Le recours ambigu à la fondamentalité, notamment par le juge, ne peut à terme que conduire à fragiliser la cohérence du développement du droit des libertés en remettant en question son objectivité et son caractère juridique. Deux comportements sont alors envisageables. Soit le constituant reprend et définit la fondamentalité, notamment en consacrant le caractère constitutionnel de la notion et cette dernière devient alors de manière certaine cette partie de la constitutionnalité relative aux droits de la personne englobant dans une dynamique moderne l'ensemble des catégories juridiques prévues par les textes. La démarche est celle d'une simplification du langage juridique. Soit le constituant prend conscience des difficultés que pose la fondamentalité et il choisit de l'écarter du texte constitutionnel. C'est cette seconde voie qui a été privilégiée par le constituant français en particulier lorsqu'il a modifié la proposition n°74 du Comité Balladur relative à la mise en place d'une exception d'inconstitutionnalité devenue question prioritaire de constitutionnalité.

B – Un rejet de la fondamentalité par le constituant

439. La question prioritaire de constitutionnalité mise en place depuis le premier mars 2010 par la loi organique du 10 décembre 2009[785] est le résultat de la réflexion menée autour de la notion d'exception d'inconstitutionnalité. Dans sa lettre de mission adressée le 18 juillet 2007 au Premier ministre Edouard Balladur, le Président de la République Nicolas Sarkozy exprimait clairement sa volonté de voir examinées « les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel pourrait être amené à statuer, à la demande des citoyens, sur la constitutionnalité de lois existantes. Des voix s'élèvent dans notre pays pour regretter que la France soit le seul grand pays démocratique dans lequel les citoyens n'ont pas accès à la justice constitutionnelle, et que certaines

[784] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 54

normes internationales aient plus de poids et d'influence sur notre droit que nos principes constitutionnels eux-mêmes. [786]»

440. La proposition n°74 du Comité Balladur ainsi rédigée, « Le Conseil constitutionnel peut, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, être saisi par voie d'exception aux fins d'apprécier la conformité d'une loi aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution./ Le Conseil constitutionnel, à la demande d'un justiciable, est saisi, dans les conditions prévues par une loi organique, sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, des juridictions qui leur sont subordonnées ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre[787] », concrétisait l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel aux justiciables. Cette dernière n'est pas directe, la demande du requérant subit un double filtre de la part des juges du fond puis des Cours suprêmes avant d'être transmise, le cas échéant au Haut Conseil. Pour qu'une QPC prospère jusque devant le Conseil constitutionnel, elle doit satisfaire à trois critères cumulatifs que Pascal Jan nous expose sous la forme de trois interrogations auxquelles les juges ordinaires doivent répondre pour renvoyer successivement la question de constitutionnalité : « En premier lieu, la question s'applique-t-elle au litige ou à la procédure ? En deuxième lieu, sauf changement de circonstances, la disposition dont la constitutionnalité est contestée n'a-t-elle pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de l'une de ses décisions ? En troisième lieu, devant les juridictions de droit commun, la question n'est-elle pas dépourvue de caractère sérieux ?[788] »

441. Ce qui retient particulièrement notre attention est que le législateur constitutionnel a fait le choix de privilégier la notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » en lieu et place de la formulation proposée par le Comité Balladur de « libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution. » Dans le corps du rapport du Comité, la définition relative aux libertés et droits fondamentaux n'a a priori pas soulevé de débats, puisque cette problématique n'est pas évoquée. La fondamentalité a

---

[785] Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

[786] Lettre de mission du Président de la République Nicolas Sarkozy, 18 juillet 2007, source http://www.comite-constitutionnel.fr

[787] Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e^ République p. 90

[788] JAN Pascal, La question prioritaire de constitutionnalité, *Petites affiches*, 18 décembre 2009, n° 252, p. 6

été retirée du texte de l'article 61-1 de la Constitution au motif qu'elle suggérait une hiérarchisation au sein du bloc de constitutionnalité. Evoqué par Jean-Marc Sauvé lors de son audition devant la commission des lois de l'Assemblée Nationale[789] et repris par Jean Luc Warsmann dans le rapport législatif relatif à la loi constitutionnelle de modernisation des institutions[790], cet inconvénient découle de l'indétermination de la notion de fondamentalité. Cette remarque transparaît dans le rapport du Sénat qui précise « Les « droits et libertés » garantis par la Constitution sont ceux qui figurent dans la Constitution et les textes cités dans son préambule[791] » sans pour autant s'attarder sur la notion de libertés et droits fondamentaux. Mais une fois encore, nous remarquons une certaine confusion puisque le rapporteur emploie plusieurs fois l'expression de « droits fondamentaux » notamment après l'avoir exclu du champ de la QPC « Celui-ci s'est interrogé sur la possibilité de transférer au Conseil constitutionnel, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le contrôle de la loi au regard des conventions internationales du moins celles relatives aux droits fondamentaux.[792] »

442. Le constituant aurait pu saisir l'occasion de la QPC pour consacrer explicitement et définir la fondamentalité. Il aurait ainsi mis un terme à une contradiction latente qui s'exprime entre le refus explicite du constituant de consacrer la fondamentalité et le fait que ce concept continue d'être largement employé par ceux-là même qui le rejettent. Nous pouvons illustrer nos propos en faisant référence à l'audition de Jean Marc Sauvé précédemment mentionnée. Si ce dernier avance l'idée d'un rejet de la fondamentalité pour « couper court à des interrogations sur l'existence, au sein des droits constitutionnellement protégés, d'un sous-ensemble qui regrouperait les droits

[789] Intervention de Jean Marc Sauvé, audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 5 mai 2008, p. 5, source http://www.conseil-etat.fr

[790] Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République, par M. Jean-Luc Warsmann, p. 437

[791] Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, Rapport n° 387 (2007-2008) de M. Jean-Jacques Hyest, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 juin 2008, source http://www.senat.fr

[792] Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, Rapport n° 387 (2007-2008) de M. Jean-Jacques Hyest, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 juin 2008, source http://www.senat.fr

essentiels ou les droits fondamentaux[793] » cela ne l'empêche pas quelques lignes auparavant de rappeler que « le Conseil d'Etat entend prendre sa part, toute sa part, à la réforme de nos institutions et, notamment, à l'amélioration de la qualité de la réglementation et à la protection des droits fondamentaux[794]. » La question que soulève cette apparente contradiction est de savoir si Jean Marc Sauvé établit une réelle distinction entre les notions de droits fondamentaux et de droits constitutionnellement garantis. Si tel est le cas, il soutient alors que la compétence du Conseil constitutionnel en matière de protection des droits de la personne serait restreinte aux libertés constitutionnellement garanties tandis que la compétence du Conseil d'Etat en la matière concernerait les libertés fondamentales qui semblent revêtir une acceptation plus large. Abus de langage ou volonté de restreindre la portée de la QPC, car on l'a vu substantiellement la définition des droits constitutionnellement garantis est plus étroite que celle des droits fondamentaux, l'interrogation demeure en suspend.

443. De surcroît, le remplacement sémantique opéré par le législateur constituant n'a pas dissipé tous les doutes. Jean-Yves Gaudemet met en relief le fait qu' « identifier, au sein de la loi, ce qui porte atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis sera une première difficulté qui ne sera pas surmontée sans hésitations ni incertitudes.[795] » Les incertitudes se portent sur les objectifs de valeur constitutionnelle. Pour Pascal Jan « Une interprétation large doit être à notre sens retenue pour une plus grande efficacité de la réforme même en dépit d'une normativité limitée. Ils ne demeurent que des « objectifs » dont le but premier est d'assurer l'effectivité de droits et libertés constitutionnellement garantis. Mais surtout, tout l'intérêt de s'y référer réside dans le fait que nombreux sont les objectifs de valeur constitutionnelle qui ne trouvent aucun équivalent dans les conventions internationales.[796] » Pourtant, ni dans la décision du 3 décembre 2009[797], ni dans le

[793] Intervention de Jean Marc Sauvé, audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 5 mai 2008, source http://www.conseil-etat.fr

[794] Intervention de Jean Marc Sauvé, audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 5 mai 2008, source http://www.conseil-etat.fr

[795] GAUDEMET Yves, L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile, Brouillard dans les institutions : à propos de l'exception d'inconstitutionnalité, *RDP* , 20 septembre 0501 n° 3, 1er mai 2009, p. 581

[796] JAN Pascal, La question prioritaire de constitutionnalité, *Petites affiches*, 18 décembre 2009, n° 252, p. 6

commentaire officiel[798] de celle-ci, les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont évoqués. Les indications relatives à la procédure de la QPC fournies pas le Conseil constitutionnel[799] ainsi que le rapport de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat[800] semblent indiquer que les objectifs de valeur constitutionnelle ne font pas partie du champ de la QPC. Toutefois cette exclusion ne fait pas l'unanimité comme le met en lumière cette remarque de Jean Louis Nadal soutenant que : « Là encore, par souci de cohérence avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'attachement à l'État de droit et d'efficacité de la réforme, il serait fâcheux que de tels principes ou objectifs soient artificiellement mis à l'écart de ce que les constitutionnalistes appellent désormais le « bloc de constitutionnalité.[801] »

444. En l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la QPC, le juge constitutionnel accepte d'examiner le moyen tirer d'une inconstitutionnalité pour incompétence négative si celle-ci affecte une liberté garantie par la Constitution : « que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit[802] » mais le suspens

---

[797] 03 décembre 2009 - Décision n° 2009-595 DC *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21381

[798] « Enfin, la réforme du 23 juillet 2008 a investi le Conseil constitutionnel, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, du pouvoir d'abroger les dispositions législatives non conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit. Cette centralisation du contrôle de constitutionnalité, avec effet abrogatif *erga omnes*, est un important gage de sécurité juridique et de cohérence dans la protection des droits fondamentaux. » Commentaire de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, octobre 2009 à mars 2010, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[799] La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) "12 questions pour commencer » 2 - Qu'entend-on par « droits et libertés que la Constitution garantit » ? « Les droits et libertés garantis par la Constitution sont les droits et libertés qui figurent dans : - la Constitution du 4 octobre 1958 telle que modifiée à plusieurs reprises ; par exemple l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle (article 66) ; - les textes auxquels renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, à savoir : - la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, - le Préambule de la Constitution de 1946, - les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (auxquels renvoie le Préambule de la Constitution de 1946) ; par exemple, la liberté d'association ou la liberté d'enseignement, - la Charte de l'environnement de 2004. » source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[800] Rapport n°637 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution, par M. Hugues Portelli, enregistré à la présidence du Sénat le 29 septembre 2009, p. 40

[801] Rapport n°1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, par M. Jean-Luc Warsmann, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 septembre 2009, p. 169

[802] 18 juin 2010 - Décision n° 2010-5 QPC SNC KIMBERLY CLARK *[Incompétence négative en matière fiscale*] Journal officiel du 19 juin 2010, p. 11149

demeure s'agissant des objectifs de valeur constitutionnelle pour lesquels le Conseil constitutionnel « n'a cependant pas voulu trancher de façon générale, à l'occasion de cette décision, la question de l'invocabilité des OVC dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité.[803] »

445. Malgré le rejet de la fondamentalité comme critère de recevabilité de la QPC, la notion est présente dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à travers la fondamentalité textuelle issue de l'article 34[804] de la Constitution ainsi que les PFRLR[805]. La fondamentalité n'a pas disparu de la sphère constitutionnelle, mais, il est dommage que cette révision n'ait pas été l'occasion de déterminer ce à quoi elle correspond avec précision.

446. La pérennité de cette indétermination du sens de la notion entretient une certaine rivalité entre les juridictions qui poursuivent toutes le même but celui de s'affirmer comme les gardiens de la protection des droits de la personne.

§2 – Une concurrence entre les juridictions de droit interne

447. Les relations entre le Conseil constitutionnel et les Cours suprêmes ne sont pas linéaires. Si un phénomène de convergence est bien présent, comme le met en valeur Olivier Schrameck s'agissant des rapports entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat : « la traduction juridique des droits et libertés est en revanche un bien commun du droit constitutionnel et du droit administratif, générant une forme d'union

[803] Commentaire de la décision n° 2010-3 QPC – 28 mai 2010 Union des familles en Europe, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, à paraître / déjà disponible jurisprudence à partir d'avril 2010, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[804] 11 juin 2010 - Décision n° 2010-2 QPC Mme Vivianne L. [*Loi dite "anti-Perruche"*] Journal officiel du 12 juin 2010, p. 10847. « 4.Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi détermine les principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit »

[805] 28 mai 2010 - Décision n° 2010-3 QPC*Union des familles en Europe* Journal officiel du 29 mai 2010, p. 9730.

matérielle[806] », il n'en demeure pas moins qu'il existe selon Louis Favoreu « une hostilité certaine à l'égard du Conseil constitutionnel.[807] »

448. La fondamentalité cristallise cette hostilité dans la mesure où sa maîtrise peut être appréhendée comme un facteur de justification d'une décision juridictionnelle. Véronique Champeil-Desplats nous explique que : « la notion de droit fondamental, parce qu'elle n'a pas de définition juridique et se réfère au double registre de la morale et du fondement du droit, joue-t-elle le rôle d'un « standard » juridique, c'est-à-dire d'une notion souple au contenu indéterminé qui agit comme justification d'une décision.[808] » La dimension de rivalité entre les juridictions s'exprime en raison de cet impératif selon lequel : « Le caractère opérationnel de la notion exige que tous les droits ne soient pas qualifiés de fondamentaux.[809] »

449. Par conséquent, si la fondamentalité peut être un moyen efficace de fonder une décision, ce n'est qu'à la condition que son emploi soit parcimonieux. Nous avons signalé que ce sont les juridictions ordinaires qui les premières ont fait référence à la notion de « droits et libertés fondamentaux de la personne humaine.[810] » Il est intéressant de noter la proximité sémantique entre cette formulation issue de la jurisprudence administrative et l'expression de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » consacrée quelques années plus tard par le juge constitutionnel.

450. Cependant, le phénomène de concurrence se concrétise lorsque des acteurs distincts tentent d'assouvir des intérêts communs. En d'autres termes, pour établir une potentielle concurrence entre les juridictions, il faut déterminer quels peuvent être les intérêts animant chacune d'entre elles. L'analyse stratégique qui est d'abord et avant tout une méthode de recherches nous permet d'adopter « une démarche hypothético-

[806] SCHRAMECK Olivier, Droit administratif et droit constitutionnel, *AJDA*, 1995, p. 34

[807] FAVOREU Louis, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ?, *RFDA*, 2003, p. 8

[808] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[809] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[810] Conseil d'Etat, 2 / 6 SSR, du 26 octobre 1988, 88786, inédit au recueil Lebon

inductive[811] » c'est-à-dire qu'il nous faut prendre en considération l'interprétation des « multitudes processus d'interaction et d'échange qui compose la toile de fond de la vie à l'intérieur du système d'action.[812]» Notre système d'action est composé par le droit constitutionnel entendu par Giuseppe Campagnoni comme « la science du peuple libre est celle de ses droits, de sa Constitution, de son gouvernement, des fonctions de ses magistrats, de ses relations avec les autres peuples. C'est la science du droit public universel implanté sur les éléments du droit constitutionnel démocratique.[813] » Plus modestement, il s'agit pour nous d'analyser la fondamentalité comme un vecteur d'interaction entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat et d'interpréter la fonction de cette notion pour chacun de ces acteurs.

451. Pour Véronique Champeil-Desplats, l'analyse stratégique de la fondamentalité repose sur deux principaux axiomes : « Chaque institution essaie à la fois de développer sa légitimité, c'est-à-dire son prestige et son autorité, et d'accroître son pouvoir, en d'autres termes sa capacité d'agir et d'empêcher.[814] » En l'espèce, nous allons nous intéresser à l'aspect juridique de cette concurrence en nous concentrant sur la capacité d'agir et d'empêcher. Cette approche est également présente chez Etienne Picard lorsque celui-ci se demande « la fondamentalité existe-t-elle, juridiquement, de façon indépendante de tout fondement constitutionnel ?[815] » Autrement dit, il nous faut nous interroger sur le rapport que les juges ordinaires entretiennent avec la fondamentalité. L'étude de cette relation vise à vérifier le présupposé posé par Etienne Picard selon lequel : « la fondamentalité ne peut découler que de la Constitution, mais en outre que seul un juge spécialement habilité à cette fin peut déterminer le sens de la loi fondamentale. On voit donc que, de la hiérarchie des normes, il passe alors insensiblement à une hiérarchie des juridictions pour décider de ce qui se trouve dans la norme fondamentale.[816] »

---

[811] CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, p. 454

[812] CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, p. 454

[813] MESTRE Jean-Louis, Les emplois initiaux de l'expression « droit constitutionnel », *RFDC*, n°55, juillet 2003, p. 470

[814] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[815] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[816] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

452. Pour vérifier ce présupposé, nous allons nous intéresser à la fondamentalité comme moyen de justification des décisions juridictionnelles (A) avant de voir en quoi l'emploi de cette notion peut être interprété comme un moyen de contrainte des juges ordinaires sur le juge constitutionnel (B).

A – La fondamentalité : moyen de justification d'une décision

453. La fondamentalité en tant que moyen de justification d'une décision fait écho à la notion, précédemment évoquée par Véronique Champeil-Desplats, de la capacité d'agir du juge. La fondamentalité apparaît comme un moyen d'asseoir la solution jurisprudentielle retenue alors même qu'elle ne semble pas fondée sur un raisonnement strictement textuel. La difficulté en l'espèce réside dans le fait de déterminer quel est le facteur exact, source de la justification.

454. En effet, si la fondamentalité peut être appréhendée comme un fondement de la décision, il faut que le concept de « fondamental » renvoie à un ensemble de valeurs identifiables à défaut d'être exhaustivement identifiées. Sur ce point, plusieurs interprétations sont proposées. Pour Véronique Champeil-Desplats, la fondamentalité justifie la décision en ce qu'elle lui apporte une assise jusnaturaliste : « Pour ces raisons l'adjectif « fondamental », à forte connotation légitimante, apparaît comme une justification jusnaturaliste du pouvoir de décision.[817] » Emmanuel Dreyer fait référence à la dimension morale voire religieuse de la fondamentalité : « Dans la mesure où ils sont fondés sur la dignité humaine, les droits fondamentaux tentent de préserver ce qui est essentiel dans l'homme. Or, cette approche, qu'il faut bien qualifier de morale, est susceptible de poser des difficultés dès lors qu'elle n'est pas acceptée par tous. En effet, avec les droits fondamentaux, l'on se situe, tout autant, dans le domaine du « donné » que du « construit ». A l'origine, il y a un postulat culturel, si ce n'est religieux.[818] »

455. Pour se forger une opinion, il nous faut partir d'un exemple concret à savoir la reconnaissance par le Conseil d'Etat d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, celui du refus d'extrader un étranger pour un motif politique, dans son

[817] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[818] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

arrêt du 3 juillet 1996 dit « Moussa Koné.[819] » En l'espèce, le Conseil d'Etat a consacré un PFRLR qui n'a pas préalablement été reconnu par le Conseil constitutionnel. La problématique s'incarne dans la valeur juridique qui doit être accordée à ce PFRLR. Si on lui accorde une valeur constitutionnelle, cela revient à dire que la fondamentalité met à mal la hiérarchie des juridictions dans la mesure où si une unité de valeur anime la fondamentalité, elle constitue une remise en cause des relations entre juridictions. L'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946, qui énonce que « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République[820] », peut servir de fondement à cette unité de valeur de la fondamentalité. Le Conseil d'Etat vise expressément la Constitution dans cet arrêt.

456. Toutefois, le fondement constitutionnel n'est pas prépondérant à la reconnaissance d'un PFRLR. Les critères exposés par le Conseil constitutionnel de continuité, du caractère républicain et de la date d'entrée en vigueur de la législation source du PFRLR ne sont pas utilisés par le juge administratif. Tout semble indiquer que le Conseil d'Etat raisonne comme si ce PFRLR préexistait à sa reconnaissance par le juge administratif. Certes, dans un avis du 9 novembre 1995[821], l'Assemblée générale du Conseil d'Etat avait consacré l'interdiction de l'extradition demandée dans un but politique comme constituant un PFRLR. Mais une fois encore, cette consécration est de niveau infraconstitutionnelle. Si on accorde une valeur législative à ce PFRLR, cela revient à dire qu'il existe des PFRLR infraconstitutionnels. Cette dernière interprétation ne correspond pas non plus à la démarche jurisprudentielle du Conseil constitutionnel qui donne valeur constitutionnelle à un principe contenu dans une loi en le qualifiant de PFRLR. Certains auteurs tels que le Professeur Picard développent l'argument selon lequel il n'est « ni inconstitutionnel ni inutile que la loi pose le caractère fondamental d'un droit, ni contestable que le juge dégage, de la masse des

[819] Conseil d'Etat, Assemblée, du 3 juillet 1996, 169219, publié au recueil Lebon

[820] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

[821] 3 juillet 1996 – Koné, Interprétation d'un traité d'extradition conformément à un principe constitutionnel Analyse, source http://www.conseil-etat.fr

règles législatives, un droit qui lui apparaîtrait fondamental par rapport aux autres ou par rapport à toute autre considération.[822] »

457. Nonobstant cet état de fait selon lequel « la fondamentalité ne se contient entièrement dans aucune norme formelle[823] », il nous semble que la volonté du Conseil d'Etat dans l'arrêt Koné n'est pas d'affirmer la fondamentalité d'une règle législative mais bien de faire référence à la valeur constitutionnelle de cette interdiction ce qui ne correspond pas à la cohérence du raisonnement du Professeur Picard. D'ailleurs, si la jurisprudence Koné est la résultante d'une nécessité juridique en ce qu'elle comble des lacunes du droit conventionnel selon Gilles Guiheux, donc si moralement elle se justifie, il n'en reste pas moins qu'elle pose des problèmes de cohérence y compris au sein de la propre jurisprudence du Conseil d'Etat comme le relève l'auteur précité : « Mais surtout s'arroger le pouvoir d'édicter des principes de valeur constitutionnelle revient indirectement à remettre en cause la théorie de l'écran législatif.[824] »

458. Louis Favoreu soutient, après avoir relevé le défaut de cohérence du raisonnement du juge administratif, que « la prise de position du Conseil d'Etat - si elle devait avoir une portée générale - est d'autant plus étonnante que, sur le fond, elle ne semble pas refléter l'état du droit en matière d'extradition comme le montre ci-après un spécialiste, le professeur Henri Labayle ; qu'en outre, à défaut d'autres lois de la République que celle du 10 mars 1927, il est fait appel à des traités ; et que, enfin, la solution adoptée n'était pas nécessaire pour résoudre le problème concret posé par le requérant, puisqu'il est décidé, en définitive, que celui-ci ne se trouve pas dans la situation lui permettant de bénéficier de ladite solution[825] », que cette prise de position exceptionnelle du Conseil d'Etat traduit l'unité de l'ordre juridique : « l'arrêt du 3 juillet 1996 marque, de manière particulièrement significative qu'il n'y a pas deux ordres juridiques - celui du Conseil constitutionnel et celui du Conseil d'Etat - mais un

[822] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[823] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[824] GUIHEUX Gilles, L'impact de l'arrêt Kone sur la hiérarchie des normes,*Petites affiches*, 27 décembre 1996, n° 156, p. 12

[825] FAVOREU Louis, Principes généraux du droit et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Point de vue sur l'affaire Koné*, RFDA*, 1996, p. 882

seul[826] » nécessaire « à la protection de la sécurité juridique, impératif qui devrait être le souci premier des juges.[827] »

459. Jacques Chevallier nous explique que la « sécurité juridique apparaît comme une exigence fondamentale de l'Etat de droit.[828] » Si nous recoupons cette analyse avec celle proposée par le Doyen Favoreu, nous pouvons en tirer comme conséquence que lorsqu'un juge utilise la fondamentalité, il agit dans le but de concrétiser l'Etat de droit, notamment dans sa dimension de protection des libertés. L'analyse stratégique met en relief l'existence d'une double stratégie : « chaque acteur s'efforcera simultanément de contraindre les autres membres de l'organisation pour satisfaire ses propres exigences (stratégie offensive) et d'échapper à leur contrainte par la protection systématique de sa propre marge de liberté et de manœuvre (stratégie défensive.)[829] » Dans le cadre de l'arrêt Koné, le juge administratif privilégie une stratégie défensive, dans la mesure où, sous couvert d'assurer l'unité de l'ordre juridique, il se soustrait au respect strict de la jurisprudence constitutionnelle, en consacrant un nouveau PFRLR et en appréciant de manière très « personnelle » que les critères posés en 1988[830] par le juge constitutionnel sont effectivement remplis.

460. La justification de la décision, garantir la pérennité de l'Etat de droit, devient l'occasion pour le juge ordinaire de s'affranchir du respect formel de la jurisprudence constitutionnelle qui, en vertu de l'article 62 de la Constitution, doit s'imposer à lui. Le recours à la fondamentalité en ce que la notion fait appel à la valeur constitutionnelle du principe masque cette marge de liberté sous le couvert du respect d'une logique formelle ce qui fait écrire à Emmanuel Dreyer qu'« il arrive aux juges, notamment aux juges nationaux, de commettre des abus dans l'usage des droits

[826] FAVOREU Louis, Principes généraux du droit et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Point de vue sur l'affaire Koné*, RFDA*, 1996, p. 882

[827] FAVOREU Louis, Principes généraux du droit et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Point de vue sur l'affaire Koné*, RFDA*, 1996, p. 882

[828] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 96

[829] CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, pp. 91-92

[830] 20 juillet 1988 - Décision n° 88-244 DC *Loi portant amnistie* Recueil, p. 119 - Journal officiel du 21 juillet 1988, p. 9448

fondamentaux. L'affirmation du caractère fondamental de ces droits leur permet d'asseoir bon nombre de décisions.[831] »

B – La fondamentalité : moyen de contrainte du juge ordinaire sur le juge constitutionnel

461. La fondamentalité comme moyen de contrainte fait écho à la notion développée par Véronique Champeil-Desplats, de la capacité d'empêcher que se reconnaît le juge. Ce dernier agit dans le cadre d'une stratégie plus offensive, dans la mesure où, il tente d'imposer sa lecture du droit aux autres juridictions et en particulier au juge constitutionnel. Nous assistons alors à une portée rétroactive de la fondamentalité, c'est-à-dire que la qualification déterminée par le juge ordinaire s'impose à l'interprétation constitutionnelle. L'effet rétroactif se caractérise en ce que la définition empirique et infraconstitutionnelle de la fondamentalité produit une contrainte sur les choix futurs du juge constitutionnel en agissant comme si elle préexistait à la consécration constitutionnelle d'un principe. L'antériorité de cet effet est le résultat d'une interprétation erronée de la réalité juridique, au sens où, formellement le juge ordinaire n'a pas le pouvoir de consacrer la valeur constitutionnelle d'un droit. Or, en utilisant le terme de « fondamental », il renvoie à ce degré de contrainte juridique. Donc, l'illusion repose sur un droit formellement infraconstitutionnel mais matériellement considéré comme constitutionnel avant même que le juge constitutionnel ne lui accorde cette valeur.

462. Nous pouvons prendre pour exemple le principe de laïcité qui a valeur constitutionnelle notamment en ce que l'article premier de la Constitution affirme expressément que la « France est une République (…) laïque. » Pour autant, dans un arrêt du 30 novembre 2001[832], le Conseil d'Etat va placer la laïcité dans la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : « les préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure le principe de laïcité » et il tire de cette qualification une conséquence inattendue puisqu'il considère que cette consécration constitutionnelle : « n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi. » En l'espèce, le requérant

[831] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[832] Conseil d'Etat, 8 SS, du 30 novembre 2001, 219605, inédit au recueil Lebon

demandait l'annulation de « l'arrêté du 25 janvier 2000 du ministre de l'éducation nationale fixant le nombre de postes offerts au titre de l'année 2000 au "concours réservé" de recrutement de certains professeurs certifiés exerçant dans les disciplines d'enseignement général du second degré, en tant que ledit arrêté offre, sous la rubrique "Sections diverses", 35 postes d'enseignement religieux catholique et 8 postes d'enseignement religieux protestants. » Le Conseil d'Etat applique sa théorie de la loi écran comme en témoignent ces extraits « constitue une règle de valeur législative s'imposant au pouvoir réglementaire » ou « le ministre de l'éducation nationale a fait une exacte application des dispositions (législatives) susmentionnées ». Une fois encore comme dans le cas de l'affaire Koné, la référence aux PFRLR n'est en rien indispensable. Le Conseil d'Etat pouvait décliner sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité des lois appliquées au cas d'espèce et se contentait de rejeter les moyens du requérant en concluant à la légalité de l'arrêté. Comme dans l'exemple de l'arrêt Koné, la laïcité ne fait pas expressément partie des PFRLR consacrés par le Conseil constitutionnel.

463. La référence à la fondamentalité dans le cadre de cette jurisprudence résulte de cette approche de la fondamentalité exposée par Etienne Picard : « le juge fait dire au texte ce que son auteur aurait pu dire, mais qu'il n'a pas réellement signifié. Le sens, en tout cas, dépasse le texte en cela que, sans que ce dernier s'y oppose le moins du monde (car ce ne serait plus un artifice mais une violation), il découle non pas seulement du texte, mais notamment d'un contexte qui l'entoure, l'englobe et le surpasse.[833] » La difficulté est que c'est le juge ordinaire qui se fait le porte-voix du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant aurait pu dire que la laïcité est un PFRLR mais il ne l'a pas fait. Cette analyse rompt avec l'approche du Doyen Vedel qui estime que « ce n'est pas le juriste qui dit (…) ce qui est fondamental ou non, mais ce qui est constitutionnel et ce qui n'est pas constitutionnel.[834] » Le Conseil d'Etat ne se contente pas de dire ce qui est constitutionnel, il ajoute ce qui est fondamental alors même que cette vérité n'est pas indispensable à la solution du litige.

464. De surcroît, en se référant à ces nouveaux PFRLR, le Conseil d'Etat rompt volontairement avec la jurisprudence autolimitative du Conseil constitutionnel : « Cet

[833] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[834] MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, p. 18

arrêt semble d'autre part aller à contre-courant de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. Il ressort des actes du colloque de Rennes relatif à la légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que celui-ci souhaite voir tarir la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour mieux légitimer sa jurisprudence.[835] »

465. Le Conseil d'Etat use de la fondamentalité pour entraver la jurisprudence constitutionnelle, il se pose en obstacle de l'approche restrictive du juge constitutionnel en matière de développement de la liste des PFRLR. En consacrant de nouveaux PFRLR, le juge administratif apparaît comme un organe assurant de manière plus efficace la protection des libertés de la personne. Quand la fondamentalité constitutionnelle marque le pas, la fondamentalité dégagée par le juge ordinaire fait preuve d'audace.

466. Ce rapport conflictuel entre les juridictions tenant à la protection des droits peut être illustré par deux arrêts récents du 16 avril 2010 de la Cour de cassation par lesquels elle a fait échec au caractère prioritaire de la QPC en décidant « de transmettre, avant dire droit, à la Cour de justice de l'Union européenne, une question préjudicielle alors qu'une question prioritaire de constitutionnalité lui avait été posée[836] » contestant « le principe même du contrôle a posteriori des lois établi par l'article 61-1 de la Constitution.[837] » En l'espèce, la Cour de cassation n'est pas intervenue à la place du constituant mais le contredit ouvertement. Si dans sa décision du 12 mai 2010[838], le Conseil constitutionnel réaffirme le caractère prioritaire de la QPC ainsi que le maintien de sa jurisprudence en matière de contrôle de conventionnalité, cette controverse souligne les contraintes d'ordre substantiel ou formel que les Cours

[835] GUIHEUX Gilles, L'impact de l'arrêt Kone sur la hiérarchie des normes,*Petites affiches*, 27 décembre 1996, n° 156, p. 12

[836] LEVADE Anne, Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit !, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1254

[837] LEVADE Anne, Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit !, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1254

[838] 12 mai 2010 - Décision n° 2010-605 DC *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 13 mai 2010, p. 8897

suprêmes font peser sur le juge constitutionnel tentant d'influencer ses choix. La fondamentalité apparaît comme « un moyen de renforcement du pouvoir.[839] »

467. Le caractère conflictuel des rapports entre juridictions n'est pas propre à l'ordre juridique interne. Nous le retrouvons également entre les juridictions internes et les Cours de droit externe. Or, comme la fondamentalité est une notion commune à ces différents systèmes, elle demeure un réel enjeu afin de garantir sa marge de liberté pour chacune des juridictions.

Section 2 : Une complexification des relations entre droit interne et droit externe

468. Les constats qui ont été établis s'agissant de l'incapacité de la fondamentalité à s'intégrer à la hiérarchie des normes au sein d'un système de droit donné peuvent être maintenus dans le cadre des relations entre différents systèmes normatifs. En l'espèce, nous avons choisi de limiter nos propos à l'étude des rapports entre l'ordonnancement juridique français et ses homologues européen et communautaire. L'objet de cette section est de déterminer si la fondamentalité peut être appréhendée comme un facteur de convergence entre ces différents systèmes ou si, au contraire, elle peut se révéler comme un élément perturbateur des bonnes relations entre ces derniers. Pour le Professeur Labayle : « Longtemps indifférentes, parfois conflictuelles, les relations entre droit interne et droit européen ont trouvé une occasion remarquable de convergence autour de la protection des droits fondamentaux.[840] » La fondamentalité apparaît a priori comme un vecteur de dialogue et de convergence entre des systèmes juridiques distincts. Toutefois, dès qu'il a posé ce paradigme, Henri Labayle nuance quelque peu son propos en soulevant deux difficultés : « Identifier le champ d'application de cette rencontre, tout d'abord, présente des difficultés en raison du sens à accorder au terme « droits fondamentaux » (…) Déterminer le droit « européen » en question posait également problème.[841] »

[839] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[840] LABAYLE Henri, Droits fondamentaux et droit européen, *AJDA*, 1998, p. 75

[841] LABAYLE Henri, Droits fondamentaux et droit européen, *AJDA*, 1998, p. 75

469. La première distinction à opérer concerne effectivement le cadre des relations entre systèmes. Le droit conventionnel européen issu de la Convention européenne de protection des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales de 1950 complétée par ses quatorze protocoles tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'impose au sein du droit français par le biais de l'article 55 de la Constitution qui dispose que : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.[842] » Il apparaît selon cette disposition que la fondamentalité telle qu'elle résulte des textes conventionnels ne peut revêtir qu'une valeur infra constitutionnelle. Cette conception semble confirmée par les arrêts Sarran et Levacher du Conseil d'Etat[843] et Fraisse de la Cour de Cassation[844] qui réaffirment la suprématie de la Constitution au sein de l'ordre juridique interne.

470. Le droit communautaire s'avère plus complexe, dans la mesure où, en son sein il faut distinguer le droit communautaire primaire ou originaire qui répond à une intégration semblable à la Convention européenne des droits de l'homme, du droit communautaire dérivé. Celui-ci est introduit en droit interne par le biais de l'article 88-1 de la Constitution qui dispose que : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le

[842] Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

[843] Conseil d'Etat, Assemblée, du 30 octobre 1998, 200286 200287, publié au recueil Lebon : « Considérant que si l'article 55 de la Constitution dispose que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie", la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que le décret attaqué, en ce qu'il méconnaîtrait les stipulations d'engagements internationaux régulièrement introduits dans l'ordre interne, serait par là même contraire à l'article 55 de la Constitution, ne peut lui aussi qu'être écarté »

[844] Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 2 juin 2000, 99-60.274, Publié au bulletin : « Attendu, ensuite, que l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 a valeur constitutionnelle en ce que, déterminant les conditions de participation à l'élection du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie et prévoyant la nécessité de justifier d'un domicile dans ce territoire depuis dix ans à la date du scrutin, il reprend les termes du paragraphe 2.2.1 des orientations de l'accord de Nouméa, qui a lui-même valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution ; que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté »

fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007[845] » et dont le Conseil constitutionnel a tiré une « exigence constitutionnelle[846] » de transposition des directives communautaires, les règlements, pour leur part, s'imposent directement dans l'ordre interne. De surcroît, la Cour de justice de l'Union européenne a posé, dans son arrêt Costa contre Enel du 15 juillet 1964[847], le principe de la primauté du droit communautaire qui « commande aux autorités d'un État membre de ne pas appliquer une règle nationale contraire au droit communautaire.[848] » En l'espèce, il ne s'agit pas d'ordres juridiques distincts puisque tant la Cour de justice de l'Union européenne en 1964, que le Conseil constitutionnel en 2004[849] ont reconnu que les ordres communautaire et national sont liés par un rapport d'intégration.

471. La deuxième distinction tient, par conséquent, à la détermination de la fondamentalité au sein de chacun de ces systèmes juridiques. Pour se faire, il faut aborder quatre hypothèses successives. Premièrement, la fondamentalité est un concept unique, elle est la même dans chacun des trois ordres. Deuxièmement, la fondamentalité est duale, c'est-à-dire qu'il existe une fondamentalité conventionnelle et une fondamentalité propre aux ordres intégrés (national et communautaire réunis).

[845] Article 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 33

[846] 10 juin 2004 - Décision n° 2004-496 DC *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* Recueil, p. 101 - Journal officiel du 22 juin 2004, p. 11182 « 7. Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : " La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences " ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne »

[847] CJUE, affaire 6-64, Costa contre E.N.E.L, 15 juillet 1964

[848] La primauté du droit communautaire : « Ce principe commande aux autorités d'un État membre de ne pas appliquer une règle nationale contraire au droit communautaire. Dégagé par la Cour de justice dans les années 1960, il demande aux autorités de préférer le droit communautaire au droit national, quelle que soit la nature de la norme communautaire en question et quelle que soit celle du droit national visé (en particulier la constitution nationale est soumise au principe de primauté) », source http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14548_fr.htm

[849] 19 novembre 2004 - Décision n° 2004-505 DC *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* Recueil, p. 173 - Journal officiel du 24 novembre 2004, p. 19885 : « 11. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; que le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »

Troisièmement, la fondamentalité est duale mais elle se décline en une opposition entre fondamentalité interne et fondamentalité externe, commune à l'ordre conventionnel et communautaire. Quatrièmement, la fondamentalité est triple, au sens où, chaque ordre développe son propre concept.

472. L'examen de ces hypothèses, s'il s'avère quelque peu fastidieux, a une double vocation. D'une part, il souligne la complexité des relations qui peuvent se développer entre des ordonnancements juridiques différenciés. D'autre part, il met en relief le rôle que peut jouer cette notion entre les différents ordres juridiques. En effet, plus le nombre de définitions de la fondamentalité est réduit et plus elle s'inscrit comme un vecteur de convergence entre lesdits systèmes. Or, de l'étude des rapports entre l'ordre interne, l'ordre communautaire et l'ordre conventionnel, il ressort que la fondamentalité ne peut être comprise selon un sens unique et que nous pouvons observer un recul de ce concept en droit interne contrairement à la convergence croissante des systèmes communautaire et conventionnel sur ce que sont les libertés fondamentales comme en témoignent les alinéas 2 et 3 de l'article 6 du traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009 qui précisent : « 2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités. 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.[850]»

473. Ainsi, nous nous proposons d'aborder la fondamentalité en tant que critère imparfait de convergence tenant au sens de la notion, dans un paragraphe premier, avant de mettre en exergue le phénomène de concurrence qu'induit la notion entre les juridictions de droit interne et de droit externe.

[850]Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, journal officiel C 306, 17 décembre 2007, p. 135

§1 – Une convergence imparfaite autour de la notion de fondamentalité

474. La fondamentalité peut être appréhendée comme un vecteur de convergence entre les différents systèmes de droit, dans la mesure où, la protection des libertés de la personne apparaît comme le but tant des juridictions nationales que des juridictions externes. Chaque juridiction se présente comme le gardien des droits fondamentaux de la personne. S'agissant des juridictions de droit interne, Yves Mény met en perspective l'apport du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat à la matérialisation juridique des principes notamment contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et souligne la contribution essentielle des juridictions précitées à l'effectivité des libertés : « Les droits fondamentaux dans la tradition constitutionnelle française ne remontent pas à 1958 mais à 1789 (quitte à oublier leurs racines plus profondes pour un instant). Pendant longtemps ils sont restés, pour partie des voeux pieux, pour partie mis en oeuvre à travers des législations spécifiques (en particulier de 1875 à 1914) ou à travers la jurisprudence du Conseil d'Etat. Contrairement au coup d'Etat qui renverse l'ordre constitutionnel des choses, le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 1971 a fait passer les droits fondamentaux de la rhétorique révolutionnaire à l'effectivité en tant que normes de référence suprêmes.[851] »

475. S'agissant des cours de droit externe, Frédéric Sudre souligne le fait que « la Convention européenne des droits de l'homme fournit le modèle le plus achevé de cette protection juridictionnelle des droits de l'homme, liant l'ordre public européen des droits de l'homme à un juge ayant une compétence obligatoire[852] » c'est-à-dire que la protection des droits fondamentaux est l'objet unique de la Cour européenne des droits de l'homme. Concernant la Cour de justice de l'Union européenne, bien que le modèle communautaire de garantie des droits fondamentaux demeure « très imparfaite[853] » selon Frédéric Sudre, il n'en demeure pas moins que, depuis l'arrêt Stauder[854], la Cour de justice de l'Union européenne n'a cessé de renforcer la protection communautaire des droits fondamentaux, comme en témoigne l'arrêt dit Oméga du 14 octobre 2004 qui, selon Eric Carpano, « révèle même une tendance à

[851] MENY Yves, Révolution constitutionnelle et démocratie, Chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie, Communication, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[852] SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 491

[853] SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 491

[854] CJUE, 12 novembre 1969, Erich Stauder c/ Stadt Ulm, aff. 29/69, Rec. p. 419

l'approfondissement et à l'expansion du système communautaire de protection des droits fondamentaux qui marque, pas à pas, son emprise croissante sur les différents systèmes juridiques nationaux.[855] »

476. Il existe une influence entre ces différentes juridictions, et pour certains auteurs, comme Joël Andriantsimbazovina, c'est sous l'effet de l'influence des Cours européennes que le Conseil constitutionnel a consacré la notion de droits fondamentaux : « Chronologiquement, l'européanisation progressive de la protection des droits fondamentaux en France a probablement incité le Conseil constitutionnel à utiliser tardivement la formule « droits fondamentaux de valeur constitutionnelle.[856] » Toutefois, les rapports des juridictions autour de ce concept ne peuvent se limiter à une approche linguistique. Comme le souligne Denys de Béchillon dans ses propos relatifs aux contrôles exercés sur l'applicabilité de la loi nationale : « qu'on le veuille ou non, dans l'espace européen, cinq catégories de juges se disputent aujourd'hui le pouvoir de contrôler la loi française : 1. le conseil constitutionnel, qui a reçu l'office d'en examiner la constitutionnalité par voie d'action ; 2. les juges judiciaires et administratifs, qui se sont l'un et l'autre reconnu la compétence utile pour en examiner la conventionnalité internationale, originaire et dérivée, sur le fondement de l'article 55 de la constitution ; 3. la cour de justice des communautés européennes et la cour européenne des droits de l'homme, qui peuvent être amenées de manière plus ou moins immédiate à en examiner l'adéquation aux traités dont elles ont respectivement la garde.[857] » Cette remarque du Professeur De Béchillon est également valable pour la fondamentalité. Aujourd'hui, cinq juges différents se disputent la maîtrise de la protection des libertés fondamentales. Si cette multiplication des protections juridictionnelles de la fondamentalité s'avère dans les faits : « plus complémentaire que concurrente[858] », une « disharmonie des « choses jugées[859] » » doit être envisagée.

[855] CARPANO Eric, Droits fondamentaux et libertés communautaires de circulation : brèves remarques sur le développement du système communautaire de protection des droits fondamentaux, *Petites affiches*, 17 juin 2005 n° 120, p. 22

[856] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ?, *RFDA*, 2002, p. 124

[857] DE BECHILLON Denys, Conflits de sentences entre les juges de la loi, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°96, 2001, p.107

[858] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ?, *RFDA*, 2002, p. 124

[859] DE BECHILLON Denys, Conflits de sentences entre les juges de la loi, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°96, 2001, p.107

En effet, la protection accordée aux droits de la personne n'est pas divergente d'un système de droit à l'autre, comme nous l'explique Bruno Genevois : « Bien que s'inscrivant dans des cadres institutionnels distincts, les systèmes de protection mis en oeuvre respectivement par le juge constitutionnel et par les instances internationales ne font pas apparaître, et c'est heureux, de contradictions.[860] » Cette homogénéité du degré de protection découle du fait que les systèmes internes et externes reposent sur une idéologie libérale commune celle de l'Etat de droit, sur « un socle commun de valeurs objectives » selon Henri Labayle, dont la part protection des libertés prend le pas sur la dimension strictement démocratique de la notion. C'est le normativisme, élément caractérisant l'Etat de droit, qui peut être un facteur explicatif de cette multiplication des instruments de protection des droits de la personne. Walter Leisner détaille cette relation entre normes et Etat de droit en matière de Liberté : « les normes c'est la porte étroite de la légalité. Il y a un vide rempli par l'application, mais ses contours sont fixés avec tant de précision que le « risque de la norme appliquée » devient calculable pour la Liberté, que celle-ci peut prévoir ses limites, s'évader au besoin.[861] » Or, la multiplication des niveaux normatifs rend l'application de la norme supportant la fondamentalité de moins en moins calculable. Ce défaut de prévisibilité conduit : « non pas une simple divergence d'appréciation jurisprudentielle, dans l'absolu, sur le sens ou la portée de telle ou telle disposition, mais bien un conflit entre des obligations juridiques directement imposées à l'État par les dispositions normatives des sentences rendues contre lui par un tribunal investi du pouvoir de le condamner.[862] »

477. En d'autres termes, l'existence du concept de fondamentalité peut conduire à déstabiliser le système juridique, dans la mesure où, l'incertitude sur son sens, alimentée par des divergences de jurisprudences entre différents systèmes de droit, qui à défaut d'être contradictoires ne sont pas pour autant semblables, ne serait-ce que parce qu'il ressort : « de la comparaison du libellé des engagements internationaux et des normes de valeur constitutionnelle, que certains principes ont leur fondement dans

[860] GENEVOIS Bruno, Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport présenté par la délégation française à la IXe conférence des Cours constitutionnelles européennes. (Paris, 10-13 mai 1993), *RFDA*, 1993, p. 849

[861] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 67

[862] DE BECHILLON Denys, Conflits de sentences entre les juges de la loi, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°96, 2001, p.107

des stipulations précises de ces engagements, sans avoir leur pendant sur le plan constitutionnel[863] », entretient une convergence des systèmes autour de la notion de fondamentalité plus artificielle que réellement concrète.

478. Aussi, nous nous proposons d'étudier ce phénomène en nous intéressant à la multiplication des éléments de protection (A) avant de voir en quoi cette dernière masque des divergences profondes entre les systèmes (B).

A - La multiplication des éléments juridiques de protection liés à la fondamentalité

479. La protection des libertés de la personne ne s'inscrit plus dans une seule perspective de droit interne. La mondialisation touche aussi la sphère juridique et elle se traduit en matière de fondamentalité par la mise en place de systèmes cumulatifs de protection des droits fondamentaux. La justification de cette accumulation d'instruments protecteurs des libertés fondamentales nous est donnée par Robert Badinter : « l'universalité des droits de l'homme légitime ainsi la démarche qui consiste à compléter la garantie des droits par une construction intellectuelle et juridique dépassant le seul cadre étatique. Plus que légitime, la protection internationale des droits de l'homme est une nécessité dès lors que l'Etat n'est pas infaillible. Il a certes pour mission la garantie des droits, mais lorsqu'il ne parvient pas à satisfaire complètement cette mission, qu'il est défaillant, voire menaçant pour les libertés fondamentales, alors le secours doit être trouvé ailleurs, dans l'application de normes internationales, au besoin par les juridictions internationales.[864] » La reconnaissance de la fondamentalité au sein de différents systèmes de droit est donc la résultante de cette complémentarité des protections. Lorsque le système interne viole les libertés fondamentales et ne peut réparer son erreur, les systèmes externes agissent comme des correcteurs.

480. Il existe une complémentarité des systèmes de protection, dans la mesure où, les systèmes externes sont conçus comme des palliatifs au asystème interne. En France, cette complémentarité est d'autant plus marquée que le Conseil constitutionnel n'agit

[863] GENEVOIS Bruno, Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport présenté par la délégation française à la IXe conférence des Cours constitutionnelles européennes. (Paris, 10-13 mai 1993), *RFDA*, 1993, p. 849

[864] BADINTER Robert, La mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux, CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 123

pas en tant que cour suprême. Les violations non sanctionnées par les Cours suprêmes que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, notamment lorsqu'elles sont le résultat d'une application de la loi, tombent sous la coupe des Cours de droit externe et notamment de la Cour européenne des droits de l'homme puisque la personne ne dispose pas d'un accès direct à la Cour de Luxembourg. Bruno Genevois envisage la relation entre ces différents éléments de protection comme ayant « un caractère cumulatif et non successif.[865] »

481. Cependant, la question prioritaire de constitutionnalité a modifié cette perspective puisque le constituant a voulu introduire un ordre d'examen des questions en matière d'atteinte aux libertés en privilégiant l'examen de constitutionnalité avec comme espoir exprimé par Clémentine Kleitz que « La QPC (…) » « permette aux avocats de (re)découvrir les trésors (parfois cachés) de la Constitution.[866] » Au caractère cumulatif des protections s'ajoute le critère successif que la Cour de cassation a dénoncé dans ses arrêts du 16 avril 2010 : «Après avoir fait obstacle, par deux arrêts sibyllins, au renvoi de deux premières QPC au Conseil constitutionnel, voici qu'elle cherche à obtenir de la Cour de justice de l'Union européenne l'invalidation de la règle, posée par le législateur organique, de l'examen prioritaire des questions de constitutionnalité, en vue d'atteindre cette nouvelle voie de droit en son cœur.[867] » La situation apparaît quelque peu paradoxale, dans la mesure où, il semble que dans le système français la fondamentalité supranationale est supplantée la fondamentalité constitutionnelle à tel point, que le constituant, qui tente de trouver un palliatif à cette perte d'efficacité du texte constitutionnel vis-à-vis de la fondamentalité externe, soit contredit par l'une des juridictions suprêmes plus encline à faire prévaloir la fondamentalité supranationale.

482. Or, comme le souligne Etienne Picard : « il n'importe pas, sur le plan formel où nous nous plaçons ici, que les droits fondamentaux ainsi consacrés dans l'ordre supranational se retrouvent généralement, en substance, dans l'ordre constitutionnel. Car, sur ce plan formel, même s'ils s'y retrouvent, ils demeurent différents. Au point

[865] GENEVOIS Bruno, Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport présenté par la délégation française à la IXe conférence des Cours constitutionnelles européennes. (Paris, 10-13 mai 1993), *RFDA*, 1993, p. 849

[866] KLEITZ Clémentine, Nouvelle jeunesse pour la Constitution*, Gazette du Palais*, 25 février 2010, n° 56, p. 3

[867] ROUX Jérôme, QPC et droit de l'Union européenne : la Cour de cassation ouvre la boîte de Pandore, *Petites affiches*, 31 mai 2010, n° 107, p. 7

d'ailleurs que rien n'empêche que, même identiquement dénommés par leur objet, ils ne présentent pas exactement le même contenu dans un ordre et dans l'autre[868] », c'est-à-dire que la fondamentalité n'est pas la même d'un système à l'autre. L'ordre d'examen des questions de droit soulevées par une partie au litige ne résout pas la difficulté de la cohérence de l'articulation des systèmes de droit. En matière de fondamentalité, cette problématique est cruciale car, en tant que fondements de l'Etat de droit, les normes liées à la fondamentalité doivent être caractérisées au moins par leur prévisibilité et leur stabilité à défaut de l'être par leur intangibilité. Mais si un même droit, de surcroît qualifié par différents systèmes de fondamental, ne répond pas à la même réalité juridique, cette exigence de sécurité juridique n'est plus respectée et la notion même d'Etat de droit est remise en question.

483. La multiplication des instruments de protection conduit ainsi à une illusion dangereuse, celle qui consiste à croire que la quantité est nécessairement synonyme de qualité. La QPC a vocation à permettre « de renforcer l'État de droit et la protection des libertés.[869] » Pourtant certains auteurs, comme Jean-Claude Groshens, dénoncent « tout l'échafaudage procédural évoqué paraît plus être dans sa complexité l'expression d'une désarticulation de la société juridique de son mode de fonctionnement, de l'inadaptation de ses institutions aux principes qu'elle affiche, que d'une construction en cours de chantier.[870] »

484. En enlevant la référence à la fondamentalité au sein de l'article 61-1 de la Constitution, nous avons pu penser, à l'instar de Pierre Bon : « On saura gré à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 d'avoir remplacé la formule « libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution » par la formule « droits et libertés que la Constitution garantit ». Cela évite en effet que l'on se pose la question de savoir si, au sein des droits et libertés proclamés par la Constitution, il y en a qui seraient fondamentaux et d'autres qui ne le seraient pas[871] », que la principale difficulté tenant à la détermination du domaine d'application de la QPC était ainsi écartée. Toutefois, le

[868] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[869] Discours de Jean-Louis DEBRÉ, Président du Conseil constitutionnel , 1er mars 2010, cérémonie à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[870]GROSHENS Jean-Claude, L'exception d'inconstitutionnalité un chantier difficile, à propos du Conseil constitutionnel, *RDP*, 20 septembre 0501, n°3, 1er mai 2009, p. 588

[871] BON Pierre, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA,* 2009, p. 1107

rejet de la fondamentalité n'a pas résolu le problème de la coexistence des systèmes de droit dont la protection des droits fondamentaux est devenue la raison d'être. Le maintien d'une non définition de ce qu'est la fondamentalité conforte cette situation de malaise car nous sommes en présence de deux situations contradictoires. D'une part, les différents systèmes utilisent le même vocabulaire pour désigner des réalités juridiques différentes. D'autre part, les différents systèmes utilisent un vocabulaire distinct mais, dans les faits, les domaines de compétences se recoupent.

485. La multiplication des instruments juridiques consacrant la fondamentalité peut conduire à une instabilité du droit des libertés car sous couvert d'un même terme, les juridictions font référence à des réalités juridiques différentes de manière plus ou moins consciente, ce qui sous-tend que la convergence des systèmes juridiques autour de la notion de fondamentalité est en partie artificielle.

B - Une convergence artificielle des systèmes juridiques

486. La multiplication des instruments de protection des droits fondamentaux n'est pas nécessairement synonyme d'une meilleure efficacité de la notion de fondamentalité. Ce constat peut être étayé par le fait que cette diversification conduit selon Emmanuel Dreyer à un « émiettement[872] » des droits fondamentaux qui se matérialise par « une augmentation du nombre des droits concernés qui ne méritent pas toujours leur qualification[873]. » Cette remarque s'applique en particulier au droit communautaire avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a acquis force juridique par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009. L'apport de cette Charte à une diffusion efficace de la fondamentalité est très contesté. Emmanuel Dreyer met en relief que certains droits consacrés par ce texte ne peuvent pas être considérés comme des droits répondant au qualificatif « fondamental », « dire que tous ces droits sont fondamentaux revient à dire que ce sont des droits comme les autres, qui peuvent être invoqués largement et restreints sans hésitation[874] » ce qui sous-tend l'idée que pour cet auteur la notion de fondamentalité induit une hiérarchie

[872] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[873] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[874] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

entre les droits. Or, la Charte contient une énumération de droits qui n'ont pas de dénominateur commun, c'est-à-dire qu'ils ne concourent pas tous, par exemple, à la protection du concept de dignité humaine présenté comme la matrice de tous les droits fondamentaux. La Charte aborde la fondamentalité selon une perspective strictement positiviste, au sens où, sont fondamentaux les droits reconnus comme tels par le texte de la Charte. Cette approche semble a priori en contradiction avec le postulat posé dans le préambule du texte : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité[875] », toutefois, elle correspond à la volonté des rédacteurs de la Charte qui, selon Jacqueline Dutheil de la Rochère, était de rendre plus visible les droits déjà existant au sein de l'Union : « ce n'est pas jouer avec les droits fondamentaux que d'accroître leur visibilité, à condition bien sûr de ne pas multiplier les ambiguïtés, notamment juridiques.[876] » Aussi, la Charte des droits fondamentaux s'inscrit dans le cadre du développement communautaire de la fondamentalité comme nous l'explique Florence Benoît-Rohmer : « en recensant les droits fondamentaux dont le respect s'impose à l'Union, la Charte a dressé un catalogue des droits fondamentaux existants et propres à l'Union, destiné à « ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union ».[877] »

487. Cette approche de la fondamentalité met en lumière la dimension stratégique de la fondamentalité. En effet, au-delà du recensement de droits préexistants à la rédaction de la Charte, on a le sentiment que ce texte a pour première vocation de « renforcer la légitimité de l'Union en rapprochant les citoyens de la construction communautaire dont ils ont parfois du mal à percevoir les enjeux et la finalité.[878] » Nous assistons à une utilisation de la fondamentalité non pas dans une perspective juridique mais dans une perspective avant tout politique. La difficulté, en l'espèce, est qu'une fois encore la fondamentalité, en tant que concept juridique, n'est pas définie. Entre la volonté

[875] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 216

[876] DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline, L'Europe a-t-elle besoin d'une charte des droits fondamentaux ?, *Gazette du Palais*, 08 juin 2000, n°160, p.5

[877] BENOÎT-ROHMER Florence, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1483

[878] BENOÎT-ROHMER Florence, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1483

affichée dans le préambule de se référer à une définition « essentialiste » c'est-à-dire qui « intègre les valeurs dans la définition des droits fondamentaux[879] » et le résultat normativiste de la rédaction, il existe un problème de cohérence juridique. Une fois encore, le producteur normatif ne choisit pas entre les logiques formelle et substantielle, il essaie de réunir ces dernières sans réellement y parvenir. Le blocage réside dans le fait que le producteur de la norme se refuse à établir une hiérarchie normative. Or, sans cette hiérarchie, l'intérêt juridique d'avoir recours à la notion de fondamentalité s'estompe et laisse la place à un intérêt de nature politique lié à la légitimation d'un système politique. Mais, dans ce cadre, la fondamentalité n'est plus un concept juridique.

488. Cette ambiguïté sur la nature de la fondamentalité est présente dans le corps de la jurisprudence constitutionnelle. Dans sa décision 92-308 DC, le Conseil constitutionnel ne révèle pas de différence entre l'expression « droits fondamentaux » employée dans le paragraphe 2 de l'article F du traité sur l'Union européenne et celle de « droits et libertés des citoyens[880] » que le juge constitutionnel emploie dans le considérant 18 de la décision. Cette assimilation de concepts est présente dans plusieurs décisions émanant de l'examen, sur la base de l'article 54 de la Constitution, de la constitutionnalité d'engagements internationaux. Ainsi, dans la décision 98-408 DC[881], le Conseil constitutionnel ne voit pas obstacle constitutionnel à ce que la France accepte de se placer sous la juridiction d'une juridiction internationale ayant vocation à garantir : « les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine »

[879] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ?, *RFDA*, 2002, p. 124

[880] 09 avril 1992 - Décision n° 92-308 DC *Traité sur l'Union européenne* Recueil, p. 55 - Journal officiel du 11 avril 1992, p. 5354 « 18. Considérant que les stipulations du paragraphe 2 de l'article F, conjuguées avec l'intervention des juridictions nationales statuant dans le cadre de leurs compétences respectives, sont à même de garantir les droits et libertés des citoyens ; qu'à cet égard, l'engagement international soumis au Conseil constitutionnel ne porte pas atteinte aux règles et principes de valeur constitutionnelle »

[881] 22 janvier 1999 - Décision n° 98-408 DC *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 24 janvier 1999, p. 1317 « 12. Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international ; que les engagements souscrits à cette fin peuvent en particulier prévoir la création d'une juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées, et compétente pour juger les responsables de crimes d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ; qu'eu égard à cet objet, les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer »

notamment en raison de l'alinéa 14 du préambule de 1946 selon lequel : « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix[882] » avant de rappeler « que l'autorisation de ratifier un traité doit être précédée d'une révision de la Constitution lorsque ce traité contient une clause contraire à la Constitution, met en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.[883] » Après avoir assimilé dans sa décision du 9 avril 1992, les droits fondamentaux aux droits et libertés des citoyens, le Conseil semble utiliser de manière synonyme les formulations de « droits fondamentaux » et de « droits et libertés constitutionnellement garantis. » En l'espèce, il invalide cet engagement international uniquement en raison de dispositions du traité portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Dans sa décision relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe[884], le Conseil examine les dispositions de la Charte des droits fondamentaux et il conclut à la conformité de ce texte à la Constitution notamment parce que « ni par le contenu de ses articles, ni par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, la Charte n'appelle de révision de la Constitution.[885] » Dans ces différentes décisions, aucune attention particulière n'est portée sur le concept même de droits fondamentaux ni par le juge constitutionnel, ni par la doctrine comme en témoigne ce commentaire de la décision du 9 avril 1992 par Bruno Genevois dont les propos mettent en exergue le fait que le Conseil constitutionnel insiste sur la garantie juridictionnelle des droits de la personne, mais n'évoquent pas les difficultés liées à cette assimilation de concepts : « La décision commentée ne manque pas de le relever (Cf. considérant n° 17) tout en soulignant que la Cour de Luxembourg est appelée à intervenir notamment à la suite d'actions en justice engagées à l'initiative des particuliers. Semblable motivation est en harmonie avec l'idée selon laquelle « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits » est nécessaire à la

[882] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

[883] Commentaire de la décision n° 99-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°7,* janvier à septembre 1999, p. 30

[884] 19 novembre 2004 - Décision n° 2004-505 DC *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* Recueil, p. 173 - Journal officiel du 24 novembre 2004, p. 19885

[885] 19 novembre 2004 - Décision n° 2004-505 DC *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* Recueil, p. 173 - Journal officiel du 24 novembre 2004, p. 19885

construction européenne (CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Los, Rec.,* p. 3). N'est pas non plus omis le rôle des juridictions nationales « statuant dans le cadre de leurs compétences respectives » (Cf. considérant n° 18), formule qui figurait déjà dans la décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986 (considérant n° 6 relatif à l'application de l'article 55 de la Constitution, *Rec.,* p. 135, cette *Revue* 1987.120).[886] » Nous retrouvons ici l'idée d'une présomption de fondamentalité. Le juge semble utiliser des concepts distincts par la forme mais semblables par le fond.

489. Cette convergence substantielle tend à se matérialiser sous la forme d'une acceptation des droits fondamentaux comme renvoyant aux droits bénéficiant d'une protection européenne ou internationale. Ainsi, apparaît une scission dans la définition donnée des droits fondamentaux, notamment par Louis Favoreu, selon laquelle, ils correspondent à « tous les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales.[887] » La jurisprudence constitutionnelle peut être interprétée comme distinguant les droits fondamentaux qui bénéficient d'une protection européenne ou internationale et les droits et libertés constitutionnellement garantis ou les droits et libertés des citoyens qui eux bénéficient d'une protection constitutionnelle. Mais cette hypothèse est difficilement vérifiable, dans la mesure où, dans les propos du Secrétaire général du Conseil constitutionnel Marc Guillaume, cette distinction n'est pas présente : « Compte tenu de la proximité entre la protection constitutionnelle des droits fondamentaux et la protection qui résulte des traités relatifs aux droits de l'homme (conventions du Conseil de l'Europe ou de l'ONU).[888] »

490. La convergence entre les systèmes de droit autour de la notion de fondamentalité peut être considérée comme artificielle, dans la mesure où, l'absence de définition de la notion entretient l'idée d'une convergence qui n'est pas nécessairement conforme à la réalité. Il est des cas où la convergence est importante, au sens où, un droit est défini et protégé de la même manière dans le système interne et dans les systèmes externes,

---

[886] GENEVOIS Bruno, Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *RFDA*, 1992, p. 373

[887] L. Favoreu *et alii*, Droit constitutionnel, 3e éd., Dalloz, 2000, p. 812, n° 1218 cité dans ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ?, *RFDA*, 2002, p. 124

[888] Intervention de Marc GUILLAUME, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, 19 février 2010, « La question prioritaire de constitutionnalité », source http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf

notamment grâce au contrôle de conventionnalité comme nous l'explique Joël Andriantsimbazovina : « Plus généralement, s'il n'a pas pour unique et exclusive fonction de protéger les droits fondamentaux européens et internationaux, le contrôle de conventionnalité exercé par les juridictions ordinaires contribue grandement à assurer une telle protection y compris contre la loi.[889] » Pour autant, le flou entretenu entre les différentes expressions utilisées, notamment par les juridictions, semble être le signe que cette convergence est précaire et qu'elle n'a vocation qu'à dissimuler une certaine concurrence entre les juridictions internes et les Cours de droit externe.

§ 2 Une concurrence entre les juridictions de droit interne et externe

491. La fondamentalité peut être une source de développement d'une relation de concurrence entre les juridictions parce qu'elle est un concept qui appartient à plusieurs ordres normatifs donc elle est interprétée par différentes juridictions : « pourtant certains conflits de libertés semblent se doubler d'une concurrence entre juges. Les droits fondamentaux sécrètent ce type d'oppositions dans la mesure où ils peuvent recevoir leur consécration de plusieurs ordres juridiques et, au sein d'un même ordre juridique, de juges différents.[890] » Cette rivalité n'a pas nécessairement de conséquences négatives pour la personne comme le souligne Joël Andriantsimbazovina : « ne pouvant choisir entre les deux faces de la protection des droits fondamentaux, on peut préférer les deux car elles ne sont que les deux faces de la même médaille.[891] »

492. La recherche de la convergence peut avoir des effets plus pernicieux pour les libertés qu'une concurrence assumée. Emmanuel Dreyer met l'accent sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la détermination d'une marge d'appréciation laissée aux Etats : « Lorsque les Etats paraissent très divisés, elle leur abandonne une marge d'appréciation importante en se contentant d'un contrôle formel sur les conditions dans lesquelles ils appliquent la Convention. En revanche, lorsqu'elle estime qu'une tendance se dessine, elle y voit un signe de l'interprétation à

[889] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ?, *RFDA*, 2002, p. 124

[890] DORD Olivier, La notion de libertés publiques, Libertés publiques ou droits fondamentaux, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, mai-juin 2000, La documentation française, p. 14

[891] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ?, *RFDA*, 2002, p. 124

donner et se croit, en conséquence, autorisée à exercer un contrôle plus étroit sur les décisions nationales pour éviter que les Etats ne s'en écartent. C'est une logique statistique, et non plus une démarche éthique, qui est alors à l'œuvre.[892] » En d'autres termes, la complémentarité des contrôles marque le pas devant la recherche d'un consensus. Alors que la fondamentalité supranationale devrait agir comme un palliatif aux défaillances du système interne de protection des droits fondamentaux, elle est mise à mal dans sa portée par l'exigence d'une acceptation nationale de nature politique ou sociale. Nous assistons à une détermination de la fondamentalité supranationale par la fondamentalité telle qu'elle résulte notamment de l'interprétation des juges nationaux, ce qui fait que la première peut être appréhendée comme le résultat de la combinaison de la fondamentalité au niveau national : « la Cour européenne prétend enregistrer les évolutions des peuples d'Europe et faire évoluer son droit en conséquence : elle ne les guide pas ; elle les suit, avec plus ou moins de bonheur.[893] »

493. Cette approche de la concurrence du juge national vers le juge externe peut avoir des incidences positives. Ainsi, au niveau communautaire, c'est sous l'impulsion des Cours constitutionnelles allemande et italienne que la Cour de justice de l'Union européenne a développé une jurisprudence protectrice des droits fondamentaux comme nous l'explique Laurence Burgorgue-Larsen : « incitée par les juges constitutionnels allemand et italien à combler la carence originelle du système communautaire, la Cour de justice des Communautés (…) commença par utiliser la technique des principes généraux du droit communautaire afin de pouvoir se déclarer compétente pour protéger les droits fondamentaux.[894] » Cet exemple illustre une utilisation de la fondamentalité en tant que moyen de pression, de contrainte d'une juridiction sur une autre juridiction. Dans ce cas, la fondamentalité agit comme le vecteur d'une contrainte qui s'exerce « tant sur les destinataires que sur le producteur

[892] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[893] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[894] BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Libertés fondamentales*, Paris, collection pages d'amphi, Montchrestien, 2003, pp. 87-88

de la contrainte.[895] » En effet, lorsqu'une juridiction reconnaît un droit comme fondamental, elle impose sa qualification, avec plus ou moins d'efficience selon sa position institutionnelle, aux autres juridictions mais elle se contraint elle-même dans la mesure où il lui sera très difficile de revenir sur son interprétation sans prendre le risque d'être désavouée dans son rôle de gardienne des libertés. Nous percevons ici tout l'intérêt pour les juridictions d'aborder la fondamentalité comme une notion relative. Lorsque le Conseil constitutionnel qualifie la liberté individuelle de plusieurs qualificatifs distincts, droit fondamental ou principe fondamental reconnu par les lois de la République, ou encore l'emploi sans aucun qualificatif, il garde la maîtrise du choix de la qualification ou au contraire de la non qualification. La stratégie du juge s'incarne dans cette volonté de garder le contrôle de sa marge de liberté interprétative. Le recours à la fondamentalité offre un choix au juge que la qualification, par exemple, normative n'offre pas. Ce choix s'incarne dans la portée de la liberté. Lorsque le juge qualifie une liberté de fondamentale, il lui confère une importance certaine, et même si ce caractère n'est que relatif, il aura une influence sur l'ensemble de la structure juridique. Il essaie de renforcer son emprise sur la structure juridique car comme le souligne Michel Troper, le juge n'est pas un agent isolé : « Un juge, même suprême, ne peut éviter de tenir compte des interprétations possibles ou probables données par d'autres autorités juridictionnelles et de façon plus générale des réactions des autres autorités juridictionnelles ou non juridictionnelles.[896] »

494. Le phénomène concurrentiel entre les juridictions de droit interne et de droit externe repose sur ce mécanisme d'influences réciproques avec comme volonté de faire entendre sa voix au milieu d'une structure juridique de plus en plus complexe. Le développement de l'Etat de droit qui prône qu'« une réconciliation de l'individu et de l'Etat passe par le droit[897] » a conduit à l'essor de ce que le Professeur Picard

[895] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, TROPER Michel, Proposition pour une théorie des contraintes juridiques, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 19

[896] TROPER Michel, La liberté de l'interprète, *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg, source http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge3.html

[897] REDOR Marie-Joëlle, De l'état légal à l'état de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiscite française (1879-1914), Paris, Economica – Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1992, pp. 372-328 (extraits), dans CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 28

dénomme un « contrôle de fondamentalité[898] » c'est-à-dire un contrôle juridictionnel conduisant à l'interprétation de la règle juridique « dans le sens qui permet à ce droit fondamental de prévaloir, voire de la neutraliser à proportion : à une atteinte ponctuelle et incidente doit correspondre une sanction ponctuelle et incidente.[899] » Or, ce contrôle de fondamentalité doit, pour être pleinement efficace, être ouvert à toutes les juridictions quelle que soit leur place au sein de la structure juridique et quel que soit leur ordre juridique. C'est en raison du développement de ce contrôle de fondamentalité qu'une concurrence peut être observée entre les juridictions.

495. Nous étudierons tout d'abord la mise en place de ce contrôle de fondamentalité et la concurrence qui en découle (A) avant de constater que ce contrôle connaît un recul notamment au profit de notions telles que l'identité constitutionnelle (B).

A- Une concurrence fondée sur le contrôle de fondamentalité

496. Le contrôle de fondamentalité a vocation à transcender les distinctions qui peuvent exister en droit interne entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. Evoqué par Etienne Picard s'agissant du contrôle exercé par les juridictions ordinaires - « il faut donc tenir compte de ces données et consentir à ce qu'un contrôle de fondamentalité puisse encore s'exercer au niveau de l'application de la loi. Il ne s'agit pas d'admettre un contrôle aboutissant à sanctionner, en tant que telle, l'inconstitutionnalité de la loi et qui en tirerait les conséquences applicables au niveau du juge constitutionnel (…). Mais, lorsqu'il apparaît que telle loi, même si elle a déjà franchi favorablement ce contrôle, comporte des implications qui conduiraient, dans telles circonstances particulières ayant pu ne pas se révéler lors du contrôle a priori, à méconnaître tel droit dont la fondamentalité ressort des différents éléments à prendre en compte, il faut reconnaître aux juridictions ordinaires le pouvoir - qu'elles ont en réalité toujours exercé sous d'autres formes, mais sans le faire formellement apparaître - de ne pas appliquer telle quelle une disposition de la loi[900] »-, le contrôle de fondamentalité consiste en un contrôle de nature substantielle. Il repose sur le présupposé selon lequel les systèmes juridiques ont pour point de convergence la

[898] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[899] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[900] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

protection des droits fondamentaux. Denys De Béchillon met en perspective cet effet de convergence matérielle: « les droits fondamentaux, les normes de références du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité des lois au fond sont à peu près les mêmes.[901] » En partant de ce postulat, certains auteurs, comme Joël Andriantsimbazovina, prônent que ce contrôle de fondamentalité soit exercé par toutes les juridictions sous la coupe du juge constitutionnel afin d'assurer et de maintenir une harmonisation des jurisprudences avec comme objectif une meilleure protection des droits fondamentaux en évitant les dérives d'une surprotection donnant lieu à une montée de l'individualisme synonyme d'émiettement des libertés fondamentales : « Elle permettrait cependant de concilier le souci de mieux protéger les droits fondamentaux et la volonté de maintenir et de développer la cohérence de l'ordre juridique français intégré dans une constellation d'ordres juridiques et juridictionnels, au sein d'un espace juridique européen. Cette conciliation est d'autant plus nécessaire qu'une surprotection des droits fondamentaux risque de provoquer une dilatation de l'individualisation dans l'Etat de droit[902]. » Le contrôle de fondamentalité aurait vocation à mettre en cohérence l'articulation des différents contrôles existant en plaçant le Conseil constitutionnel au centre de ce dispositif, en tant que régulateur de ces rapports. Opposé à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité stricto sensu, le Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, a évoqué les évolutions du contrôle de constitutionnalité vers un contrôle de fondamentalité dans son intervention du 6 juin 2008 : « le Conseil n'a pas à assurer une mission juridictionnelle qui n'est pas la sienne mais que, d'une part, son contrôle de constitutionnalité s'apparentera de plus en plus à un contrôle de fondamentalité et que, d'autre part, ce contrôle devra être toujours mieux pris en compte par les autres juridictions françaises.[903] »

497. Si la mise en œuvre du contrôle de fondamentalité n'est pas formellement réalisée, le Conseil constitutionnel n'ayant pas renoncé à sa jurisprudence du 15 janvier 1975[904]

[901] DE BECHILLON Denys, De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire, Malaise dans la Constitution, *RFDA*, 1998, p. 225

[902] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ?, *RFDA*, 2002, p. 124

[903] DEBRE Jean-Louis, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, Intervention de M. Jean-Louis DEBRÉ, Président du Conseil constitutionnel, Lors du colloque organisé par l'Association française de droit constitutionnel, le 6 juin 2008 au Conseil constitutionnel, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[904] 15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671

instaurant une distinction entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité, il n'en demeure pas moins que les juridictions exercent déjà, chacune dans leur ordre respectif, un contrôle qui fait prévaloir les droits fondamentaux y compris lorsque ces derniers ne sont pas consacrés au sein même de leur propre ordonnancement juridique. Cela se vérifie au niveau du contrôle de conventionnalité, dans la mesure où, par le biais de ce contrôle, le juge administratif concurrence directement le Conseil constitutionnel dans son rôle de gardien des libertés de la personne : « le juge administratif intervient en la matière, par le biais du contrôle de conventionnalité, comme un concurrent direct du Conseil constitutionnel. Pis, ce dernier est même désormais dépassé dans son domaine de prédilection, en tant que gardien des libertés, étant entendu que certains droits importants consacrés au plan international n'ont pas d'équivalent dans le bloc de constitutionnalité français.[905] »

498. Mais cette concurrence se développe également entre les juges internes et les juges externes, dans la mesure où, les droits fondamentaux apparaissent comme l'élément commun des différents systèmes de droit. Ces derniers sont axés autour de la notion d'Etat de droit, ils sont conditionnés par une idéologie libérale. Jacques Chevallier souligne cette standardisation du droit des libertés dûe à cette concurrence des juridictions, chacune protégeant à son niveau les droits fondamentaux : « en dépit de la diversité des traditions politiques, le bloc des droits fondamentaux comporte désormais, notamment sous l'influence du processus d'internationalisation, sensiblement les mêmes aspects d'un pays à l'autre[906]. » Cette convergence, source de concurrence, résulte du développement de l'Etat de droit dont la fondamentalité est l'un des piliers avec la démocratie : « l'accent est mis à nouveau sur la conception de l'Etat de droit héritée de la Révolution française, sous-tendue par la démocratie et les droits de l'homme.[907] » Or, dans les ordres juridiques européens, l'apport de la démocratie à la réalisation de l'Etat de droit n'est que peu développé. Le système conventionnel repose sur la ratification de traités donc il n'implique pas directement les citoyens, tandis que le système communautaire, bien qu'ayant accru depuis le traité de Maastricht la notion de citoyenneté européenne, souffre d'un déficit démocratique

[905] BAILLEUL David, Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ?, *RFDA*, 2003, p. 876

[906] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 106

[907] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 96

chronique. Les citoyens ne participent qu'à la désignation des membres du Parlement européen qui a essentiellement un pouvoir législatif exercé en co-décision avec le Conseil de l'Union européenne. Par conséquent, les juridictions de droit externe se sont attachées à la protection des droits fondamentaux laissant de côté le volet démocratique de l'Etat de droit. Elles ont assuré leur assise institutionnelle en développant une légitimité libérale qui se distingue de la légitimité démocratique, en ce qu'elle est uniquement issue de la faculté de l'institution à protéger les libertés de la personne.

499. Face à cette montée en puissance de la protection des droits fondamentaux par les Cours de droit externe, les juridictions nationales, et en particulier les Cours constitutionnelles, ont choisi d'user de nouveaux concepts afin de garantir leur marge de liberté interprétative. En effet, le développement d'un contrôle externe de fondamentalité influence nécessairement les juridictions de droit interne qui doivent respecter les décisions tant de la Cour de justice de l'Union européenne que de la Cour de Strasbourg. Celles-ci ont les moyens de contraindre les juridictions nationales à respecter leur interprétation de la fondamentalité notamment en condamnant les Etats à de lourdes sanctions financières. Il nous faut faire le lien avec les propos de Jacques Meunier pour lequel : « il faut renoncer à voir les compétences comme des attributs figés. Pour le stratège, une compétence est certes d'abord un moyen, mais elle constitue aussi pour son titulaire (…) un but à atteindre. C'est plutôt un espace à conquérir, un bastion à partir duquel de nouvelles avancées pourront s'opérer.[908] » La concurrence entre les juridictions s'incarne dans la lutte pour l'exercice de cette compétence qu'est la protection des droits fondamentaux. La maîtrise de la fondamentalité apparaît comme un moyen d'exister vis-à-vis des autres juridictions mais également vis-à-vis des pouvoirs politiques qui eux bénéficient d'une légitimité démocratique, c'est-à-dire « que les gouvernants ont été mis en place par un libre choix des gouvernés, à l'issue d'élections disputées.[909] »

500. Cependant, dans le cadre de cette concurrence, si une juridiction arrive à s'affirmer comme l'institution la plus efficace en matière de protection des droits fondamentaux,

[908] MEUNIER Jacques, Contraintes et stratégie en droit constitutionnel, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 191

[909] TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 18

les autres doivent trouver de nouveaux moyens de s'affirmer. L'accroissement de la protection des libertés fondamentales par la Cour de justice de l'Union européenne et par la Cour européenne des droits de l'homme, a poussé les juridictions nationales en particulier constitutionnelles à défendre leur identité constitutionnelle.

B- Un recul du contrôle de fondamentalité

501. Le contrôle de fondamentalité peut avoir des conséquences institutionnelles qui dépassent largement la garantie du respect des droits fondamentaux. Rupert Scholz souligne l'importance de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande dit « Solange » au processus d'unification de l'Union européenne autour de la notion de fondamentalité : « Par le passé déjà, la jurisprudence de la CCF relative à l'intégration européenne a été extrêmement importante pour le processus d'unification de l'Europe. C'est ainsi que la CCF a exigé très tôt de la Communauté européenne un niveau de protection des droits fondamentaux comparable à celui garanti par la Loi fondamentale, acceptant uniquement à cette condition de renoncer à contrôler les actes communautaires et leur compatibilité avec les droits fondamentaux nationaux (voir la jurisprudence dite « Solange », BVerfGE 37, 271 sq. et 73, 339 sq.)[910] » Soutenue dans sa démarche par la Cour constitutionnelle italienne qui, dans son arrêt dit « Frontini Pozzani » du 27 décembre 1973, pose le principe selon lequel : « il faut exclure que ces limitations (…) puissent, de quelques manières, comporter, pour les institutions de la CEE, un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnels ou les droits inaliénables de la personne humaine[911] », la Cour constitutionnelle allemande a réussi à influencer l'Union européenne et notamment la Cour de Luxembourg qui a progressivement garanti de manière très efficace les droits fondamentaux.

502. Or, le développement de la protection communautaire des droits fondamentaux, dont la Charte des droits fondamentaux constitue selon Valérie Michel « la

[910] SCHOLZ Rupert, Analyse de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 relative au traite de Lisbonne, Les conséquences du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne, discussion entre experts, 7 septembre 2009, Paris, Konrad-Adenauer-Stiftung et Fondation Robert Schumann, p. 29

[911] BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Libertés fondamentales*, Paris, collection pages d'amphi, Montchrestien, 2003, p. 81

consolidation[912] », a privé les juridictions nationales d'un moyen de pression sur la cour communautaire. En effet, puisque le système communautaire protège aussi bien les droits fondamentaux que les systèmes nationaux, il n'est plus possible pour les juridictions constitutionnelles de garder la main en la matière en faisant au besoin échec à l'application du droit communautaire. Au-delà de la souveraineté des Etats, il est question de l'indépendance des cours constitutionnelles par rapport à la Cour de justice de l'Union européenne. Plus le constitutionnalisme européen se développe et plus les juges constitutionnels nationaux se voient contraints dans leur interprétation de suivre les décisions de la Cour de Luxembourg.

503. Pour résister à l'impact grandissant de la CJUE, les Cours constitutionnelles ont développé un raisonnement en deux temps. Anne Levade nous explique que les cours constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne ont toutes suivi un raisonnement presque analogue : « Réaffirmant que la Constitution est au sommet de l'ordre juridique interne et qu'ils en sont les uniques gardiens et interprètes authentiques, les juges constitutionnels ont ainsi reconnu l'existence d'un ordre juridique spécifique européen dont la Cour de justice est interprète et gardien.[913] » Le Conseil constitutionnel a repris ce mode de raisonnement à son compte. Dans sa décision du 10 juin 2004, il pose le principe selon lequel : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution.[914] » La primauté du droit communautaire est reconnue sauf à ce qu'elle porte atteinte à une disposition du texte constitutionnel, ce qui revient à dire qu'en tant qu'interprète authentique de la Constitution, le juge constitutionnel se réserve un moyen de faire obstacle au droit communautaire. En juillet 2006, le Conseil constitutionnel abandonne la formule de « disposition constitutionnelle expresse » pour lui préférer l'expression relativement subjective de « principe inhérent à l'identité

[912] MICHEL Valérie, La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux, CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 67

[913] LEVADE Anne, Analyse de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 relative au traite de Lisbonne, Les conséquences du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne, discussion entre experts, 7 septembre 2009, Paris, Konrad-Adenauer-Stiftung et Fondation Robert Schumann, p. 44

[914] 10 juin 2004 - Décision n° 2004-496 DC *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* Recueil, p. 101 - Journal officiel du 22 juin 2004, p. 11182

constitutionnelle de la France.[915] » Ces principes qui « succèdent à la formule, inutilement réductrice et peu explicite, initialement retenue en 2004, selon laquelle il ne pourrait être fait obstacle à l'exigence constitutionnelle[916] » ne sont toujours pas définis par le juge constitutionnel. Si plusieurs pistes sont évoquées : « la plupart des commentateurs semble considérer qu'y figurerait, à n'en pas douter, le principe de laïcité, dont le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs jugé utile de définir l'étendue à l'occasion de la décision relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe. Le Président de la République, dans son allocution d'ouverture à ce colloque, suggérait d'y ajouter le droit de grève et la notion de service public[917] », le doute demeure sur cet ensemble de principes qui pourraient faire échec à la primauté donc à l'application du droit communautaire.

504. L'exemple français nous montre une perte d'intérêt pour le contrôle de fondamentalité qui n'apparaît plus comme le moyen privilégié de faire respecter le droit national par l'Union européenne. L'enjeu, en l'espèce, réside dans la mise en place d'un jeu d'influences réciproques de l'Union vers les Etats mais également des Etats vers l'Union. Cette prise en compte des Etats membres est présente en matière de fondamentalité puisque l'article 6 du Traité de Lisbonne affirme que « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux[918].»

505. Précurseur dans la revendication d'une influence nationale vers le droit communautaire, le Tribunal de Karlsruhe a, par son arrêt du 30 juin 2009[919], marqué sa volonté si ce n'est de résister au développement du droit communautaire au moins

[915] 27 juillet 2006 - Décision n° 2006-540 DC *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* Recueil, p. 88 - Journal officiel du 3 août 2006, p. 11541

[916] LEVADE Anne, Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[917] LEVADE Anne, Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[918] Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, journal officiel C 306, 17 décembre 2007, p. 135

[919] Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Cour de Karlsruhe) au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne, par M. Hubert Haenel, enregistré à la Présidence du Sénat le 26 novembre 2009, source http://www.senat.fr/rap/r09-119/r09-119_mono.html

d'encadrer celui-ci. Antje Von Ungern-Sternberg nous démontre que, sur la base de l'article 23 alinéa 1 phrase 1 de la Loi fondamentale[920], la Cour constitutionnelle examine : « si le niveau démocratique de l'Union européenne est « adéquat ». (…) Ainsi, la Cour peut développer sa jurisprudence et notamment établir un filtre procédural comme celui approuvé à l'égard de la protection des droits fondamentaux.[921] » En d'autres termes, après avoir poussé l'Union européenne à s'investir dans la protection des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale invite l'Union européenne à renforcer son caractère démocratique. Michel Fromont nous précise que « l'examen du respect de la démocratie revient dans ce cas à examiner le respect de la souveraineté nationale, puisque seul le peuple allemand est considéré comme détenteur d'un pouvoir souverain.[922] » Le caractère démocratique de l'Etat allemand fait partie intégrante des principes constituant l'identité constitutionnelle allemande. Or, cette définition substantielle de ce que peut être l'identité constitutionnelle pourrait soulever des difficultés insolubles mises en évidence par le Professeur Levade : « Que l'on songe un instant aux conséquences concrètes. En faisant reproche à l'Union de ne pas répondre à l'adage « un homme, une voix » qui, au nom du principe de dignité serait seul susceptible de donner corps à la démocratie, la Cour dénie durablement, voire définitivement, aux institutions européennes toute aptitude démocratique, sauf à plaider en faveur d'une surreprésentation des Etats membres les plus peuplés tandis que les moins peuplés seraient peu ou pas représentés. Par ailleurs, comment admettre qu'un Etat revendique au titre de son identité propre un caractère qui fonde l'Union tout entière, étant entendu qu'il est à la fois, aux termes des traités dans leur version issue du traité de Lisbonne, valeur de l'Union (art. 2 TUE), condition à l'adhésion d'un Etat (art. 49 TUE) et fondement du fonctionnement de l'Union (art. 10 TUE). De même encore, sauf à accepter que chaque Etat puisse donner sa propre définition de la démocratie, réduisant ainsi la communauté de valeurs à l'apparence, comment imaginer que la

[920]Article 23 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits « Article 23 [L'Union européenne] (1) Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. » source http://mjp.univ-perp.fr

[921] VON UNGERN-STERNBERG Antje, l'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ?, *RDP ,* 20 octobre 0101 n° 1, 1er janvier 2010, p. 171

[922] FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP* , 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

Cour de justice puisse, le cas échéant, faire application de sa jurisprudence Omega sans admettre que l'Allemagne puisse être « plus » ou « mieux » démocratique que les autres Etats membres ![923] »

506. L'Etat de droit en ce qu'il conduit à la « sacralisation du juge investi du rôle de « gardien des valeurs »[924] », développe un contexte propice à la concurrence entre les juridictions. Le contrôle de fondamentalité est l'un des moyens de cette concurrence. Toutefois, les systèmes juridiques en Europe sont de plus en plus efficaces dans la protection des droits fondamentaux. Aussi, dans la lutte d'influences qui les oppose, les juges constitutionnels tentent d'imposer le respect de la démocratie, autre pilier de l'Etat de droit longtemps délaissé, en supplétif à la détermination et à la protection de la fondamentalité.

507. Ce renouvellement de position peut être un des facteurs qui explique pourquoi le Conseil constitutionnel n'utilise plus la fondamentalité que dans le cadre de l'article 34 de la Constitution ou des PFRLR. Cependant, en partant du postulat selon lequel « les droits fondamentaux apparaissent eux-mêmes, en leur principe, nécessairement fondateurs[925] » combiné à l'affirmation posée par Anne Levade selon laquelle : « En sa qualité d'interprète authentique et de gardien de la Constitution, c'est au Conseil constitutionnel qu'il revient de préserver son identité en mettant, s'il y a lieu, en évidence ceux des principes et règles constitutifs du noyau dur constitutionnel indérogeable[926] », nous pourrions assister à une utilisation du contrôle de fondamentalité non plus comme un instrument de convergence matérielle mais, à l'inverse, comme un moyen de résistance substantielle aux avancées communautaires. A défaut d'être une source explicite de conflits entre les ordres de juridictions, le contrôle de fondamentalité se traduirait comme une source implicite d'influences. La montée en puissance de la figure juridictionnelle et de la protection des droits fondamentaux qui peut être interprétée comme témoignant « d'une inflexion de la

[923] LEVADE Anne, Analyse de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 relative au traite de Lisbonne, Les conséquences du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne, discussion entre experts, 7 septembre 2009, Paris, Konrad-Adenauer-Stiftung et Fondation Robert Schumann, p. 49

[924] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 130

[925] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[926] LEVADE Anne, Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

logique démocratique[927] » ne serait-elle pas en train de redonner tout son sens à la démocratie ? En pointant du doigt le déficit démocratique de l'Union européenne, la Cour constitutionnelle fédérale ne pose-t- elle pas les prémisses d'une nouvelle vision du droit, appelée de ses vœux, par exemple, par Bertrand Mertz : « c'est remettre le droit à sa vraie place qui est celle d'un simple moyen au service d'un pouvoir politique démocratique contrôlé.[928] »

[927] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 131

[928] MERTZ Bertrand, *L'Etat de droit en accusation, La démocratie a-t-elle encore un avenir dans l'Etat de droit ?*, Paris, éditions Kimé, 1996, p. 107

Chapitre 2 : Une complexification de la production normative

508. Le principe de la hiérarchie des normes conditionne la cohérence de la production normative. Comme nous l'indique Hans Kelsen : « on a déjà évoqué à maintes reprises cette particularité que présente le droit de régler lui-même sa propre création.[929] » Par conséquent, à chaque étage de la pyramide correspondent deux acteurs. L'un est le créateur effectif du droit, le pouvoir constituant originaire ou dérivé pour le niveau constitutionnel ou encore le législateur pour la loi. L'autre est le garant du respect par les normes inférieures de l'intégrité de son niveau normatif, le juge constitutionnel pour le niveau constitutionnel, le juge de la légalité, Conseil d'Etat, pour le niveau législatif. Ces deux acteurs ont une influence sur la production de la norme, au sens où leur office est complémentaire. Le créateur a un pouvoir de décision sur l'existence de la norme, tandis que le juge a un pouvoir d'interprétation sur le sens de cette dernière. Ces deux fonctions sont indissociables car sans norme pas de juge, et, sans juge pas d'effectivité de la norme. Mais cette relation est parfois remise en question, notamment, dans le cadre de la prise en compte de la jurisprudence comme source du droit. Le Professeur Zenati, nous détaille la situation de ce rapport en droit français : « Celle qui est dominante en France voit dans le droit une règle. Il y a là une première difficulté, car le jugement, fondement de la jurisprudence, est ce qui ressemble le moins à une règle. A chercher une règle dans la jurisprudence, on a les meilleures chances de ne pas l'y trouver. Celle-ci se définit comme l'ensemble des jugements, le jugement plus exactement, en ce qu'accomplir un acte juridictionnel (digne de ce nom) c'est délibérer, et donc faire acte de prudence[930]. »

509. Cependant, la fondamentalité ne s'inscrit qu'imparfaitement dans ce cadre théorique de la production normative hiérarchisée en raison de deux facteurs. D'une part, pour reprendre l'expression du Professeur Picard, la fondamentalité ne « s'épuise dans aucune norme formelle.[931] » En d'autres termes, aucun niveau normatif n'a l'exclusivité de la production de la fondamentalité. Ainsi, coexistent une

[929] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. De Charles Eisenmann, 1962, réédition 1999, Coll. La pensée juridique, L.G.D.J – Bruylant, p. 224

[930] ZENATI Frédéric, Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 359

[931] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

fondamentalité supraconstitutionnelle, une constitutionnelle et enfin une fondamentalité infraconstitutionnelle. En raison, de l'organisation structurée du droit, cela induit que chacune de ces manifestations de la fondamentalité connaît des créateurs et des juges distincts. Ce concept participe à un enchevêtrement des différents systèmes de droit.

510. D'autre part, cette notion conduit à la prise en considération d'un nouvel acteur dans le processus de production normative qui est la personne juridique. En raison de l'indétermination textuelle du concept, la personne dans son rôle de requérant va tenter, par sa requête, d'influencer le contenu du droit. Cet argument peut être étayé par la place donnée par le constituant au requérant dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a posteriori. Le lien entre fondamentalité et requérant est explicite dans le système allemand, à l'article 93 (1) alinéa 4a de la Loi Fondamentale de 1949[932], ou espagnol, à l'article 53 alinéa 2 de la Constitution de 1978[933]. En France, cette reconnaissance du pouvoir d'impulsion juridictionnelle du requérant relatif à la détermination de la fondamentalité a eu lieu de manière progressive.

511. Premièrement, par la consécration, à partir de la décision du 15 janvier 1975[934] du Conseil constitutionnel, de l'exercice par les juges ordinaires d'un contrôle de conventionnalité de la loi qui a permis aux requérants de faire obstacle à l'application d'une loi[935] portant atteinte à leurs droits fondamentaux supranationaux. Ce contrôle se place dans le cadre d'une reconnaissance supranationale de la fondamentalité.

---

[932] Article 93 [Compétences de la Cour constitutionnelle fédérale] « (1) La Cour constitutionnelle fédérale statue : 4a. sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 ; » Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, du 23 mai 1949, source http://mjp.univ-perp.fr/constit/de.htm

[933] « Article 53 : 2. Tout citoyen peut réclamer la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre II devant les tribunaux ordinaires, selon une procédure prioritaire et abrégée et, le cas échéant, au moyen du recours en garantie des droits devant la Cour constitutionnelle. Ce dernier recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30. » Constitution espagnole du 27 décembre 1978, source http://mjp.univ-perp.fr/constit/de.htm

[934] 15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671

[935] Conseil d'Etat, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 5 janvier 2005, 257341, publié au recueil Lebon « Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ; Considérant cependant, que pour la mise en oeuvre du

512. Deuxièmement, en 2000, avec la mise en œuvre de la procédure du référé-liberté. Cette procédure invite le requérant à se prononcer sur la fondamentalité d'une liberté, puisque cette qualité constitue l'une des trois conditions de recevabilité de la demande. Cette procédure se place dans le cadre d'une reconnaissance infraconstitutionnelle de la fondamentalité nonobstant les difficultés que cette terminologie peut soulever comme le souligne Bernard Pacteau : « la mise en cause d'une « liberté » et d'une liberté qui soit fondamentale, terme d'allure floue ou ambiguë mais qui conduisent nécessairement à réserver ce référé à la fois à la sauvegarde des droits d'autonomie d'action et de comportement plutôt que des droits à un service ou une prestation, et à des libertés d'importance essentielle eu égard à leur source, leur nature et leur fondement, selon une démarche forcément stricte, mais pas forcément restrictive, compte tenu aussi de l'aspect, de la forme et du degré dans lequel cette liberté est revendiquée.[936] » .

513. Troisièmement, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008[937] complétée par la loi organique du 10 décembre 2009[938] relative à la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), consacre « un droit nouveau au citoyen en lui permettant de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution[939] ». Ainsi, le succès du nouveau dispositif repose en grande partie sur l'intérêt des requérants pour leurs droits constitutionnels donc il fait écho à la notion de fondamentalité constitutionnelle. Nous retrouvons cette volonté dans les propos de Dominique Rousseau relatifs à la QPC : « un instrument à la disposition des justiciables et de leur avocat pour défendre concrètement, pratiquement et au quotidien les droits fondamentaux qui sont le cœur de la démocratie, la « garantie des citoyens », disait Benjamin Constant.[940] »

---

principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article ; Considérant toutefois, que, contrairement à ce que soutient la requête n° 257534, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Conseil européen le 7 décembre 2000 et reprise dans un acte inter-institutionnel publié le 18 décembre 2000 est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales ; »

[936] PACTEAU Bernard*, Manuel de contentieux administratif*, Paris, P.U.F, 2006, p. 250

[937] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

[938] Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

[939] Discours de Jean-Louis DEBRE, Président du Conseil constitutionnel, Conférence des Bâtonniers, 22 janvier 2010, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[940] ROUSSEAU Dominique, Vive la QPC ! La quoi ?, *Gazette du Palais*, 26 janvier 2010 n° 26, p. 13

514. Cette évolution en trois phases des relations entre la personne et la fondamentalité traduit le rapport complexe de la démocratie française à cette notion. Dans les trois hypothèses sus évoquées, la reconnaissance de la fondamentalité passe par une demande du requérant. Sous cette impulsion, le juge français a pu accroître son rapport à la fondamentalité ce qui a des conséquences tant au niveau de la production des normes fondamentales que sur la portée réelle de cette notion.

515. Par conséquent, il nous a paru opportun, dans une section première, de nous attacher à démontrer en quoi la diversité du concept entraîne une inversion de la logique verticale de la création normative, avant de nous pencher, dans une seconde section, sur le phénomène de multiplication des producteurs de droit que la fondamentalité entraîne.

Section 1 : Une inversion de la logique verticale[941]

516. La fondamentalité apparaît ne pas correspondre au modèle kelsénien du droit articulé autour d'une logique hiérarchisée, impliquant que les normes inférieures doivent, pour être contraignantes, respecter tant sur la forme que sur le fond les normes qui leur sont supérieures. Aussi, comme le précise le Professeur Picard : « C'est donc en considérant le droit positif tel qu'il se présente avec ses droits fondamentaux, et en cherchant ce qu'il en révèle, que l'on aperçoit progressivement qu'il nous dit autant des droits fondamentaux que ceux-ci nous disent du droit.[942] »

517. La fondamentalité ne s'inscrit qu'imparfaitement dans le schéma positiviste qui s'organise en unités conceptuelles liées par un rapport hiérarchique. Elle transcende les catégories normatives établies. Elle est commune à plusieurs niveaux hiérarchiques et à plusieurs ordres juridiques. En effet, en refusant de poser une définition textuelle du concept, le constituant laisse subsister un doute sur ce qu'est la fondamentalité et chacun peut alors tenter d'apporter sa contribution à la détermination de cette notion. Nous pouvons sur ce point citer le Professeur Verpeaux qui, s'agissant des PFRLR, indique que : « il faut préciser que ce sont les saisines parlementaires qui ont suggéré

[941] Voir annexe n°3

[942] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

au Conseil qu'il reconnaisse en matière de justice pénale des mineurs, un principe fondamental reconnu par les lois de la République.[943] »

518. La définition de la fondamentalité n'apparaît pas encadrée et cette carence nuit à la cohérence du concept. Il est difficile de cerner ce qui relève de la fondamentalité. Cette indétermination conditionne nécessairement la relativité de la notion. La qualification de « fondamentale » n'est pas constante. Une liberté peut être considérée comme fondamentale dans un cas d'espèce et non dans un autre. Un exemple caractéristique de cette relativité est la liberté individuelle. Qualifiée par le Conseil constitutionnel dans la décision 93-325 DC de liberté fondamentale[944], cette dernière est également un PFRLR[945], une liberté publique[946] ou encore elle peut être appliquée sans être expressément rattachée à une catégorie juridique précise.[947] Si cette inconstance découle de l'incertitude tenant à la définition de la notion, elle induit une multiplication des recours à la notion. En d'autres termes, puisqu'un doute existe quant au sens du concept, chacun des acteurs de la sphère juridique tente d'apporter sa

[943] VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

[944] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722 : « 3. Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés »

[945] 12 janvier 1977 - Décision n° 76-75 DC *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 13 janvier 1976, p. 344 : « 1. Considérant que la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 »

[946] 22 avril 1997 - Décision n° 97-389 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* Recueil, p. 45 - Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271 : « 17. Considérant que la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur, d'une part, d'assurer la conciliation entre cet objectif de nature constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figure la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile et, d'autre part, de permettre à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur a entendu assurer cette conciliation »

[947] 22 avril 1997 - Décision n° 97-389 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* Recueil, p. 45 - Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271 : « 44. Considérant que le dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que " la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement " ; qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que les méconnaissances graves du droit au respect de leur vie privée sont pour les étrangers comme pour les nationaux de nature à porter atteinte à leur liberté individuelle »

pierre à l'édifice de la détermination de la fondamentalité. C'est en ce sens que le fondamentalité nuit à la logique verticale ou hiérarchique du droit puisqu'elle ne la respecte qu'imparfaitement. Comme le précise le Professeur Picard, la fondamentalité peut conduire à des dysfonctionnements de la logique verticale basée sur la hiérarchie formelle du droit : « Mais, au fond, c'est la hiérarchie substantielle qui opère, soit par le canal de cette hiérarchie formelle, soit en dehors d'elle, voire à son encontre le cas échéant. Aujourd'hui, il apparaît qu'elle pourrait aussi déstructurer la hiérarchie formelle.[948] »

519. Pour vérifier cet effet déstructurant de la fondamentalité, il nous faut nous intéresser aux présupposés d'une création normative démocratique (§1), avant de constater que cette notion conduit à des dysfonctionnements (§2).

§ 1 - Les présupposés d'une création normative démocratique

520. La création normative démocratique est la résultante de la conjonction de deux théories que sont la séparation des pouvoirs telle que théorisée par Montesquieu et la hiérarchie des normes telle que conceptualisée par Hans Kelsen. De cette double influence, découle une hiérarchie duale à la fois des pouvoirs et des normes. A chaque niveau normatif correspond un pouvoir qui est subordonné au pouvoir et au niveau normatif qui lui est supérieur. Or, dans les faits, ces deux organisations ne répondent pas nécessairement à la même logique.[949]

521. Dans la Constitution, il n'apparaît pas de réelle hiérarchie verticale entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Chacun a, en vertu notamment des articles 34 et 37 de la Constitution, des domaines de création normative définis. Il s'agit d'une relation horizontale entre les pouvoirs mais qui débouche sur une relation verticale des normes édictées. Si le règlement se doit de respecter la loi, ce principe doit être nuancé s'agissant des réglements pris en application de l'article 37 de la Constitution, le pouvoir législatif ne peut empiéter sur les prérogatives du pouvoir exécutif. La fin de

[948] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[949]« si la hiérarchie des normes repose, comme son intitulé l'indique, sur la verticalité des rapports entre les règles de droit, la séparation des pouvoirs n'inclut pas forcément ce type de relations entre les organes exécutifs, législatifs et juridictionnels. Sans pouvoir parler d'horizontalité de fait entre les pouvoirs, elle est souvent théoriquement prévue, au sens d'une spécialisation et d'une indépendance organiques et fonctionnelles. » DEPUSSAY Laurent, Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs, *RDP*, 20 juillet 0301 n° 2, 1 mars 2007, p. 421

la souveraineté parlementaire, à partir de 1958, a placé sur un pied d'égalité les deux pouvoirs de nature politique. Seule l'autorité juridictionnelle apparaît en retrait.

522. Cependant, cette conception théorique est démentie car le pouvoir législatif, en raison notamment du fait majoritaire ou encore de l'inversion du calendrier électoral dans le cadre de la réforme du quinquennat, se trouve inféodé à la volonté du pouvoir exécutif.[950] De plus, le développement de l'Etat de droit conduit à la montée en puissance d'un troisième pouvoir, celui de la figure juridictionnelle. Il ne se place plus dans une unique posture d'application des textes émanant des autorités politiques comme l'indique Olivier Schrameck : « nous ne sommes plus donc face à des serviteurs du pouvoir exécutif, nous sommes face à des acteurs du jeu institutionnel, dont d'ailleurs la vocation est d'entretenir des rapports, non seulement avec l'exécutif mais aussi avec le Parlement.[951] »

523. La nouveauté que met en exergue la fondamentalité est que le pouvoir juridictionnel tend à se placer au sommet de cet agencement des pouvoirs. L'Etat de droit est « supposé traduire une idée simple et bien connue, celle qui soumet l'Etat lui-même au respect de la règle, laquelle est à son tour élaborée ou modifiée dans le respect d'autres règles de valeur supérieure.[952] » Dans le cadre de cette définition, l'organisation des pouvoirs répond à une logique horizontale puisque ce sont les règles qui sont hiérarchisées et non leurs auteurs. Cependant, Guy Carcassonne souligne que cette définition de la notion a progressivement dérivé vers ce qu'il dénomme la « Société de droit dans laquelle toutes les activités humaines pourraient, voire devraient, être soumises au droit et encadrées par lui.[953] » Dans le cadre de cette déviance de l'Etat de droit, matérialisée par la « généralisation du champ de la norme [954]», le juge occupe

[950] « le Parlement est moins le législateur que le titulaire du pouvoir exécutif. Les assemblées mettent en forme la volonté que ce dernier exprime, sous le contrôle du Conseil constitutionnel » GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 637

[951] GAUDEMET Yves, Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck, *RDP* , 20 août 0101 n° 1, 1er janvier 2008, p. 3

[952] CARCASSONNE Guy, Société de droit contre Etat de droit, in l'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, pp. 37-40, dans CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, pp. 95-96

[953] CARCASSONNE Guy, Société de droit contre Etat de droit, in l'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, pp. 37-40, dans CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 96

[954] CARCASSONNE Guy, Société de droit contre Etat de droit, in l'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, pp. 37-40, dans CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 96

une place privilégiée, dans la mesure où, il a la maîtrise de l'interprétation juridictionnelle.

524. L'Etat de droit peut conduire à une relation conflictuelle entre les pouvoirs.[955] Appliquée de manière intégrale, la doctrine de l'Etat de droit conduit au retour à un pouvoir exécutif fort qu'aucun autre pouvoir ne peut réellement contrôler.[956]

525. Sans aller au terme de « l'auto-destruction » de la notion d'Etat de droit, il nous faut nous intéresser à l'impact de l'introduction de la fondamentalité en ce qu'elle est un pilier de cette dotrine, sur la production normative. Dans ce premier paragraphe, il nous faut poser les présupposés d'une production normative conforme tant à la protection des libertés qu'à la démocratie pour ensuite constater les modifications apportées par la fondamentalité. Aussi, nous allons comparer le rôle de chaque acteur de la sphère juridique, à savoir, le pouvoir politique institutionnalisé, le juge et la personne. Pour ce faire, nous verrons tout d'abord, la création normative du représentant du peuple au juge (A) avant de mettre en exergue que, dans le cadre d'une création normative démocratique, la personne n'a qu'un rôle passif (B).

A -Du représentant du peuple au juge

526. Les articles 2 et 3 de la Constitution[957] posent les bases de la production normative au sein de la Cinquième République. L'article 2 souligne le caractère démocratique du régime en affirmant : « Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. » Il est complété par l'article 3 qui précise les conditions de : « l'application du principe démocratique.[958] » Ce dernière article opère une conciliation entre les notions de souveraineté populaire et de souveraineté nationale.[959] Le choix du souverain détermine le producteur de la norme de droit. En France, on observe un double producteur. L'un agit de manière ordinaire, ce sont les représentants de la Nation, l'autre intervient de manière extraordinaire, c'est le peuple. Dans le cadre de ce duo, le juge n'intervient qu'en fin de processus lorsque la règle est posée. Le juge ordinaire a la fonction d'appliquer la loi tandis que le juge

[955]« l'absence de légitimité élective des juridictions a parfois conduit à opposer l'Etat de droit à la démocratie politique, expression des aspirations de la majorité. » TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 95

[956] « L'Etat de droit parfait se résoudra en négation absolue de tout genre de contrôle, dans un normativisme si parfait que seulement ses auteurs dans leurs cabinets ministériels sauront pénétrer son labyrinthe. » LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 76

constitutionnel a pour mission de contrôle le respect de la loi à la Constitution. Dans ce cadre, il se refuse à contrôler la constitutionnalité des lois référendaires au motif que celles-ci « adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.[960] »

527. La relation traduit une dimension verticale entre les producteurs de la norme et les juridictions. La France a eu du mal à rompre avec la pensée de Montesquieu pour lequel « si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi.[961] » La fondamentalité ne correspond pas à cette approche de la décision juridictionnelle. Son absence de définition empêche les juges qui l'emploient de la rattacher à un texte précis. Cette notion ne peut avoir de caractère rigide. La relativité de la notion place, au contraire, le juge dans une position de liberté vis-à-vis des textes juridiques.

528. Chez Montesquieu, la démocratie représentative se justifie en raison de la compétence technique que possèdent les représentants par rapport au peuple. Or, la fondamentalité échappe aux représentants. Si sa maîtrise relève d'une certaine technicité, elle met en lumière la compétence des magistrats et non celle des représentants élus. Dans le cadre de la démocratie moderne, on observe une double déviance. La première est mise en valeur par le Professeur Turpin : « le critère de la « compétence » qui avait justifié la mise à l'écart initiale du peuple au profit de ses représentants (…) se retourne aujourd'hui contre eux au profit du pouvoir exécutif.[962] » La seconde est mise en perspective par Christophe de Aranjo qui souligne que : « depuis que des Cours de droit public ont la faculté d'écarter une loi

---

[957] Articles 2 et 3 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits : « ARTICLE 2. Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. ARTICLE 3. La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

[958]FORMERY Simon-Louis, *La Constitution commentée article par article*, 8e édition, Paris, Hachette supérieure, 2004, p. 10

[959] « double démarche, double machine de guerre contre la souveraineté royale, qui cependant, ont conflué l'une vers l'autre à l'époque actuelle au point de mélanger leurs eaux » GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 206

[960] 06 novembre 1962 - Décision n° 62-20 DC *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* Recueil, p. 27 - Journal officiel du 7 novembre 1962, p. 10778

[961] MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 296

[962] TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 208

parlementaire au nom des droits fondamentaux de l'individu, on peut parler véritablement de « pouvoir » juridictionnel.[963] »

529. La création normative classique, dans le cadre démocratique, implique que les représentants parce qu'ils sont les plus aptes à porter les aspirations du peuple vont édicter des lois permettant la concrétisation de la volonté du souverain.[964] Une fois que la volonté du souverain est matérialisée sous la forme d'une règle juridique, le juge se doit de faire respecter cette volonté devenue une prescription obligatoire. Mais, progressivement, l'affirmation de la notion d'Etat de droit et de la fondamentalité, qui en est le produit, a modifié les termes de cette relation verticale. Le contrôle de constitutionnalité comme le contrôle de conventionnalité permettent aux juridictions de faire échec à l'application des désirs du souverain. Le juge constitutionnel peut annuler cette volonté a priori comme a posteriori et le juge ordinaire peut priver d'effets cette volonté dans un cas d'espèce. La dimension verticale de la relation s'atténue au profit de rapports horizontaux plaçant les différents acteurs sur un pied d'égalité. Certes, le pouvoir politique peut toujours s'opposer à la teneur des décisions juridictionnelles, comme ce fut par exemple le cas en 1993 par la loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre.

530. Toutefois, s'agissant de l'exercice du contrôle de conventionnalité, l'opposition du pouvoir politique apparaît plus difficile à mettre en œuvre. Après avoir consenti par traités à ce qu'un droit s'impose à lui, l'Etat n'a que peu d'emprise a posteriori sur les effets de l'application d'un engagement international. Il peut se retirer d'un traité mais les conséquences politiques d'un tel retrait peuvent le décourager de choisir cette option. Or, comme la fondamentalité émane principalement des engagements internationaux puisqu'elle n'est que peu présente dans le texte constitutionnel, elle constitue un véritable moyen pour le juge de contraindre la loi donc de soumettre la volonté du peuple souverain. Michel Crozier et Erhard Friedberg ont mis en valeur la notion de relation de pouvoir qui existe dans toute action organisée : « le pouvoir peut ainsi se repréciser comme une relation d'échange, donc réciproque, mais où les termes

[963] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 254

[964] « la nation a besoin d'organes pour exprimer voire créer sa volonté, de même d'ailleurs que pour l'exécuter » TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 200

de l'échange sont plus favorables à l'une des parties en présence[965]. » Appliquée à notre objet d'études, cette définition met en perspective l'évolution des rapports entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique. Ces rapports se caractérisent par un échange réciproque axé sur le sens et la portée de la norme. Les termes les « plus favorables » sont représentés par la maîtrise de la fondamentalité. Puisque l'Etat de droit est en partie fondé sur la protection des droits fondamentaux, l'acteur qui maîtrise cette protection prend un ascendant non négligeable sur les autres acteurs. « Cette promotion de la figure du juge[966] » entraîne une « transformation de la notion de démocratie [967]» donc une modification du processus de création normative qui repose désormais sur un paradoxe. Ce dernier s'incarne dans la distance entre le développement de la protection constitutionnelle des libertés et la prise en compte effective de la volonté du peuple.[968]

531. Cette modification des équilibres institutionnels entre le pouvoir politique institutionnalisé et le pouvoir juridictionnel a également des incidences sur la place occupée au sein de la sphère juridique par la personne.

B-Le rôle passif de l'individu

532. Dans le cadre de l'Etat de droit, la personne ne joue qu'un rôle restreint au sein de la production normative.[969] L'Etat de droit est pourtant centré sur la protection de

[965] CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, p. 69

[966] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 499

[967] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 487

[968] « Ce paradoxe tient à ce que le mouvement de revendication constitutionnelle n'est historiquement pas la traduction du pouvoir du peuple, alors même que la plupart des constitutions contemporaines, à l'exemple de la Constitution française (art. 2) ont fait leur «principe» du «gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple». Il en résulte que ce qui n'était, au XVIIIe siècle, qu'un instrument juridique de limitation du pouvoir politique et de protection des individus contre le pouvoir, le gouvernement constitutionnel, est désormais devenu synonyme de démocratie, parce qu'il postule l'institution du pouvoir politique par le peuple en corps. » PIERRE-CAPS Stéphane, Généalogie de la participation de tous aux affaires communes, *RDP*, 20 septembre 0101 n° 1, 1er janvier 2009, p. 151

[969] « la réconciliation de l'individu et de l'Etat passe par le droit, c'est-à-dire un ensemble de normes applicables à tous, organisées rationnellement, et à l'édiction desquelles l'individu n'a qu'une part accessoire » REDOR Marie-Joëlle, De l'état légal à l'état de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiscite française (1879-1914), Paris, Economica – Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1992, pp. 372-328 (extraits), dans CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 28

l'individu face à la majorité.[970] La personne prise dans son individualité n'a pas de rôle actif à jouer au sein de la démocratie dans la détermination de la norme juridique exception faite du cas des lois référendaires. Il y a donc un paradoxe dans la combinaison des deux dimensions de l'Etat de droit que sont la démocratie et la protection des droits fondamentaux. La démocratie conçoit la personne comme un « individu-citoyen » un « particulier qui statue sur le général (l'Etat)[971] » tandis que les droits fondamentaux « interviennent désormais dans des domaines préservés jusqu'alors des revendications individuelles.[972] »

533. La fondamentalité est le produit de l'Etat de droit et elle en constitue la légitimation. L'Etat de droit conduit, en apparence, à une objectivisation de la sphère juridique : « en cette « Troisième Rome » du droit les décisions ne sont plus acte de volonté individuelle, mais plutôt émanation d'une volonté générale antérieure qui se combine avec la volonté d'application aujourd'hui dans un résultat essentiellement dévolontarisé.[973] » Cette combinaison d'une volonté antérieure et de sa « dépolitisation » actuelle pour la faire entrer dans le format de l'Etat de droit est par exemple présente dans la consécration des PFRLR. Michel Verpeaux explique, qu'à leur sujet,« il ne peut y avoir ni innovation ni « découverte ».[974] » Les PFRLR apparaissent « prisonniers du passé.[975] » Ils préexistent à leur reconnaissance.

534. Dans l'ordre juridique interne, il ne peut y avoir de supra-constitutionnalité[976], contrairement à l'exemple allemand dans lequel la Cour constitutionnelle fédérale a

[970]« la garantie des droits de l'individu (le un) contre la volonté générale (le multiple) dans l'Etat de droit. » La consécration des droits fondamentaux s'inscrit en rupture par rapport à la conception classique de la loi démocratique qui tire sa légitimité du fait qu'elle est le produit « du plus grand nombre. » DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 256

[971] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 247

[972] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[973] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 66

[974] VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

[975] VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

[976] « l'existence de principes supra-constitutionnels est inconcevable au regard de la notion d'Etat de droit démocratique, qui représente la forme actuelle de l'ordre constitutionnel français » MATHIEU Bertrand, La supra-constitutionnalite existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités, *Petites affiches*, 08 mars 1995 n° 29, p. 12

jugé « que la substance des droits fondamentaux est hors d'atteinte du pouvoir constituant, même originaire, dans la mesure où ils sont indispensables au maintien d'un ordre juridique correspondant aux principes posés par l'art. 1 L.F. [977]» Ce qui peut apparaître comme la manifestation de l'Etat de droit en ce qu'elle garantit contre toute atteinte, y compris celle du pouvoir constituant, les droits fondamentaux est dénoncée par le Professeur Mathieu: « Certes la reconnaissance du caractère intangible de ces droits figure dans la constitution, mais le peuple n'est plus souverain car certaines normes sont placées hors de sa puissance, la souveraineté s'est alors épuisée, concernant ces dispositions, dans la rédaction du texte constitutionnel de 1949. Si l'histoire allemande peut expliquer ces précautions, la logique juridique, sauf à en appeler au droit naturel, n'y trouve pas vraiment son compte.[978] »

535. La fondamentalité, lorsqu'elle l'emporte sur la démocratie, au sein de l'Etat de droit peut être un vecteur de passivité de l'individu. Le normativisme, qui sous-tend le concept, conduit à une déshumanisation du droit en substituant au concept « d'homme » celui de personne juridique.[979] Jacques Chevallier met l'accent sur le fait que « l'Etat de droit conduit en fait à appréhender le monde social à travers le prisme de règles derrière lesquelles s'effacent les acteurs concrets.[980] » La fondamentalité appartient au domaine de l'abstrait, elle répond à une logique interne au système juridique. Si elle était appliquée concrètement, elle pourrait conduire le juge à substituer sa volonté à celle du peuple souverain qui n'aurait plus son mot à dire, les juridictions n'étant pas soumises à une responsabilité élective. La fondamentalité est une technique juridique, elle doit rester un effet de prévalence juridique et non conduire comme le sous-entend la supra-constitutionnalité à inféoder la volonté du souverain à des valeurs aussi louables soient-elles.

536. En France, l'absence de définition de la fondamentalité entraîne une modification de la logique verticale de la production de la norme. Le pouvoir politique

[977] MATHIEU Bertrand, La supra-constitutionnalite existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités, *Petites affiches*, 08 mars 1995 n° 29, p. 12

[978] MATHIEU Bertrand, La supra-constitutionnalite existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités, *Petites affiches*, 08 mars 1995 n° 29, p. 12

[979]« le droit fondamental retrouve peu ou prou le concept de liberté, à cette différence que la liberté n'est pas seulement celle de l'individu, mais celle de toute personne juridique » REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux*, C.R.D.F*, n°1, 2002, Université de Caen, p. 93

[980] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 140

institutionnalisé, producteur ordinaire du droit, se trouve concurrencé en la matière par la figure juridictionnelle ce qui, par ricochet, renforce le rôle de la requête donc de la personne partie à un litige.

§2 Les dysfonctionnements induits par la fondamentalité

537. La fondamentalité provoque des dysfonctionnements de la production normative. Elle est un vecteur de subjectivisation des normes[981] dont l'effet déstabilisant est dénoncé par le Doyen Carbonnier : « le pullulement des droits subjectifs est un facteur d'inflation du droit. [982]»

538. Les droits fondamentaux ont vocation, au sein de l'Etat de droit, à protéger les minorités contre les abus majoritaires. Toutefois, l'emprise de la fondamentalité sur la démocratie conduit à une « fragmentation du pouvoir au profit de groupements d'individus opposés et plus moins autonomes vis-à-vis du pouvoir politique.[983] » L'une des manifestations de cette fragmentation est la possibilité pour les personnes physiques comme morales de faire consacrer par une juridiction leurs droits fondamentaux. La fondamentalité peut être appréhendée comme un moyen de résistance des minorités à la voix de la majorité. Or, sur le long terme, cette approche de la fondamentalité s'avére destructurante pour la production normative. Le pouvoir politique institutionnalisé est concurrencé dans sa mission de production normative. En d'autres termes, la personne ne se tourne plus vers son représentant élu comme porte-parole de sa volonté mais vers le juge, perçu comme un moyen efficace d'obtenir satisfaction. La fondamentalité renforce la portée de la notion de garantie juridictionnelle.[984]

---

[981]« le droit de la famille, reposant sur un certain nombre de règles purement objectives, a été durement éprouvé par la revendication du droit au respect de la vie privée et familiale : la logique individualiste semble désormais l'emporter sur celle propre à des institutions comme l'adoption ou le mariage. » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[982] CARBONNIER Jean, Droit et passion du droit sous la Cinquième République, Paris, Flammarion, coll. « forum », 1996, pp. 121-125 (extraits), CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 97

[983]PIERRE-CAPS Stéphane, Généalogie de la participation de tous aux affaires communes, *RDP*, 20 septembre 0101 n° 1, 1er janvier 2009, p. 151

[984]« la référence aux droits fondamentaux appelle et légitime en même temps l'accroissement du rôle du juge et la multiplication des garanties de procédure au point que la garantie juridictionnelle est consacrée comme un droit fondamental qui tend à absorber les autres. » REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *C.R.D.F*, n°1, 2002, Université de Caen, p. 92

539. Dominique Rousseau démontre l'existence d'une concurrence relative à la détermination du sens du droit : « dans ce marché d'offre de sens, la concurrence que se livrent les producteurs pour imposer leur opinion, n'est jamais égale dans la mesure où chacun dispose d'une autorité différente liée à sa position, autorité et position pouvant au demeurant changer selon les conjonctures politiques et juridiques à la formation desquelles elles participent[985]. » La fondamentalité, comme elle ne connaît pas de détermination normative et au vu de l'importance que lui accorde l'Etat de droit, apparaît donc comme un enjeu particulier de concurrence. Chaque membre de la sphère juridique a un intérêt à concourir à la détermination des droits fondamentaux.

540. Or, la multiplication de ces derniers conduit à une remise en question de leur efficience juridique.[986] Par conséquent, il existe une définition empirique, du bas vers le haut, de la fondamentalité. Cette détermination est le fruit d'une multitude d'acteurs de la sphère juridique qu'ils soient de nature politique, juridictionnelle ou individuelle. Parce que la fondamentalité apparaît comme pouvant permettre de corriger les excès de la démocratie représentative et majoritaire, elle conduit les personnes à se saisir de ce concept pour démultiplier leurs droits. Pour Emmanuel Dreyer, « la hiérarchie des valeurs s'est inversée puisque le principe est désormais la protection de la personne et non plus de l'ordre public.[987] » Etienne Picard entérine ce changement de perspective en affirmant que l'ordre public « sert aussi à sauvegarder ces droits fondamentaux.[988] »

541. Cette différence de perspective relative à l'ordre public, qui est considéré comme « gouvernant ou même fondant l'action unilatérale des autorités publiques à l'égard des sujets de droits[989] », marque une évolution des relations entre le juge, le représentant et la personne. Le représentant est contraint dans sa volonté politique par les juridictions sous l'impulsion de la personne.

---

[985] ROUSSEAU Dominique, Une résurrection la notion de Constitution, *RDP*, 1990, p. 17

[986]« il doit exister nécessairement un seuil à partir duquel l'effectivité des règles devient sinon totalement impossible, du moins de plus en plus difficile. » HENRY Jean-Pierre, Vers la fin de l'Etat de droit, RDP, n°6, novembre-décembre 1977, pp. 1222-1231 (extraits), CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 94

[987] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[988] PICARD Etienne, L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public, *AJDA*, 1996, p. 55

[989] PICARD Etienne, L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public, *AJDA*, 1996, p. 55

542. Aussi, la production normative s'opère de plus en plus dans une relation verticale du juge, qui conditionne le contenu de la norme, au représentant (A) avec, comme élément déclencheur de ce nouveau rapport, la personne juridique qui se voit reconnaître un rôle actif (B).

A-Du juge au représentant

543. Eric Sales souligne que « le renforcement des libertés est conditionné par l'accès au juge et favorisé par l'existence d'une diversité de contrôle juridictionnel.[990] » Le développement de la notion de garantie juridictionnelle est un élément primordial déterminant la montée en puissance des juridictions au sein de l'équilibre institutionnel. L'Etat de droit, par le normativisme qu'il systématise, entraîne une redéfinition de la position de la figure du juge. Ce dernier apparaît comme l'institution la plus apte à garantir un équilibre entre le général, qui est l'Etat dont les représentants élus sont les « serviteurs de l'intérêt général[991] », et la personne, qui selon John Locke « possède des droits naturels que la société ne saurait remettre en cause.[992] » Dans ce contexte, la garantie juridictionnelle permet à la personne de préserver ses droits contre les éventuels abus de l'Etat. Elle n'est plus seulement un moyen mais devient progressivement un droit fondamental en tant que tel.[993]

544. La figure juridictionnelle, par sa maîtrise du sens et de la portée des droits fondamentaux, se trouve dans une position centrale et privilégiée. Sa position centrale découle de la multiplication des normes et de leur complexité qui tendent à faire du juge un technicien indispensable à la bonne marche de l'Etat de droit. Le juge constitutionnel est un exemple topique en la matière. La mission première de celui-ci est de résoudre des conflits de normes. Il opère un rôle de régulation normative, en particulier par la conciliation, pour éviter toute implosion du système juridique. Cette

[990] SALES Eric, Libertés publiques et garanties juridiques, Le juge et les libertés, *Les libertés publiques*, Paris, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 34

[991] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 255

[992] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 254

[993] « Conçu comme l'instrument de la garantie effective des droits fondamentaux, le droit au recours constitue lui aussi un droit fondamental; et c'est le juge lui-même qui s'est fait l'artisan de cette proclamation » REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *C.R.D.F*, n°1, 2002, Université de Caen, p. 100

attitude est soulignée par le Professeur Levade s'agissant des rapports entre ordre communautaire et ordre constitutionnel national : « au prix d'un raisonnement parfois complexe, les juges constitutionnels ont toujours su trouver une interprétation permettant de conclure à la compatibilité, soit que sollicités a priori ils aient incité à une révision de la Constitution, soit que saisis a posteriori ils aient mis en lumière les arguments favorables à une conciliation.[994] » Sa position privilégiée provient du renforcement du rôle du texte constitutionnel combiné à la création d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Ces éléments ont conduit à une redéfinition de la position institutionnelle du juge constitutionnel mise en lumière par Michel Fromont dans son étude portant sur les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne : « à la souveraineté d'un grand nombre de lois s'oppose la suprématie d'un seul texte et d'un seul juge.[995] »

545. S'agissant de la France, l'évolution vers un « véritable pouvoir juridictionnel[996] » a été plus lente en raison de deux facteurs principaux. Le premier tient à l'absence d'un véritable contrôle de constitutionnalité qui n'a été effectif qu'à partir de la décision du 16 juillet 1971[997]. Le second tient à l'absence de portée juridique, jusqu'à la décision précitée, des textes ayant trait aux droits de la personne. Il est d'ailleurs significatif que le Conseil constitutionnel ait choisi de se baser sur la protection de la fondamentalité, dans l'espèce citée la liberté d'association qui est un PFRLR, pour opérer sa première censure d'un texte législatif. Au-delà du symbole, la rivalité des légitimités est lancée entre légitimité élective et légitimité libérale. Dominique Rousseau met en relief ce phénomène concurrentiel en matière de production normative : « le Conseil est une juridiction qui entre dans un jeu de rapports de force avec d'autres institutions, de nature différentes, et dont l'ensemble définit ce qu'il est proposé d'appeler, un régime d'énonciation concurrentiel des normes. [998]» Le juge

[994] LEVADE Anne, Analyse de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 relative au traité de Lisbonne, Les conséquences du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne, discussion entre experts, 7 septembre 2009, Paris, Konrad-Adenauer-Stiftung et Fondation Robert Schumann, p. 42

[995] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

[996] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 253

[997] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

[998] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 510

constitutionnel est ainsi associé à la production de la loi en ce qu'il, « sur la base de l'attachement solennellement proclamé par le peuple français aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 confirmée et complétée par le préambule de 1946, apprécie et contrôle de manière secrète et selon un raisonnement juridique le contenu de la loi.[999] »

546. L'interprétation donnée de la norme par le juge est le fruit d'un processus de raisonnement a priori peu contraint.[1000] Dans le cadre de ce raisonnement, la fondamentalité apparaît comme un moyen de justification de la décision. L'emploi de l'adjectif « fondamental » peut être appréhendé comme une contrainte dite naturelle[1001] ayant vocation à justifier la priorité donnée à une valeur dans un cas d'espèce donné.[1002] Mais la contrainte argumentative peut également avoir pour origine l'influence des autres acteurs de la sphère juridique. Dominique Rousseau démontre que : « l'interprétation du Conseil n'est jamais le résultat d'un choix totalement libre ou arbitraire. Elle est le produit d'une série de contrainte, d'un jeu mettant en concurrence plusieurs acteurs.[1003] » Le choix du qualificatif « fondamental » apparaît alors conditionné par un ensemble de données qui sont extérieures au juge. Le développement de la fondamentalité s'inscrit dans le cadre d'une nouvelle coopération des acteurs : « la coopération entre les différents acteurs de

[999] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 511

[1000] « Ayant assisté à un délibéré, j'ai compris que la démarche des juges consistait d'abord à se décider et ensuite à trouver les moyens de leur décision. La contrainte juridique était faible » SOULEZ LARIVIERE Daniel, Le point de vue de l'avocat, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 112

[1001] « La théorie des contraintes peu ainsi être utilisée à la fois dans ce qu'on appelle le « contexte de la découverte », où l'on délibère sur des choix rationnels à opérer dans des situations concrètes et dans le « contexte de la justification » dans lequel on reconstruit les motifs qui ont amené tel ou tel agent à décider dans un sens déterminé. » GRZEGORCZYK Christophe, Obligations, normes et contraintes juridiques, Essai de reconstruction conceptuelle, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 36

[1002]« Les contraintes argumentatives se présentent alors comme une condition de possibilité de l'apparition et du développement de l'emploi de l'adjectif « fondamental ». » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1003] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 511

la démocratie n'est plus assurée par l'Etat mais par le droit qui se pose ainsi comme le langage politique dans lequel sont formulées les revendications politiques.[1004] »

547. L'étude de la fondamentalité met en exergue cet effet d'influence rétroactif de la production normative allant du juge au représentant. Ce dernier est contraint de tenir compte de l'interprétation juridictionnelle car le juge peut faire non seulement échec à l'applicabilité de la norme déterminée par le pouvoir politique institutionnalisé mais au-delà « le droit est devenu une ressource dont les acteurs politiques ne peuvent plus se passer et une arme privilégiée dans le combat politique.[1005] » Cette redéfinition des rôles dans le cadre démocratique touche également le rôle de la personne.

B-Le rôle actif de la personne

548. L'introduction de la fondamentalité caractérise un changement de perspective du droit des libertés s'agissant de son bénéficiaire. Olivier Dord met en relief cette évolution : « les bénéficiaires des libertés publiques étaient définis au moyen d'une analyse de la nature humaine. A l'opposé, la jouissance des droits fondamentaux est liée à la seule détention de la personnalité juridique. Leurs titulaires ne sont pas des hommes mais des personnes.[1006] » Cette « déhumanisation » des libertés a des conséquences sur la notion même de libéralisme.[1007] Cette transformation du libéralisme est marquée par une redéfinition de la notion de garantie juridictionnelle qui apparaît comme un moyen de préservation des libertés.

549. Dans la conception classique, notamment développée par Montesquieu, le principe de séparation des pouvoirs est le fondement de la liberté. C'est l'organisation structurelle des pouvoirs de l'Etat qui permet de limiter le pouvoir de ce dernier.[1008] Pourtant, dès le texte de l'article 16 de la Déclaration des droits de

---

[1004] GARAPON Antoine, Le gardien des promesses. Justice et démocratie, Paris, Editions Odile Jacobs, 1996, pp. 44-45, (extraits), dans CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 99

[1005] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 131

[1006] DORD Olivier, La notion de libertés publiques, Libertés publiques ou droits fondamentaux, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 15

[1007] « les transformations du sujet induisent donc certaines transformations du libéralisme lui-même » RENAUT Alain, La notion de libertés publiques, droits de l'individu ou droits du groupe, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 21

[1008] « tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, exerçaient ses trois pouvoirs » MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 295

l'homme et du citoyen, cette approche unidimensionnelle de la protection des libertés apparaît insuffisante.[1009] Cet article met en relief le fait que la séparation des pouvoirs doit être complétée par la garantie des droits. Dans sa décision 96-373 DC, le Conseil constitutionnel consacre l'importance que revêt, dans la conception moderne de l'Etat devenu Etat de droit, la garantie juridictionnelle.[1010]

550. De cette consécration de l'importance de la protection juridictionnelle découle une redéfinition du rôle de la personne juridique. En effet, elle exerce désormais un rôle actif en ce que le recours devient un moyen effectif de garantie des libertés. La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité est l'une des concrétisations, dans le système français, de ce nouveau rôle dévolu à la personne. Si l'absence de recours de la personne devant le juge constitutionnel entraînait une nécessaire distinction entre « bénéficiaires et titulaires des droits fondamentaux, les titulaires étant les organes habilités à saisir l'organe de contrôle[1011] », la mise en œuvre d'un contrôle a posteriori de constitutionnalité sous l'impulsion d'une partie[1012] au litige constitue un véritable « recours individuel en abrogation de la loi.[1013] » Pour Dominique Rousseau, « la QPC est un nouveau moyen à la disposition des justiciables et un moyen considérable.[1014] » Cette dernière remarque illustre ce renouveau du rôle de la personne juridique qui n'est plus restreint au rôle de bénéficiaire mais devient également un titulaire à part entière qui « de ce fait, a un rôle dans l'activité juridique.[1015] »

[1009] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p.8

[1010] 09 avril 1996 - Décision n° 96-373 DC *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* Recueil, p. 43 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5724 : « Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »

[1011] REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *C.R.D.F*, n°1, 2002, Université de Caen, p. 94

[1012] « La loi organique mentionne bien la « partie » et non le justiciable, notion plus restrictive » JAN Pascal, La question prioritaire de constitutionnalité, *Petites affiches*, 18 décembre 2009, n°252, p. 6

[1013] BORZEIX Arnaud, La question prioritaire de constitutionnalité : exception de procédure ou question préjudicielle ? Un recours individuel en abrogation de la loi, *Gazette du Palais*, 02 mars 2010, n° 61, p. 18

[1014] ROUSSEAU Dominique, Vive la QPC ! La quoi ?, *Gazette du Palais*, 26 janvier 2010, n° 26, p. 13

[1015] THOUVENIN Dominique, « Consentement et assujettissement », in GROS François et HUBER Gérard (Dir.) : vers un anti destin ? Patrimoine génétique et droits de l'humanité, actes du colloque de la Sorbonne et de

551. La substitution par le législateur constituant de l'expression « droits et libertés que la Constitution garantit » à celle de « libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution » marque cependant une certaine prudence dans le développement de ce rôle actif de la personne au sein de l'ordonnancement juridique français. La référence à la fondamentalité aurait pu conduire les parties au litige à tenter d'imposer au juge constitutionnel, un examen de la constitutionnalité de la loi par rapport à des principes conventionnels. Le recentrage de la procédure autour de la valeur constitutionnelle des droits met en exergue la volonté du constituant de faire de cette procédure le moyen de rompre avec l'idée selon laquelle « les justiciables sont portés à attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la Constitution elle-même.[1016] » Le Professeur Mathieu relève que la distinction terminologique introduite n'a qu'une signification limitée[1017], en raison du fait que le critère de fondamentalité n'est pas, au regard tant de la jurisprudence constitutionnelle que de la jurisprudence administrative, un élément contribuant à l'établissement d'une hiérarchie substantielle transcendant la hiérarchie formelle. Pourtant, cette reformulation contribue à restreindre le champ de la QPC à la stricte protection des droits ayant valeur constitutionnelle. Elle tend à induire une distinction entre la fondamentalité attachée à la sphère internationale et la protection constitutionnelle des droits fondamentaux. Certains auteurs, comme Bertrand de Lamy, regrettent cet encadrement de la QPC qui leur laisse à penser que pour le constituant : « les questions relatives aux droits fondamentaux se résumaient à l'activité de la rue Montpensier[1018] » avant d'ajouter que « l'enveloppe d'un droit fondamental a donc une incidence directe sur la mise en oeuvre du mécanisme qui assure le respect du droit en question. Les droits constitutionnel et conventionnel proclamant, pour l'essentiel, les mêmes droits et libertés, il y a fort à craindre que le

---

Jussieu, oct. 1992, Odile Jacob, p. 471 Opus cité BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2003, p. 128

[1016] Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e^ République p. 89

[1017] « la mention de la fondamentalité du droit ou de la liberté aurait pu conduire à distinguer au sein des libertés et des droits reconnus par la Constitution ceux qui présentaient ce caractère et qui seuls auraient pu être invoqués et les autres. Si on peut imaginer que certains aient pu être tentés de retenir une telle interprétation, je crois pouvoir dire que tel n'était pas la volonté du comité » MATHIEU Bertrand, La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ?, *Petites affiches*, 25 juin 2009, n° 126, p. 18

[1018] DE LAMY Bertrand, La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; Cons. const. 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC), *Revue de science criminelle*, 2010, p. 201

justiciable soulève la seule inconventionnalité et se détourne d'un mécanisme nouveau et plus lourd. D'autant qu'accoutumé à la riche et, parfois, il est vrai, trop casuistique jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le plaideur, comme les juges, risque de se demander comment utiliser pratiquement les formules souvent trop abstraites et laconiques rédigées rue Montpensier.[1019] »

552. Si le rejet de la fondamentalité dans le cadre de la QPC présente l'avantage de la clarté tenant au champ d'application de cette question, cette dernière ne semble pas faire l'unanimité comme l'illustrent les arrêts de la Cour de cassation du 16 avril 2010. Si la Cour de cassation est accusée de jurisprudence « liberticide[1020] », elle met en relief la volonté empruntée du constituant. Celui-ci a cherché à éviter « un problème de compétitivité par rapport au contrôle de conventionnalité[1021] » en introduisant une distinction terminologique qui, légitimée par la priorité, tente tant bien que mal de masquer : « la concordance des catalogues de droits fondamentaux.[1022] »

553. Le rejet de la fondamentalité, en ce qu'il traduit, une conception restreinte du rôle de la personne juridique est également dénoncé par Philippe Krikorian. La QPC ne permet pas de répondre à cette interrogation « que faire quand des droits et libertés fondamentaux ne sont pas protégés efficacement par la loi ou quand le législateur tarde à transposer une directive de l'Union européenne?[1023] » Cet auteur prône la consécration de « l'agir juridictionnel », qui tend à « rendre effectif le droit constitutionnel de concourir personnellement à la formation de la loi.[1024] » Le but est

[1019] DE LAMY Bertrand, La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; Cons. const. 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC), *Revue de science criminelle*, 2010, p. 201

[1020] « (…) puisqu'elle « consiste(rait) à mettre en cause une réforme constitutionnelle qui vise la protection des droits fondamentaux des justiciables » »GAUTIER Marie, La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010, *RFDA,* 2010, p. 449

[1021] BON Pierre, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009, p. 1107

[1022] GAUTIER Marie, La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010, *RFDA,* 2010, p. 449

[1023] KRIKORIAN Philippe, Proposition de loi constitutionnelle relative à la reconnaissance à l'Avocat de son statut constitutionnel de défenseur et tendant à l'instauration d'une garantie des droits effective, Elaborée par Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat au Barreau de Marseille, source http://www.culturedroit.com/client/document/proposition-de-loi-constitutionnelle-sur-le-statut-de-l-avocat-defenseur_270.pdf

[1024] KRIKORIAN Philippe, L'avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel, *Gazette du Palais*, 20 novembre 2008, n°325, p. 10

d'investir la personne d'un « véritable dynamisme rationnel légal[1025] » conduisant à entériner la rupture entre expression de la volonté générale et garantie des libertés.[1026]

554. La consécration de la fondamentalité ou son rejet traduit une conception de la place de la personne au sein de la structure démocratique. Plus la fondamentalité est présente, et plus la personne a un rôle actif de préservation des valeurs fondements de l'Etat de droit sous l'autorité de la figure juridictionnelle. S'instaure ainsi un nouveau mode de dialogue démocratique, entre la personne et le juge, qui se concrétise dans une participation de la première à la production normative sous l'autorité du second.

Section 2 : Une multiplication des producteurs du droit

555. Le caractère empirique de la fondamentalité peut s'avérer pernicieux pour le fonctionnement du système juridique. A la fois facteur de complexité entre les normes et de concurrence entre les acteurs de la sphère juridique, il faut déterminer si les avantages de cette notion en surpassent les inconvénients. En d'autres termes, le concept de fondamentalité permet-il une meilleure garantie des libertés de la personne ? Plus complets substantiellement que les droits de l'homme, plus contraignants que les libertés publiques, les droits fondamentaux apparaissent comme une catégorie juridique prisée tant des juristes que de la société. Leur succès tient en partie à leur indétermination. En effet, l'absence de définition textuelle tend à consacrer la fondamentalité comme une sorte de « boîte de Pandore » fascinant ceux qui ont à en connaître. Or, on oublie trop souvent que, dans la légende grecque, dans la boîte offerte à Pandore étaient contenus tous les maux de l'humanité.

556. Cette métaphore soulève la question relative à l'efficacité de la fondamentalité. Le système juridique français est doté d'un nombre conséquent de catégories juridiques relatives à la protection des libertés. Cependant, la fondamentalité ne permet pas une refonte des unités conceptuelles existantes. Elle coexiste avec ces dernières et les rapports entre ces notions se révèlent complexes. Le droit français ne reprend pas la

[1025] KRIKORIAN Philippe, L'avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel, *Gazette du Palais*, 20 novembre 2008, n°325, p. 10

[1026]« la volonté générale, ne suffit plus à justifier la loi si elle méconnaît les droits fondamentaux » KRIKORIAN Philippe, L'avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel, *Gazette du Palais*, 20 novembre 2008, n°325, p. 10

hiérarchisation intra constitutionnelle existant dans le cadre du droit allemand.[1027] Le Conseil constitutionnel se refuse à établir une hiérarchie au sein des normes constitutionnelles, il ne fait que les concilier. Lorsque le juge constitutionnel a recours à la fondamentalité, la norme qualifiée de fondamentale ne l'est que relativement au cas d'espèce. Cette position, illustrée par la décision 94-345 DC du 29 juillet 1994[1028], induit que les libertés consacrées comme fondamentales ne bénéficient pas d'un degré de protection plus élevé que les autres libertés constitutionnellement garanties. Ce refus d'une supériorité des libertés fondamentales est également présent dans le cadre du référé-liberté. Le caractère fondamental d'une liberté est une des conditions nécessaire mais non suffisante[1029]du référé prévue à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

557. D'ailleurs, à la lecture des rapports des Comités Balladur relatif à la modernisation et au rééquilibrage des institutions[1030] et Veil visant à redécouvrir le préambule de la Constitution[1031], si l'expression de « droits fondamentaux » est employée, aucun débat n'est relaté quant au sens de celle-ci. Ce flou explique pourquoi certains auteurs dénoncent les dangers auxquels peut conduire la fondamentalité.[1032] » Il n'est donc pas certain que ce concept induise une protection juridique plus efficace des libertés.

558. Face à cette indécision tenant à ce que sont les droits fondamentaux et à leur véritable fonction au sein de l'ordonnancement juridique français, la personne comme

[1027]« les règles constitutionnelles intangibles (dont font partie les droits fondamentaux consacrés aux articles 1 à 19) ne sont pas des règles placées au-dessus de la Constitution mais en son sein (…) On assiste simplement à un phénomène de hiérarchisation des règles constitutionnelles comme il existe une hiérarchie des règles législatives ou réglementaires. » FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP*, 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[1028] 29 juillet 1994 - Décision n° 94-345 DC *Loi relative à l'emploi de la langue française* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240 : « 7. Considérant qu'il était loisible au législateur d'imposer dans les cas et conditions qu'il a prévus l'usage de la langue française, ce qui n'exclut pas l'utilisation de traductions ; 8. Considérant que s'agissant du contenu de la langue, il lui était également loisible de prescrire, ainsi qu'il l'a fait, aux personnes morales de droit public comme aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public l'usage obligatoire d'une terminologie officielle ; 9. Considérant que toutefois, eu égard à la liberté fondamentale de pensée et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il ne pouvait imposer, sous peine de sanctions, pareille obligation aux organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle qu'ils soient publics ou privés »

[1029] TURPIN Dominique, *Contentieux administratif*, 4e édition, Paris, Hachette supérieur, 2007, p. 132

[1030] On retrouve cette occurrence 47 fois dans le cadre du rapport du Comité Balladur

[1031] On retrouve cette occurrence 8 fois dans le cadre du rapport du Comité Veil

[1032] « Il existe en effet un usage fort opportuniste des droits fondamentaux. Dans certains cas, l'on peut même parler d'une véritable manipulation. » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

les juges peuvent recourir à cette notion sans qu'aucune cohérence dans la démarche suivie ne puisse être perçue. Par conséquent, nous allons tenter de cerner le rôle de chacun de ces producteurs du droit en nous intéressant au requérant comme producteur implicite du droit (§1), avant de nous attacher à mettre en relief, le fait que le juge apparaît comme un producteur explicite du droit (§2).

§ 1 Le requérant producteur implicite du droit

559. Les relations entre l'Etat et le droit sont à la base de la réflexion sur l'Etat de droit. Par la théorie de l'auto-limitation posée notamment par Hegel[1033], le respect du droit par l'Etat apparaît comme une source de légitimité pour ce dernier.[1034] Si cette théorie a été interprétée par la doctrine française comme « un moyen de légitimation du régime politique impérial[1035] », il n'en demeure pas moins qu'elle pose un paradigme toujours valable, celui d'une légitimité de la structure étatique déterminée par son respect du droit. Michel Fromont met en exergue ce basculement matériel survenu au XXème siècle est qui est le soubassement de la montée en puissance du rôle de la personne juridique : « Désormais, l'Etat de droit est un Etat « dont le but est l'instauration et le maintien d'un ordre juridique qui soit juste. »[1036] »

560. Cette exigence substantielle selon laquelle l'Etat doit assurer les conditions d'un ordre juridique juste traduit selon Daniel Lochak « la substitution de l'impératif éthique à l'impératif moral. [1037]» Ce passage conduit la règle de droit à poser des interdits « au nom de valeurs considérées comme fondamentales.[1038] » La fondamentalité incarne cette nouvelle acceptation de la fonction de la règle de droit, en ce qu'elle vise à garantir « la protection d'autrui mais aussi la protection de l'individu

[1033] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 22

[1034] « les théoriciens de l'auto-limitation considèrent le droit comme une véritable contrainte pour l'Etat : non seulement celui-ci ne pourrait supprimer l'ordre juridique lui-même (Jellinek) sans saper les fondements de son institution, mais encore il serait amené à respecter spontanément les lois. » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, pp. 22-23

[1035] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 23

[1036] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 49

[1037] LOCHAK Daniel, La notion de libertés publiques, Libertés, valeurs et interdits, *Les libertés publiques*, Paris, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 28

[1038] LOCHAK Daniel, La notion de libertés publiques, Libertés, valeurs et interdits, *Les libertés publiques*, Paris, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 28

contre lui-même.[1039] » Cette évolution est visible dans l'affaire dite du « lancer de nain » où le Commissaire du Gouvernement Patrick Frydman indique dans ses conclusions « que le spectacle critiqué doit bien être regardé comme portant atteinte à la dignité de la personne humaine. Aussi étendue que soit la liberté d'expression, une attraction consistant ainsi, en vue de flatter les plus vils instincts, à ravaler au rang d'objet une personne handicapée à raison même de son handicap, ne nous paraît en effet pas pouvoir trouver sa place dans une société civilisée. [1040]» Pour Emmanuel Dreyer, la dignité peut être considérée comme un élément de définition de la fondamentalité « les droits fondamentaux constituent une catégorie ultime : la qualification ne s'applique pas chaque fois qu'une personne se voit refuser un droit auquel elle pouvait légitimement prétendre, il faut que, à cette occasion, sa qualité de personne humaine soit remise en cause.[1041] » On retrouve cette idée chez Etienne Picard qui met en perspective le lien entre la dignité de la personne et le rôle actif de cette dernière, qui œuvre à la protection de ses droits. Ce mouvement du requérant se matérialise dans l'emploi du verbe « devoir » par l'auteur : « C'est en effet sa dignité qui confère à la personne les droits dont elle doit jouir, tandis que sa prééminence se diffuse à ses droits dits, pour cette raison, fondamentaux.[1042] » Or, comme le mettent en relief Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux « sa signification, sa portée et sa place au sein des droits fondamentaux font l'objet d'appréciation contrastées et parfois divergentes[1043] », ce qui sous-tend que la dignité de la personne humaine, pas plus que la fondamentalité ne sont des concepts définis.

561. La dimension éthique de la fondamentalité et son indétermination textuelle créent un contexte favorable à l'appropriation par la personne du concept. L'incertitude juridique de la notion couplée à une approche de la fondamentalité selon laquelle « les

[1039] LOCHAK Daniel, La notion de libertés publiques, Libertés, valeurs et interdits, *Les libertés publiques*, Paris, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 28

[1040] FRYDMAN Patrick, L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lancers de nains » Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995 (2 espèces), 1) *Commune de Morsang-sur-Orge*. 2) *Ville d'Aix-en-Provence, RFDA,* 1995, p. 1204

[1041] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1042] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

1043 MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 506

droits fondamentaux tentent de préserver ce qui est essentiel dans l'homme[1044] » font de ce concept, un moyen a priori accessible de défense pour la personne. Nous avons choisi de privilégier la terminologie de « requérant[1045] » à celle de personne pour deux séries de raisons. La première provient du caractère global de la fondamentalité. Notre étude ne vise pas, ici, à établir la liste des bénéficiaires des droits fondamentaux, mais, tente de cerner l'influence du requérant, compris comme un idéaltype wéberien[1046], qui s'exprime tant devant le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel[1047] par le biais d'intermédiaires, professionnels du droit. En d'autres termes, c'est le demandeur à l'instance qui a le plus d'intérêt à faire sanctionner une atteinte à ses droits fondamentaux. C'est d'ailleurs selon cette logique que la procédure du référé-liberté a été élaborée.[1048]

562. La seconde série de facteurs, qui nous a amené à préférer l'expression de « requérant » est, qu'elle met en relief la sphère dans laquelle s'inscrit cette tentative de définition du droit positif. En effet, ce dialogue existant entre le juge et la personne ne peut avoir lieu que dans le cadre d'un litige. La mise en œuvre de la QPC est sur ce point topique puisque le contrôle a posteriori de la loi ne peut être effectué que dans le cadre de l'application du texte législatif et sous l'impulsion uniquement d'une partie

[1044] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1045] « dans la procédure contentieuse administrative, qui est écrite, terme général désignant l'auteur de la requête introductive d'instance, c'est-à-dire le demandeur à l'instance » GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean (sous la direction de) GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12e édition, Paris, 1999, p. 459

[1046] « L'idéaltype a une fonction instrumentale, c'est-à-dire qu'il est utilisé comme un instrument méthodologique, comme un moyen de connaissance, pour comprendre et interpréter la réalité sociale. » ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 70

[1047] Cette question prioritaire de constitutionnalité est une procédure juridictionnelle particulière qui vise spécifiquement l'abrogation de la disposition législative. C'est en quelque sorte un recours préalable en abrogation. Concrètement, le conseil de l'avocat déterminera le choix de soulever ou non le moyen de constitutionnalité. Premièrement, le Constituant et le législateur organique ont fait un choix clairement exprimé : la question prioritaire est un droit du justiciable et c'est à lui, et à lui seul, de décider s'il pose ou non une question prioritaire de constitutionnalité. Comme l'a très bien dit le professeur Mathieu devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale : *« La question de constitutionnalité est à la disposition du justiciable mais rien ne l'oblige à la poser.* » Conférence des bâtonniers de France, 22 janvier 2010, Discours de M. Jean-Louis Debré, Président du Conseil constitutionnel, source http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2010/jldebre_conference_batonniers_22janv2010.pdf

[1048] « On peut en effet comparer le nouveau référé-liberté à certaines procédures établies dans les droits étrangers. Ainsi, par exemple, l'amparo espagnol qui permet à tout individu de se plaindre d'atteinte à ses droits fondamentaux du fait d'actes ou d'agissements administratifs devant les tribunaux ordinaires » FAVOREU Louis, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1739

au litige.[1049] Ainsi, c'est lors de l'examen des prétentions du requérant que le juge est amené, en confirmant ou en infirmant la définition des libertés fondamentales proposée par le requérant, à se prononcer sur la fondamentalité. Nous pouvons illustrer nos propos en prenant pour exemple l'arrêt 339421 dans lequel le Conseil d'Etat[1050] confirme le moyen du requérant selon lequel le fait que ce dernier n'ait pu assister à l'audience en matière correctionnelle contre un jugement dont il a fait appel, en raison d'un refus d'obtention d'un visa de court séjour demandé « dans le but de se rendre à l'audience » porte une atteinte « grave et manifestement illégale au droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »

563. Nous allons étudier les caractères de la production implicite du droit par le requérant sur la base de sa revendication de fondamentalité, en ce que la définition du concept par cet acteur est à la fois dépendante des circonstances (A) et limitée à une approche substantielle de la notion (B).

A- Une définition circonstancielle de la fondamentalité

564. Le développement de l'Etat de droit entraîne une reconnaissance de l'importance du rôle que peut jouer la personne, en tant que requérant, dans le bon fonctionnement de la structure étatique.[1051] L'introduction de la notion de droits fondamentaux a modifié le statut de la personne humaine en droit, dans la mesure où, cette dernière n'est plus uniquement un sujet passif, elle devient au contraire un acteur actif de la société juridique.[1052]

565. Ce bouleversement des relations juridiques s'explique par le maintien du caractère indéterminé de la notion en droit français tant dans son utilisation textuelle que dans son utilisation jurisprudentielle.[1053] L'absence de définition du concept permet au requérant d'avancer une définition de la fondamentalité avec un niveau de contrainte

[1049]« bien qu'il s'agisse là incontestablement d'un moyen d'ordre public, la loi organique a prévu que le juge ne pourrait soulever d'office une telle question : le praticien devra être d'autant plus attentif à d'éventuelles contrariétés entre les dispositions législatives et la Constitution que lui seul pourra les invoquer » LE PRADO Didier, La question prioritaire de constitutionnalité vue par un avocat, *AJDA*, 2010, p. 94

[1050] Conseil d'État, Juge des référés, 19/05/2010, 339421, Inédit au recueil Lebon : « Considérant que la possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge a le caractère d'une liberté fondamentale (…) Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. A est fondé à soutenir que c'est à tort que par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande. »

juridique relativement restreint. L'activité productive du requérant se limite à un « pouvoir » de proposition de ce que devrait être le contenu de la fondamentalité. L'absence d'autorité de la proposition ne place le requérant que sous le coup de l'exigence d'une contrainte de l'argumentation qui se caractérise selon Otto Pfersmann comme : « une relation formulable grâce à un impératif hypothétique ou anankastique. Il s'agit d'une contrainte conditionnelle.[1054] »

566. Cette tentative d'influence sur le contenu des droits fondamentaux se veut circonstancielle, elle dépend des prétentions du requérant et de son intérêt à agir. Les contributions des requérants à la fondamentalité sont conditionnées par deux éléments principaux. Le premier est interne à la requête, il provient de la nature de la demande que le requérant souhaite voir satisfaite par le juge. Nous pouvons illustrer nos propos par un arrêt du Conseil d'Etat du 25 octobre 2002[1055]. En l'espèce, la requérante conteste les décisions prises par la Commune d'Orange relatives au système d'abonnement et aux menus servis dans les cantines scolaires. Pour arriver à l'annulation des décisions contestées, la requérante soutient que ces actes administratifs constituent une atteinte au droit fondamental à la santé[1056]. Le recours à la fondamentalité tend à souligner la prééminence du droit à la santé par rapport aux contingences de l'organisation des cantines scolaires. En tentant d'influencer

---

[1051]« chaque acteur de la société juridique (…) y joue son rôle dans le plus strict respect de la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu avec comme but la protection des droits fondamentaux et la pérennité de la démocratie. » KRIKORIAN Philippe, L'avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel, *Gazette du Palais*, 20 novembre 2008, n°325, p. 10

[1052] « il est exact que la construction du concept de personne humaine comme sujet des droits fondamentaux affecte la traditionnelle construction doctrinale des notions de libertés publiques et de droits de l'homme en ce qu'elle confère une autre configuration au sujet de ses prérogatives et affecte par là même les éléments (rôle de l'Etat, liberté ou créance, effet vertical…) qui servaient à définir les notions classiques. » BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, , collection nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2003, p. 776

[1053]« Si des éclaircissements apparaissent peu à peu au fil de la jurisprudence, l'absence de définition législative a cependant suscité et continue de susciter d'inévitables interrogations quant à cette notion et aux droits et libertés qu'elle recouvre exactement » JACQUINOT Nathalie, La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?, *AJDA*, 2003, p. 658

[1054] PFERSMAN Otto, Critique de la théorie des « contraintes juridiques », TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 127

[1055] Conseil d'Etat, du 25 octobre 2002, 251161, inédit au recueil Lebon

[1056] Conseil d'Etat, du 25 octobre 2002, 251161, inédit au recueil Lebon : « cette procédure engendre des contraintes financières importantes pour les familles, notamment les plus modestes, prive les enfants de la possibilité d'avoir une nutrition équilibrée et va ainsi à l'encontre du droit fondamental à la santé garanti par la charte de l'organisation mondiale de la santé. »

matériellement la fondamentalité, le résultat en l'espèce conduirait le juge administratif à consacrer une nouvelle liberté fondamentale, il transparaît « une utilisation du droit et de la procédure dans un but politique[1057] », mettant en relief les liens entre éthique et fondamentalité. Etienne Picard souligne cette ambiguïté du recours à la fondamentalité « la détermination juridique des droits fondamentaux conduit donc à entrer dans une double dialogie du général-abstrait et du particulier-concret[1058] » qui a pour but la satisfaction d'un intérêt particulier tout en élargissant la prétention à une conception presque morale du droit « avec les droits fondamentaux, l'on se situe, tout autant, dans le domaine du « donné » que du « construit ». [1059]»

567. Le second élément qui conditionne la proposition du requérant est externe à la volonté de celui-ci. Il a trait à la notion d'intérêt à agir qui repose sur « l'idée dominante que pour agir il faut être touché, mais pas forcément blessé par l'acte.[1060] » Le requérant doit prouver que l'acte affecte l'un de ses droits fondamentaux, il est contraint de justifier sa demande sous peine de la voir rejetée.[1061] L'article L. 521-2 du CJA est assez souple en matière d'intérêt à agir puisque l'existence d'un acte administratif n'est pas nécessaire. Toute action ou inaction de l'administration peut entraîner la violation d'une liberté fondamentale. Ainsi, le Conseil d'Etat a estimé, en matière de libre disposition d'un bien, que « le refus de concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle ordonnant l'expulsion d'un immeuble porte atteinte à cette liberté fondamentale.[1062] »

[1057] SOULEZ LARIVIERE Daniel, Le point de vue de l'avocat, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 111

[1058] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1059] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1060] PACTEAU Bernard, *Manuel de contentieux administratif*, Collection droit fondamental, PUF, Paris, 2006, p. 113

[1061] Conseil d'État, 12/08/2009, 330724, Inédit au recueil Lebon : « Considérant que M. A demande au juge des référés du Conseil d'État de suspendre, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, l'exécution du décret du 9 juin 2009 portant nomination de M. José C pour exercer les fonctions de procureur de la République près le tribunal de grande instance de Papeete ; que cette nomination porterait atteinte au droit à un procès équitable tenu par un tribunal impartial et indépendant ; que toutefois M. A n'indique pas la qualité qui fonderait son intérêt à agir pour préserver cette liberté fondamentale ; que sa requête est dès lors irrecevable et doit par suite être rejetée selon la procédure prévue par l'article L. 522-3 de ce code »

[1062] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 27 novembre 2002, 251898, mentionné aux tables du recueil Lebon

568. Toutefois, le requérant demeure relativement libre dans sa conception des droits fondamentaux. Ce phénomène consacre un nouveau rôle au requérant, celui qui consiste à fournir une interprétation autonome du droit. L'une des facettes de cet activisme du justiciable est qu'il ne se contente plus d'alléguer une violation de ses droits, en ayant recours au qualificatif « fondamental », il expose la prééminence du droit en question. Emmanuel Dreyer met en relief le fait que cette interprétation n'est pas objective.[1063] Elle est placée sous l'influence des valeurs personnelles et sociales attachées à la personnalité du justiciable. Or, la multiplication des requêtes introduites pour obtenir la reconnaissance d'un nouveau droit fondamental peut concrètement exercer une influence sur le juge. Emmanuel Dreyer dénonce cette récupération de la fondamentalité à des fins prosélytiques « dans le contexte actuel, c'est de voir quelques-uns transformer cet universalisme symbolique en un universalisme militant.[1064] »

569. Récemment, la problématique liée à l'euthanasie, qui intéresse directement le droit fondamental à la dignité de la personne humaine, est une illustration de cette prise en considération par le juge d'une revendication de la fondamentalité ayant une portée extrajuridique. Elle ne s'inscrit plus seulement dans la volonté de mettre un terme à la violation d'un droit mais se traduit comme un « procès de rupture qui consiste à utiliser la procédure pour renverser le procès en se moquant du résultat juridique pour ne s'occuper que du résultat politique.[1065] » La fondamentalité peut être comprise comme la concrétisation du phénomène qu'Alain Renaut dépeint par l'expression : « les droits des groupes subsumés sous les droits de l'homme.[1066] » Le droit écrit a des difficultés à conceptualiser cette nouvelle forme de liberté individuelle, celle de mourir dans la dignité.[1067] Cependant, le droit jurisprudentiel tend à faire évoluer le

[1063]« A l'origine, il y a un postulat culturel, si ce n'est religieux » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1064] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1065] SOULEZ LARIVIERE Daniel, Le point de vue de l'avocat, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 110

[1066]RENAUT Alain, La notion de libertés publiques, droits de l'individu ou droits du groupe , *Les libertés publiques*, Paris, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 19

[1067] « le principe de dignité de la personne humaine est un principe cardinal des systèmes juridiques démocratiques. Il est cependant au cœur d'une controverse juridique aux ramifications philosophiques tant ses applications peuvent être diverses et contradictoires. Erigé au lendemain de la IIè Guerre mondiale comme le principe ayant pour objet de clamer avec force l'importance in fine de la vie, peut-il, à l'opposé, être utilisé pour

droit normatif classique, notamment en allégeant les sanctions pénales encourues pour ce type d'acte. Par le biais des requêtes et des arguments juridiques développés par les justiciables, la teneur des législations évolue mais de manière déstructurée.[1068]

570. Quelles que soient les circonstances de la requête, qu'elle ait vocation à supporter une revendication juridique personnelle ou la revendication politique d'un groupe, il est constant que le requérant n'aborde la fondamentalité que selon une perspective quantitative.

B – Une approche unidimensionnelle de la fondamentalité

exiger un droit à la mort ? » BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Libertés fondamentales*, Paris, collection pages d'amphi, Montchrestien, 2003, p. 265

[1068] Avis n° 63 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et la santé (France), en date du 27 janvier 2000, extrait : «Les progrès réalisés ces dernières décennies en matière d'hygiène de vie et ceux des techniques médicales conduisent à un allongement remarquable de la durée de la vie. En même temps, on assiste à un certain effacement des frontières entre la mort et la vie et, d'une certaine manière, à une désappropriation par le mourant de sa propre mort. S'ensuivent bien des problèmes éthiques et humains inédits. En attestent les hésitations et fluctuations récentes des législations sur ce point, les nombreux débats -souvent à fort impact médiatique- sur la question et une production littéraire non négligeable.» source http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Euthanasie-Fin_de_vie_arret_de_vie_euthanasie_par_Comite_consultatif_national_dethique_pour_les_sciences_de_la_vie_et_la_sante_France

571. Si le rôle actif du requérant au sein de la sphère juridique est pleinement consacré depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité[1069], l'influence de celui-ci sur la détermination du droit et de la fondamentalité en particulier demeure limitée. Cette relation d'influence du requérant sur la production normative par l'intermédiaire du juge est un « rapport conditionnel.[1070] » Le requérant n'aborde la fondamentalité que dans sa dimension matérielle. Quelles que soient les motivations de sa requête, ce dernier a du droit une perception concrète qui s'articule autour de l'applicabilité de la norme selon une perspective plus ou moins individuelle.

572. Son approche des droits fondamentaux n'est qu'unidimensionnelle, il n'envisage la fondamentalité qu'en tant que nouvelle catégorie du droit. Les prétentions du requérant ne peuvent conduire qu'à un enrichissement du contenu de la fondamentalité. Nous pouvons illustrer nos propos en nous appuyant sur un arrêt du Conseil d'Etat, dans lequel, le requérant interprète le Préambule de la Constitution de 1946 comme consacrant le droit à l'instruction, au rang des libertés fondamentales[1071]. Cette recherche de lien entre la fondamentalité, catégorie indéterminée, et, la rigueur de la norme constitutionnelle écrite, met en avant le fait que le requérant appréhende la fondamentalité de manière classique. Il tente de légitimer son interprétation des droits fondamentaux, par une assimilation de ce concept à une norme préexistante. Ce type de légitimation des droits fondamentaux est fréquent, il tend à inclure ces derniers dans la structure juridique pyramidale. Le requérant raisonne en terme d'unité conceptuelle. Cette approche du système juridique est celle socialement véhiculée et repose sur la technique de la validité du droit. Or, l'utilisation de la fondamentalité entraîne, en raison de l'effet de prévalence qu'elle suppose, une réflexion en termes de valeur. Emmanuel Dreyer met en relief cette relation intrinsèque entre le critère de

[1069] « on se rappelle la formule percutante de Robert Badinter dans les Mélanges Ryssdal selon laquelle les justiciables français étaient de façon tout à fait paradoxale traités en « mineurs » constitutionnels alors qu'ils étaient par ailleurs des «majeurs » conventionnels » BURGORGUE-LARSEN Laurence, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution, *RFDA*, 2009, p. 787

[1070] PFERSMAN Otto, Critique de la théorie des « contraintes juridiques », TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 127

[1071] Conseil d'Etat, du 8 octobre 2004, 272926, inédit au recueil Lebon : « Elle soutient que le maintien en permanence de sa fille décidé par le proviseur de la cité scolaire internationale de Grenoble constitue une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ; que le droit à l'instruction consacré par le préambule de la Constitution de 1946 est un droit fondamental »

fondamentalité et la notion de valeur « Les données positives ne suffisent pas à décrire le droit fondamental (…) Il faut faire apparaître les valeurs qui le sous-tendent.[1072] » Il existe en la matière une confusion qui est inhérente à la notion en droit français en raison de son indétermination.[1073]

573. Pourtant, le juge est plus enclin à confirmer l'interprétation de la fondamentalité par le requérant lorsque celui-ci se base principalement sur des éléments formels, masquant la dimension substantielle de la notion. Nous pouvons prendre pour exemple l'arrêt du 14 mars 2005[1074], dans lequel le requérant appuie sa qualification de la présomption d'innocence en tant que liberté fondamentale, sur la combinaison de l'article 9-1 du Code civil, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et s'agissant du droit international sur l'article 6§2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que sur l'article 14§2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La multiplication des textes évoqués suggère l'importance de la présomption d'innocence en droit interne comme dans le cadre du système conventionnel européen. Le requérant évoque de surcroît la jurisprudence conventionnelle pour renforcer le poids de son argumentaire. Cette multiplication de références formelles tend à justifier le caractère fondamental de la présomption d'innocence de manière rationnelle, positiviste. Le raisonnement suivi par le requérant pourrait être le suivant : la présomption d'innocence est au cœur des systèmes juridiques interne et externes, par conséquent elle est une valeur importante donc elle doit être qualifiée de liberté fondamentale au titre de l'article L. 521-2 du CJA. La multiplication des références formelles suggère l'importance de la valeur « présomption d'innocence » mais l'argumentaire choisi ne met en relief que des données formelles et non substantielles.

[1072] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1073]« La force du modèle formel de fondamentalité est telle qu'elle nous empêche de voir agir cette hiérarchie substantielle et d'en admettre l'existence, dans la mesure où nous sommes toujours tentés d'en imputer entièrement les effets à ces seules normes formelles » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1074] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 mars 2005, 278435, publié au recueil Lebon : « le droit à la présomption d'innocence, lequel constitue une liberté fondamentale est en cause ; que cette liberté est garantie par l'article 9-1 du code civil, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'article 6, paragraphe 2, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 14, paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; que la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que le principe fondamental que consacre l'article 6, paragraphe 2, garantit à tout individu que les représentants de l'Etat ne pourront pas le traiter comme coupable d'une infraction avant qu'un tribunal compétent ne l'ait établi »

Cette apparente rationalité formelle convainc le Conseil d'Etat qui suit le raisonnement du requérant et accorde à la présomption d'innocence, le statut de liberté fondamentale.

574. Le requérant, parce qu'il n'a qu'un pouvoir de proposition, se doit d'étayer sa définition du contenu du concept par l'adjonction d'éléments normatifs. Si nous reprenons notre cas d'espèce, le Conseil d'Etat reprend la qualification proposée par le requérant sans pour autant s'appuyer sur un support normatif déterminé.[1075] Le requérant et le juge ont des rapports différenciés vis-à-vis de la fondamentalité. Le requérant doit justifier en quoi une liberté est fondamentale alors qu'à l'inverse le juge justifie la prévalence d'une liberté par le recours à la fondamentalité. Les démarches de ces deux acteurs sont inverses mais complémentaires. Véronique Champeil-Desplats explique que : « La qualification de « fondamental » est un moyen efficace de justification parce qu'elle semble reposer sur la « nature des choses ».[1076]» Cette affirmation met en perspective le fait que le juge dispose du choix de la qualification en se basant sur la nature des choses constituées par l'argumentaire du requérant.

575. D'un point de vue stratégique, le requérant se voit investi d'une mission d'impulsion du développement de la fondamentalité. Toutefois, cette impulsion n'est pas, pour autant, susceptible d'avoir des conséquences juridiques certaines sur le droit positif comme nous le prouve un arrêt du 2 mai 2006 dans lequel la requérante invoque sans succès le droit de poursuivre une scolarité normale comme constituant un droit fondamental[1077]. Nous assistons, par conséquent, à la mise en place d'un échange entre le juge et le requérant. Celui-ci propose au premier des évolutions tenant au contenu des droits fondamentaux, et le juge valide ou non les choix du second. Cette discussion est importante. Elle implique que la sphère institutionnelle, auteur privilégié des normes juridiques se trouve exclue du champ de production de la fondamentalité. Dans le cadre de cette interaction entre le juge et le requérant en matière de fondamentalité, le requérant propose et le juge dispose.

[1075]« Considérant en revanche que la présomption d'innocence, qui concourt à la liberté de la défense et à la protection des droits de la personne, constitue une liberté fondamentale » Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 mars 2005, 278435, publié au recueil Lebon

[1076] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1077] Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 mai 2006, 292910, mentionné aux tables du recueil Lebon

§2 Le juge producteur explicite du droit

576. Le rapport à la fondamentalité se caractérise par un paradoxe qui réside dans l'indétermination normative de la notion, alors même, que des textes consacrent expressément ce concept. Cette antinomie place le juge dans une position intermédiaire en ce qu'il lui revient d'assurer l'effectivité de cette consécration tout en palliant les carences de définition.[1078] Le « flou » entourant la notion de fondamentalité peut conduire à assimiler le producteur de la norme et le juge de cette dernière. Ce rapport d'assimilation est celui de la démocratie idéale « la démocratie idéale postulerait il est vrai la complète et totale identification des gouvernants et des gouvernés, donc des producteurs de la norme et des juges de la norme[1079] » mais au bénéfice du peuple souverain et non du juge. Or, une telle identification entre le producteur de la norme et son censeur peut s'avérer dangereuse pour la démocratie.[1080]

577. Pourtant certains auteurs, comme Frédéric Zenati, mettent en relief la proximité qui peut exister entre le droit normatif et le droit de source jurisprudentielle notamment lorsque ce dernier émane des décisions des cours suprêmes.[1081] Ce rapprochement entre la production normative émanant du pouvoir politique institutionnalisé ou de la jurisprudence est pleinement assumé dans les Etats anglo-saxons.[1082] Le développement de la fondamentalité s'inscrit dans ce rapport nouveau entre le juge et la règle écrite. Dans la perception classique du droit continental, le juge « n'est qu'un exécutant.[1083] » Cependant, le développement de l'Etat de droit et des droits fondamentaux modifie considérablement le rôle dévolu à la figure juridictionnelle. Sur la base de l'interprétation de la fondamentalité, le juge se trouve dans une position de

[1078] « il faut rappeler qu'en l'absence de toute définition législative par la loi du 30 juin 2000 de la notion de liberté fondamentale ou simplement de critères d'identification fixés par le législateur il appartient au juge des référés de déterminer lui-même quelles libertés fondamentales s'appliquent en la matière » JACQUINOT Nathalie, La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?, *AJDA*, 2003, p. 658

[1079] RENOUX Thierry S. , La réforme de la justice en France : Le juge et la démocratie, *Gazette du Palais*, 22 janvier 2000, n° 22, p. 2

[1080]« faire du seul producteur de la norme sociale comportementale le juge de cette même norme conduit à placer la même personne, ou le même corps, en situation d'être tout à la fois juge et partie » RENOUX Thierry S., La réforme de la justice en France : Le juge et la démocratie, *Gazette du Palais*, 22 janvier 2000, n° 22, p. 2

[1081]« la jurisprudence suprême ressemble fort à la loi » ZENATI Frédéric, Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 359

[1082]« l'ontologie juridique anglo-saxonne (…) trouve le droit dans l'acte juridictionnel et n'a donc aucune difficulté à reconnaître cette évidence que le droit procède du jugement. » ZENATI Frédéric, Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 359

[1083] ZENATI Frédéric, Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 359

création, il produit de nouvelles règles.[1084] Pascal Deumier précise le cadre de cette création normative : « l'interprétation de la règle générale pour son adaptation au cas est inéluctable et cette nécessité fonde largement le pouvoir créateur du juge.[1085] » Ainsi, c'est dans le cadre de l'interprétation de la règle écrite que le juge use de son pouvoir « producteur » de nouvelles prescriptions juridiques. Michel Troper établit une relation entre l'indétermination du texte de droit et l'exercice de l'interprétation : « tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application du droit doit choisir et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation.[1086] » La fondamentalité étant un concept consacré par la norme mais indéterminé substantiellement, le juge n'a pas à choisir entre plusieurs sens, mais il choisit librement de donner, dans le cadre d'un cas d'espèce, un sens au texte. En matière de fondamentalité, le juge peut être appréhendé comme un producteur de droit.[1087]

578. Toutefois, la portée de la règle créée par le juge n'est pas identique à celle créée par le pouvoir politique institutionnalisé. Frédéric Zenati évoque un pouvoir de création sous tutelle.[1088] Cette « législation dérivée et auxiliaire[1089] » demeure sous le coupe du pouvoir politique institutionnalisé qui peut, à tout moment, invalider l'interprétation donnée du droit par le juge. Le pouvoir créateur du juge n'est qu'un pouvoir par défaut.[1090]

[1084]« mais le juge constitutionnel s'est souvent montré plus hardi, ou bien il a créé de toutes pièces une nouvelle règle jurisprudentielle, ou bien il a modifié une règle jurisprudentielle existante. » FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 62

[1085] DEUMIER Pascal, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, *Archives de philosophie du droit*, volume 50, Dalloz, 2007 source http://cat.inist.fr

[1086] TROPER Michel, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 135

[1087] « c'est pour l'essentiel à lui (le juge) qu'il appartient d'appliquer ces droits fondamentaux pour en fixer la portée et, le cas échéant, les concilier » MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 9

[1088] « les juges de cassation ont la latitude de créer des normes juridiques, mais dans le cadre et sous la tutelle de la loi » ZENATI Frédéric, Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 359

[1089] ZENATI Frédéric, Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 359

[1090]« Le droit a horreur du vide. Si la jurisprudence le comble, cela ne peut qu'être par défaut » CAMBY Jean-Pierre, Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle, *RDP*, 20 juin 1101, n° 6, 1er novembre 2006, p. 1505

579. En matière de fondamentalité, le pouvoir créateur du juge est très présent en raison de la conjonction de deux facteurs. Le premier est la non définition textuelle du concept. Le deuxième est qu'en raison de cette indétermination la fondamentalité apparaît comme un contexte favorable au développement d'« une revendication, sans cesse plus présente, de participation active des sujets de droits, personnes physiques ou personnes morales, à la vie de la société, à sa régulation par le droit et la justice.[1091] » Cette tendance est corroborée par le fait que, ce sont les requérants, en l'espèce les députés auteurs de l'une des saisines du Conseil constitutionnel, qui ont pour la première fois utilisé l'expression de droit fondamental dans le cadre du contentieux constitutionnel, et ce, s'agissant du droit de propriété sous la forme de la libre détermination des statuts d'une entreprise[1092]. On retrouve une revendication semblable dans le cadre de la reconnaissance des PFRLR, malgré l'identification précise de critères.[1093] Cependant, pour éviter tout afflux de demandes, les juridictions auto-limitent leur pouvoir de création en matière de fondamentalité.[1094]

580. Aussi, nous allons étudier les caractères de cette production de la fondamentalité par le juge en constatant qu'elle est à la fois précise (A) et pluridimensionnelle (B).

A – Une définition circonstanciée de la fondamentalité

[1091] RENOUX Thierry S., La liberté des juges, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°74, 1995, p. 56

[1092] 7 janvier 1988 - Décision n° 87-232 DC *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole* Recueil, p. 17 ; RJC, p. I-317 - Journal officiel du 10 janvier 1988, p. 482 : « 15. Considérant que les députés auteurs de l'une des saisines font valoir que les articles 2 et 3 de la loi méconnaissent le principe constitutionnel imposant le respect du droit de propriété ; qu'en effet, l'article 2, qui maintient en fonctions jusqu'à la première assemblée générale de la nouvelle société le conseil d'administration de la Caisse nationale de Crédit agricole, donne mission au conseil d'administration d'établir les statuts de la société ; que l'article 3 qui, de même, maintient provisoirement en fonctions le directeur général de la caisse, le charge d'obtenir l'approbation des statuts par les ministres compétents, d'assurer la publication de ces statuts et de procéder aux immatriculations au registre du commerce et des sociétés »

[1093] 21 février 2008 - Décision n° 2008-563 DC *Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général* - Journal officiel du 27 février 2008, p. 3370 : l'argumentation des requérants porte sur la violation de la règle selon laquelle « les règles électorales ne pourraient être modifiées dans l'année qui précède un scrutin et, a fortiori, lorsque le processus électoral a débuté » et que celle-ci aurait acquis : « la force d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République »

[1094] « une approche trop large de cette notion risquerait surtout de produire un afflux de demandes » JACQUINOT Nathalie, La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?, *AJDA*, 2003, p. 658

581. Le juge aborde avec une certaine prudence la fondamentalité. Une utilisation extensive de la notion remettrait en question l'efficacité juridique du concept[1095] tout autant que son efficacité stratégique.[1096] Le juge français, bien qu'il ait contribué à « la généralisation et la banalisation de la notion de droits fondamentaux[1097] » ne peut faire abstraction du fait que « nombre d'auteurs continuent de s'insurger contre l'irruption de la « fondamentalité » au détriment des libertés publiques.[1098] » Dominique Rousseau met en évidence cette influence de la doctrine sur le choix opéré par les juridictions dans le cadre de leur travail interprétatif.[1099]

582. Dans le cadre de ce jeu d'influences réciproques, tous les acteurs participant à la détermination de la fondamentalité ne sont pas placés sur un pied d'égalité.[1100] S'agissant des juridictions, si chacune doit opérer un travail interprétatif sur la fondamentalité[1101], toutes ne sont pas soumises au même niveau de contrainte.

583. S'agissant du Conseil constitutionnel, il faut distinguer le rapport qu'il entretient avec les requérants de nature politique, dans le cadre des contrôles a priori issus des articles 54 et 61 de la Constitution, et le nouveau contrôle a posteriori dans le cadre duquel le requérant est envisagé de manière paradoxale. Le contrôle a priori est ouvert à un nombre limité de requérants que sont, le Président de la République, le Premier ministre, le Président de chacune des assemblées ainsi que soixante parlementaires.

[1095] « pour mieux les manipuler, il faut les affaiblir (…) grâce à la démultiplication des droits prétendument fondamentaux » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1096] « une qualification forte en appelle une plus forte, aussi loin qu'il est stratégiquement possible de le faire » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1097] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1098]BURGORGUE-LARSEN Laurence, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution, *RFDA*, 2009, p. 787

[1099]« pas davantage que la juridiction judiciaire ou administrative, le Conseil constitutionnel ne dispose d'un monopole de l'interprétation (…) celle-ci est en effet au principe d'un jeu mettant en concurrence plusieurs acteurs (…) » dont font partie « les professeurs de droit qui, dans leur travail de commentaire, s'efforcent de dégager la signification pertinente » ROUSSEAU Dominique, Une résurrection la notion de Constitution, *RDP*, 1990, p. 17

[1100] « dire qu'il y a jeu n'implique donc nullement ni une quelconque égalité de départ entre joueurs ni un quelconque consensus sur les règles mêmes du jeu. » CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, p. 114-115

[1101]« dont la logique est de mettre le juge d'une part en face de plusieurs significations possibles, d'autre part dans l'obligation professionnelle d'en choisir une » ROUSSEAU Dominique, Une résurrection la notion de Constitution, *RDP*, 1990, p. 16

Ces cinq autorités sont de nature politique. Par conséquent, leur interprétation de ce qui releve, ou non, de la fondamentalité est nécessairement influencée par des considérations extra juridiques et muée par une vision globale de la structure étatique. Dans le cadre du contentieux constitutionnel a priori, la fondamentalité, telle qu'elle émane des requérants, est empreinte d'une forte idéologie politique. Ce constat apporte une explication au fait, précédemment évoqué, selon lequel, le juge constitutionnel français a une approche restrictive du champ de la fondamentalité car si « le développement de la jurisprudence constitutionnelle contraint de plus en plus le gouvernement et le parlement (…) » elle « ouvre dans le même temps des espaces à de nouveaux jeux politiques.[1102] » Nous pouvons illustrer nos propos en nous appuyant sur la décision constitutionnelle 96-383 DC du 6 novembre 1996[1103]. En l'espèce, les requérants soutiennent que le principe dit de faveur constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Plusieurs arguments sont développés à l'appui de cette qualification, notamment, dans la saisine des députés, celui selon lequel, ce principe devrait être considéré comme un principe fondateur de la démocratie sociale. Cet argumentaire établit un lien très marqué entre la détermination de la fondamentalité et la qualification de la nature du régime politique. Le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la possible intégration de ce principe au rang des normes attachées à la fondamentalité, et, utilise la technique des réserves d'interprétation afin de conclure à la constitutionnalité de la disposition contestée.

584. La prudence dans l'emploi de la fondamentalité par le juge constitutionnel s'explique par le fait, que celui-ci est face à d'autres pouvoirs constitués et légitimes.

[1102] FRANCOIS Bastien, Une théorie des contraintes juridiques peut –elle n'être que juridique ?, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, TROPER Michel, Proposition pour une théorie des contraintes juridiques, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, pp. 173-174

[1103] 6 novembre 1996 - Décision n° 96-383 DC *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective* Recueil, p. 128 ; RJC, p. I-686 - Journal officiel du 13 novembre 1996, p. 16531 : « 3. Considérant qu'à titre liminaire les députés, auteurs de la première saisine, soulignent que font "partie intégrante de l'ordre constitutionnel français le principe de la négociation collective des conditions de travail et celui de la représentation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués" et soutiennent que le principe de représentativité et un principe qu'ils intitulent "principe de faveur" sont des "principes fondateurs de la démocratie sociale" ; que le premier principe garantirait la participation des organisations syndicales reconnues représentatives à la négociation collective entre les partenaires sociaux et qu'en vertu du second, une convention collective ou un accord collectif de travail ne pourraient qu'améliorer la situation des travailleurs par rapport aux dispositions prévues par la loi et les règlements ou aux stipulations de portée plus large ; que, pour leur part, les sénateurs auteurs de la seconde saisine se prévalent également de la valeur constitutionnelle de ces principes ; qu'ils soutiennent notamment à cette fin que le principe dit "principe de faveur" aurait le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République »

Le contentieux constitutionnel se caractérise par une égalité des acteurs entrant en jeu dans la procédure. La légitimité des parties au « procès » constitutionnel est équivalente pour chacune, et, le juge constitutionnel n'a de compétence d'édiction du droit qu'à titre supplétif. Le Conseil constitutionnel a pour vocation principale d'éliminer les dispositions législatives contraires à la Constitution. Il a un rôle principalement négatif.[1104] La production de la fondamentalité au sein du contentieux constitutionnel a des conséquences sur l'ensemble du fonctionnement de la structure étatique. Ainsi, certains auteurs comme Dominique Rousseau soutiennent que « le Conseil constitutionnel inaugure un nouveau mode de « fonctionnement » démocratique (…) avec lui, la souveraineté populaire est en position de prévaloir, car elle dispose d'un moyen, le Conseil précisément, lui permettant d'exprimer, contre la prétention des représentants sa volonté.[1105] » Cette analyse suppose une possible distension entre la démocratie élective et la démocratie libérale. Or, une telle scission comporte des risques.[1106] Le pouvoir créateur du juge, légitimé par la protection des droits fondamentaux, composante de l'Etat de droit, ne peut pas, sur le long terme, masquer les déficiences de la démocratie représentative. Le recours à la fondamentalité ne doit pas devenir une nouvelle arme politique d'où la réserve, dans l'emploi de la notion, du juge constitutionnel.

585. L'élimination, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, de la référence à la fondamentalité tend à confirmer la prudence du contentieux constitutionnel vis-à-vis de ce concept. Même si la nouvelle terminologie apparaît plus adéquate[1107], elle ne résout pas tous les problèmes d'interprétation liés à la détermination du champ d'application de la QPC et au rôle créateur du juge, car « aucune liste précise et circonscrite des « droits et libertés que la Constitution

[1104]« La " main tremblante " doit s'imposer a fortiori au juge constitutionnel, doté du pouvoir, plus considérable encore, d'invalider sans appel l'œuvre des représentants du peuple » AMELLER Michel, *Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel*, exposé à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCDE, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[1105] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 493

[1106]« les constructions juridiques les plus sophistiquées ne peuvent indéfiniment masquer une incohérence qui, parce qu'elle est structurelle, ne peut perdurer. » GROSHENS Jean-Claude, L'exception d'inconstitutionnalité un chantier difficile, à propos du Conseil constitutionnel, *RDP*, 20 septembre 0501, n°3, 1er mai 2009, p. 588

[1107]« dans un tel contexte, on peut alors être tenté de considérer que la formule in fine retenue par le constituant et reprise par le législateur organique est meilleure » BURGORGUE-LARSEN Laurence, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution, *RFDA*, 2009, p. 787

garantit» n'existe. La tâche identificatrice - qui reviendra au juge - va être sans nul doute bien plus compliquée qu'il n'y paraît.[1108] » De plus, si la QPC reconnaît un rôle plus actif au requérant, puisqu'il lui revient d'être à l'origine de cette nouvelle procédure, ce dernier n'a qu'une fonction symbolique devant le juge constitutionnel.[1109] Cette nouvelle procédure ne modifie pas la « dimension objective du contentieux de constitutionnalité.[1110] » Dans le cadre de la QPC, le juge constitutionnel continue de privilégier une approche formelle du concept axée sur le signifié d'une prévalence dans le cadre de la conciliation de normes constitutionnelles[1111].

586. Le « procès » administratif organise généralement une confrontation entre une personne privée et une personne publique. Ici, les différents acteurs ne sont pas placés sur un pied d'égalité. Cette distension de positionnement a une influence sur la place occupée par le juge administratif. En effet, le Conseil d'Etat apparaît, à l'instar du juge constitutionnel, comme un arbitre, mais au-delà, la portée de sa décision n'a qu'un effet inter partes. Ainsi, il est plus aisé pour le juge administratif d'user de la fondamentalité, dans la mesure où, en théorie du moins, les effets de la décision juridictionnelle ne concernent que les parties au litige. Toutefois, la théorie de l'autolimitation du juge administratif en matière de fondamentalité est également

[1108]BURGORGUE-LARSEN Laurence, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution, *RFDA*, 2009, p. 787

[1109]« lorsque le Conseil constitutionnel aura été saisi d'une question de constitutionnalité, « l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question » VERPEAUX Michel, Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité, *AJDA*, 2010 p. 88

[1110] VERPEAUX Michel, Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité, *AJDA*, 2010 p. 88

[1111] Décision n°2010-8 QPC du 18 juin 2010 Époux L. *Journal officiel du 19 juin 2010, p. 11149* « 8. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi « détermine les principes fondamentaux... du droit du travail... et de la sécurité sociale » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par la Constitution, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » ou encore 08 avril 2011 - Décision n° 2011-116 QPC M. Michel Z. et autre *Journal officiel du 9 avril 2011*, p. 6361. « 3. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi détermine les principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales » ainsi que « de la préservation de l'environnement » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »

présente. Vincent Tchen relève cette réalité notamment dans le cadre de la protection des droits fondamentaux des détenus.[1112]

587. Cependant, la revendication des droits fondamentaux est plus accessible au requérant privé, qu'au requérant institutionnel, alors même, et c'est là tout le paradoxe, que le requérant institutionnel est le producteur légitime du droit. Ce paradoxe peut apparaître légitime puisque la vocation première de la fondamentalité est d'assurer la protection des droits de la personne. Ainsi, au regard d'une approche empreinte de droit naturel, il semble que cet accès privilégié de la personne humaine, quelle que soit sa forme juridique, s'inscrit en cohérence avec la théorie de la fondamentalité. Toutefois, ce paradoxe ne doit pas être négligé, notamment, dans le cadre de ses effets vis-à-vis de la production juridique. En effet, dans la conception classique du droit, celui-ci est légitime car il émane d'autorités institutionnelles élues. Or, en l'espèce, la majorité des libertés consacrées comme fondamentales l'est par le juge administratif[1113]. Nous assistons à un déplacement de la production du droit en matière de fondamentalité au bénéfice du juge ordinaire. Ce phénomène pose le problème du rôle croissant du droit jurisprudentiel au sein de la démocratie représentative. Ce basculement peut, à terme, avoir des incidences négatives. En privilégiant la sphère juridictionnelle à la sphère politique s'agissant de la production juridique, cela risque d'amoindrir l'utilité de la liberté du suffrage.

B- Une approche pluridimentionnelle de la fondamentalité

588. A l'inverse du requérant qui envisage principalement la fondamentalité dans sa dimension d'unité conceptuelle, la position du juge vis-à-vis de la notion est plus ambiguë. Cette ambiguïté découle de l'incertitude sémantique qui pèse sur ce

[1112]« Ce standard permet d'envisager une marge de manoeuvre utile au pouvoir pour apprécier les exigences touchant à l'ordre public. Cette « autolimitation du juge » n'est donc pas en soi inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel n'hésitant pas à limiter son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation pour ne pas « substituer sa propre appréciation à celle du (pouvoir) en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition (de la loi) n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ». » TCHEN Vincent, Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire, *RFDA*, 1997, p. 597

[1113] nous tenons à préciser que notre étude s'inscrit dans le cadre publiscite du droit. par conséquent, l'apport de la juridiction judiciaire est écartée, non dans un souci de minimiser l'influence de cette dernière, mais dans la recherche du maintien d'une cohérence de nos propos et d'une délimitation précise de notre domaine de recherche.

concept.[1114] La fondamentalité en droit français est une notion supposée, dans la mesure où, aucun texte, ni aucune juridiction suprême, ni même le Conseil constitutionnel ne posent d'éléments d'identification de ce concept.

589. Le comportement des juridictions en la matière n'est pas identique, d'où une approche pluridimensionnelle de la notion. Les juridictions ne semblent pas avoir franchi le pas d'une acception de la fondamentalité faisant consensus. Le risque d'un tel choix pour les juridictions est de deux ordres. D'une part, la juridiction se trouverait encadrée dans sa marge de liberté interprétative. D'autre part, la définition donnée par le juge pourrait se voir démentie soit par les juridictions externes, soit par le pouvoir politique institutionnalisé. Les difficultés que pose la fondamentalité aux juridictions tiennent à l'absence de définition positiviste du concept.

590. La doctrine propose deux axes possibles de détermination de la notion. D'un côté, certains auteurs, comme Laurent Richer, appréhendent la fondamentalité en ce qu'elle introduirait une hiérarchie substantielle[1115], conception que l'on retrouve également chez Etienne Picard.[1116] De l'autre, selon une approche strictement positiviste inspirée du modèle allemand, Louis Favoreu appréhende l'introduction d'un droit fondamental comme amenant : « un ensemble hiérarchisé de permissions, d'obligations et d'interdictions qui se répondent les unes les autres. La doctrine des droits fondamentaux dans un système donné consiste à décrire avec précision des rapports de compétences.[1117] » Si la notion de hiérarchie est commune aux deux acceptions de la fondamentalité, ces dernières n'ont pas les mêmes conséquences concernant le travail interprétatif du juge. Dans le cadre de la définition formelle de la fondamentalité, le juge attribuera le qualificatif « fondamental » en fonction des textes consacrant la fondamentalité, c'est-à-dire en raison de la valeur supralégislative de la liberté en

[1114] « L'absence de liste précise de droits qualifiés de fondamentaux par les acteurs juridiques (juridiction ou autre organe à compétence normative) a conduit la plus grande partie des auteurs de la doctrine à employer la notion de « droit fondamental », soit sans en donner de définition, soit selon une conception personnelle, soit, enfin, dans le sens supposé que les acteurs du droit lui donnent. » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1115] « la notion de droit fondamental permet d'introduire une hiérarchie et, bien plus, elle va au-delà du droit » RICHER Laurent, Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?, *AJDA*, 1998, p. 1

[1116] « elle s'alimente aux convictions et aux représentation les plus essentielles » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1117] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 95

question. Dans le cadre de la définition substantielle du concept, le juge attribuera le qualificatif « fondamental » en raison de la place occupée par une liberté au sein du système juridique notamment en ce qu'elle en constitue un des fondements.

591. Le choix d'une définition est complexe pour la juridiction car quel que soit ce choix, il réduit sa marge interprétative car les juridictions sont contraintes par leur propre jurisprudence. La difficulté est que la cohérence du système juridique suggère que toutes les juridictions d'un même ensemble opèrent le même choix, voire que les juridictions ayant des relations d'un ordre à l'autre opèrent un choix semblable au nom de la sécurité juridique. Par conséquent, les juges ont choisi de ne pas faire de choix. Ils ont développé une approche pluridimensionnelle de la notion s'inscrivant dans une stratégie selon laquelle : « réputé posséder « une connaissance complète de l'état du système juridique au sein duquel il opère », il devrait s'abstenir d'exercer ses compétences selon des modalités qui les brideront pour l'avenir.[1118] » L'intérêt stratégique de ce « non choix » est mis en perspective par Jean-François Lachaume : « il reste que cette rencontre n'est pas sans ambiguïté car, par sa fonction même, synthétisée par l'incontournable décision *Blanco* et qui est de concilier les droits de la puissance publique avec les droits privés, le droit administratif doit, dans les différents éléments composant son champ d'intervention, s'efforcer de trouver un équilibre entre les droits, y compris fondamentaux, des administrés d'une part et les exigences de l'intérêt général et de l'ordre public, d'autre part. Cet équilibre est, par essence, fragile, fait de compromis et il peut être, suivant les circonstances, rompu par le législateur ou par le juge soit au profit des droits fondamentaux, soit au bénéfice de la puissance publique.[1119] »

592. L'approche pluridimensionnelle de la fondamentalité par le juge se caractérise par la coexistence d'éléments hiérarchiques de nature substantielle[1120] et de nature

[1118] MEUNIER Jacques, Contraintes et stratégie en droit constitutionnel, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 197

[1119] LACHAUME Jean-François, Droits fondamentaux et droit administratif, *AJDA*, 1998, p. 92

[1120] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200 : « l'exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »

formelle.[1121] L'approche du concept en tant que catégorie normative n'est que secondaire. Le juge souhaite accorder un effet de prévalence à une liberté en fonction aussi bien de considérations substantielles que formelles. La constitution d'une unité conceptuelle formée autour des déclinaisons de la fondamentalité n'est que la résultante de cette volonté interprétative de faire prévaloir dans un cas d'espèce donné, une liberté précise. Le juge aborde la fondamentalité de manière pragmatique et empirique ce qui complexifie la théorisation du concept.

593. La fondamentalité déstabilise le système juridique dans la mesure où les incertitudes pesant son sens entraînent des dysfonctionnements. Puisque personne n'est à même de poser avec exactitude la réalité juridique du concept en droit français, chacun peut employer la notion selon son propre ressenti. Le caractère déstabilisant de la fondamentalité provient du fait qu'elle est souple, comme le souligne par exemple Emmanuel Decaux s'agissant de l'emploi de la fondamentalité dans le cadre de la Charte des Nations Unies[1122], ce qui s'inscrit en rupture avec la conception kelsénienne du droit caractérisée par la rigidité et l'unité de son organisation pyramidale.[1123]

594. La fondamentalité est en grande partie déterminée par la voie jurisprudentielle. Elle s'inscrit ainsi dans le cadre de l'Etat de droit et en ce sens peut apparaître comme un moyen de contrainte vis-à-vis du pouvoir politique institutionnalisé.[1124] La fondamentalité peut être appréhendée comme un élément déstabilisant le système politique.

[1121] Conseil d'État, 08/06/2010, 340143, Inédit au recueil Lebon : « Considérant que le droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une liberté fondamentale »

[1122]« Le vocabulaire de la charte des Nations unies est lui-même assez souple. Si le préambule évoque « les droits fondamentaux de l'homme » (fundamental human rights), l'article 1er mentionne « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (human rights and fundamental freedoms) » DECAUX Emmanuel, Les droits fondamentaux en droit international, *AJDA*, 1998, p. 66

[1123]« son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci » KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. De Charles Eisenmann, 1962, réédition 1999, Coll. La pensée juridique L.G.D.J, Bruylant, p. 224

[1124]« le pouvoir politique ne peut se développer qu'au moyen d'un code juridique institutionnalisé sous forme de droits fondamentaux » HABERMAS Jurgen, Droit et démocratie, entre faits et normes, Paris, Gallimard, 1997, pp. 152-154 (extraits), CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 100

Titre 2 : Un concept déstabilisant le système politique

595. La fondamentalité ne voit pas ses conséquences circonscrites au système juridique. Son influence à des domaines extra juridiques tient au fait que le droit est un phénomène social.[1125] Le droit étant un système, il se caractérise comme un « ensemble organisé de principes coordonnés de façon à former un tout scientifique.[1126] » Chaque modification de l'un des éléments du système a des incidences sur l'ensemble. Ainsi, l'introduction de la fondamentalité ne doit pas être envisagée comme un facteur d'évolution uniquement du droit des libertés. La fondamentalité a une incidence sur l'ensemble de la structure étatique entendue comme la réunion des dimensions juridique et sociale caractérisant l'Etat.[1127]

596. En tant que produit de l'Etat de droit, la fondamentalité modifie l'équilibre des pouvoirs au sein de la structure étatique. Elle permet un renforcement du pouvoir juridictionnel.[1128] Christophe de Aranjo souligne que dans le cadre de l'Etat de droit le pouvoir des juges « est donc considérable au sommet de l'Etat.[1129] »

597. La fondamentalité peut être considérée comme une nouvelle catégorie enrichissant le droit constitutionnel des libertés. Cohérente et claire, cette perception du concept ne correspond que très imparfaitement à la réalité française. En effet, la fondamentalité n'est qu'une unité conceptuelle par ricochet. Elle est la résultante d'une application artificielle de ce que recouvre ce concept dans d'autres systèmes constitutionnels tels que le système allemand basé sur la Loi fondamentale de 1949. Or, la fondamentalité, telle qu'elle existe en France, ne peut être réduite à cette approche. Elle peut donc être

[1125] « constatation de la réalité sociale, il (le droit) forme, à ce titre, la trame des rapports humains, dont il assume la régulation » GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 18

[1126] Définition du terme système, Larousse, http://www.larousse.fr

[1127]« l'État comme un système de normes, c'est le cas de la théorie juridique et, d'autre part, l'État comme un phénomène historico-social, c'est la théorie sociale de l'État et Jellinek prend bien soin de le préciser sont néanmoins complémentaires en ce que, justement combinées, elles offrent une vision plus complète de ce qu'est l'État. » RAMBAUD Thierry, Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek (1851-1911), *RDP*, 20 mai 0501 n° 3, 1er mai 2005, p. 707

[1128] « c'est cependant de l'exercice concret du contrôle juridictionnel que dépend en fin de compte l'effectivité de l'Etat de droit » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 75

[1129] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 258

analysée comme le signe extérieur d'un autre phénomène lié à une évolution de la définition de la démocratie et de la constitution.

598. Selon une perspective classique, le droit constitutionnel connaît un triple objet exposé par Louis Favoreu : « le droit constitutionnel de la IVème République avait essentiellement pour objet les institutions alors que celui de la Vème République – rejoignant les autres droits constitutionnels contemporains – a pour objet, en sus des institutions, le système des sources ou système normatif et la protection des libertés et droits fondamentaux.[1130] » Cet accroissement du champ du droit constitutionnel a conduit à un déséquilibre au sein des fonctions de la Constitution. Certes, dès l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[1131], le lien entre constitution, protection des droits et séparation des pouvoirs est explicitement établi puisque l'effectivité des deux derniers principes est la condition d'existence de la notion même de constitution. Toutefois, dans cet article comme dans les propos du Doyen Favoreu, il existe un équilibre, de manière à ce que la protection des droits ne conduise à un affaiblissement de la séparation des pouvoirs et à une altération des relations institutionnelles prévues par le texte constitutionnel.

599. La fondamentalité peut être comprise comme un révélateur « d'une nouvelle représentation de la démocratie.[1132] » Cette nouvelle définition de la démocratie passe par un double mouvement qui est une redéfinition du sens de la constitution dont découle un repositionnement du juge constitutionnel. Dominique Rousseau analyse ces évolutions : « La Constitution au sens moderne du terme, c'est pour une part, stable, mais qui proportionnellement se réduit, l'organisation de l'Etat, et pour une autre part, considérable et qui s'accroît sans cesse par le travail du Conseil (constitutionnel), l'énoncé des principes constitutionnels relatifs aux droits et libertés.[1133] » Dans le cadre de cette approche de la démocratie et de la constitution, la fondamentalité s'inscrit, en raison de son indétermination textuelle, comme un nouvel

[1130] FAVOREU Louis, Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit, *RFDC*, 1990, p. 74

[1131] Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 8

[1132] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 487

[1133] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 493

outil, un moyen de dialogue entre les différents acteurs de la sphère étatique que sont le gouvernant, le gouverné et le juge.

600. Aussi, nous nous proposons d'étudier, dans un premier chapitre, en quoi la fondamentalité constitue un nouveau vecteur de légitimité, puis de mettre en évidence, que l'introduction de ce concept en droit français révèle une évolution du sens de la démocratie, dans un chapitre deuxième.

Chapitre 1 : La fondamentalité, nouveau vecteur de légitimité

601. La fondamentalité permet l'établissement d'un dialogue nouveau dans le cadre démocratique entre la personne et les autorités étatiques. De manière classique, la démocratie prend en compte « la volonté du citoyen plus que celle de l'homme privé.[1134] » L'histoire constitutionnelle démontre que la reconnaissance des droits et libertés de la personne ne va pas nécessairement de paire avec la mise en place d'un régime démocratique.[1135] Ainsi, protection des droits et démocratie ne sont en rien des concepts synonymes. La démocratie est historiquement basée sur l'exercice du droit de suffrage tandis que la protection des droits peut s'exprimer dans un autre régime politique tel que l'aristocratie. Chez Montesquieu, le principe de séparation des pouvoirs a vocation à garantir les libertés mais il n'est pas complété par la mise en place du suffrage universel.[1136] De manière contemporaine, on retrouve dans le corps de la Constitution cette association entre la liberté de suffrage et la protection des droits de la personne, ce qui entraîne une redéfinition du concept même de démocratie enrichi par l'exercice effectif des libertés. Ce binôme est présent dans le texte de la Constitution de 1958 par le recoupement du texte du préambule de la Constitution[1137] et des articles 2[1138] et 3[1139].

602. Malgré l'enrichissement de la notion, la principale source de légitimité dans le cadre démocratique repose sur l'élection au suffrage universel. L'exercice du vote est le

[1134] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 74

[1135]« il faut attendre la fin du Second Empire et la IIIème République pour que la démocratie deviennent libérale » MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 75

[1136]« lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté » MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 294

[1137] Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

[1138] Article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, « Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

[1139] Article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, «Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. . » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

mode normal d'expression des citoyens au sein d'une démocratie. Ce mode d'expression démocratique peut être réalisé selon deux procédés énoncées à l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958, soit directement par le biais du référendum, soit indirectement par le choix de représentants.

603. Cependant, le modèle de la démocratie représentative, au sein de laquelle le peuple désigne à la majorité ses représentants élus qui exerceront le pouvoir en son nom[1140], connaît un certain déclin constaté aussi bien par des politologues que par des juristes. Ainsi, pour Philippe Braud, il existe une perte de confiance des citoyens dans les capacités de l'Etat.[1141] Appliquée au domaine constitutionnel, cette perte de confiance se traduit chez Dominique Rousseau par une « rupture de l'identification gouvernés-gouvernants.[1142] » C'est dans le cadre de cette rupture que doit être abordée la fondamentalité en ce qu'elle peut constituer un nouveau mode d'expression démocratique pour l'homme, entendu non plus en tant que citoyen, mais en tant que personne juridique. La distinction entre ces deux concepts tient principalement au fait que la personne induit une vision plus large tant des bénéficiaires des droits que de la nature de ces derniers. En effet, « sous ce vocable (personne), le droit français contemporain désigne la personne juridique, c'est-à-dire un sujet titulaire de droits et d'obligations, qui peut les exercer et qui, de ce fait, a un rôle dans l'activité juridique. La personne juridique se définit donc de manière positive comme celle à qui sont accordés des droits. [1143]» Le citoyen est alors appréhendé comme une configuration juridique spécialisée de la personne en matière de droits civils et politiques.

604. La fondamentalité, parce qu'elle établit une relation directe entre le requérant et le juge, permet un renouvellement du débat démocratique, qui ne se centre plus sur le sens d'un projet politique mais se déplace sur le sens et la portée des normes juridiques. Ce déplacement a pour conséquence un renouvellement de la légitimité

[1140] KADA Nicolas, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2004, p. 33

[1141] « plus préoccupant en revanche est le sentiment diffus d'une impuissance croissante de l'Etat à maîtriser les problèmes qui affectent les citoyens » BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, 5e édition, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 148

[1142] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 492

[1143] THOUVENIN Dominique, « Consentement et assujettissement », in GROS François et HUBER Gérard (Dir.) : vers un anti destin ? Patrimoine génétique et droits de l'humanité, actes du colloque de la Sorbonne et de Jussieu, oct. 1992, Odile Jacob, p. 471 Opus cité BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2003, pp. 128 - 129

démocratique. Définie par Dominique Turpin comme la manifestation par laquelle : « les gouvernants ont été mis en place par un libre choix des gouvernés, à l'issue d'élections disputées[1144] », ce concept ne semble plus rendre compte de la réalité du fonctionnement de la démocratie moderne. Il apparaît possible de distinguer au sein de la légitimité démocratique deux sous-notions que sont la légitimité élective, qui correspond strictement à la définition donnée par le Professeur Turpin, et la légitimité libérale qui peut être explicitée par cette analyse de Dominique Rousseau : « la relation constitutionnelle qui se donne à voir est celle d'un Conseil (constitutionnel) imposant le respect des droits des gouvernés aux organes de la société politique. Et par ce travail, le Conseil établit du même coup, les bases sociales et philosophiques de la communauté nationale.[1145] »

605. Dans le cadre de l'influence de la fondamentalité sur la démocratie, il apparaît opportun d'analyser en quoi cette notion peut intervenir comme palliatif aux carences du système représentatif, dans une section première, avant de s'interesser au renforcement du rôle de régulateur des juridictions au sein de la structure étatique, au cours d'une section deuxième.

Section 1 : Un substitut imparfait aux carences du système représentatif

606. Face à l'impossibilité concrète de mettre en place une démocratie directe[1146], les révolutionnaires, notamment sous l'influence de Sieyès, ont fait le choix d'une démocratie représentative qui repose sur le principe représentatif.[1147] Cependant, cette conception de la démocratie souffre de plus en plus de contestations qui se matérialisent sous deux formes principales énoncées par Pierre Rosanvallon : « les indicateurs de la confiance des citoyens dans les institutions politiques témoignent certes tous avec évidence d'un fort mouvement de déclin. La croissance de l'abstention constitue également une donnée observable dans presque tous les pays

[1144] TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 18

[1145] ROUSSEAU Dominique, Une résurrection la notion de Constitution, *RDP*, 1990, p. 10

[1146]« s'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes » ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Montrouge, Larousse, 1953, p. 65

[1147]« si tous les pouvoirs émanent d'elle, la nation, par définition, n'en exerce aucun directement, mais seulement par représentation » TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 200

depuis une vingtaine d'années.[1148] » Parallèlement à ce déclin des formes classiques d'expression démocratique, Antoine Garapon met en exergue le développement d'un nouveau mode d'expression démocratique qui repose dans l'activisme juridictionnel des citoyens sous la forme de personne juridique : « par cette forme plus directe de démocratie, le citoyen-plaideur a l'impression de mieux maîtriser sa représentation. Il revendique, en effet, d'être plus actif décideur de son propre destin et n'accepte plus de s'en remettre à une lutte collective.[1149] »

607. Le développement du contenu substantiel de l'Etat de droit, notamment après que les horreurs de la Seconde guerre mondiale ont démontré les insuffisances d'une approche strictement positiviste de la soumission de l'Etat à la règle de droit, a contribué à faire de la détermination de la fondamentalité un enjeu du débat démocratique.[1150] Le débat autour de la fondamentalité y compris lorsqu'il a pour support la requête agit comme palliatif à la désaffection des citoyens pour leurs représentants.

608. La défaillance de la démocratie représentative à assurer la protection des personnes a entraîné un renforcement de la dimension substantielle de l'Etat de droit.[1151] Cette « étonnante promotion[1152] » de l'Etat de droit, qui est devenue « une référence incontournable[1153] », a contribué à modifier la perception que les personnes ont de la justice qui « semble leur offrir une possibilité d'action plus individuelle, plus proche et plus permanente que la représentation politique classique, intermittente et éloignée.[1154] » Cette redéfinition de la place institutionnelle du juge contribue à une

[1148] ROSANVALLON Pierre, *La contre démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions Du Seuil, 2006, p. 24

[1149] GARAPON Antoine, Le gardien des promesses. Justice et démocratie, Paris, Editions Odile Jacobs, 1996, pp. 44-45, (extraits), dans CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, pp. 99-100

[1150]« mais dès lors qu'on appréhende l'Etat de droit comme un contenu, c'est-à-dire un ensemble de principes et de valeurs, de droits, de libertés et de devoirs, le débat démocratique s'instaure légitimement sur les contours - variables - de ce contenu. » COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* Paris, éditions Gallimard, 1993, p. 150

[1151]« la justice des droits fondamentaux a été instituée à cet effet : empêcher les extrémismes politiques d'arriver à leurs fins. » DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 255

[1152] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 9

[1153] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 9

[1154] GARAPON Antoine, Le gardien des promesses. Justice et démocratie, Paris, Editions Odile Jacobs, 1996, pp. 44-45, (extraits), dans CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 99

« affirmation du pouvoir juridictionnel dans l'Etat[1155] » dans la mesure où « pour la garantie de ses droits, l'individu dispose « d'un pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle. »[1156] »

609. Cette promotion du juge qui repose sur sa capacité à garantir les droits fondamentaux conduit à une redéfinition de la démocratie. Dominique Rousseau explicite ce phénomène en faisant référence à la légitimité du contrôle de constitutionnalité.[1157] La protection juridictionnelle des droits fondamentaux apparaît comme un nouveau mode de légitimation de la figure juridictionnelle.[1158] La détermination des droits fondamentaux devient ainsi un enjeu stratégique de renforcement de la légitimité d'une institution au détriment du processus classique de légitimation démocratique basé sur l'élection : « canalisée par l'Etat de droit, la démocratie acquiert nécessairement une coloration nouvelle : non seulement les mécanismes juridiques en viennent à prendre une importance croissante dans le jeu politique, mais encore l'accent mis sur les garanties juridiques conduit à relativiser la légitimité issue de l'élection.[1159] »

610. Pour cerner les conséquences de la fondamentalité sur la démocratie, il faut mettre en exergue en quoi elle est un nouveau mode d'expression démocratique (§1) avant de constater, qu'elle peut avoir des effets négatifs sur le débat démocratique (§2).

§1 - La fondamentalité : un nouveau mode d'expression démocratique

611. Pour Dominique Turpin, « la démocratie paraît devoir se réaliser par l'identification maximale des gouvernés aux gouvernants, c'est-à-dire par la réduction de la distance qui les sépare les uns des autres.[1160] » La fondamentalité peut être appréhendée comme

[1155] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 256

[1156] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 256

[1157]« il ne s'agit donc pas de mettre en rapport la vérité démocratique avec le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois, mais de faire apparaître quelle vérité démocratique ce mécanisme rend possible, et qui le légitime en retour » ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 508

[1158]BLACHER Philippe, La question prioritaire de constitutionnalité en questions..., *Petites affiches*,18 mars 2010, n° 55, p. 3

[1159] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 131

[1160] TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 211

un moyen visant à la réduction de cette distance gouvernants et gouvernés. Le contrôle juridictionnel qu'elle permet, par le biais de la requête, renforce les possibilités de contrôles des gouvernés sur les gouvernants. Dominique Rousseau insiste sur le fait que le droit joue « comme un filtre qui grâce à un ensemble de procédures oblige les acteurs sociaux à argumenter leurs prétentions.[1161] » Le débat que suscite le sens de la fondamentalité agit comme un nouveau mode d'expression démocratique. La participation des citoyens à la vie démocratique ne se cantonne plus à la désignation de représentants. Pierre Rosanvallon met à jour les trois formes que peut revêtir l'activité politique des citoyens : la démocratie d'expression, la démocratie d'implication et la démocratie d'intervention. La fondamentalité s'inscrit dans le cadre du développement de la démocratie d'expression qui « correspond à la prise de parole de la société, à la manifestation d'un sentiment collectif, à la formulation de jugements sur les gouvernants et leurs actions, ou encore à l'émission de revendications.[1162] »

612. La notion de revendication traduit ce passage d'un citoyen passif hors périodes électorales à un citoyen actif qui demande à ce que ses droits soient garantis ou la consécration de droits nouveaux. Jürgen Habermas met en avant l'importance que revêt dans ce nouveau cadre démocratique la communication entre les gouvernés et les gouvernants autour de la question des libertés.[1163] Cette prise en considération de la dimension communicationnelle est un facteur qui explique la multiplication des occurrences liées à la fondamentalité. Pour Jürgen Habermas, « la communication peut lier le pouvoir administratif de l'appareil d'Etat à la volonté des citoyens.[1164] » Cette affirmation induit une reprise par les citoyens de la fondamentalité comme d'un moyen de contrainte sur le pouvoir politique institutionnalisé. Benoît Frydman relève

[1161] ROUSSEAU Dominique, L'Etat de droit est-il un Etat de valeur, L'esprit des institution, L'équilibre des pouvoirs, Mélanges Pactet, Paris, Dalloz, 2003, pp. 892-894 (extraits), CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 103

[1162] ROSANVALLON Pierre, *La contre démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions Du Seuil, 2006, p. 25

[1163]« une souveraineté du peuple qui est liée de façon interne aux libertés subjectives noue par ailleurs des liens avec le pouvoir étatiquement organisé, de sorte que le principe selon lequel « tout pouvoir de l'Etat émane du peuple », est réalisé par les présuppositions communicationnelles et les procédures d'une formation de l'opinion et de la volonté institutionnellement différenciée » HABERMAS Jurgen, Droit et démocratie, entre faits et normes, Paris, Gallimard, 1997, pp. 152-154 (extraits), CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 101

[1164] HABERMAS Jurgen, Droit et démocratie, entre faits et normes, Paris, Gallimard, 1997, pp. 152-154 (extraits), CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 101

ce phénomène s'agissant de la reconnaissance d'une société civile au niveau international constituée à l'origine autour de « bonnes volontés pour tenter de sauver, en faisant pression sur les gouvernements, les prisonniers politiques et les victimes d'atteintes les plus graves aux droits fondamentaux[1165] » avant que ces mouvements ne se généralisent sous la forme d'organisations non gouvernementales.

613. L'une des explications de la crise de la représentation politique est que « les citoyens aient, plus que jamais, pris conscience de la complexité et des limites de la démocratie représentative.[1166] » Les citoyens ont pris conscience du fait que leurs représentants ont des marges de liberté de plus en plus restreintes. Dominique Rousseau exprime cet état de fait avec une certaine sévérité : « cette figure là de la démocratie, ce que Roger Priouret a appelé la République des députés, est dépassée (…) Chacun sait aujourd'hui qu'il (le représentant) exprime davantage la volonté de son parti que celle de la Nation, que la loi répond davantage aux impératifs électoraux qu'à ceux de la Raison, que les syndicats, les associations, les groupes de pression sont des représentants plus efficaces et influents que les parlementaires.[1167] » Cette prise de conscience conduit à une évolution de la conception de la démocratie et de la règle juridique. Alors que sous l'Etat légal, dans lequel l'Assemblée Nationale est toute puissante, la loi est légitime en ce qu'elle représente l'expression de la volonté générale, dans le cadre de l'Etat de droit, le contrôle de constitutionnalité basé sur le respect des droits fondamentaux est légitime en ce qu'il garantit la personne contre l'arbitraire majoritaire. Ce changement de statut de la loi a entraîné une modification de la place de l'individu qui « se trouve au cœur du système politique et constitutionnel des Etats modernes. C'est la raison pour laquelle on considère ici que le « particulier » limite le « général ».[1168] » La décision du Conseil constitutionnel 89-271 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel consacre le « pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui

[1165] FRYDMAN Benoît, Vers un statut de la société civile dans l'ordre international, *Droits fondamentaux*, Numéro 1, juillet-décembre 2001, source http://www.droits-fondamentaux.org

[1166] COHENDET Marie-Anne, Une crise de la représentation politique ?, *Cités*, 2004/2 - n° 18, source http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=CITE&ID_NUMPUBLIE=CITE_018&ID_ARTICLE=CITE_018_0000

[1167] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 496

[1168] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 260

constitue le fondement de la démocratie[1169] » semble s'inscrire dans cette démarche visant à faire du Conseil constitutionnel tant pour les minorités parlementaires depuis la révision constitutionnelle de 1974, que pour les justiciables depuis la question prioritaire de constitutionnalité, un moyen pour imposer à la majorité le respect des droits fondamentaux[1170]. Par conséquent, l'évolution de la démocratie rompt avec le strict respect du principe majoritaire.[1171]

614. La fondamentalité apparaît comme un palliatif aux insuffisances du système représentatif, en ce qu'elle concoure à l'instauration d'un débat continu sur le droit des libertés (A) dans un cadre socialement apaisé (B).

A – La fondamentalité : un débat continu sur le droit

615. La notion de débat occupe une place centrale au sein de la structure démocratique. Le débat consiste dans la mise en opposition de prétentions distinctes. La fondamentalité apporte un complément à cette notion, dans la mesure où, transfiguré par l'Etat de droit, le débat doit désormais être appréhendé « comme une lutte de paroles : argument contre argument, et les armes sont égales.[1172] » Cette vision très judiciaire du débat, qui découle de la consécration de droits-garanties comme le droit à un procès équitable, modifie la relation de dialogue entre gouvernants et gouvernés. L'apport de la fondamentalité au débat démocratique est qu'elle permet une réhabilitation de l'argumentaire des gouvernés. Ces derniers usent de la sanction juridictionnelle soit pour invalider les arguments des gouvernants, soit pour donner un statut institutionnel à leurs propres arguments lorsque ces derniers sont repris par les juridictions. Le débat autour de la valeur fondamentale d'une liberté permet aux gouvernés de jauger la légitimité de l'argumentaire politique : « dans cette dynamique émerge la figure du juge comme miroir ou comme scène de cette réflexion, comme

[1169] 11 janvier 1990 - Décision n° 89-271 DC *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques* Recueil, p. 21 - Journal officiel du 13 janvier 1990, p. 573

[1170] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 504

[1171]« l'atteinte disproportionnée au principe du pluralisme est la critique principale et constante adressée au scrutin majoritaire. » ROUSSEAU Dominique, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2007, *RDP*, 20 août 0101 n° 1, 1er janvier 2008, p. 313

[1172] ROUYER Muriel, La politique par le droit, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, *Raisons politiques*, n° 9, février 2003, p. 72

tiers par qui et devant qui s'énoncent les principes sur la base desquels une action sera jugée légitime ou non.[1173] »

616. L'argumentaire des requérants favorise la réflexion sur le droit, il suscite un débat. Ainsi, Bernard Pacteau relève en 1995, s'agissant du principe de sécurité juridique qu' « on voit d'ailleurs les parlementaires s'y référer dans leurs saisines du Conseil constitutionnel.[1174] » Olivier Dutheillet de Lamothe précise que « malgré les efforts déployés par les requérants depuis 1984 le Conseil constitutionnel a toujours refusé de consacrer la notion de sécurité juridique comme un principe constitutionnel.[1175] » Cependant cet argumentaire, à défaut d'être explicitement consacré par le juge constitutionnel, l'est expressément par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 24 mars 2006 dit KPMG[1176]. Le débat que suscite la fondamentalité entretient un intérêt sans cesse renouvelé pour le droit des libertés. Les citoyens savent que par le recours juridictionnel, ils peuvent participer à une création continue de droits « la définition des droits et libertés fondamentales est une création continue.[1177] » Bien que la consécration ne soit pas toujours expresse, l'influence exercée sur l'interprétation du droit est opérante à défaut d'être efficiente. Dans certains cas, cependant, l'argumentaire développé par les requérants s'avère efficace et conduit à la création d'un principe juridique nouveau. Dans la décision 2002-461 DC, ce sont bien les requérants qui offrent l'occasion au Conseil constitutionnel de consacrer un nouveau PFRLR.[1178]

617. Cette réflexion sur le droit est encouragée par la jurisprudence à travers la sauvegarde du respect du pluralisme. Cette notion est garantie aussi bien par le

---

[1173] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 500

[1174] PACTEAU Bernard, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, p. 151

[1175] La sécurité juridique Le point de vue du juge constitutionnel, exposé fait par M. Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, membre du Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens, le 20 septembre 2005, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[1176] Conseil d'État, Assemblée, 24/03/2006, 288460, Publié au recueil Lebon

[1177] PAVIA Marie-Luce, Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, *Petites affiches*, 06 mai 1994 n° 54, p. (non communiqué)

[1178] Commentaire de la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice , *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, mars 2002 à septembre 2002, p. 23 : « pour l'essentiel, les deux saisines invoquaient à l'encontre de la plupart des nouvelles dispositions de l'ordonnance de 1945 un "principe fondamental reconnu par les lois de la République" selon lequel, en matière de justice des mineurs, les "mesures coercitives" devaient être écartées au profit de mesures purement éducatives »

Conseil d'Etat en tant que liberté fondamentale[1179] que par le Conseil Constitutionnel qui lie intrinsèquement pluralisme et démocratie : « que le respect de ce pluralisme est l'une des conditions de la démocratie.[1180] »

618. Ce débat repose sur la mise en place de deux notions complémentaires que sont le développement de la fondamentalité et le développement de la garantie juridictionnelle des droits.[1181] » Nous pouvons établir une corrélation chronologique entre l'émergence de la démocratie juridique et le développement de la notion de droits fondamentaux. Cette convergence apparaît avec clarté dans les systèmes ayant une fondamentalité expressément consacrée par les dispositions constitutionnelles tels que le modèle allemand dont l'article 93 paragraphe 4a[1182]de la Loi fondamentale établit clairement le lien entre justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux. Cette concordance apparaît également s'agissant des reflexions relatives à la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité.[1183]

619. Pour autant, il ne nous semble pas que l'on puisse affirmer que la qualité de requérant se substitue totalement, à terme, à celle de citoyen. D'une part, les qualités propres à l'obtention de chacune de ces qualifications ne sont pas identiques. Ainsi, si la qualité à agir et le comportement de l'autorité publique sont suffisantes pour introduire un référé-liberté[1184], les conditions pour être électeur[1185] sont plus

[1179] Conseil d'État, Juge des référés, 26/11/2008, 322485, Inédit au recueil Lebon

[1180] 11 juillet 2001 - Décision n° 2001-450 DC *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* Recueil, p. 82 - Journal officiel du 18 juillet 2001, p. 11506

[1181]« Il est donc parfaitement clair que la jurisprudence devrait désormais contribuer beaucoup plus activement qu'elle ne l'a fait jusqu'à présent à la définition des droits fondamentaux; et c'est l'existence d'une garantie juridictionnelle spécifique qui a déterminé cette évolution. » REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *C.R.D.F*, n°1, 2002, Université de Caen, p. 97

[1182]Article 93 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits [Compétences de la Cour constitutionnelle fédérale**]** « 4a. sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 » source http://mjp.univ-perp.fr

[1183]« L'enjeu n'est pas mince qui met en relief la crise de sens du constitutionnalisme en ce qu'il se veut être une doctrine de la démocratie. La constitution qui, de nos jours, porte la démocratie est-elle celle qui garantit les droits fondamentaux d'abord par la séparation des pouvoirs, ou celle qui les garantit d'abord par la possibilité offerte à un juge de sanctionner les atteintes portées aux droits constitutionnels par le législateur? » GROSHENS Jean-Claude, L'exception d'inconstitutionnalité un chantier difficile, à propos du Conseil constitutionnel, *RDP*, 20 septembre 0501, n°3, 1er mai 2009, p. 588

[1184] Les conditions étant clairement énoncées à l'article L521-2 du CJA : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures »

exigeantes. D'autre part, il nous paraît sage de relativiser l'affirmation selon laquelle le requérant qui agit en justice et délivre son interprétation propre de la fondamentalité se place systématiquement dans la perspective d'une participation à la vie démocratique. S'il est vrai que dans certains cas, comme dans celui de l'euthanasie, les recours ont vocation à faire avancer le débat démocratique et à conduire à « la reconnaissance de nouvelles libertés[1186] », beaucoup de requêtes ne visent que la satisfaction d'un intérêt individuel.

620. La fondamentalité agit comme une source renouvelée du débat démocratique lorsqu'il existe une rupture entre le droit et les aspirations de la société. Elle peut être appréhendée comme un mode d'expression démocratique supplétif au mode d'expression classique qu'est le suffrage. Par conséquent, deux modes de participation démocratique ont cours dans le cadre de la démocratie juridique[1187]. Un mode « normal » qui s'inscrit dans la relation individu-électeur, participation élective, représentant politique et détermination du droit. Un mode « conflictuel » qui se traduit par l'enchaînement : individu-requérant, contentieux, détermination du droit par le juge et acceptation ou refus par le représentation politique. Dans le cadre de la démocratie juridique, l'indétermination de la fondamentalité apparaît comme un moyen de régulation des conflits entre droit positif et société, par le biais de la voie contentieuse pérennisant la fonction de résolution des conflits par le droit.[1188]

B – la fondamentalité : élément de maintien d'un dialogue socialement apaisé

621. Les régimes démocratiques ont de plus en plus de difficultés à mobiliser leur électorat y compris en périodes électorales.[1189] Ce comportement qualifié

[1185] Les conditions à remplir pour être électeur : être majeur avoir 18 ans, être français ou naturalisé français, jouir de ses droits civils et politiques, être inscrit sur la liste électorale(…) » DE GUNTEN Bernard, MARTIN Arlette, NIOGRET Mauricette, *Les institutions de la France, V République*, Paris Nathan, repères pratiques, 2004, p. 22

[1186] PONTIER Jean-Marie, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Hachette supérieur, 2e édition, collection les fondamentaux, Paris, 2005, p. 73

[1187] Voir annexe n°4

[1188] « le droit tranche, arrange et résout les conflits qui pourraient perturber l'équilibre et l'ordre social » ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 119

[1189] « en France plus de la moitié des citoyens qui se déplacent aux urnes se déclarent « peu » ou « pas intéressés » par la politique » BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, 5e édition, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 399

d'« impolitique » traduit un « creusement de la distance entre la société civile et les institutions.[1190] » Il est donc important de compléter les modes d'expression des citoyens, au sein des régimes démocratiques.

622. Dans cette perspective, l'indétermination textuelle des droits fondamentaux offre au requérant un moyen de débattre. Cette technique institutionnalisée de débat, qu'est le contentieux sur la base de la fondamentalité, n'a pas vocation à se substituer à l'élection ou au droit de suffrage. Ces deux types d'expression démocratique n'ont pas une fonction identique. En effet, le recours à l'élection organisée sur la base du suffrage universel a vocation à légitimer les institutions étatiques éditrices de la norme juridique. Le recours à la fondamentalité a vocation à instituer un échange socialisant entre ces institutions légitimes et les personnes. Le débat relatif au fond de la fondamentalité est un débat démocratique constant, à l'inverse, du débat électoral qui s'inscrit, ponctuellement, dans le jeu démocratique. Le contentieux des libertés fondamentales apparaît comme un élément visant à désamorcer de manière pacifique les possibles conflits entre les personnes et les institutions. La fondamentalité réhabilite la personne dans le cadre de la structure étatique démocratique. Christophe de Aranjo met en perspective cette évolution de la conception de la personne parallèlement aux modifications de la théorie de l'Etat : « le statut de l'individu a évolué : considéré tout d'abord comme un simple sujet (obéissant à la puissance publique), l'individu a été considéré par la suite comme un citoyen (participant à l'élection des organes de l'Etat) et comme une personne humaine (dotée de droits et de libertés fondamentaux.)[1191] » L'emploi de la conjonction de coordination « et » par l'auteur est important. Il met en exergue la dimension idéologique de la fondamentalité, qui est liée à la reconnaissance d'une définition substantielle de l'Etat de droit. Contrairement au postulat qui conçoit l'Etat de droit « comme un simple régime, dont le principe de hiérarchie des normes donnerait la clef[1192] », l'introduction de la fondamentalité comme élément substantiel de la notion a permis de l'« expurger des connotations totalitaires et autoritaires.[1193] » Cette approche de la fondamentalité

[1190] ROSANVALLON Pierre, *La contre démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions Du Seuil, 2006, p. 28

[1191] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 260

[1192] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 13

[1193] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 95

est par exemple celle retenue par Marie-Luce Pavia : « le droit des droits fondamentaux de l'homme est le fruit d'un processus historique permettant de rendre compte que ce droit est une création continue et qu'il illustre plus que d'autres, peut-être, la grandeur et la fragilité d'une démocratie vivante, dont l'homme est le fondement.[1194] »

623. La nouvelle conception de l'Etat de droit qui allie droits fondamentaux et démocratie conduit à une prise en compte de l'intérêt de chacun face à l'intérêt de tous. Cette conception est présente dans les propos du rapport du Comité Balladur : « Le premier de ces droits est, pour les citoyens, celui d'être représentés dans la diversité de leurs opinions, consultés à raison de leur situation et de leurs intérêts, entendus dans l'expression de leurs aspirations. [1195]» La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité participe à ce mouvement. Bien que le constituant ait expressément retiré du corps de l'article 61-1 de la Constitution l'expression de « libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution », il n'en demeure pas moins que pour Hans Kelsen, le critère de fondamentalité réside dans l'existence d'une garantie juridictionnelle.[1196] Cette procédure peut être considérée comme « un recours objectif et individuel en abrogation de la loi[1197] » consacrant la possibilité pour chaque partie à un litige de faire obstacle, au nom de ses droits individuels, à la loi, expression de la volonté générale. Cette nouvelle procédure renforce les possibilités de résolutions des conflits, en élargissant le débat sur la fondamentalité entre les requérants et le Conseil constitutionnel et en institutionnalisant un dialogue entre les juridictions par la mise en place du système de filtre. Dans ce cadre, la fondamentalité réapparaît comme un moyen de dialogue entre les juridictions notamment en ce qui concerne, depuis l'entrée en vigueur de la QPC, l'utilité de continuer de distinguer le contrôle de

[1194] PAVIA Marie-Luce, Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, *Petites affiches*, 06 mai 1994 n° 54, p. (non communiqué)

[1195] Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{e} République p. 68

[1196]« un droit fondamental ou une liberté fondamentale ne représentent un droit subjectif au sens d'un pouvoir juridique... que lorsque l'ordre juridique confère aux individus qui sont atteints par une loi inconstitutionnelle le pouvoir juridique de déclencher par une demande la procédure qui conduira à l'annulation de la loi inconstitutionnelle » KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J, 1962, p. 147 in BORZEIX Arnaud, La question prioritaire de constitutionnalité : exception de procédure ou question préjudicielle ? Un recours individuel en abrogation de la loi, *Gazette du Palais*, 02 mars 2010, n° 61, p. 18

[1197] BORZEIX Arnaud, La question prioritaire de constitutionnalité : exception de procédure ou question préjudicielle ? Un recours individuel en abrogation de la loi, *Gazette du Palais*, 02 mars 2010, n° 61, p. 18

conventionnalité du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, certains auteurs appellent à une unification des contrôles dans le cadre de la protection des droits fondamentaux.[1198]

624. Mais si la fondamentalité est un moyen de résolution pacifique des conflits, elle peut également en être la source car « le droit n'est pas un ordre de paix, mais il vit du et dans le « conflit »[1199] », ce qui nous amène à envisager cette notion comme un concurrent aux modes d'expression démocratiques classiques.

§2 - Une remise en question de la portée de la volonté générale

625. La fondamentalité s'inscrit dans une relation de concurrence vis-à-vis des modes d'expression démocratique classiques car elle ne répond pas à la même logique. Laurent Cohen-Tanugi relève que « la légitimité élective se trouve donc, dans une démocratie libérale, complétée, concurrencée, équilibrée par d'autres titres de légitimité.[1200] » La logique démocratique classique est celle du collectif que l'on retrouve dans l'idée de nation.[1201] La logique de la démocratie juridique se rapproche de celle de la logique de la démocratie directe dans laquelle « le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent.[1202] » Dominique Rousseau nous explicite ce rapprochement : « le progrès démocratique représenté par le contrôle de constitutionnalité consiste ainsi en ce qu'il permet de réintroduire, à l'intérieur de la logique représentative, le principe de la démocratie directe (…) en vérifiant que les lois des institutions représentatives respectent la Constitution expression de la souveraineté populaire, le Conseil contribue à rétablir la soumission de la volonté

1198 « Il en résulte qu'une distinction entre conventionnalité et constitutionnalité, lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux, apparaît aussi artificielle que préjudiciable aux droits des citoyens. La distinction est artificielle dans la mesure où le dialogue permanent des juges à l'échelle nationale et à l'échelle européenne conduit à penser une communauté de droits fondamentaux » CHALTIEL Florence, Le dialogue des juges se poursuit sur la question prioritaire de constitutionnalité
(À propos de la décision du Conseil constitutionnel no 2610-605 DC du 12 mai 2010), *Petites affiches*, 01 juin 2010 n° 108, p. 8

1199 ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles,Bruylant, 1998, pp. 119-120

1200 COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* Paris, éditions Gallimard, 1993, p. 221

1201« un groupement humain dans lequel les individus se sentent unis les uns aux autres par les liens, à la fois matériels et spirituels et se conçoivent comme différents des individus qui composent les autres groupements nationaux » GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 54

1202ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Montrouge, Larousse, 1953, p. 27

représentative à la souveraineté populaire.[1203] » La dimension substantielle de la fondamentalité[1204] conduit à une modification de la logique juridique qui tend vers une plus grande subjectivisation du droit, au sens où, le droit prend de plus en plus en compte la spécificité du sujet auquel il s'applique.

626. Cette approche du droit incarnée par la fondamentalité est alimentée par une crise de la représentation politique qui se concrétise par une dilution de la notion de pouvoirs. Le principe de séparation des pouvoirs « credo de la démocratie libérale [1205]» implique que chaque pouvoir soit confié à des autorités différentes. Chacune d'elles voulant préserver ses attributions propres, ce jeu de concurrence débouche sur une limitation effective du pouvoir. Pourtant, la démocratie juridique favorise une diminution progressive du pouvoir en multipliant les niveaux de représentation des citoyens.[1206] Cette dilution entraîne une confusion du schéma représentatif renforcée par le fait que « les hommes politiques évoquent assez fréquemment les limites de leurs pouvoirs pour justifier leur inaptitude à changer la vie des citoyens.[1207] » La fondamentalité s'inscrit dans ce mouvement de développement des niveaux de contraintes incarné par la multiplicité des juridictions pouvant sanctionner les potentielles atteintes aux droits de la personne. Etienne Picard démontre une substitution de la souveraineté des droits fondamentaux à la souveraineté de l'Etat : « la souveraineté de l'Etat a admis une supranationalité des droits - à moins que ce ne soient ces droits eux-mêmes qui, par leur fondamentalité, l'aient déterminée.[1208] » Ainsi, la compétence de la compétence est aujourd'hui déterminée par les juridictions qui ont la maîtrise de la fondamentalité. La fondamentalité peut faire entrer la juridiction dans le champ du pouvoir puisque la détermination au cas par cas des droits

[1203] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7è édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 493

[1204] « Les droits fondamentaux ont ainsi pour objet d'éviter qu'une personne perde son statut et soit ravalée au rang de chose » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1205] TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 219

[1206]« Les citoyens ne sont plus seulement représentés par une institution dans le cadre de l'État, mais par de nombreuses institutions, dans des cadres divers » COHENDET Marie-Anne, Une crise de la représentation politique ?, *Cités*, 2004/2 - n° 18, source http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=CITE&ID_NUMPUBLIE=CITE_018&ID_ARTICLE=CITE_018_0000

[1207] COHENDET Marie-Anne, Une crise de la représentation politique ?, *Cités*, 2004/2 - n° 18, source http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=CITE&ID_NUMPUBLIE=CITE_018&ID_ARTICLE=CITE_018_0000

[1208] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

fondamentaux permet au juge de toujours trouver une parade contre les agissements du pouvoir politique.[1209]

627. L'Etat de droit conditionne une redéfinition de la place des juridictions qui se trouvent en raison de leur maîtrise de la fondamentalité au-dessus de tous les autres acteurs de la sphère étatique.[1210] La figure juridictionnelle devient omniprésente dans la vie de l'Etat, « clef de voûte[1211] » de l'Etat de droit, elle subordonne tous les pouvoirs de la structure étatique au respect de la fondamentalité comme le démontre avec force l'article 1 alinéa 3 de la Loi fondamentale de 1949 : « Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable[1212] » ou encore l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lorsqu'il précise que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.[1213] » Le respect de la fondamentalité participe donc à la concrétisation du respect du principe de séparation des pouvoirs à la fois entre la personne et l'Etat mais également au sein même des pouvoirs de l'Etat car les juridictions ont retenu une conception extensive de la fondamentalité qui fragile la cohérence du concept.

628. La fondamentalité peut avoir des incidences négatives sur la portée de la volonté générale en ce qu'elle induit une subjectivisation accrue du droit (A) remettant en question les fondements idéologiques de la démocratie (B).

A - Une subjectivisation accrue du droit

629. La fondamentalité est un instrument permettant une meilleure prise en compte de la volonté individuelle au sein de la structure étatique. C'est en ce sens qu'elle peut être

[1209] « Les révéler progressivement laisse place à une marge d'imprévisibilité favorable à des jeux de pouvoir » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1210] « Cela suppose aussi une institution judiciaire distincte des autres pouvoirs de l'État, ainsi qu'un mode particulier de son recrutement, qui place le juge dans une position particulière, à la fois semblable à tous les autres, mais élevé par l'étude et la science du droit au-dessus d'eux pour trancher les conflits. » ROUYER Muriel, La politique par le droit, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, *Raisons politiques*, n° 9, février 2003, pp. 71-72

[1211] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 128

[1212] Article 1 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, extraits, source http://mjp.univ-perp.fr

[1213] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p.8

entendue comme un élément de subjectivisation du droit. Cette logique a pour origine la dimension substantielle de la fondamentalité. En France, cette dimension est souvent écartée au profit d'une approche positiviste que l'on retrouve par exemple chez le Doyen Favoreu [1214], en raison du fait que le texte constitutionnel français ne définit pas ce concept. Toutefois, l'approche substantielle ne doit pas être occultée car c'est elle qui donne son sens véritable à l'adjectif fondamental. Michel Fromont souligne que, dans le cadre du modèle constitutionnel allemand, la dignité joue le rôle « d'un principe matriciel dont découle tous les autres droits fondamentaux.[1215] » S'agissant du modèle constitutionnel espagnol, Francisco Fernandez Segado arrive à une conclusion semblable : « les droits fondamentaux sont inhérents à la dignité de l'être humain et, pour la même raison, se basent sur elle.[1216] »

630. La difficulté du modèle français est qu'il n'expose pas les sources de la fondamentalité. Certains auteurs de doctrine posent la protection de la personne comme l'un des critères d'identification de la fondamentalité.[1217] Cependant, les juridictions n'adhèrent pas expressément à cette définition de la fondamentalité résolument tournée vers la dimension substantielle. Une telle interprétation aurait pu être soutenue s'agissant de la jurisprudence administrative en matière d'extradition. En effet, la formulation retenue par le Conseil d'Etat -« les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine[1218] »- aurait pu nous laisser penser que le juge administratif avait fait le choix d'une détermination substantielle. Cependant, la jurisprudence développée sur la base de la procédure du référé-liberté tend, au

[1214]« et selon ce que décide la Constitution ou les textes supranationaux, les droits fondamentaux peuvent couvrir un champ beaucoup plus vaste que celui des libertés publiques » FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 2

[1215] FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP* , 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[1216] FERNANDEZ SEGADO Francisco, La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits, *RFDC*, n°67, juillet 2006, études, p. 455

[1217]« C'est toujours de droits subjectifs dont il est question. L'on a voulu mettre en effet la personne au cœur du dispositif de protection » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1218]Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 7 janvier 1987, 75867, inédit au recueil Lebon

contraire, à privilégier une approche plus formelle de la notion en se basant sur l'examen d'éléments de nature plus objective.[1219]

631. Une approche uniquement substantielle de la fondamentalité peut poser des difficultés.[1220] La fondamentalité peut s'avérer dangereuse car elle constitue une source d'arbitraire au sein de la démocratie. Non plus un arbitraire du plus grand nombre mais un arbitraire ayant trait au moralisme.[1221] Les droits fondamentaux peuvent être une source de conflits risquant à terme de mettre en péril les fondements même de l'idéal démocratique. D'où l'importance d'adopter une définition emprunte de positivisme qui se traduit par une rationalisation de la notion en l'élevant au dessus des contingences idéologiques[1222] et en refusant tout absolutisme des droits fondamentaux. [1223]

632. La dimension substantielle de la fondamentalité conduit à un effet de subjectivisation du droit. Cette évolution est particulièrement marquante s'agissant du droit administratif. Dans son étude comparative des droits administratif allemand et français en 1995, Jürgen Schwarze relève qu' « en France, la procédure sert essentiellement à contrôler la légalité objective, en Allemagne le contrôle juridictionnel doit en premier lieu garantir la protection des droits subjectifs des citoyens.[1224] » Près de dix années plus tard, en 2001, Jean-Bernard Auby constate que

[1219] Conseil d'État, Juge des référés, 06/01/2010, 335030, Inédit au recueil Lebon : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. A, ressortissant afghan, entré en France en mars 2009, s'est vu opposer par le préfet de police, par une décision en date du 17 novembre 2009, un refus de lui délivrer un document provisoire de séjour en vue de déposer une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), en raison du caractère tardif de sa demande d'asile (…) que, dès lors, en refusant de lui accorder le bénéfice de ces conditions d'accueil, l'autorité préfectorale n'a pas porté, dans les circonstances de l'espèce, atteinte à la liberté fondamentale que constitue le droit d'asile »

[1220] « les droits fondamentaux - en particulier le droit à la dignité humaine susceptible, de fait, de tout recouvrir - pourraient entraîner de véritables ravages » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1221]« Alors que les conflits de valeurs restaient jusqu'à présent théoriques, ils se concrétisent aujourd'hui avec le développement d'un islamisme qui met les droits fondamentaux à rude épreuve. » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1222]« cette valeur supra-légale permet, en revanche, de placer les droits fondamentaux hors de portée de l'exécutif et du législateur » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1223]« certes, la hiérarchie des valeurs s'est inversée puisque le principe est désormais la protection de la personne et non plus de l'ordre public. Cependant, l'existence même de cette exception d'ordre public, opposable à l'exercice des droits fondamentaux, suffit à combattre l'idée apocalyptique d'une personne « prisonnière de ses droits ». » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1224] SCHWARZE Jürgen, Le juge, un regard étranger, *AJDA*, 1995, p. 233

« la tendance actuelle est au contraire à une invasion des subjectivités.[1225] » Cette analyse est confirmée en 2004 par Patrick Fraissex qui démontre, non sans regrets, que « l'une des manifestations chroniques de cette « normalisation » du droit administratif réside dans la dynamique de « subjectivisation » qui l'affecte, l'intérêt général le sous-tendant étant de proche en proche concurrencé, voire dépassé, par les intérêts subjectifs des administrés.[1226] » Le droit constitutionnel n'échappe pas à cet effet de subjectivisation. La question prioritaire de constitutionnalité s'inscrit dans ce mouvement car son objet est de permettre à une partie à un litige d'assurer la protection de ses droits subjectifs contre la loi.[1227]

633. Le concept de droits fondamentaux a conduit à une amélioration de la prise en compte de la volonté individuelle face à la volonté générale. Cependant, il peut aussi avoir une influence plus négative sur le système démocratique. Le développement de la démocratie juridique conduit à une dilution des valeurs fondamentales assurant l'adhésion des citoyens au système étatique. Alors que l'unité des droits fondamentaux devrait être assurée par leur lien au principe de dignité, la difficulté de définir cette notion qui « vient de ce que l'accumulation des discours qui s'en emparent et celles des institutions qui la mettent en œuvre en modifie les contours[1228] », a conduit les juridictions à privilégier la dimension formelle de la notion, incarnée par l'effet de prévalence, en la privant de son sens matériel. La généralisation de la fondamentalité, en perdant sa substance, conduit à une remise en question de l'idéal démocratique.

B – Une remise en cause du processus démocratique

634. La crise de la représentation politique n'est pas la seule source de dysfonctionnement du système démocratique. La fondamentalité déstabilise le fonctionnement démocratique en soumettant les représentants du peuple au respect de

---

[1225] AUBY Jean-Bernard, La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, *AJDA*, 2001, p. 912

[1226] FRAISSEIX Patrick, La «subjectivisation» du droit administratif, *Petites affiches*, 15 octobre 2004 n° 207, p. 12

[1227] « la contrariété à la Constitution ne concerne pas, en réalité, tout le texte constitutionnel, mais les droits et libertés » VERPEAUX Michel, La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique, *AJDA,* 2009, p. 1474

[1228] PAVIA Marie-Luce, La dignité de la personne humaine, CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 145

droits subjectifs « bâtis sur des fondements incertains.[1229] » La dignité, la sécurité autant de droits fondamentaux dont la détermination s'avère complexe. Bernard Pacteau relève, s'agissant de la sécurité juridique, qu' « à la vérité, la notion de sécurité juridique (…) a pour premier et apparent défaut (…) de ne pas constituer une catégorie juridique aux frontières, ni donc aux conséquences, ni aux contours, ni au contenu parfaitement délimités » avant de conclure « la sécurité juridique, c'est en somme tout à la fois, savoir et prévoir. Il y a assurément du conservatisme, voir de l'immobilisme, dans cette sécurité.[1230] » Cette incertitude peut être mise en perspective avec la propension de l'Etat de droit à l'encadrement du pouvoir par la norme. Walter Leisner dénonce une certaine incohérence du fonctionnement de l'Etat de droit : « la norme est, de par sa notion même, un mirage de prévisibilité. Elle ne confère au citoyen que l'illusion de n'être à la merci de personne – alors qu'il est, dans la plupart des cas, en réalité à la merci d'un inconnu qui en dirige l'application.[1231] » Dans le cadre du suffrage, le citoyen a un moyen de mettre en jeu la responsabilité politique de ses représentants s'il s'estime lésé par ces derniers. Alors que dans le cadre du recours à la fondamentalité, la personne juridique, sauf dans les Etats ayant recours à l'élection pour les juges, ne peut qu'introduire un nouveau recours devant une autre juridiction et ce jusqu'à l'épuisement des voies de recours. La fondamentalité encourage donc une inflation normative qui contribue à son tour à une inflation des recours.

635. Sur la base d'un respect effectif des droits fondamentaux, les niveaux normatifs se sont multipliés. Par conséquent, l'Etat n'est plus le seul centre de pouvoirs dans lequel se répartissent les prérogatives des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. De nouvelles entités, telles que l'Union européenne, exercent des compétences semblables à celles qu'exerce l'Etat y compris en matière de détermination et de sanction des droits fondamentaux. Marie-Anne Cohendet constate que « pour défendre nos droits fondamentaux, qui sont au fondement de la démocratie, nous pouvons agir non seulement par les institutions de l'État mais encore contre l'État, devant une

[1229] CARBONNIER Jean, Droit et passion du droit sous la Cinquième République, Paris, Flammarion, coll. « forum », 1996, pp. 121-125 (extraits), CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 97

[1230] PACTEAU Bernard, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, p. 151

[1231] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 69

juridiction supranationale.[1232] » Cette remarque révèle un paradoxe qui réside dans le fait que la personne a recours à des Cours externes pour faire garantir l'idéal démocratique qui ne s'incarne concrètement que dans le cadre national. L'antinomie peut être exacerbée lorsqu'elle conduit un parti politique à se prévaloir de ses droits fondamentaux devant une Cour de droit externe, en l'espèce la Cour européenne des droits de l'homme, alors même que ce dernier défend un programme politique contraire aux libertés fondamentales. Ainsi, dans son arrêt du 13 février 2003, la Cour de Strasbourg s'est vue contrainte de poser le principe selon lequel : « compte tenu du lien très clair entre la Convention et la démocratie (paragraphes 86-89 ci-dessus), nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique. Le pluralisme et la démocratie se fondent sur un compromis exigeant des concessions diverses de la part des individus ou groupes d'individus, qui doivent parfois accepter de limiter certaines des libertés dont ils jouissent afin de garantir une plus grande stabilité du pays dans son ensemble.[1233] »

636. Aussi, certains auteurs comme Pascal Puig soutiennent que « l'ordre juridique français est en désordre.[1234] » Ce désordre se concrétise dans une utilisation extensive de la fondamentalité qui nuit à la cohérence et à l'effectivité de la notion. Cette utilisation repose sur une approche avant tout formelle de la fondamentalité. L'une des illustrations de ce phénomène est la consécration par le Conseil d'Etat de la libre administration des collectivités territoriales comme liberté fondamentale par son arrêt du 18 janvier 2001 dit Commune de Venelles[1235]. Cette conception extensive de la notion ne semble pas en adéquation avec la volonté du législateur qui souhaitait selon Richard Ghévontian faire du référé-liberté, « une sorte de « pendant administratif » à la voie de fait[1236] » donc une procédure axée sur la protection des droits de l'administré face à l'administration. Cet exemple pose la question de l'efficacité

[1232] COHENDET Marie-Anne, Une crise de la représentation politique ?, *Cités*, 2004/2 - n° 18, source http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=CITE&ID_NUMPUBLIE=CITE_018&ID_ARTICLE=CITE_018_0000

[1233] CEDH, 13.2.2003 Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turkey/Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, nos/nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et/and 41344/98, source http://www.echr.coe.int

[1234] PUIG Pascal, La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première..., *Revue Trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 66

[1235] Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon

[1236] GHEVONTIAN Richard, Le référé-liberté : une procédure prometteuse, *Recueil Dalloz*, 2001 p. 1748

juridique de la fondamentalité ainsi que de son intérêt. Si celui-ci se conçoit aisément lorsque les libertés fondamentales correspondent aux « droits reconnus et protégés par l'Etat, permettant aux individus de réaliser leurs aspirations essentielles hors de toute contrainte inutile[1237] », hors ce cadre substantiel, le recours à la fondamentalité apparaît plus comme une source de remise en cause du fonctionnement démocratique en ce que « cette perte de substance permet, parfois, à ceux qui les appliquent de détourner les droits fondamentaux[1238]. » Si les droits fondamentaux traduisent, selon les propos rapportés par Véronique Champeil-Desplats d'un ancien membre du Conseil constitutionnel, « le degré d'estime que le juge de la constitutionnalité donne à une liberté[1239] » alors l'intérêt pour la personne de ce concept s'estompe. Le seul acteur ayant intérêt au développement des droits fondamentaux devient le juge.[1240] A défaut de mettre en péril la démocratie[1241], la fondamentalité place le juge au centre du fonctionnement de cette dernière.

Section 2 : Une régulation de la démocratie par les juridictions

637. Par référence à l'un des sens communs du substantif « régulateur[1242] », le juge en tant que régulateur, a vocation à régler les tensions au sein de la structure démocratique. Cette fonction découle du fait que la norme juridique est le « reflet de la volonté de la puissance publique (ou de la majorité en démocratie), celle-ci possède une force contraignante, à laquelle, en principe, aucune personne ne peut se

[1237] VANDERMEEREN Roland, Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *AJDA*, 2000, p. 706

[1238] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1239] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1240] « la notion de droit fondamental montre bien comment l'apparition et l'importation d'une notion viennent accroître la légitimité de l'acteur qui l'utilise. Cette nouvelle légitimité devient à son tour un moyen de renforcement du pouvoir » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1241]« l'Etat de droit n'est donc pas l'accomplissement de la Démocratie, il en est le fossoyeur » MERTZ Bertrand, *L'Etat de droit en accusation, La démocratie a-t-elle encore un avenir dans l'Etat de droit ?*, Paris, éditions Kimé, 1996, p. 105

[1242] Définition du terme régulateur « Dispositif réglant la tension et le courant fourni par la dynamo ou l'alternateur » extraits, Larousse, http://www.larousse.fr

soustraire.[1243] » En tant qu'interprètes des normes, les juridictions concourent à cette fonction de régulation par le droit qui « dérive directement du caractère persuasif des normes juridiques, dont le propre est d'influencer, de conditionner et de persuader les membres d'un groupe social qu'ils orientent leurs comportements dans le sens proposé par les schémas ou les modèles normatifs du système juridique.[1244] »

638. Le développement de l'Etat de droit rénove cette fonction, évoquée dès 1967[1245] par le Doyen Favoreu s'agissant du Conseil constitutionnel, dans la mesure où en permettant l'essor des juridictions constitutionnelles, il a « modifié en profondeur les équilibres politiques.[1246] » Le pouvoir politique est désormais placé sous l'autorité de la décision juridictionnelle.[1247] Cette fonction de régulation se traduit par « la « calculabilité et la prévisibilité » que le système juridique fournit aux individus dans leur action sociale.[1248] La fondamentalité apparaît comme un moyen permettant aux juges de mener à bien leur fonction de régulation. En effet, elle agit comme vecteur de limitation des pouvoirs de l'Etat. En même temps, de par sa dimension substantielle, elle agit comme le support de valeurs.

639. Certains auteurs comme Emmanuel Dreyer proposent de définir la fondamentalité en réunissant les deux logiques inhérentes à cette notion : « Deux éléments permettent de justifier le caractère fondamental attribué à un droit. D'abord, il faut que ce droit ait pour objet de protéger la dignité de l'homme. Ensuite, pour réduire le champ de cette notion, il faut que le caractère fondamental de chaque droit ait été officiellement reconnu par une norme de valeur supra-législative.[1249] » Cette conception de la fondamentalité en tant qu'élément de régulation de la structure étatique est celle qui prévaut dans le modèle allemand. Michel Fromont démontre la double nature de la

[1243] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 18

[1244] ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 122

[1245] FAVOREU Louis, Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics, *RDP*, 1967, p. 5

[1246] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 128

[1247] « la relation judiciaire n'est pas assimilable à une relation de domination mais plutôt d'autorité » GARAPON Antoine, ALLARD Julie, GROS Frédéric, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 179

[1248] ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, p. 122

[1249] DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

notion : « les juristes allemands s'accordent à reconnaître aux droits fondamentaux une double nature juridique. D'une part, ce sont des droits subjectifs, c'est-à-dire des droits de l'individu contre l'Etat (…) D'autre part, les droits fondamentaux constituent les principes de base de l'ordre juridique allemand et présentent de ce fait le caractère de règles de droit objectif.[1250] »

640. La fondamentalité permet aux juges de soumettre le pouvoir politique au respect des règles constitutives de l'Etat ainsi qu'au respect des droits de la personne. L'exercice de la fonction de régulation sur la base de la fondamentalité modifie la figure juridictionnelle. Pour Dominique Rousseau, dans ce contexte nouveau, « le juge devient ainsi celui à qui est demandé d'exercer la fonction critique celui qui oblige les acteurs sociaux et politiques à s'interroger sur la validité de leurs décisions, à argumenter et à convaincre sans cesse les auditoires de la légitimité de leurs actes.[1251] » La fondamentalité participe à un phénomène qualifié par Laurent Cohen-Tanugi d' « autonomie idéologique du droit.[1252] » Pour cet auteur, « l'emprise croissante des régulations juridiques sur le fonctionnement de la société » requiert une « culture politique de la démocratie juridique.[1253] » Toutefois, cette approche de la fonction régulatrice des juridictions axée sur le respect de la fondamentalité dans sa dimension formelle et substantielle ne fait pas l'unanimité.[1254]

641. Au-delà des polémiques, la fonction de régulation des juridictions est une réalité aussi bien pour le juge constitutionnel que pour le juge ordinaire tel le juge administratif dans le cadre, par exemple, du référé-suspension comme nous le démontre Sophie Overney : « En effet, l'indétermination de la condition permet au juge « de remplir une fonction sociale [...] en sauvegardant certaines valeurs et institutions ». Apparaît ici le rôle de régulateur du juge dans le sens où il est

[1250] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 50

[1251] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 499

[1252] COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* Paris, éditions Gallimard, 1993, p. 201

[1253] COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* Paris, éditions Gallimard, 1993, p. 203

[1254]« les droits de l'homme jouent en cette fin de XXe siècle le même rôle que la parole divine (ou les saintes écritures) dans la société du Moyen-Age et les juristes celui des hommes d'Eglise » MERTZ Bertrand, *L'Etat de droit en accusation, La démocratie a-t-elle encore un avenir dans l'Etat de droit ?*, Paris, éditions Kimé, 1996, p. 106

socialement important de montrer à l'administré qu'il n'est pas la « chose » de l'administration.[1255] »

642. La fondamentalité en tant que vecteur de régulation implique que le juge persuade et oriente le comportement des autres acteurs de la sphère juridique dans le sens d'une limitation du pouvoir des autorités de l'Etat (§1) aussi bien qu'en tranchant des problèmes de détermination des valeurs fondatrices de la société (§2).

§ 1 - Limiter le pouvoir des autorités de l'Etat

643. La fondamentalité, en tant qu'instrument de régulation permet aux juridictions de contraindre le pouvoir politique au respect des règles juridiques. La doctrine de l'Etat de droit conçoit le pouvoir comme une simple « exécution subordonnée, réalisation de ce qui doit être selon les normes.[1256] » Cet encadrement est considéré comme un vecteur de légitimation du pouvoir politique dans la mesure où le phénomène de juridicisation de l'ensemble de la structure étatique conduit le pouvoir à être vidé de sa substance idéologique et dangereuse pour ne devenir qu'une « compétence, entièrement régie par le droit.[1257] » Le juge est l'institution à laquelle il revient de garantir par son contrôle que les pouvoirs politiques respectent la norme. Selon une conception formelle, la fondamentalité permet au juge de garantir le respect des normes ayant une valeur supra-législative.[1258]

644. Cette approche explique pourquoi, dans le cadre du référé-liberté, le Conseil d'Etat a pu reconnaître la valeur fondamentale de la libre administration des collectivités territoriales en se référant expressément à l'article 72 de la Constitution.[1259] La fondamentalité formelle permet aux juridictions de soumettre le pouvoir politique à des règles de nature structurelle comme cela est le cas en matière de découpage des

[1255] OVERNEY Sophie, Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge, *AJDA,* 2001, p. 714

[1256] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 66

[1257] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 62

[1258] « un ordre juridique ne comporte par conséquent pas de droits fondamentaux si elles ne sont pas de rang formellement constitutionnel. Des normes internationales pourront avoir une fonction comparable. » FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 89

[1259] Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon : « le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution, est au nombre des libertés fondamentales. »

circonscriptions électorales où le législateur est soumis au respect de la règle fondamentale de l'égalité de suffrages comme l'illustre la décision 86-218 DC. Le Conseil constitutionnel explique au législateur que s'il « peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée et en fonction d'impératifs précis.[1260] » Il s'agit ici de rappeler au pouvoir politique les limites de sa compétence.

645. L'emploi de l'adjectif « fondamental » renvoie implicitement à la protection des fondements de la démocratie française posés en particulier à l'article 3 de la Constitution qui expose que le suffrage est « toujours universel, égal et secret.[1261] » L'emploi de l'adverbe « toujours » aurait pu être interprété comme posant une intangibilité du principe de l'égalité du suffrage comme cela est le cas par exemple au sein du modèle constitutionnel allemand.[1262]

646. Toutefois, le Conseil constitutionnel n'a pas choisi la voie de la reconnaissance du caractère intransgressible de la règle puisqu'il admet explicitement que le législateur puisse l'atténuer. Il applique sa conception classique de la fondamentalité qui tend à protéger la substance de la règle constitutionnelle. Le Professeur Levade le démontre : « fidèle à sa jurisprudence traditionnelle initiée en 1985 et 1986, il confirme par la décision du 18 février que le contrôle qu'il exerce n'est qu'un contrôle restreint, limité à la censure de l'erreur manifeste d'appréciation.[1263] » Mais la prudence du juge constitutionnel à l'égard de la préservation des règles constitutionnelles structurelles est également présente dans le cadre de l'intangibilité puisque Michel Fromont

[1260] 18 novembre 1986 - Décision n° 86-218 DC *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. 167 - Journal officiel du 19 novembre 1986, p. 13769

[1261] Article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

[1262] « selon la doctrine, les principes démocratiques comprennent au moins les règles suivantes : la règle de la majorité, celle du caractère temporaire des compétences politiques, le caractère libre, égal et secret du vote. » FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP* , 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[1263] LEVADE Anne, Une constitutionnalité en trompe-l'oeil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? - À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010, *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 11, 15 Mars 2010, 274, source http://www.lexisnexis.com.

explique que « la Cour a toujours évité de censurer les lois de révisions constitutionnelles.[1264] »

647. La capacité d'encadrement du pouvoir politique par la fondamentalité est donc relative. Pour Hans Kelsen, le relativisme découle du positivisme juridique, dans la mesure où, ce sont les normes de base du système juridique contenues dans la Constitution qui déterminent ce qui relève du juste ou de l'injuste.[1265] La fondamentalité n'apparaît pas en droit français comme un instrument « absolu » de protection contre toutes les dérives possibles du pouvoir politique. Le Conseil constitutionnel apparaît plus dans une logique de pédagogie comme le traduit l'emploi par Anne Levade du verbe « inviter » qui implique que le Conseil incite le législateur plus qu'il ne le contraint : « à trois reprises au moins, en 2002, 2005 et 2007, le Conseil constitutionnel invita le législateur au « remodelage » des circonscriptions électorales que rendait nécessaire, compte tenu des évolutions démographiques, « la recherche de l'égalité.[1266]»

648. Cependant, malgré une jurisprudence restreinte en matière d'examen de la fondamentalité formelle des règles structurelles, il n'en demeure pas moins que cette notion « sert aussi d'instrument de base pour l'équilibre des pouvoirs.[1267] » Pour Francisco Balaguer Callejon, « Les droits fondamentaux expriment à chaque moment le projet de communauté qui se construit à travers l'interaction entre la Constitution, la loi et la juridiction. [1268]» La fondamentalité formelle s'inscrit dans une volonté d'équilibre et non de domination d'un pouvoir sur un autre. Elle repose sur l'idée que « la démocratie libérale serait mieux protégée par des règles de procédure que par des

[1264] FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP* , 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[1265]« lorsqu'on pose la question de la valeur d'un droit positif, de sa justice, la seule réponse qui peut être avancée est qu'il est relatif : c'est-à-dire qu'il n'est juste que sous la présupposition d'une certaine valeur supérieure et que, dès lors, il reste possible qu'au regard d'une autre valeur supérieure, il doive être considéré comme injuste. » KELSEN Hans, Qu'est ce que la théorie pure du droit ?, 1953, *Droit et société*, 22-1992, p. 560

[1266] LEVADE Anne, Une constitutionnalité en trompe-l'oeil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? . - À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010, *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 11, 15 Mars 2010, 274, source http://www.lexisnexis.com.

[1267] BALAGUER CALLEJON Francisco, Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle, *RFDC*, n°60, 2004/4, p. 677

[1268] BALAGUER CALLEJON Francisco, Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle, *RFDC*, n°60, 2004/4, p. 688

règles de fond.[1269] » Selon cette approche, la fondamentalité est une « technique sociale spécifique[1270] » qui a pour vocation de garantir le contenu du texte constitutionnel. Cependant, cette conception dépassionnée de la fondamentalité ne peut jamais être totalement désintéressée.

649. Aussi, nous allons nous intéresser au maintien d'un équilibre des pouvoirs par la fondamentalité (A) avant de mettre en exergue que cet équilibre peut être rompu au profit du juge notamment en ce qui concerne le contrôle de la loi (B).

A – La fondamentalité : instrument de l'équilibre des pouvoirs

650. La fondamentalité permet de maintenir l'équilibre des pouvoirs déterminé par le pouvoir constituant en amont.[1271] Elle a pour fonction de déterminer la ligne de partage entre les compétences des différents pouvoirs. Francisco Balaguer Callejon explicite cette fonction à travers l'exemple des relations entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif : « Le constituant, en préfigurant les droits, établit déjà des limites au législateur.[1272] » Le recours à cette notion exprime la limite que le pouvoir de rang inférieur ne peut franchir sous peine d'outrepasser ses attributions. La fondamentalité n'est pas le seul moyen pour exprimer cette fonction de maintien de l'équilibre des pouvoirs.

651. Le Conseil constitutionnel utilise également le verbe « dénaturer » comme dans la décision 2008-569 DC.[1273] Cette conception de la fondamentalité est présente dans le cadre des rapports entre les articles 34 et 37 de la Constitution, notamment en matière de déclassement de dispositions législatives à la demande du Premier Ministre : « Considérant qu'il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux de la sécurité sociale (…) qu'en revanche, il appartient au pouvoir réglementaire, sans dénaturer lesdites conditions.[1274] » Elle est présente dans le cadre de la théorie de la voie de fait qui suppose la réunion de deux conditions : « une décision administrative n'est constitutive d'une voie de fait qu'à la double condition de porter gravement atteinte à une liberté fondamentale et de n'être manifestement pas en mesure d'être rattachée à un pouvoir de l'Administration[1275]. » Le critère de fondamentalité souligne

[1269] FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP*, 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[1270] KELSEN Hans, Qu'est ce que la théorie pure du droit ?, 1953, *Droit et société*, 22-1992, p. 561

la gravité de l'attitude de l'administration qui a outrepassé son pouvoir au point que cette dernière « perd à son sujet son privilège de juridiction.[1276] »

652. La fondamentalité permet également de restaurer un équilibre que le texte constitutionnel ne garantit plus. Dans le cadre du parlementarisme rationalisé, le pouvoir exécutif se trouve dans une position privilégiée par rapport au pouvoir législatif, en ce qu'il dispose de nombreux moyens constitutionnels de peser sur le vote de la loi. L'élection au suffrage universel direct du Président de la République à partir de 1962, le fait majoritaire, le quinquennat, ont conduit à « une exaltation de l'exécutif.[1277] » Cependant, sur le fondement de divers articles de la Constitution, et en particulier en donnant une interprétation extensive des notions de principes et garanties fondamentaux de l'article 34 dont le régime juridique est assimilé[1278], le Conseil constitutionnel a contribué à un élargissement du domaine d'intervention du législateur.[1279]

653. Cette jurisprudence permet au Conseil constitutionnel d'accroître, proportionnellement au nombre de lois votées, ses chances de saisine. De plus, par

---

[1271]« la proclamation constitutionnelle des droits fondamentaux développe une fonction de feed-back du système démocratique qui, en dernier lieu, favorise aussi la réalisation des droits proclamés » BALAGUER CALLEJON Francisco, Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle, *RFDC*, n°60, 2004/4, p. 677

[1272] BALAGUER CALLEJON Francisco, Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle, *RFDC*, n°60, 2004/4, p. 677

[1273] 07 août 2008 - Décision n° 2008-569 DC *Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire* Recueil, p. 359 - Journal officiel du 21 août 2008, p. 13089 : « « il n'est fait obligation au législateur que d'accompagner ces créations ou extensions de compétences de ressources dont il lui appartient d'apprécier le niveau, sans toutefois dénaturer le principe de libre administration des collectivités territoriales. »

[1274] 10 juin 2004 - Décision n° 2004-197 L *Nature juridique de dispositions du code rural et de l'ancien code rural en matière de retraite* Recueil, p. 99 - Journal officiel du 13 juin 2004, p. 10561

[1275] SAINTE-ROSE Jerry, La théorie de la voie de fait doit-elle être abandonnée ?, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2332

[1276] TURPIN Dominique, *Contentieux administratif*, 4e édition, Paris, Hachette supérieur, 2007, p. 27

[1277] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 549

[1278]« dans les matières où le législateur « détermine les principes fondamentaux », la loi peut aller aussi loin que dans celles où elle « fixe les règles » FORMERY Simon-Louis, *La Constitution commentée article par article*, 8eédition, Paris, Hachette supérieure, 2004, p. 73

[1279]« le champ d'intervention juridique offert à la compétence du Législateur paraît en effet toujours plus élargi, in abstracto au moins, bénéficiant d'un domaine de compétences (protégé) conféré par la Constitution, le bloc de constitutionnalité, révélés et interprétés par le Conseil constitutionnel » GALLETTI Florence, Existe-t-il une obligation de bien légiférer ?. Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n°58, 2004/2, p. 388

cette interprétation extensive de la fondamentalité, le juge constitutionnel impose au législateur de nouvelles exigences. Par exemple, il oblige le législateur non seulement à user de la plénitude de sa compétence mais encore il renforce l'obligation d'une législation de qualité.[1280] Cette perspective de qualité de la loi fait écho au principe de sécurité juridique, considéré comme un droit-garantie qui, pour Louis Favoreu, figure : « parmi les droits fondamentaux, ce sont ceux dont la portée universelle est sans doute la plus forte car on ne conçoit pas (…) qu'ils puissent être appliqués de manière différente selon les pays au-delà d'un standard minimum.[1281] »

654. Cet effet de régulation par la fondamentalité se traduit par une altération du principe de séparation des pouvoirs car au lieu que chacun des pouvoirs s'autolimite, c'est le pouvoir juridictionnel qui régule les deux autres.[1282] Cette omniprésence du juge dans la matérialisation d'un équilibre des pouvoirs est particulièrement caractéristique dans le cadre du contrôle exercé sur le pouvoir législatif.

B- Une omniprésence du contrôle juridictionnel sur la loi

655. L'effet de régulation attaché à la fondamentalité se traduit par un encadrement du pouvoir, qui lie l'existence d'un droit fondamental à la notion de limitation du pouvoir.[1283] Si pour Etienne Picard, « la fondamentalité n'est réservée à aucun rang normatif particulier[1284] », Bernard Stirn met l'accent sur le fait que dans le cadre défini par la Constitution « la loi assure les droits fondamentaux nécessaires à tout régime de liberté.[1285] » La fonction de régulation exercée sur la base de la fondamentalité par les juges se concentre principalement sur l'encadrement du pouvoir législatif eu égard à son rôle d'application des droits fondamentaux. Cette méfiance envers le pouvoir

[1280]« il faut admettre qu'il y a visiblement une consécration de l'obligation de légiférer et même de « bien légiférer » qui pèse sur le Législateur national. » GALLETTI Florence, Existe-t-il une obligation de bien légiférer ?. Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n°58, 2004/2, p. 389

[1281] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 847

[1282]« pesant de manière croissante sur le fonctionnement des mécanismes politiques, le juge constitutionnel tend à devenir(…) un acteur à part entière du jeu politique. » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 129

[1283] « un droit fondamental dont l'existence est ainsi liée à une limitation de l'exercice du pouvoir » TCHEN Vincent, Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger, *Petites affiches*, 22 mai 1995 n° 61, p. 4

[1284] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1285] STIRN Bernard, *Les libertés en question*, 6e édition, Montchrestien, 2006, p. 9

législatif s'explique également par des raisons historiques, notamment, par le constat établi après la seconde guerre mondiale selon lequel les régimes parlementaires fondés sur la doctrine du légicentrisme « qui autorisait les violations délibérées de la Constitution[1286] » n'ont pas réussi à préserver les libertés du totalitarisme.

656. La démocratie juridique part de l'axiome selon lequel le citoyen n'a « plus à abandonner aux hommes politiques le soin de remettre périodiquement en question, en sa faveur, les frontières entre les droits de l'individu et ceux de l'Etat[1287]. » Cette exigence nouvelle est concrétisée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il expose que la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution.[1288] » La QPC s'inscrit dans une logique semblable. La formule de l'article 61-1[1289] de la Constitution qui prévoit que la question prioritaire de constitutionnalité concerne toute « disposition législative » doit selon Bertrand Mathieu être interprétée de manière extensive.[1290] Cette interprétation est confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009, qui intègre les lois du pays dans le champ de la QPC : « La QPC, selon les termes de l'article 61-1 de la Constitution, porte sur une « *disposition législative* ». Ces termes incluent les « *lois du pays* ».[1291] »

657. L'existence d'une fondamentalité constitutionnelle et d'une fondamentalité supranationale permet aux juridictions de soumettre la loi. Pour Denys de Béchillon, cette multiplicité des contrôles opérés sur l'acte législatif sur la base des droits fondamentaux[1292] entraîne un phénomène de concurrences des obligations juridiques :

[1286] JAN Pascal, Histoire de la loi, *Petites affiches*, 27 mai 2008, n° 106, p. 8

[1287] COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* Paris, éditions Gallimard, 1993, p. 210

[1288] 23 août 1985 - Décision n° 85-197 DC *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* Recueil, p. 70 - Journal officiel du 24 août1985, p. 9814

[1289] Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 23

[1290] MATHIEU Bertrand, La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ?, *Petites affiches*, 25 juin 2009, n° 126, p. 18

[1291] Commentaire de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, octobre 2009 à mars 2010, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[1292]« le développement assez intensif d'une politique de défense des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés s'opère forcément sur la base de normes très proches de celles que garantissent et le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Sur le fond – où se situe l'essentiel –, l'espace sécant des droits gardés par les divers juges à l'intérieur de l'Europe est proprement gigantesque » DE

« multiplication des jugements sur la loi il y a bien, et avec elle, concurrence d'obligations juridiques virtuellement incompatibles.[1293] » La régulation basée sur la fondamentalité, parce qu'elle émane d'acteurs distincts, crée plus de difficultés qu'elle n'en résout, puisqu'elle fragilise la prise de décision politique en la soumettant au respect d'un ensemble d'obligations juridiques déterminées de façon aléatoire, dépendantes notamment du juge saisi.[1294]

658. La question prioritaire de constitutionnalité réactive ce débat lié aux difficultés de la régulation des pouvoirs par la fondamentalité. Bien que le constituant ait éliminé du texte de l'article 61-1 de la Constitution le terme « fondamentaux », il n'a pas pourtant supprimé toute difficulté. Carole Gallo relève que « le choix du constituant de limiter ce contrôle « aux droits et libertés que la Constitution garantit » a le mérite de la clarté[1295] » avantage que souligne également Paul Cassia.[1296] Mais d'autres auteurs comme Florence Chaltiel mettent en exergue les vicissitudes d'une dualité de contrôles sur la loi basée sur une distinction artificielle entre les droits fondamentaux reconnus au niveau externe et garantis par le contrôle de conventionnalité et les droits constitutionnels.[1297] La pérennité de la QPC pourrait conduire à la mise en œuvre d'un contrôle de fondamentalité dont l'objectif serait de « limiter les risques de contrariété

BECHILLON Denys, Conflits de sentences entre les juges de la loi, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°96, 2001, p.110

[1293] DE BECHILLON Denys, Conflits de sentences entre les juges de la loi, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°96, 2001 , p.117

[1294] « les bienfaits du contrôle de conventionnalité pourraient se retourner contre la contrôle de constitutionnalité en créant une concurrence indésirable du point de vue de la sécurité juridique » SALES Eric, Libertés publiques et garanties juridiques, Le juge et les libertés, *Les libertés publiques*, Paris, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 42

[1295] GALLO Carole, L'étendue du contrôle de la question préjudicielle de constitutionnalité, *Petites affiches*, 23 octobre 2009, n° 212, p. 31

[1296] Cela « permet de faire l'économie de l'inépuisable - mais épuisant - débat portant sur le point de savoir si, au sein des droits et libertés, certains ont une importance particulière qui les rendrait plus « fondamentaux » que les autres. » CASSIAS Paul, Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité, *RFDA*, 2008, p. 877

[1297]« sur le plan matériel, les droits fondamentaux tirés de la Constitution et ceux tirés de la convention sont souvent de même nature nonobstant des différences d'interprétation entre les juges. Dès lors, le juge ordinaire, en appliquant strictement la QPC, saisira le juge constitutionnel. Si ce dernier continue à appliquer sa jurisprudence IVG, il n'observera le droit invoqué que sous l'angle de la Constitution. Une fois son interprétation rendue, et en cas de décision de conformité, l'interprétation de la conventionalité reviendra devant le juge ordinaire qui, lui, pourra trancher dans le sens de l'inconventionalité » CHALTIEL Florence, Des premières vicissitudes de la dichotomie entre contrôle de conventionalité et contrôle de constitutionnalité, *Petites affiches*, 27 mai 2010, n° 105, p. 6

entre l'interprétation constitutionnelle et l'interprétation européenne des droits fondamentaux.[1298] »

659. Si une telle évolution était entérinée notamment par l'abandon par le Conseil constitutionnel de sa jurisprudence du 15 janvier 1975 dite IVG[1299], elle constituerait une véritable prise en compte par les juges français de la dimension substantielle de la fondamentalité.[1300] La reconnaissance d'une hiérarchie substantielle identifiée par le qualificatif « fondamental » permettrait au pouvoir politique de mieux connaître ses obligations. Elle limiterait le nombre de sens possibles de la fondamentalité.

660. Mais cette confusion des contrôles au nom d'une interprétation uniforme de la fondamentalité n'est pas celle retenue par le Conseil constitutionnel. Il interprète le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité comme une impossibilité d'associer le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité dans le cadre de la protection des libertés.[1301] Cette distinction entre droits constitutionnels et droits fondamentaux entretient le flou sur le sens de ces derniers. Cette absence de définition induit que par l'interprétation de la fondamentalité, il revient de plus en plus souvent aux juridictions de trancher au-delà des conflits normatifs des problèmes de valeurs.

§ 2 -Trancher des problèmes de valeurs

661. La difficulté que soulève la fondamentalité est que détachée de son sens substantiel, la notion n'a plus d'intérêt puisqu'il existe, sous d'autres formes juridiques comme les droits de l'homme et les libertés publiques, des moyens juridiques efficaces de protection des libertés. A l'inverse, détachée de son sens formel, la notion devient un dangereux moyen de substitution des juridictions en lieu et place des représentants

[1298] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ?, *RFDA*, 2002, p. 124

[1299] 15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671

[1300] « mais la hiérarchie substantielle se trouve en état de s'attaquer à une remise en cause non pas seulement de la hiérarchie des normes au sein de l'ordre interne, mais de la répartition des fonctions entre les juridictions » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1301] « Le choix du législateur de distinguer entre les moyens de conventionnalité et les questions de constitutionnalité a pour conséquence d'interdire la confusion des deux. Le législateur organique français a écarté la possibilité que les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité soient associés et symétriques comme c'est le cas dans certains États européens. » HAENEL Hubert, *Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne*, 7 février 2011 - Journée de travail à la Cour de justice de l'Union européenne, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

élus. Une approche uniquement substantielle de la fondamentalité conduirait les juridictions à déterminer les valeurs centrales de la société sans pour autant être soumises à un processus de mise en responsabilité face au peuple souverain. Malgré tous les efforts des juges français qui utilisent avec prudence cette notion, et en l'absence de toute définition légale restreignant le champ de la fondamentalité, ce concept porte les juges à trancher un problème de prévalence de valeurs.[1302]

662. Le juge utilise la fondamentalité comme un instrument de prévalence d'une valeur. Il justifie formellement son choix en s'inspirant d'éléments positivistes issus d'autres modèles constitutionnels ou de leur consécration en droit externe. Jean-François Lachaume propose une approche de la fondamentalité qui met en relief tant les incertitudes autour de la notion que les postulats qu'elle engendre : « Quels que soient les droits que l'on range sous ce vocable, on perçoit sans peine qu'ils comportent un noyau dur constitué de droits reconnus, par un système juridique démocratique donné, à toute personne notamment dans ses rapports avec les autorités étatiques et administratives[1303]. » L'emploi par cet auteur du verbe « percevoir » est caractéristique des difficultés à connaître le sens et la portée de la fondamentalité. Le cadre défini par le Professeur Lachaume « système démocratique donné » invite à la déduction selon laquelle sans démocratie, il ne peut y avoir de reconnaissance effective des droits fondamentaux. La démocratie, parce qu'elle repose sur un substrat libéral, favorise la consécration des droits fondamentaux. Cependant, démocratie et droits fondamentaux ne peuvent pas être assimilés.[1304] Nous pouvons faire le lien avec la notion de libéralisme constitutionnel qui est présentée par Fareed Zakaria comme la doctrine qui « concerne non pas les procédures de désignation du gouvernement mais les objectifs de ce dernier.[1305] » Le libéralisme constitutionnel conduit à une mise en opposition entre la préservation des libertés et le régime démocratique au motif que ces deux

[1302]« Cependant, le juge n'est pas un oracle inspiré, il est une instance dialogique entre hiérarchie formelle et hiérarchie substantielle. Quand il use du langage des valeurs (et il ne peut que le faire), pour dire la fondamentalité, il le fait (en général) de manière rationnelle, référée et justifiée, avec les limites du genre » PELLEGRINI Bernard, La portée structurante des droits fondamentaux, *VST,Vie sociale et traitements*, 2005/2, n°86, p. 151

[1303] LACHAUME Jean-François, Droits fondamentaux et droit administratif, *AJDA*, 1998, p. 92

[1304]« l'utopie des droits fondamentaux est justement construite - et l'on retrouve ici l'inspiration profonde du constitutionnalisme libéral - sur une méfiance de principe envers la démocratie au premier sens » DENQUIN Jean-Marie, Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit, *Jus Politicum - Revue de droit politique et de droit constitutionnel*, n°1, 1 janvier 2008, p. 2

[1305] ZACKARIA Fareed, Libéralisme constitutionnel et démocratie, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 6

notions ont des logiques opposées : « le libéralisme constitutionnel se soucie de limiter les pouvoirs ; la démocratie concerne son accumulation et son usage.[1306] » La fondamentalité peut être appréhendée comme une notion entrant en concurrence avec la démocratie classique. La résolution de cet antagonisme réside dans la redéfinition du paradigme démocratique en ce qu'il ne repose plus sur le choix des électeurs mués par des passions idéologiques mais sur le respect du droit. [1307]

663. Le système juridique français a des difficultés à assimiler et à assumer le caractère autofondé des droits fondamentaux qui traduisent une juridicisation des droits naturels.[1308] Etienne Picard met en exergue ce blocage conceptuel entre le droit positiviste et la fondamentalité : « les droits fondamentaux ne seraient pas juridiquement autofondés dans leur prééminence tient à la difficulté d'admettre, en droit, que la fondamentalité exprime des valeurs et à la quasi-impossibilité, dans le contexte dogmatique et théorique français, très empreint de positivisme et de normativisme kelsénien, d'articuler les valeurs au droit objectif.[1309] »

664. Admettre le caractère juridique de la fondamentalité, c'est remettre en cause l'idéal démocratique en ce qu'il s'incarne désormais principalement dans la préservation de la liberté garantie par le respect du droit. La fondamentalité fonde le droit en ce qu'elle en représente le fondement idéologique. En juridicisant les droits naturels, la fondamentalité légitime cette obéissance au droit. Le non choix des juridictions en la matière, entre une approche positiviste ou substantielle du concept, peut être expliqué par le fait que « l'hésitation entre jusnaturalisme et positivisme reflète donc la difficulté de justifier l'existence d'un droit à la fois non religieux, ésotérique, donc positif, et fondé en vérité, donc naturel. » Admettre le caractère juridique de la fondamentalité c'est reconnaître la portée structurante de la notion , reconnaître que les droits fondamentaux en tant que « déterminants des différentes règles et de l'architecture du système juridique donné lui-même, [ils] sont au fondement de tout

[1306] ZACKARIA Fareed, Libéralisme constitutionnel et démocratie, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 7

[1307] « Le slogan « la démocratie par le droit » se traduit maintenant « les droits fondamentaux par le droit », autrement dit « le droit par le droit » DENQUIN Jean-Marie, Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit, *Jus Politicum - Revue de droit politique et de droit constitutionnel*, n°1, 1 janvier 2008, p. 2

[1308] PELLEGRINI Bernard, La portée structurante des droits fondamentaux, *VST,Vie sociale et traitements*, 2005/2, n°86, p. 149

[1309] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

ordre juridique et, en particulier, de l'État de droit dans lequel s'exprime un choix de société.[1310]» Les droits fondamentaux contribuent à légitimer le pouvoir de l'Etat en ce qu'il est respectueux du droit. De surcroît, la consécration juridique de la fondamentalité revient implicitement à reconnaître aux juridictions qui consacrent les droits fondamentaux de nouveaux rôles[1311] que Aharon Barak expose s'agissant du rôle de la Cour suprême au sein d'une démocratie : « le souci de la Cour suprême va au-delà, elle se rapporte à une action rectificative englobant le système tout entier. Cette action rectificative doit viser deux objectifs principaux : combler le fossé qui existe entre le droit et la société et sauvegarder la démocratie.[1312] »

665. Au-delà de la stricte protection juridique des libertés, la fondamentalité investit le juge de deux missions qui dépassent le cadre du système normatif. La fondamentalité est un enjeu de pouvoir car elle confère à celui qui l'utilise la possibilité de combler le fossé entre le droit et la société (A) tout en lui adjoingnant le lourd objectif de sauvegarder la démocratie (B).

A – La fondamentalité : combler le fossé entre droit et société

666. Pour Aharon Barak « l'histoire du droit est l'histoire de l'adaptation de la loi aux besoins changeants de la société (…) Le juge a un rôle prépondérant dans cette évolution.[1313] » La fondamentalité est un instrument de mise en adéquation du droit à la société. L'indétermination substantielle de la notion lui confère une souplesse qui permet aux juridictions d'user de la fondamentalité comme d'un palliatif aux carences normatives. Pour Etienne Picard, la détermination de la fondamentalité par le juge le conduit à opérer un choix hiérarchique : « mais on ne saurait réguler une société dans laquelle tous les droits seraient égaux ou également et identiquement fondamentaux.[1314] » La fondamentalité induit une dimension hiérarchique. Cette approche complexifie la compréhension de la notion car le doute subsiste sur les fondements de cette autorité verticale.[1315] Pour contourner cet obstacle

[1310] PELLEGRINI Bernard, La portée structurante des droits fondamentaux, *VST, Vie sociale et traitements*, 2005/2, n°86, p. 147

[1311]« l'accent mis sur le droit entraîne tout naturellement la montée en puissance de ceux qui en maîtrisent les ressorts, en parlent le langage » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 137

[1312] BARAK Aharon, L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie, *RFDC*, n°66, avril 2006, p. 231

épistémologique tenant au sens de la notion, certains préfèrent faire abstraction de l'utilité d'une justification et s'en tiennent à l'évidence : « La reconnaissance d'une liberté comme fondamentale relève souvent de l'évidence, ce qui dispense le juge de toute obligation de la justifier.[1316] »

667. La reconnaissance du caractère fondamental d'une liberté par le juge peut être influencée par un ensemble de données à caractère social. Aharon Barak insiste sur le fait que « la création du droit par le juge, qui comble le clivage entre droit et société, doit être conforme non seulement aux valeurs fondamentales de la société mais également à la perception fondamentale qu'a la société du rôle du pouvoir judiciaire.[1317] » La fondamentalité permet ainsi au juge de reconnaître comme juridiquement contraignantes des valeurs faisant consensus au sein de la société ou de les adapter aux volontés nouvelles de la société en les qualifiant de fondamentales. Cette fonction de la fondamentalité explique pourquoi la création des nouveaux droits fondamentaux est continue. Le droit de l'environnement est un exemple caractéristique de cette prise en compte des aspirations de la société par le juge à travers la fondamentalité. Dans leurs propos relatifs aux nouveaux droits fondamentaux, Laurence Azoux – Bacrie et Patricia Savin incluent le droit à l'environnement. Elles justifient cette approche du droit de l'environnement en ce qu'il répond à une double exigence : « Ces droits précisent, sur la base et dans l'esprit d'instruments de protection des droits fondamentaux éprouvés (DUDH, Pactes de 1966, CEDH), des règles qui ne pouvaient être posées par ces instruments au moment où ils ont été rédigés et qui sont susceptibles de prévenir les risques que font courir à la dignité humaine les avancées scientifiques et technologiques de ces dernières années. En ce sens, ils sont «fondamentaux» et «nouveaux». [1318]» La reconnaissance de la fondamentalité par le juge s'inspire des instruments normatifs de protection pour

[1313] BARAK Aharon, L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie, *RFDC*, n°66, avril 2006, p. 232

[1314] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1315]« A défaut de toujours donner une définition du droit fondamental ou de la liberté publique fondamentale (…), les ouvrages spécialisés cherchent à trouver un critère d'identification » LACHAUME Jean-François, Droits fondamentaux et droit administratif, *AJDA*, 1998, p. 92

[1316] WACHSMANN Patrick, L'atteinte grave à une liberté fondamentale, *RFDA*, 2007, p. 58

[1317] BARAK Aharon, L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie, *RFDC*, n°66, avril 2006, p. 235

[1318] AZOUX-BACRIE Laurence, SAVIN Patricia, Conclusion : les nouveaux droits fondamentaux, *Gazette du Palais*, 18 mars 2006 n° 77, p. 49

compléter la protection de la personne face à des risques que les textes ne pouvaient ou ne voulaient prendre en considération. Le juge se fait le porte-parole des craintes de la société en juridicisant des exigences nouvelles pour contrecarrer les risques nouveaux.

668. Cette définition des nouveaux droits fondamentaux repose sur un critère substantiel qui est celui de la protection de la dignité humaine. Aussi, l'hypothèse peut être posée selon laquelle « l'évidence » relevée par Patrick Wachsmann s'incarne dans cet attachement de la fondamentalité à l'être humain. Aussi, lorsque le juge consacre une valeur comme fondamentale, il contribue à mettre en corrélation le système juridique avec les évolutions de la perception de ce que doit être la dignité de la personne humaine en fonction du contexte dans lequel elle évolue.

669. Si cette définition nous apparaît cohérente, il faut constater qu'elle ne recouvre qu'une partie des utilisations de la fondamentalité par le juge. Force est de constater qu'il n'apparaît pas, à l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle et administrative, de critère cohérent visant à établir la fondamentalité d'une liberté. Le lien avec la dignité de la personne n'apparaît pas dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à la libre administration des collectivités territoriales. Par contre, cet attachement à une conception substantielle de la notion se retrouve dans la consécration par l'arrêt du 3 juillet 1996 dit « Koné[1319] » du PFRLR selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique. Ce principe est en lien avec l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946 qui prévoit que « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.[1320] » De plus, le Conseil constitutionnel a tiré du Préambule de la Constitution de 1946[1321], le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Véronique Champeil-Desplats explique, dans le cadre de la théorie des contraintes juridiques, que : « les PFRLR assurent une fonction de méta-argument. Ici, la question juridique posée par l'arrêt pourrait ne pas se résoudre au niveau

[1319] Conseil d'Etat, Assemblée, du 3 juillet 1996, 169219, publié au recueil Lebon

[1320] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

[1321] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9

constitutionnel ; le recours à une norme constitutionnelle ne devient une contrainte que dans la mesure où l'acteur veut parvenir à un résultat différent de celui auquel il parviendrait s'il ne procédait pas à un tel recours.[1322] » Par conséquent, le recours à la fondamentalité incarnée en l'espèce par un PFRLR marque la volonté du juge de faire prévaloir une certaine lecture du droit. Nous retrouvons une analyse de la jurisprudence constitutionnelle s'inscrivant dans la même logique chez Dominique Rousseau « au fil de ses décisions, le Conseil constitutionnel va opérer une articulation, une harmonisation de ses dispositions réduisant les contradictions pour produire une « idée de droit », au sens de représentation d'un ordre social.[1323] »

670. Si l'utilisation de la fondamentalité en tant qu'élément de mise en adéquation du droit à la société s'avère difficilement vérifiable en ce qu'elle ne s'articule autour d'aucun critère identifiable, il faut examiner l'hypothèse selon laquelle la fondamentalité permettrait aux juridictions de garantir la démocratie.

B – La fondamentalité : sauvegarder la démocratie

671. La dimension substantielle de la fondamentalité en ce qu'elle traduit la juridicisation des droits naturels fait écho au principe de dignité humaine. Mais il est possible d'aborder la fondamentalité selon une approche plus objective.[1324] Parmi ces valeurs, figurent outre la dignité, le principe de la démocratie consacré aux articles 20 de la Loi fondamentale allemande ou encore à l'article 1er de la Constitution de 1958 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.[1325] »

672. Aharon Barak fournit une analyse intéressante de la démocratie en ce qu'il précise que « la véritable démocratie ne consiste pas seulement de l'Etat de droit et de la

[1322]CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, L'arrêt Koné, produit et source de contraintes, TROPER Michel, Proposition pour une théorie des contraintes juridiques, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 56

[1323] ROUSSEAU Dominique, Une résurrection la notion de Constitution, *RDP*, 1990, p. 10

[1324]« le débat autour des droits fondamentaux, qui amplifia considérablement le rôle de ces droits, et l'interprétation de ceux-ci comme l'expression d'un système de valeurs (la dimension objective des droits fondamentaux) contribuèrent largement à cette montée en puissance du droit constitutionnel. » WAHL Rainer, Aux origines du droit public allemand contemporain, *RDP* , 20 juillet 0501 n° 3, 1er mai 2007, p. 817

[1325] Article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 10

suprématie législative : c'est un concept multidimensionnel.[1326] » Pour Dominique Rousseau, par sa jurisprudence le Conseil constitutionnel consacre « une démocratie politique modérée.[1327] » Si nous prenons appui sur la jurisprudence constitutionnelle nous constatons qu'en 1982, lorsque le Conseil constitutionnel consacre le caractère fondamental du droit de propriété, il précise l'objectif en l'espèce de ce droit : « caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique.[1328] » Cette expression de « société politique » peut renvoyer à l'ouvrage de Raymond Cazelles « La société politique et la crise de la royauté sous Philippe de Valois », dans lequel cet auteur expose l'ensemble de l'organisation politique de la France à l'époque précitée, des origines sociales de ses membres à l'exercice du pouvoir[1329]. En 1984, lorsque le juge constitutionnel reconnaît la liberté d'expression et de communication comme relevant de la fondamentalité, il ajoute que l'exercice de cette liberté « est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale.[1330] » Dans ce cas, la référence à la souveraineté nationale renvoie à la démocratie représentative. En partant du postulat selon lequel la démocratie est un concept multidimensionnel, la décision du 22 janvier 1990 peut être interprétée comme contribuant à la protection de la démocratie sociale puisque la fondamentalité est affirmée dans le cadre de l'examen de « l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité [est] accordée à des personnes âgées, notamment à celles devenues inaptes au travail[1331] » et celle du 13 août 1993 peut induire une référence à la démocratie libérale par le truchement du quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la

[1326] BARAK Aharon, L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie, *RFDC*, n°66, avril 2006, p. 239

[1327] ROUSSEAU Dominique, Une résurrection la notion de Constitution, *RDP*, 1990, p. 11

[1328] 16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299

[1329] FAVIER Jean. CAZELLES Raymond, *La société politique et la crise de la royauté sous Philippe de Valois*. Paris, Librairie d'Argences, 1958. (*Bibliothèque elzévirienne, nouvelle série, Études et documents*.), *Bibliothèque de l'école des chartes*, 1959, vol. 117, n° 1, pp. 319-323, source http://www.persee.fr

[1330] 11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200

[1331] 22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.[1332] » S'agissant de la décision du 10 juin 1998, elle vise également à la protection de la démocratie sociale, puisque le cadre de la fondamentalité a trait aux « droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés.[1333] » La démocratie sociale prend en compte le domaine du dialogue social entre des organisations syndicales représentatives et une « régulation négociée des rapports sociaux.[1334] » Il en est de même pour les décisions du 8 janvier 2009[1335] et du 18 février 2010[1336] qui concernent le caractère fondamental de la règle de l'égalité de suffrage qui est directement en lien avec l'organisation de la démocratie représentative. Enfin, l'utilisation du substantif « fondement » est relative à l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui s'inscrit comme la condition d'existence même de la démocratie[1337].

673. « La nouvelle démocratie n'est plus seulement fondée sur la politique et le pouvoir absolu d'un peuple souverain[1338] » mais elle évolue, sous l'influence des juridictions, vers une spécialisation de la notion en fonction du contexte. Les exigences qui la caractérisent sont stables : pluralisme, respect du droit, égalité, représentativité mais elles se déclinent en fonction du domaine dans lequel elle s'applique.

[1332] 13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

[1333] 10 juin 1998 - Décision n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* Recueil, p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033

[1334] Projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, (Urgence déclarée) (Renvoyé à la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.) présenté au nom de M. François Fillon, Premier ministre, par M. Xavier Bertrand, ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 2008, source http://www.assemblee-nationale.fr

[1335] 08 janvier 2009 - Décision n° 2008-573 DC *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés* Recueil, p. 36 - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724.

[1336] 18 février 2010 - Décision n° 2010-602 DC *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 24 février 2010, p. 3385

[1337] 11 janvier 1990 - Décision n° 89-271 DC *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques* Recueil, p. 21 - Journal officiel du 13 janvier 1990, p. 573

[1338] MENY Yves, Révolution constitutionnelle et démocratie, Chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie, Communication, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

674. Véronique Champeil-Desplats évoque le fait que les droits fondamentaux puissent être abordés comme « le lien entre « l'Etat de droit, l'Etat social et la démocratie».[1339] » L'idée de démocratie défendue par le Conseil constitutionnel français « s'enracine dans le droit grâce à un corpus de normes à valeur constitutionnelle garanties par un juge qui échappe, pour reprendre les mots de Madison, à la « tyrannie de la majorité».[1340] » Dans ce cadre, le critère de fondamentalité repose sur l'apport d'un droit, d'une liberté, d'une règle, d'un principe ou encore d'une garantie à l'effectivité de cette démocratie à laquelle la Constitution, à travers le prisme de la République, qualifie de laïque, sociale et égale. Si une norme est attachée à la réalisation de la démocratie, elle peut être qualifiée de fondamentale.

675. Cet attachement entre la fondamentalité et la démocratie peut expliquer la qualification par le Conseil d'Etat de la libre administration des collectivités territoriales qui entre dans le champ du développement et de la protection d'une démocratie locale : « La liberté d'administration est donc couplée avec la liberté politique à travers le droit de vote - ce que traduit d'ailleurs parfaitement l'expression « démocratie locale» -, elle est ainsi un droit du citoyen.[1341] » Cependant, le lien entre le qualificatif « fondamental » et la protection de la démocratie n'est pas constant. Par exemple, la consécration comme liberté fondamentale du « consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués » fait renvoi à la protection de la dignité de la personne. La lecture combinée des articles L. 1110-1 du Code de la santé publique qui pose le caractère fondamental du droit à la protection de la santé et L. 1110-2 qui précise que « La personne malade a droit au respect de sa dignité » tend à conforter cette approche de la fondamentalité dans l'arrêt précité.

676. Si fondamentalité et démocratie apparaissent intrinsèquement liées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le développement de la notion d'Etat de droit nuit à la cohérence de cette relation en ce qu'il recoupe en s'en distinguant la démocratie. Aussi, il nous faut à présent nous intéresser aux rapports entre la

[1339] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1340] MENY Yves, Révolution constitutionnelle et démocratie, Chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie, Communication, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[1341] BENOIT Jean, La liberté d'administration locale, *RFDA*, 2002, p. 1065

fondamentalité et l'Etat de droit en tentant de mettre en exergue l'impact de ces deux concepts, dépendants l'un de l'autre, sur la démocratie.

Chapitre 2 : La fondamentalité signe d'une évolution de la démocratie

677. La fondamentalité est avant tout une notion juridique. Cependant, l'indétermination de son sens peut conduire à appréhender cette dernière selon une perspective plus sociologique. Celle-ci a vocation à mettre en lumière les zones d'ombre du concept. Pour ce faire nous avons choisi d'user de l'analyse stratégique afin de comprendre en quoi l'utilisation de cette notion a des conséquences sur les relations d'acteurs interdépendants présents dans la sphère juridique. Mais l'étude de ces relations peut également être menée selon une perspective plus théorique. En d'autres termes, il s'agit d'envisager quelle peut être l'influence de la fondamentalité sur le concept de démocratie.

678. La fondamentalité est le produit non pas de la démocratie mais de l'Etat de droit.[1342] Celui-ci correspond à l'idée selon laquelle au sein de la structure étatique, chaque autorité ou personne doit respecter des prescriptions obligatoires. Plusieurs conceptions de ce concept coexistent et il est difficile de distinguer laquelle emporte adhésion.

679. Pour Jean Morange, « l'Etat de droit est un Etat démocratique, respectueux des droits de l'homme.[1343] » Cette première définition pose les bases d'un Etat de droit politique. Il correspond à l'acception moderne de la démocratie alliant à la fois pluralité et garantie des libertés de la personne. Dans ce cas, les différences entre concepts deviennent délicates à cerner. Les notions d'Etat de droit et de démocratie moderne deviennent synonymes.

680. Pour Michel Troper, « si l'Etat de droit est présenté comme désirable, c'est parce qu'il est considéré comme une garantie de la liberté et de la démocratie, c'est-à-dire comme un moyen ou un instrument.[1344] » Cette seconde définition pose les bases d'un Etat de droit juridique. Il correspond à une technique juridique de limitation des pouvoirs au sein de la structure étatique. Dans ce cas, Etat de droit et fondamentalité

[1342] CHEVALLIER Jacques, L'Etat de droit, *RDP,* 1998, n°2, p. 314

[1343] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, p. 73

[1344] TROPER Michel, Le concept d'Etat de droit, *Droits*, 1992, n°15, p. 53

apparaissent étroitement liés, dans la mesure où, l'existence de l'Etat de droit est la condition nécessaire de la fondamentalité. En effet, si l'Etat de droit est un moyen général de contrainte, la fondamentalité peut être appréhendée comme un moyen spécifique de contrainte. Une contrainte correspond « à une situation de fait dans laquelle se trouve un agent[1345] ». Appliqué à notre propos, cela revient à dire que l'Etat de droit est une situation de fait ayant pour objet d'imposer le respect des normes juridiques aux agents de la sphère étatique. Dans ce cas, le juge devient un agent prépondérant puisque sa fonction est de sanctionner toute violation de la norme. La fondamentalité est alors un instrument permettant la concrétisation de l'Etat de droit : un moyen spécifique permettant au juge de faire prévaloir dans une situation donnée la valeur qui lui paraît la plus apte à garantir la démocratie et/ou la protection des libertés de la personne.

681. Ainsi, l'emploi du terme « fondamental », dans une approche stratégique, ne correspond pas à « une « fonction stratégique », cherchant à « renforcer la légitimité et le pouvoir de l'institution qui l'utilise[1346]» » dénoncée par Etienne Picard, mais à un facteur d'identification des valeurs, supportées par des normes, participant au respect de l'Etat de droit, devenu par ricochet une notion substantielle.[1347] L'Etat de droit est une contrainte découlant du principe de la hiérarchie des normes, qui contraint les acteurs à considérer comme supérieures les valeurs idéologiques contenues dans le texte constitutionnel[1348]. Or, celui-ci ayant transposé l'idéologie en termes juridiques, l'Etat de droit correspond à un contenu constitutionnel relatif à la démocratie et aux libertés des personnes. Lorsque le juge consacre une norme comme fondamentale, il

[1345] TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 27

[1346] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1347]« L'Etat de droit ne serait pas réductible à un simple dispositif technique d'aménagement de l'ordre juridique ; et tout progrès dans la défense et la protection des droits de l'homme devrait être assimilé à un renforcement de l'Etat de droit. » CHEVALLIER Jacques, L'Etat de droit, *RDP,* 1998, n°2, p. 315

[1348] « Enfin il existe des contraintes qui proviennent d'éléments du système qui ne sont pas des normes, même au sens très large qu'on a donné à ce terme. Il s'agit de règles constitutives, au sens de Searle, distinctes des règles juridiques proprement dites, c'est-à-dire de règles qui ne prescrivent pas des conduites, mais définissent un type de conduites comme juridiques. Ainsi, le raisonnement et l'argumentation en termes de hiérarchie des normes contraint les acteurs à recourir à des normes considérées comme hiérarchiquement supérieures pour valider ou invalider des normes considérées comme inférieures. » TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 23

concoure à la réalisation de cet indispensable équilibre visant à garantir le rôle et la liberté de chaque acteur.[1349]

682. Cependant, si le juge s'inscrit comme le régulateur de cet équilibre entre démocratie et libertés des personnes, il devient progressivement l'agent central de ce système qu'est l'Etat de droit au point que Michel Fromont pose l'affirmation selon laquelle : « L'Etat de droit (Rechtsstaat) devient l'Etat des juges (Richterstaat).[1350] » Or, si comme le soutient Montesquieu, « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser[1351] », il faut examiner l'hypothèse selon laquelle la fondamentalité est comme un enjeu de pouvoir.

683. Aussi, nous nous proposons d'étudier, dans une section première, l'évolution du système politique vers une démocratie constitutionnelle sous l'influence de la fondamentalité, avant de procéder à l'examen, dans une seconde section, de celle-ci comme un enjeu de pouvoir.

Section 1 : La fondamentalité : élément d'une démocratie constitutionnelle

684. Le développement de l'Etat de droit entraîne une modification du fonctionnement de la démocratie. La légitimité et la participation par le suffrage ne s'avèrent plus suffisantes[1352] à l'acceptation de l'autorité de l'Etat. Cette nouvelle conception de la démocratie se caractérise par le fait que « la démocratie juridique n'est pas une construction abstraite, elle est un instrument pratique aux mains de la société.[1353] » Pour Dominique Rousseau, dans ce contexte de l'Etat de droit, « loin d'être aliénés par les lois qu'ils produisent, les hommes peuvent, à tout moment, et donc en dehors du processus électif, soit se ressaisir d'une norme pour en réaffirmer la valeur, soit en

[1349] « l'Etat de droit doit, pour demeurer fidèle à ce qui en fait la valeur, résister à une inflation de normes préalables et s'aménager de telle sorte qu'une pluralité des rôles y soit assurée » HAMON Léo, L'Etat de droit et son essence, *RFDC*, n°4, 1990, p. 716

[1350] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

[1351] MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 293

[1352] « la démocratie ne se réduirait pas aux seuls processus électifs : elle suppose encore le respect du pluralisme, la participation des citoyens aux choix collectifs et la garantie des droits et libertés » CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 132

[1353] COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* paris, éditions Gallimard, 1993, p. 204

changer le sens, soit en proposer une nouvelle, puisque c'est le principe de discussion qui fonde, dans le modèle de l'Etat de droit, la légitimité de la règle.[1354] » Dans le cadre de cette approche de la démocratie, la fondamentalité apparaît comme l'un des moyens, entre les mains des « citoyens-juristes[1355] » et des juridictions, qui concoure à la réalisation de la démocratie juridique.

685. La fondamentalité répond aux deux exigences posées par ce nouveau modèle. Elle contient en son sein des règles procédurales qui s'inscrivent dans le respect effectif de la protection des libertés. Cette complémentarité entre les droits substantiels et les droits-garanties assure une grande efficacité juridique à la fondamentalité. De plus, le fait, que « la notion même de droits fondamentaux ne connaît pas de frontières extrêmement précises[1356] », met l'accent sur les capacités d'adaptation de la notion à de nouveaux enjeux démocratiques. L'indétermination du concept offre la possibilité d'un débat tenant au sens, à la portée ou au maintien d'une norme. La qualification de « fondamental » tend à induire l'importance de la valeur supportée par la norme.

686. Stratégiquement, l'emploi du qualificatif traduit la volonté de « trouver un terme qui justifie un régime spécial de protection accordé à certains droits que le Conseil constitutionnel qualifie lui-même de fondamental.[1357] » Ce régime spécial incarné d'abord par la théorie de l'effet-cliquet, est également présent dans des décisions comme celle du 8 janvier 2009[1358] dans laquelle le Conseil constitutionnel rappelle au législateur la portée de l'égalité de suffrage qui est « une règle fondamentale. » Le juge constitutionnel met en relief l'importance de la règle pour le fonctionnement démocratique de la Ve République, il utilise d'ailleurs le verbe « devoir[1359] » qui

[1354] ROUSSEAU Dominique, L'Etat de droit est-il un Etat de valeur, L'esprit des institution, L'équilibre des pouvoirs, Mélanges Pactet, Paris, Dalloz, 2003, pp. 892-894 (extraits), CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, p. 101

[1355] COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* paris, éditions Gallimard, 1993, pp. 203-204

[1356] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 414

[1357] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1358] 08 janvier 2009 - Décision n° 2008-573 DC *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés* Recueil, p. 36 - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724.

[1359]08 janvier 2009 - Décision n° 2008-573 DC *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés* Recueil, p.36 - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724 : « 21. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct,

renforce encore le caractère contraignant de cette règle. Si le Conseil constitutionnel se refuse à établir l'intangibilité de certaines règles constitutionnelles[1360], il n'en demeure pas moins que la terminologie choisie par le juge constitutionnel indique au législateur qu'il ne bénéficie que d'une marge d'interprétation de l'égalité de suffrage réduite.

687. Cet encadrement des volontés politiques par le respect de la fondamentalité[1361], met en exergue « la place du juge constitutionnel dans le processus d'existence des droits fondamentaux. [1362]» L'importance que revêt le juge constitutionnel dans la réalisation de cette nouvelle exigence démocratique se traduit par la spécialisation de la démocratie juridique en une démocratie constitutionnelle. Cette dernière est une « conséquence de la Constitution-charte des droits » et elle se caractérise par le positionnement du Conseil constitutionnel « à l'articulation des sociétés politique et civile, l'institution d'une nouvelle relation constitutionnelle entre les deux « sociétés », en imposant le respect des droits des gouvernés aux organes de l'Etat.[1363] »

688. Pour comprendre l'incidence de la fondamentalité sur la démocratie française, il nous faut vérifier l'hypothèse selon laquelle la Ve République serait devenue une démocratie constitutionnelle (§1) avant de constater qu'à défaut d'être constitutionnelle, la démocratie française devient juridique (§2).

---

doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage »

[1360] 18 février 2010 - Décision n° 2010-602 DC *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 24 février 2010, p. 3385 « 13. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée »

[1361]« et, aujourd'hui, la démocratie suppose précisément le respect de droits fondamentaux liés aux notions de droits civiques, d'élections libres, avec l'immense cortège solidaire des principes, des règles, des organes, des procédures plus particuliers que ces droits déterminent, pour leurs garanties et leurs sanctions effectives. Le politique, de ce point de vue, se résorbe au moins partiellement dans le droit » PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1362]PAVIA Marie-Luce, Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, *Petites affiches*, 06 mai 1994 n° 54, p. (non communiqué)

[1363] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 494

§ 1 - Une nouvelle forme démocratique encore inadaptée au modèle français

689. La démocratie constitutionnelle repose sur un « effacement de la Constitution-séparation des pouvoirs[1364] » au profit d'un affermissement de la « Constitution [c'est la] garantie des droits.[1365] » Ce modèle repose sur un renforcement de la démocratie qui « implique que le texte constitutionnel s'intéresse davantage aux droits des gouvernés qu'au statut des gouvernants.[1366] » Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel « devient la figure symbolique de la démocratie constitutionnelle.[1367] »

690. La démocratie constitutionnelle s'inspire du modèle constitutionnel allemand et notamment de la position institutionnelle prépondérante de la Cour constitutionnelle fédérale dont les prérogatives résultent d'une combinaison entre le modèle kelsénien de justice constitutionnelle et le modèle américain.[1368] La Cour constitutionnelle connaît plusieurs chefs de compétences parmi lesquels nous retiendrons en particulier « le contentieux de la protection de la Constitution contre ceux qui la violent ou la combattent. C'est une manifestation de la volonté des auteurs de la Loi fondamentale de doter la République fédérale de moyens de défendre la République fédérale contre les ennemis de la démocratie[1369] » ainsi que le contrôle a posteriori de constitutionnalité des lois et des règlements administratifs.[1370]

691. Si l'on compare ce modèle au modèle constitutionnel français, on se rend compte que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un champ d'intervention aussi étendu. Conçu comme un régulateur des compétences, son rôle de gardien des droits de la personne a certes évolué mais dans une propension relativement gardée. Sa

[1364] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 491

[1365] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 491

[1366] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 491

[1367] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 489

[1368] « Au modèle autrichien fut emprunté le principe même d'une juridiction spécialisée dans les litiges constitutionnels et, de fait, les règles d'organisation et de fonctionnement sont souvent assez proches de celles de la Cour constitutionnelle d'Autriche (…) Au contraire, l'idée selon laquelle la Cour constitutionnelle fédérale doit être en mesure de veiller à ce que toutes les juridictions appliquent correctement la Constitution fédérale, et spécialement les règles constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux des individus, est incontestablement une idée empruntée au modèle américain » FROMONT Michel, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15, mars 2003 à septembre 2003, p. 162

[1369] FROMONT Michel, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15, mars 2003 à septembre 2003, p. 167

[1370] FROMONT Michel, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15, mars 2003 à septembre 2003, p. 167

compétence ne concerne pas la constitutionnalité des normes de nature réglementaire dont le contentieux y compris constitutionnel relève des juridictions administratives sous l'autorité du Conseil d'Etat. Le Conseil constitutionnel n'a aucune emprise sur le pouvoir exécutif mis à part dans le cadre du contrôle d'une disposition législative émanant d'un projet de loi ou dans le cadre des contrôles de constitutionnalité effectués sur les lois d'habilitation et de ratification votées en application de l'article 38 de la Constitution. La réforme de l'article 16 de la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a renforcé le rôle consultatif du Conseil constitutionnel et son influence sur le pouvoir du Président de la République en temps de circonstances exceptionnelles. En effet, avant la réforme, ce dernier n'intervenait qu'en amont de la procédure des pleins pouvoirs[1371] ou au moment de la prise de décisions.[1372] Désormais, il peut intervenir, le cas échéant, en aval, après un délai de 30 jours[1373] et de plein droit après un délai de 60 jours sur le maintien de circonstances justifiant le recours à l'article 16 de la Constitution. Cependant, le Président de la République n'est pas tenu de suivre les avis délivrés par le Conseil constitutionnel. Si « l'instauration à l'article 16 d'un contrôle, par le Conseil constitutionnel, sur les conditions du maintien des pouvoirs exceptionnels du Président de la République n'est pas sans conséquence pour les droits et libertés des individus[1374] » selon Agnès Roblot-Troizier, son incidence demeure limitée.

692. Cet exemple est un révélateur du fait que si « la révolution du Conseil constitutionnel a eu lieu », elle « n'est pas achevée.[1375] » Michel Verpeaux précise que « la concurrence entre plusieurs modes de contrôle doit conduire à donner au Conseil

[1371] « le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel » Article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 18

[1372] « ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet » Article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 18

[1373] « il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public » Article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 18

[1374] ROBLOT-TROIZIER Agnès, L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés, *AJDA*, 2008, p. 1866

[1375] VERPEAUX Michel, Le Conseil constitutionnel, 49 ans après…, *Petites Affiches*, 10 juillet 2008, n°138, p. 62

constitutionnel un nouveau rôle, sous peine de marginaliser la norme constitutionnelle elle-même.[1376] » Cette dernière remarque nous amène à examiner en quoi l'action du Conseil constitutionnel s'avère limitée (§1) notamment en raison du fait qu'il est concurrencé, avant de mettre en exergue le fait que de sa propre initiative, le juge constitutionnel s'autolimite (§2) dans la portée de son contrôle.

A - Une action limitée du Conseil constitutionnel

693. Le système constitutionnel français ne correspond pas à la définition d'une démocratie constitutionnelle, dans la mesure où, le Conseil constitutionnel connaît une limitation de son champ d'intervention. Par conséquent, il ne peut assurer le respect de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux par tous les acteurs politiques. Contrairement au modèle allemand où le « principe de subordination signifie que le pouvoir exécutif ne peut pas porter atteinte aux droits fondamentaux en dehors des cas où il a été expressément autorisé à la faire[1377] », le juge constitutionnel français n'a pas de moyens directs visant à subordonner le pouvoir exécutif au respect de la fondamentalité. Le « Tribunal constitutionnel fédéral peut être saisi d'un recours constitutionnel dirigé contre un acte quelconque du pouvoir exécutif (…) il suffit que le requérant prétende qu'il subit une atteinte à l'un de ses droits fondamentaux et qu'il ait épuisé toutes les voies de recours juridictionnelles. [1378]» Ce recours constitutionnel place la Cour constitutionnelle dans une position d'autorité vis-à-vis des autres tribunaux.[1379]

694. Le système constitutionnel français ne connaît pas de système équivalent de protection des droits fondamentaux. Le recours constitutionnel allemand permet au Tribunal de Karlsruhe de s'affirmer « pour systématiser l'ensemble du droit allemand autour des principes posés dans la Constitution[1380] » en imposant son interprétation authentique du texte constitutionnel à l'ensemble des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Le Conseil constitutionnel a réussi à accroître sa contrainte au sein des institutions mais cette influence s'est surtout développée sur le pouvoir législatif dans le cadre du contrôle de constitutionnalité exercé a priori. L'exercice d'un contrôle formel et matériel, à partir de la décision du 16 juillet 1971[1381], a permis au juge constitutionnel d'apporter « sa contribution propre à la formation de la volonté

[1376] VERPEAUX Michel, Le Conseil constitutionnel, 49 ans après…, *Petites Affiches*, 10 juillet 2008, n°138, p. 62

générale[1382] » sans pour autant réussir à limiter expressément l'omnipotence du pouvoir exécutif sous la Cinquième République.

695. La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, appelée de leurs vœux par de nombreux observateurs dont Michel Verpeaux qui faisait de cette extension de compétences du Conseil constitutionnel la condition de la « survie de la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne[1383] », permet au juge constitutionnel de pallier en partie les déficiences du modèle exclusivement a priori de protection des droits fondamentaux. Pour illustrer nos propos, nous pouvons prendre l'exemple de l'article 16 de la Constitution qui doit être interprété selon Etienne Picard de la façon suivante : « sur cette base, le Président de la République peut vraiment prendre toutes sortes de mesures affectant toutes sortes de libertés et jouissant de la portée la plus contraignante.[1384] » La mise en œuvre de l'application de l'article 16 affecte les droits fondamentaux subjectifs de la personne en même temps que les droits fondamentaux objectifs garantissant la démocratie puisque, dans le cadre de cet article, « la représentation nationale est ici évincée de la gestion du règlement de la crise.[1385] » Si un contrôle est exercé par le Conseil d'Etat sur les mesures de nature réglementaire, cette garantie juridictionnelle s'avère « de maigre portée » dans la mesure où « les

---

[1377] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 53

[1378] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 54

[1379]« le contrôle de constitutionnalité dans le cadre d'un recours constitutionnel dirigé contre une décision de justice se borne à l'examen de la question de savoir si les décisions contestées, dans l'interprétation et l'application du droit commun, sont basées sur une conception fondamentalement erronée de la signification et de la portée du droit fondamental revendiqué ou si elles sont arbitraires. » Sélection de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (extraits), Affaire relative au port du foulard (Principes constitutionnels de la fonction publique, liberté religieuse, droits des parents et compétences législatives des Länder), Arrêt de la Seconde Chambre du 24 septembre 2003. 2 BvR 1436/02 8, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15, mars 2003 à septembre 2003, p. 199

[1380] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

[1381] 16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

[1382] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 511

[1383] VERPEAUX Michel, Le Conseil constitutionnel, 49 ans après…, *Petites Affiches*, 10 juillet 2008, n°138, p. 62

[1384] PICARD Etienne, Libertés publiques et garanties juridiques, Les restrictions exceptionnelles aux libertés publiques, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 56

[1385] GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 592

décisions qui interviendraient dans le domaine de la loi défini par l'article 34 de la Constitution sont tenues pour des mesures législatives, de sorte que le juge administratif n'est pas compétent pour en connaître.[1386] » Or, il revient au législateur, dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, de déterminer la fondamentalité, sous le contrôle du juge constitutionnel. La procédure de l'article 16 de la Constitution apparaît donc comme une « importante exception aux exigences de l'Etat de droit[1387] » dont le déclenchement ne relève que de la volonté du Président de la République, les avis prévus ne sont que consultatifs et le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 2 mars 1962[1388], a qualifié cette prise de décision d'acte de gouvernement insusceptible de tout contrôle.

696. La question prioritaire de constitutionnalité peut apparaître comme un moyen indirect de contrôle du respect des droits fondamentaux par le pouvoir exécutif. En effet, certains auteurs, comme Pierre Bon, relèvent que « si l'expression « disposition législative » était interprétée comme visant toutes les dispositions de force législative, des actes qui sont soustraits à tout contrôle pourraient dorénavant être contrôlés (décisions prises en application de l'article 16 lorsqu'elles portent sur des matières législatives.[1389] » Une interprétation extensive du champ de la QPC pourrait ainsi permettre au juge constitutionnel de contrôler les agissements du pouvoir exécutif en matière de droits fondamentaux. Le constituant n'a pas précisé ce que recouvre la notion de disposition législative. Il n'a pas restreint le cadre temporel de celle-ci[1390] contrairement au projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République présenté en Conseil des ministres le 23 avril 2008.[1391] Le législateur organique n'a apporté qu'une seule précision, en la matière, relative aux lois de pays

[1386] PICARD Etienne, Libertés publiques et garanties juridiques, Les restrictions exceptionnelles aux libertés publiques, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 56

[1387] PICARD Etienne, Libertés publiques et garanties juridiques, Les restrictions exceptionnelles aux libertés publiques, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, p. 56

[1388] Conseil d'Etat, Assemblée, du 2 mars 1962, 55049 55055, publié au recueil Lebon

[1389] BON Pierre, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009, p. 1107

[1390]« Le constituant a opté pour la solution simple de n'introduire aucune limitation dans le temps en mentionnant seulement « une disposition législative » » MASSOT Jean, L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, *Petites affiches*, 29 avril 2010, n° 85, p. 3

[1391]« la constitutionnalité de dispositions législatives déjà promulguées, réserve faite des textes antérieurs à 1958. » Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, présenté en Conseil des ministres, le 23 avril 2008, par le Premier Ministre M. François Fillon, source http://www.gouvernement.fr

qui peuvent faire l'objet d'une QPC : « il n'est pas plus étonnant que la loi organique s'abstienne de déterminer de façon systématique ce que recouvre la notion large de «disposition législative» dont le périmètre excède manifestement celui des seules normes, même matériellement réglementaires, contenues dans les lois du Parlement (…) voire, hypothèse d'école, actes législatifs adoptés par le président de la République dans le cadre de l'article 16.[1392] »

697. Cependant, l'utilisation de la QPC comme moyen de contrôle de constitutionnalité du respect des droits fondamentaux par le pouvoir exécutif s'avère restreinte. Aussi, il ne nous paraît pas possible, en raison de cette carence, de qualifier la France de démocratie constitutionnelle. Outre, cette limitation des compétences du Conseil constitutionnel dans la protection des libertés fondamentales, celui-ci interprète avec une certaine retenue l'ampleur de ses attributions.

B – La théorie de l'autolimitation

698. La démocratie constitutionnelle suppose une conception extensive du contrôle de constitutionnalité. Or, ce n'est pas celle choisie par le constituant français. Bien qu'il ait récemment étendu le contrôle de constitutionnalité aux dispositions législatives déjà promulguées, la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité pose des difficultés structurelles portant sur l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. Cette problématique découle du fait que le Conseil constitutionnel n'a qu'une autorité morale de fait et non réellement de droit sur les Cours suprêmes que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.[1393] Cette donnée structurelle du positionnement du Conseil constitutionnel, qui est totalement en dehors du système juridictionnel « ordinaire »[1394], a des incidences sur la protection des droits fondamentaux. Le Conseil constitutionnel n'a pas réussi à subordonner à sa volonté, en la matière, les autres tribunaux faute de procédure le lui

[1392] ROUX Jérôme, La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009, *RDP*, 20 octobre 0101 n° 1, 1er janvier 2010, p. 233

[1393]« Même s'il n'est pas une Cour suprême, avec la mise en place de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, il devient aussi potentiellement le point ultime des ordres de juridictions nationales, pour peu que celles-ci le veuillent bien. » CAMBY Jean-Pierre, Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les jeux en ligne : le contrôle de constitutionnalité a posteriori ne peut nuire au contrôle de conventionnalité (À propos de la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010), *Petites affiches*, 07 juillet 2010, n° 134, p. 6

[1394]« le système français reste caractérisé par le découplage complet entre le Conseil et le système juridictionnel ordinaire » SCHONBERGER Christoph, Le Conseil constitutionnel vu d'Allemagne : une marche difficile vers le sommet juridictionnel, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, avril à juin 2008, p. 64

permettant, contrairement au modèle allemand dans lequel : « les tribunaux allemands sont également tenus de respecter les droits fondamentaux sous le contrôle de celui qui se trouve à leur tête, le Tribunal constitutionnel fédéral.[1395] »

699. Le Conseil constitutionnel interprète de manière restrictive ou autolimitative ses compétences et ce de manière volontaire.[1396] Dans le cadre de cette définition de ses compétences d'attribution, le Conseil constitutionnel se refuse à exercer tout contrôle sur les lois référendaires en vertu de sa décision du 6 novembre 1962[1397] ainsi que sur les lois de révision de la Constitution en vertu de sa décision du 2 septembre 1992[1398] complétée de manière très claire par celle du 26 mars 2003 dans laquelle il expose que « le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle.[1399] »

700. Cette interprétation de sa compétence par le Conseil constitutionnel ne correspond pas au cadre de développement de la notion de droits fondamentaux.[1400] La théorie de l'autolimitation peut être interprétée comme une limite à la protection des droits fondamentaux - « les limites de la protection des droits fondamentaux reposent également sur l'attitude du Conseil constitutionnel[1401] »- ainsi qu'à leur développement. Michel Fromont indique que la volonté d'encadrer le pouvoir constituant dérivé résulte directement de la volonté des rédacteurs de la Loi

[1395] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 54

[1396]MAZEAUD Pierre, La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, EREVAN : 29 septembre – 2 octobre 2005, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

[1397]06 novembre 1962 - Décision n° 62-20 DC *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* Recueil, p. 27 - Journal officiel du 7 novembre 1962, p. 10778

[1398] 02 septembre 1992 - Décision n° 92-312 DC *Traité sur l'Union européenne* Recueil, p. 76 - Journal officiel du 3 septembre 1992, p. 12095

[1399] 26 mars 2003 - Décision n° 2003-469 DC *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* Recueil, p. 293 - Journal officiel du 29 mars 2003, p. 5570

[1400]« Si l'on se prononce dans le sens d'un pouvoir constituant illimité les droits fondamentaux dont jouissent les citoyens ne dépendent que de la volonté de l'organe constituant ; en revanche si l'on se prononce dans le sens d'une limitation du pouvoir constituant, alors la garantie des droits fondamentaux dont ils sont titulaires ne peuvent être supprimés par le constituant » SAINT-HUBERT Mesmin, La Cour Suprême de l'Inde, garantie de la structure fondamentale de la Constitution, *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, volume 52, Année 2000, p. 632

[1401] JurisClasseur Administratif, Fascicule 1440, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, les limites de la protection, Cote : 02,2006, source http://www.lexisnexis.com

fondamentale : « il fallait donc imposer au titulaire du pouvoir constituant dérivé à la fois de nouvelles contraintes formelles et surtout des contraintes matérielles.[1402] » Cette volonté est importante car elle témoigne d'une conception de la fondamentalité en tant que résultante de la théorie de l'Etat de droit. La vocation première des droits fondamentaux est de limiter le pouvoir de l'Etat, ils sont des droits défensifs.[1403]

701. Cependant, cette conception n'est pas celle de l'idéologie du texte constitutionnel de 1958 dans lequel, les droits de la personne sont relégués dans le préambule de la Constitution. Ce texte constitutionnel met l'accent sur l'organisation des pouvoirs et non sur une protection accrue des libertés contre le pouvoir de l'Etat. Cette différence d'approche tient au fait que la rédaction de la Constitution de 1958 n'a pas été directement précédée d'une période de totalitarisme.[1404] Les textes constitutionnels allemand et espagnol ont été construits autour de la notion de droits fondamentaux « toutes les règles s'ordonnent autour d'eux.[1405] » La fondamentalité est la notion centrale de ces systèmes constitutionnels et grâce à l'interprétation donnée de cette notion par les tribunaux constitutionnels, « on constate qu'une série de théories alternatives et concurrentes circulent et ont pour objet de faire agir les droits fondamentaux dans l'ordre juridique et politique au-delà de leur fonction protectrice.[1406] » Le principe qui guide la construction de la sphère étatique n'est pas celui de la séparation des pouvoirs comme en France, tel qu'il est décliné aux quatre premiers alinéas de l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958[1407], mais

[1402] FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP*, 20 juillet 0101 n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

[1403]« Sans aucun doute, les droits fondamentaux sont avant tout destinés à sauvegarder la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique ; ce sont des droits défensifs (*Abwehrrechte*) du citoyen contre l'Etat. » Dans ce passage célèbre de l'arrêt *Lüth*, la Cour constitutionnelle fédérale rappelle la nature et la fonction premières des droits fondamentaux. » JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

[1404]« certains pays tels l'Allemagne (…) et l'Espagne (…) ont prévu un accès direct des particuliers au prétoire constitutionnel afin que le gardien de la Constitution puisse vérifier les allégations des droits fondamentaux. Ce sont les périodes les plus sombres de l'histoire de ces pays, incarnées par les épisodes nazi et franquiste, qui expliquent l'existence de tels recours. » BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Libertés fondamentales*, Paris, collection pages d'amphi, Montchrestien, 2003, p. 38

[1405] FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 64

[1406] JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

[1407] Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution : « Article unique Par dérogation aux dispositions de son article 90, la Constitution sera révisée par le gouvernement investi le 1er juin 1958 et ce, dans les formes suivantes : Le Gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle mettant en oeuvre les principes ci-après : 1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir

celui de la limitation du pouvoir de l'Etat par des normes juridiques qui s'imposent à lui parce qu'elles concourent à la protection de la personne humaine. Cette différence de conceptions idéologiques du texte constitutionnel est exprimée par Christoph Schonberger qui met en exergue le fait que « la Cour pouvait ainsi mettre à profit certaines traditions prédémocratiques allemandes caractérisées par une profonde méfiance à l'égard des conflits politiques et une confiance en des mécanismes juridictionnels de solution de tels conflits. [1408]»

702. Ainsi, s'opère une différence majeure dans l'appréhension de la fondamentalité. Dans le système allemand, la démocratie est l'une des expressions de la fondamentalité tandis qu'à l'inverse, dans le système français, la fondamentalité est la résultante de la démocratie. Ceci explique pourquoi, le Conseil constitutionnel n'utilise ce concept que lorsqu'il a trait à l'un des éléments constitutifs de la démocratie dont la protection des droits de la personne est une partie.

703. A défaut d'être une démocratie constitutionnelle constituée autour de la protection de la fondamentalité, le système constitutionnel français n'est plus pour autant une stricte démocratie représentative. Sous l'impulsion de la fondamentalité notamment sous l'influence des cours de droit externe, la démocratie française s'est juridicisée mais, dans ce contexte, le Conseil constitutionnel n'apparaît pas être le mieux armé.

§ 2 - La France : une démocratie juridique

704. A défaut de pouvoir être considéré comme une démocratie constitutionnelle, le système constitutionnel français a évolué d'une démocratie représentative à une démocratie juridique comme en témoigne cette citation de François Mitterrand : « droit, justice, démocratie ce sont des mots qui se confondent.[1409] » Cette mutation de la démocratie française passe par un renforcement de la place institutionnelle des

législatif et le pouvoir exécutif ; 2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ; 3° Le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement ; 4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère » source http://mjp.univ-perp.fr

[1408] SCHONBERGER Christoph, Le Conseil constitutionnel vu d'Allemagne : une marche difficile vers le sommet juridictionnel, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, avril à juin 2008, p. 62

[1409] COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* Paris, éditions Gallimard, 1993, p. 199

juridictions, qui repose sur une interprétation extensive de leurs attributions. Cette interprétation peut être relative à leurs compétences ou à leur champ de référence normatif. Dans ce dernier cas, la fondamentalité apparaît comme un moyen de renforcement du pouvoir du juge.[1410]

705. Cependant, dans le cadre de cette interprétation des principes « implicites » c'est-à-dire qui « se trouvent à l'état latent dans le système juridique d'où ils peuvent émerger à la faveur des circonstances ou de l'inventivité des juges[1411] », le Conseil constitutionnel marque le pas notamment par rapport au Conseil d'Etat.[1412] Si dès 1984[1413], le Conseil d'Etat utilise la fondamentalité dans le cadre du contentieux de l'extradition, c'est l'exercice du contrôle de conventionnalité qui lui offre de concrétiser la démocratie juridique, dans la mesure où, ce contrôle lui permet d'écarter l'application d'une loi au motif qu'elle viole les engagements internationaux. Michel Verpeaux expose que la jurisprudence développée sur la base du contrôle de conventionnalité est : « l'instrument essentiel de protection des droits fondamentaux en France.[1414] »

706. L'exercice du contrôle de conventionnalité revêt un double intérêt pour la juridiction. D'une part, la juridiction contrecarre le pouvoir politique en écartant l'application d'une loi. D'autre part, lorsque le motif retenu pour cette mise à l'écart de la loi est qu'elle viole un droit fondamental, l'action des juridictions se trouve légitimée.[1415] En se plaçant dans la perspective des juridictions de droit externe, et notamment de la Cour européenne de Strasbourg dont l'objet exclusif est la protection

[1410] « en employant la notion de droit fondamental, le Conseil constitutionnel n'a pas seulement promu une terminologie doctrinale, il a créé une nouvelle catégorie de droits à contenu indéterminé. » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1411] MODERNE Franck, Principes fondamentaux, principes généraux, Actualité des principes généraux du droit, *RFDA*, 1998, p. 495

[1412]« la retenue traditionnelle du juge constitutionnel en la matière contraste avec une attitude plus volontariste des autres juges et notamment du juge administratif » MODERNE Franck, Principes fondamentaux, principes généraux, Actualité des principes généraux du droit, *RFDA*, 1998, p. 495

[1413] Conseil d'Etat, ASSEMBLEE, du 26 septembre 1984, 62847, publié au recueil Lebon

[1414] VERPEAUX Michel, Le Conseil constitutionnel, 49 ans après…, *Petites Affiches*, 10 juillet 2008, n°138, p. 62

[1415]« Cet effet de légitimation ne pose pas de difficulté lorsque le juge national inscrit sa démarche dans celle de la Cour de Strasbourg, en se soumettant lui aussi au principe de prééminence du droit » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

des libertés fondamentales, les juges ordinaires ont supplanté le Conseil constitutionnel dans sa dimension de gardien des droits de la personne. Certains auteurs proposent une nouvelle lecture de la notion de supra-constitutionnalité qui repose sur la prise en compte de l'« existence de règles supérieures à la Constitution et non formulées par celle-ci[1416] » incarnée par les textes internationaux. L'exercice du contrôle de fondamentalité permet ainsi de faire échec à la suprématie du texte constitutionnel.[1417] Cette analyse donne corps à cette remarque du Commissaire du Gouvernement Patrick Frydman, dans ses conclusions sur l'arrêt Nicolo : « l'époque de la suprématie inconditionnelle du droit interne est désormais révolue. [1418]»

707. La problématique que soulève la juridicisation de la démocratie française est de savoir si à terme, par le biais de la fondamentalité, les juridictions pourraient faire échec aux dispositions constitutionnelles remettant en cause non seulement la hiérarchie des normes mais au-delà la volonté du peuple souverain.

708. Pour tenter de répondre à cette interrogation, il nous faut examiner en quoi le contrôle de conventionnalité exercé sur la base de la fondamentalité entre en contradiction avec la Constitution (A) avant de constater que le Conseil constitutionnel a anticipé la réponse par sa consécration de la notion d'identité constitutionnelle (B).

A – Le contrôle de conventionnalité peut-il nuire à la Constitution ?

709. Cette interrogation découle du fait que, bien que « l'européanisation des droits fondamentaux conduit à estomper matériellement la différence entre les deux types de contrôle[1419] », il n'en demeure pas moins que « le concept de « droits fondamentaux »

[1416]CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France, GOHIN Olivier, La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ?, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 120

[1417]« Une loi constitutionnelle nationale qui établirait des discriminations de race ou de religion serait nécessairement déclarée contraire ou non conforme au traité sur l'Union européenne ou à la Convention EDH en matière des droits fondamentaux. Ce qui signifie bien que les lois constitutionnelles nationales peuvent faire l'objet d'un contrôle supra-national de constitutionnalité » CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France, GOHIN Olivier, La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ?, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 120

[1418] CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France, GOHIN Olivier, La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ?, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 120

[1419] CHALTIEL Florence, Le dialogue des juges se poursuit sur la question prioritaire de constitutionnalité (À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2610-605 DC du 12 mai 2010), *Petites affiches*, 01 juin 2010 n° 108, p. 8

est loin de correspondre à une appellation contrôlée.[1420] » Le contrôle de conventionnalité a vocation à faire prévaloir l'engagement international sur l'acte législatif. Logiquement, la dimension constitutionnelle de l'acte législatif n'entre pas en considération, dans la mesure où, le Conseil constitutionnel a déclaré « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution.[1421] »

710. La fondamentalité soulève une difficulté qui tient à son haut degré d'abstraction juridique. Quel que soit le système juridique dans lequel ils sont consacrés, les droits fondamentaux sont nécessairement abstraits. Pour devenir juridiquement contraignants, ils doivent être soumis à l'interprétation juridictionnelle. Cette incertitude qui caractérise la fondamentalité est inhérente à la notion y compris dans les systèmes constitutionnels bénéficiant d'une consécration textuelle expresse de la notion. Par conséquent, la question du sens de la fondamentalité est irrésoluble en ce qu'elle est nécessairement subjective. Elle relève d'un choix épistémologique qui repose sur la détermination préalable ou empirique d'un critère de fondamentalité. Ce critère peut être positiviste -n'est fondamental que ce que la norme consacre comme tel- ou il peut procéder d'une prise en considération du droit naturel, s'incarnant dans la notion de dignité de la personne.[1422] Dans la jurisprudence constitutionnelle française, le critère de fondamentalité apparaît lié à l'idée d'une démocratie politique modérée comme en témoigne le premier PFRLR consacré par le Conseil constitutionnel, la liberté d'association qui « peut, aujourd'hui, prendre place dans les droits constitutionnels qui fondent la démocratie participative.[1423] »

711. Pour Marie-Claire Ponthoreau, « le problème des droits fondamentaux n'est pas tant un problème de reconnaissance que de garantie[1424] », c'est-à-dire que la fondamentalité conduit à créer un phénomène de concurrence des contrôles juridictionnels. L'effet de légitimation, qui découle de la maîtrise des droits

[1420] PONTHOREAU Marie-Claire, Le principe de l'indivisibilité des droits L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux, *RFDA*, 2003, p. 928

[1421] 15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671

[1422] FERNANDEZ SEGADO Francisco, La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits, *RFDC*, n°67, juillet 2006, études, p. 453

[1423] PAVIA Marie-Luce, La liberté d'association est-elle un droit constitutionnel et fondamental ?, *Petites affiches*, 21 décembre 2001 n° 254, p. 19

[1424] PONTHOREAU Marie-Claire, Le principe de l'indivisibilité des droits L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux, *RFDA*, 2003, p. 928

fondamentaux et qui repose sur la perception d'un juge « « expert du droit », capable d'interpréter la loi et de faire cadrer des législations imparfaites avec la totalité du système juridique[1425] », induit que les juges ne veulent pas voir la protection des droits fondamentaux leur échapper. Cette crainte est un facteur explicatif de la polémique entourant l'arrêt de la Cour de cassation par lequel elle tente de faire échec au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité. Cette attitude de la Cour de cassation peut être comprise selon deux angles distincts. D'une part, pour Bertrand Mathieu, cet arrêt procède d'une usurpation du pouvoir par les juges.[1426] Dans cette perspective, la maîtrise de la garantie des droits fondamentaux devient un enjeu de pouvoir mettant en concurrence la volonté du juge face à la volonté du pouvoir politique. D'autre part, cet arrêt peut être analysé comme exprimant la crainte de voir le contrôle de conventionnalité soumis au contrôle de constitutionnalité en matière de protection des droits fondamentaux. Bien que le Professeur De Béchillon relève que « le caractère prioritaire de la QPC a été conçu pour que les juridictions « ordinaires » ne soient pas dessaisies de leur capacité de contrôle de la conformité des lois au droit international (…) Le système a donc été voulu respectueux de tous les juges[1427] », la dimension stratégique de la fondamentalité fait de la maîtrise de cette notion une ressource de légitimité. Véronique Champeil-Desplats met en exergue cet apport pour la juridiction de contrôler les droits fondamentaux : « Affirmer l'existence de droits fondamentaux, avec l'importance que leur confère cette qualification, et contrôler la loi à leur égard, est un moyen de renforcer l'opinion selon laquelle le juge constitutionnel protège les libertés et l'Etat de droit, au sens matériel du terme.[1428] » Si selon une approche strictement procédurale, Denys de Béchillon a entièrement raison sur le fait que le caractère prioritaire de la QPC n'empêche en rien, l'exercice du contrôle de conventionnalité, selon une perspective stratégique le contrôle exercé a

[1425] COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* Paris, éditions Gallimard, 1993, p. 216

[1426]« la prise de position de la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité constitue l'avatar contemporain de cette tentation des juges de faire pièce à la volonté du législateur. » MATHIEU Bertrand, La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg, *La Semaine Juridique,* Edition Générale n° 17, 26 Avril 2010, 464, source http://www.lexisnexis.com

[1427] DE BECHILLON Denys, La question de constitutionnalité peut-elle être « prioritaire » ? . - Un arrière-plan à ne pas perdre de vue, *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 21, 24 Mai 2010, 550, http://www.lexisnexis.com

[1428] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

posteriori par le juge constitutionnel en matière de libertés affaiblit l'intérêt du contrôle de conventionnalité.

712. Cependant, la Cour de cassation n'a peut-être pas envisagé toutes les conséquences de son comportement, car, qu'elle perde ou qu'elle gagne son combat contre le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, elle s'en trouve affaiblie. Cette remise en question de l'attitude de la Cour de cassation s'est faite au profit du Conseil d'Etat[1429] mais elle aurait pu se faire au profit du Conseil constitutionnel[1430] Nous pouvons nous demander si la volonté de la Cour de cassation n'était pas de pousser le Conseil constitutionnel à exercer à son tour le contrôle de conventionnalité se plaçant directement sous le courroux des Cours de droit externe auxquelles il avait jusqu'ici relativement réussi à échapper. Ce repositionnement de la Cour de cassation tenait peut-être à la reconnaissance de la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui pourrait entraîner, en raison du principe d'indivisiblité des droits qu'elle contient, « une homogénéisation de la terminologie employée en matière de droits fondamentaux dans les différents Etats membres.[1431] » Ainsi, le Conseil constitutionnel devrait remettre en question sa position institutionnelle et son attitude mesurée dans la détermination et l'interprétation du concept de fondamentalité.

B – L'identité constitutionnelle contre la fondamentalité

[1429] « si la Cour perd son combat et doit se soumettre au mécanisme de la QPC validé par Luxembourg ; elle sort évidemment affaiblie de cette épreuve d'autant que ses premières décisions de rejet avaient déjà été critiquées comme une manifestation de « mauvaise humeur » à l'égard de la nouvelle procédure. Et elle offre au Conseil d'État le rôle avantageux d'une Cour suprême loyale et coopérative puisqu'il a déjà transmis au Conseil constitutionnel trois des quatre QPC examinées » ROUSSEAU Dominique, LEVY David, La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ?, *Gazette du Palais*, 27 avril 2010 n° 117, p. 12

[1430] « la Cour gagne... et le législateur organique est donc obligé de revoir le régime de la QPC, de supprimer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité et d'imaginer un autre mécanisme. Et, puisque la Cour de cassation aura démontré que l'examen de constitutionnalité et l'examen de conventionnalité ne peuvent pas être chronologiquement séparés, le législateur serait fondé à dire qu'ils seront exercés ensemble et par un même juge, le Conseil constitutionnel » ROUSSEAU Dominique, LEVY David, La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ?, *Gazette du Palais*, 27 avril 2010 n° 117, p. 12

[1431] PONTHOREAU Marie-Claire, Le principe de l'indivisibilité des droits L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux, *RFDA*, 2003, p. 928

713. Par sa décision du 12 mai 2010[1432], le Conseil constitutionnel a répondu à l'argumentaire de la Cour de cassation et développé une autre stratégie que celle soutenue par la Cour suprême judiciaire en réaffirmant « que la conventionnalité n'est pas affaire de constitutionnalité [1433]». Il restreint alors la portée du caractère prioritaire de la question en lui conférant une valeur procédurale.[1434] Le Conseil constitutionnel reste fidèle à une interprétation limitée de ses compétences notamment vis-à-vis du principe de primauté du droit de l'Union européenne. Il distingue nettement les deux types de contrôles et affirme avec force que le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité ne fait nullement obstacle à l'exercice du contrôle de conventionnalité.[1435] Cette répartition de compétences est reprise par le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 14 mai 2010.[1436] Cette position du juge constitutionnel, reprise par le Conseil d'Etat, n'est pas infirmée par la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans son arrêt du 22 juin 2010, laisse entendre que « les exigences communautaires rappelées par la CJUE paraissent avoir été correctement intégrées par le Conseil constitutionnel. [1437]»

714. Par cette clarification opérée par le juge constitutionnel, il revient donc au justiciable de choisir lequel des moyens constitutionnels ou conventionnels, lui paraît le plus apte

[1432] 12 mai 2010 - Décision n° 2010-605 DC *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 13 mai 2010, p. 8897

[1433] LEVADE Anne, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas des jeux de hasard : la république du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1321

[1434]« la priorité constitutionnelle est une règle d'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. » LEVADE Anne, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas des jeux de hasard : la république du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1321

[1435] 12 mai 2010 - Décision n° 2010-605 DC *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 13 mai 2010, p. 8897 : « le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité (…) qu'il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir »

[1436] Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 14/05/2010, 312305, Publié au recueil Lebon : « ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. »

[1437] PERRIER Jean-Baptiste, La CJUE et la question prioritaire de constitutionnalité : entre primauté et priorité, *Petites affiches*, 30 août 2010, n° 172, p. 9

à la protection de ses droits fondamentaux. La reconnaissance de la valeur juridique contraignante de la Charte des droits fondamentaux peut supposer un renforcement du contrôle de conventionnalité en tant qu'instrument privilégié des droits fondamentaux au détriment du contrôle de constitutionnalité en la matière. En effet, certains auteurs soutiennent que le principe d'indivisibilité des droits contenu par la Charte entraîne une relecture de la théorie des droits fondamentaux en ce qu'il met un terme à l'opposition entre les libertés classiques qui imposent une abstention de l'Etat et les droits sociaux qui, à l'inverse, imposent à l'Etat une obligation d'agir.[1438] L'analyse du Professeur Benoît-Rohmer reprend cette originalité de la Charte qui tend à adopter une conception uniformisée des droits fondamentaux : « l'importance que revêtent les droits économiques et sociaux dans la vie quotidienne, leur place essentielle dans l'équilibre de nos sociétés, la dimension sociale affirmée de la construction communautaire constituaient autant de motifs en faveur de l'affirmation de l'indivisibilité des droits fondamentaux. [1439]»

715. Toutefois, cette approche de la théorie des droits fondamentaux ne fait pas consensus. Louis Favoreu relève « un besoin de classification juridique » qui repose sur la prise en compte des « différences dans le traitement juridique.[1440] » Si le Conseil constitutionnel a esquissé une approche du principe d'indivisibilité notamment dans le cadre de certains objectifs à valeur constitutionnelle[1441], il n'a pas pour autant rompu avec l'approche selon laquelle « les droits fondamentaux traditionnels ont comme

[1438] « mais, pour l'essentiel, l'éclatement de la structure binaire repose sur deux idées. La première : tous les droits (quels que soient leur objet et leur effet juridique) exigent de l'Etat des actions positives et non seulement son abstention afin de garantir leur exercice et leur effectivité. La seconde : l'impossibilité de définir certains droits dits « sociaux » comme des droits subjectifs ne signifie pas qu'ils soient sans valeur juridique. « PONTHOREAU Marie-Claire, Le principe de l'indivisibilité des droits L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux, *RFDA*, 2003, p. 928

[1439] BENOÎT-ROHMER Florence, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1483

[1440] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, pp. 113-114

[1441]« pour certains de ces objectifs, l'aspect économique et social est également lié à l'exercice d'un droit ou d'une liberté classique » MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 426

caractéristiques essentielles de viser à l'universalisme, les droits sociaux sont essentiellement des droits contingents.[1442] »

716. Cette différence d'approche dans la conception des droits de la personne peut conduire à une scission notamment dans le contexte du droit de l'Union européenne. Cette possibilité repose sur l'hypothèse[1443] d'un développement de la fondamentalité basé sur le droit de l'Union européenne dont le juge ordinaire est le juge de droit commun sous la coupe de la Cour de justice de l'Union européenne, indépendamment des droits et libertés que la Constitution garantit et qui pourraient, le cas échéant, faire obstacle à la primauté du droit de l'Union au motif qu'ils incarnent l'identité constitutionnelle de la France. La réalisation de cette hypothèse suppose deux éléments. Le premier est que le Conseil constitutionnel ne reprenne pas la fondamentalité à son compte mettant ainsi un terme à la convergence entre les différents ordres de juridictions sur la base d'une homogénéisation du langage du droit. Le second est que le Conseil constitutionnel resserre la notion de droits constitutionnellement garantis aux libertés concourant à la réalisation de sa conception de la démocratie. Ce raisonnement est présent dans l'arrêt dit Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : « on pourrait par ce biais à l'avenir invoquer n'importe quel principe fondamental de la constitution allemande, pourvu qu'on démontre un quelconque lien avec le principe de démocratie.[1444] »

717. Si l'Etat de droit substantiel repose sur la protection des droits fondamentaux et sur la protection de la démocratie, les phénomènes de juridicisation de la démocratie et d'internationalisation des droits fondamentaux conduisent progressivement à une redistribution des rôles : aux juridictions externes et aux juges ordinaires, la protection des droits fondamentaux, aux juridictions constitutionnelles la protection de la démocratie en ses différentes manifestations libérale, sociale ou encore locale. Si cette

[1442] MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 471

[1443]« les dispositions législatives sont issues d'une loi de transposition d'une directive, le juge national de la conventionnalité ainsi que la CJUE sont exclusivement compétents pour contrôler sa conformité au droit de l'Union (qui inclut désormais la Charte des droits fondamentaux de l'UE). Le Conseil constitutionnel, de son côté, est incompétent sauf dans le cas du contrôle a priori où il vérifie seulement la contrariété manifeste de la loi de transposition avec la directive elle-même, ainsi que la contrariété éventuelle de cette loi avec « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » » KIRSEY Valeriya, PORTELLI Hugues, Droits fondamentaux : du bon usage de la guerre des juges par le justiciable, *La Semaine Juridique*, Edition Générale, n°28, 12 Juillet 2010, 799, source http://www.lexisnexis.com

[1444] MAYER Franz C., Rashomon à Karlsruhe*, Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 77

scission des rôles devait se confirmer, elle réduirait les chances d'un développement d'une démocratie supranationale donc d'une disparition des Etats souverains, car sans Etat souverain, les Cours constitutionnelles nationales n'auraient plus de raison d'être.

Section 2 : La fondamentalité, un enjeu de pouvoir

718. L'analyse stratégique du concept de fondamentalité met en lumière le fait que cette notion puisse être employée à des fins autres que juridiques. La fondamentalité, parce qu'elle souffre d'une carence quant à l'exactitude de son sens en droit français, peut être appréhendée comme un enjeu de pouvoir. Le substantif « enjeu » renvoie à la notion d'incertitude qui est consubstantielle à la signification de la fondamentalité. En d'autres termes, il tente de traduire la dimension incertaine qui entoure l'usage du concept. Nous ne pensons pas que la figure juridictionnelle oriente sa jurisprudence avec comme volonté d'atteindre un but précis, par exemple, s'accaparer le pouvoir de décision politique. Ainsi, pour Guy Canivet et Nicolas Molfessis, « avoir une politique, c'est, en effet, précisément faire des choix, sélectionner des voies, agir. C'est prétendre à une action sur le corps social et, dès lors, mettre en place les instruments d'une telle ambition.[1445] »

719. Or, cette définition ne nous paraît pas correspondre à l'usage fait de la fondamentalité par les acteurs étatiques. S'agissant du requérant, son pouvoir se limite à une impulsion, c'est-à-dire à une tentative visant à convaincre le juge de compléter l'ordonnancement juridique d'un droit nouveau ou de modifier l'acceptation de celui-ci[1446]. S'agissant des juridictions et du pouvoir politique institutionnalisé, bien que la compréhension des impacts du concept soit nécessairement globale, il n'en demeure pas moins que nous ne pouvons identifier de véritable cohérence dans l'utilisation de la fondamentalité. Le concept est galvaudé par le politique, qui l'emploie de manière

[1445]CANIVET Guy, MOLFESSIS Nicolas, La politique jurisprudentielle, source http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/publications_2007/la_politique_jurisprudentielle.pdf

[1446]Conseil d'Etat, du 25 octobre 2002, 251161, inédit au recueil Lebon « qu'en privilégiant le système de l'abonnement la commune supprime toute possibilité de prendre des repas impromptus, les tickets devant être achetés au plus tard la veille du repas ; que cette procédure engendre des contraintes financières importantes pour les familles, notamment les plus modestes, prive les enfants de la possibilité d'avoir une nutrition équilibrée et va ainsi à l'encontre du droit fondamental à la santé garanti par la charte de l'organisation mondiale de la santé »

hétéroclite[1447] tandis que les juridictions, si elles garantissent son unité de valeur juridique à savoir constitutionnelle, n'en n'ont pas une conception uniforme. Pour le Conseil constitutionnel, la fondamentalité est avant tout une technique juridique de conciliation[1448] et parfois une catégorie juridique[1449], alors que, le Conseil d'Etat dans le cadre du référé-liberté décline la fondamentalité en tant qu'unité conceptuelle[1450]. Cette multiplicité des emplois de la fondamentalité démontre que ce concept ne répond pas, de la part d'aucun des acteurs précités, à la mise en œuvre d'une politique soit au sens institutionnel, définie en priorité par le constituant et le législateur, soit

[1447] « Vivre à domicile est *a priori* la chose la plus naturelle du monde, mais il suffit que des signes de perte d'autonomie apparaissent pour que cette évidence soit remise en cause. Or, le domicile est constitutif de l'identité de chacun. Ne pas pouvoir rester vivre à domicile faute d'accès aux services d'aide apparaît comme une entrave à la liberté et au projet de vie de chacun. Aujourd'hui, deux Français sur trois veulent vieillir à la maison. La peur de l'exclusion et du placement est donc indéniable. Une personne sur trois de plus de 80 ans continue de demeurer à son domicile et l'on estime à plus de 105 000 le nombre de personnes âgées fortement dépendantes résidant chez elles. Mais si à l'origine la question du droit de vivre à domicile s'est surtout posée pour les personnes dépendantes ou en perte d'autonomie, actuellement elle s'élargit à l'ensemble de la population. Par conséquent, vivre à domicile doit désormais être reconnu comme un droit fondamental et universel. » Proposition de loi visant à reconnaître le droit de vivre à domicile comme un droit fondamental et universel, (Renvoyée à la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.) présentée par M. Denis Jacquat, député, exposé des motifs, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 octobre 2007, source http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion0329.asp

[1448] 18 février 2010 - Décision n° 2010-602 DC *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 24 février 2010, p. 3385 « 13. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée ; »

[1449] 17 janvier 2002 - Décision n° 2001-454 DC*Loi relative à la Corse* Recueil, p. 70 - Journal officiel du 23 janvier 2002, p. 1526 « 14. Considérant, d'autre part, que les deuxième et troisième alinéas du II du même article L. 4424-2 se bornent à préciser la procédure que doit suivre et les conditions que doit respecter la collectivité territoriale de Corse pour demander à être habilitée par le législateur à définir les modalités d'application d'une loi au cas où il serait nécessaire d'adapter les dispositions réglementaires nationales aux spécificités de l'île ; qu'en particulier, ils indiquent que la demande d'habilitation ne peut concerner que les compétences qui sont dévolues à cette collectivité par la partie législative du code général des collectivités territoriales ; qu'ils excluent par ailleurs une telle demande si l'adaptation sollicitée est de nature à mettre en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental ; »

[1450] Conseil d'État, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 01/04/2010, 335753, Inédit au recueil Lebon « Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte de l'article L. 3213-1 du code de la santé publique que l'arrêté du représentant de l'Etat dans le département prononçant l'hospitalisation d'office d'une personne doit être motivé, énoncer avec précision les circonstances qui ont rendu l'hospitalisation nécessaire et reposer sur un certificat médical circonstancié qui ne peut émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement accueillant le malade ; qu'eu égard à la motivation de l'arrêté du 11 décembre 2009 litigieux, qui se réfère à un certificat médical n'émanant pas d'un psychiatre exerçant dans l'établissement, le préfet du Gard n'a pas porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales dont se prévaut M. A au regard de ces dispositions »

jurisprudentielle c'est-à-dire visant à « mettre sur un même plan loi et jurisprudence, pour les considérer toutes deux comme des facteurs de réglementation sociale.[1451] »

720. L'analyse stratégique de la fondamentalité permet de repenser la notion de pouvoir en ce qu'elle l'envisage comme un moyen de garantir pour un acteur donné sa marge de liberté ou son autonomie. Ainsi, Michel Crozier et Erhard Friedberg envisagent le pouvoir comme : « un mécanisme quotidien de notre existence sociale que nous utilisons sans cesse dans nos rapports avec nos amis, nos collègues, notre famille, etc. L'homme n'exploite pas les sources d'incertitudes à sa disposition parce qu'il serait « mauvais », ou parce qu'il serait corrompu par une société ou un système pervers. Ses relations aux autres sont toujours des relations de pouvoir dans la mesure où il existe, c'est-à-dire demeure un acteur relativement autonome, au lieu d'être un simple moyen. [1452]» Cette nouvelle perspective permet de cerner la fondamentalité en ce qu'elle incarnerait pour chaque acteur une parcelle de sa libre interprétation. Pour le requérant, elle traduit une subjectivisation croissante du droit et n'est fondamental que ce qui a trait à l'intérêt propre de la personne. Pour le politique, elle traduit une volonté d'influencer des valeurs sociales et n'est fondamental que ce qui a trait à une conception idéologique ou électoraliste. Pour le juge, elle traduit la possibilité dans un cas d'espèce donné, de faire prévaloir une norme sur une autre et n'est fondamental que ce qui a trait à ce que le juge identifie comme un fondement du libéralisme juridique.[1453] Le juge apparaît le plus apte à user régulièrement du concept, dans la mesure où, un nombre important de litiges ne peuvent être résolus que par la détermination de la prévalence d'une valeur supportée par une norme dans un contexte juridique précis.

721. Cette approche de la fondamentalité en tant qu'enjeu de pouvoir est dénoncée par certains auteurs en ce qu'elle induirait une modification du sens de la démocratie[1454].

[1451] CANIVET Guy, MOLFESSIS Nicolas, La politique jurisprudentielle, source http://www.courdecassation.fr

[1452] CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, p. 32

[1453]« Les droits fondamentaux ne remplissent plus, alors, leur fonction idéale. Ils sont un instrument au service de juges qui s'en servent pour asseoir leur autorité sur le droit. » DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

[1454] « Mais on voit aussi ce que peut avoir de corrosif la primauté accordée à la « constitution-droits fondamentaux » sur la « constitution-séparation des pouvoirs », primauté qui pour un auteur comme D. Rousseau est la matrice de cette « démocratie continue » dont avec d'autres il est le défenseur. Retenons de leur analyse qu'elle a pour horizon une mise en question du système représentatif dès lors que pour eux la forme électorale de la démocratie, produit de l'histoire, en est une forme dépassable. » GROSHENS Jean-Claude, L'exception

Prenant le contre-pied de Dominique Rousseau qui interprète ces relations comme l'avancée vers la mise en œuvre d'une nouvelle forme démocratique qu'est la démocratie constitutionnelle, au sein de laquelle le juge constitutionnel serait le garant de la volonté souveraine du peuple[1455], Jean-Claude Groshens dénonce les risques d'un déséquilibre de la constitution au profit des droits de la personne donc indirectement mais nécessairement du juge.[1456]

722. La controverse étant posée, il convient d'étudier en quoi la fondamentalité renforce la liberté du juge face aux gouvernants (§1), avant de nous intéresser, au fait de savoir si cette dernière peut, à terme, en raison de ses incohérences conduire à l'instauration d'un gouvernement des juges (§2).

§1 - La liberté du juge face aux gouvernants

723. La perception de la justice a changé. Loin de la théorie de la puissance de juger déclinée par Montesquieu qui prône « un tribunal qui ne dure que d'autant que la nécessité le requiert[1457] » pour éviter que l'on craigne plus les magistrats que la magistrature, Thierry Serge Renoux insiste sur un phénomène de « libération des juges » qui se caractérise par un renforcement du caractère repésentatif des juridictions qui décident « au nom du peuple français.[1458] » Cette redéfinition du rôle de la figure juridictionnelle tend à complexifier la compréhension exacte de la place des juges au sein de la société démocratique. Jean Morange souligne cette détermination « très délicate » de la place des juges dans une société : « on attend d'eux qu'ils soient compétents et impartiaux, tout en reconnaissant des droits à la liberté d'expression,

---

d'inconstitutionnalité un chantier difficile, à propos du Conseil constitutionnel, *RDP*, 20 septembre 2009, n°3, p. 588

[1455]« et cette scène produit, à l'instant, la figuration du peuple comme souverain puisque c'est au regard de ses droits que, dans chaque décision, sont jugées les actions normatives de ses représentants. La figure du souverain est ainsi mise en position de contrôle » ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 494

[1456]« après avoir été un marqueur de l'Etat de droit, ne serait-il pas paradoxal que ces droits et principes deviennent un acteur de sa désagrégation ? Les équilibres ne sont certes pas faits pour durer mais les déséquilibres non plus, et dans une période de mutation institutionnelle forte comment éviter que la responsabilité du Parlement ne soit déséquilibrée au bénéfice de celle du juge. » GROSHENS Jean-Claude, L'exception d'inconstitutionnalité un chantier difficile, à propos du Conseil constitutionnel, *RDP*, 20 septembre 2009, n°3, p. 588

[1457] MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 296

[1458] RENOUX Thierry S., La liberté des juges, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°74, 1995, p. 58

notamment syndicale, qui peuvent faire parfois douter de leur neutralité. On leur demande de faire preuve d'indépendance à l'égard du pouvoir politique mais il leur faudrait aussi montrer qu'ils ne sont pas trop influencés par d'autres forces économiques, sociales ou idéologiques, voire par leur propre milieu sociologique ou intellectuel.[1459] »

724. Cette évolution du rôle du juge, qui se traduit par le passage d'une « justice distributive à une justice participative[1460] », soulève de nombreuses contradictions. Parmi celles-ci, notre attention se porte sur celle qui s'incarne dans l'antinomie entre démocratie et Etat de droit : « si la démocratie rend nécessaire le lien entre juges et souverain, l'Etat de droit le déclare impossible.[1461] » En d'autres termes, dans le système démocratique, la justice est un pouvoir constitué et ne doit donc pas être soustraite à une mise en jeu de sa responsabilité devant le peuple souverain. Or, cette condition de responsabilité doit se conjuguer avec l'indépendance indispensable à la fonction de juger en ce qu'elle permet un traitement égalitaire de tous les justiciables. A l'inverse, l'Etat de droit implique « une confiance absolue placée dans le droit[1462] » qui peut aller jusqu'à la mise en place de la figure « du juge justicier » dont la mission dépasse celle du contrôle des décisions prises par le pouvoir politique institutionnalisé, pour se concentrer dans une fonction de moralisation de la vie politique qui en donnant une image pervertie des représentants du peuple, contribue à renforcer le pouvoir des juges face aux élus[1463].

725. Ceci nous amène à la seconde contradiction de ce passage à une justice participative, celle qui a trait à une multiplication de la revendication du « droit de juger, c'est-à-dire d'interpréter la loi, de dire le droit avec force de vérité légale, est aujourd'hui revendiqué par le plus grand nombre.[1464] » On assiste ainsi à un accroissement des niveaux de contrôles juridictionnels mais également à une augmentation du nombre d'acteurs bénéficiant d'un pouvoir de juger, entendu comme la faculté de prendre une

[1459] MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, pp. 84-85

[1460] RENOUX Thierry S., La liberté des juges, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°74, 1995, p. 58

[1461] GARAPON Antoine, ALLARD Julie, GROS Frédéric, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 12

[1462] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 127

[1463] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 130

[1464] RENOUX Thierry S., La liberté des juges, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°74, 1995, p. 59

sentence.[1465] Tel est le cas des autorités administratives indépendantes appréhendées dans le rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation comme « la forme juridique adaptée tant à la régulation de nouveaux secteurs ouverts à la concurrence, lorsque des opérateurs historiques sont encore détenus par l'Etat, qu'à la protection des droits fondamentaux.[1466] » Malgré le caractère incertain de ces nouveaux acteurs[1467], les autorités administratives indépendantes sont légitimées par la théorie de l'Etat de droit en ce qu'elles placent l'Etat non plus dans une situation de commande mais d'obéissance.[1468] Notre propos ne se concentre que sur la figure juridictionnelle. Par conséquent, nous excluons de notre étude les autorités administratives indépendantes qui ne sont pas des juridictions. Le Conseil constitutionnel a rappelé au législateur que s'il lui revient d'apprécier l'opportunité de créer une nouvelle autorité administrative indépendante, il doit s'assurer que le pouvoir d'appréciation dont bénéficie cette autorité ne porte pas atteinte aux droits constitutionnellement garantis.[1469]

726. Nous avons choisi de nous intéresser à la liberté des juges qui se situe dans la tentative de conciliation entre ces deux contradictions : « C'est à ce point de convergence, délicat équilibre entre un devoir traditionnel, celui de juger, et un droit revendiqué, celui d'être juge, que se situe la fragile liberté des juges[1470] ». Aussi, nous étudierons l'influence de la fondamentalité sur le rôle du juge en traitant d'une part, du

[1465] Définition du terme juger, Larousse, http://www.larousse.fr

[1466]Rapport sur les autorités administratives indépendantes, par M. Patrice Gélard, Sénateur, Office parlementaire d'évaluation de la législation, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2006, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, source http://www.assemblee-nationale.fr

[1467]« Ambiguë, voire floue, la catégorie juridique des autorités administratives indépendantes n'en connaît pas moins un succès incontestable puisqu'elle accueille chaque année de nouvelles entités » Rapport sur les autorités administratives indépendantes, par M. Patrice Gélard, Sénateur, Office parlementaire d'évaluation de la législation, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2006, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, source http://www.assemblee-nationale.fr

[1468] GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 19e édition, Paris, L.G.D.J, 2010, p. 202

[1469] 17 janvier 1989 - Décision n° 88-248 DC *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 18 janvier 1989, p. 754 : « considérant que pour la réalisation des objectifs à valeur constitutionnelle rappelés ci-dessus, il est loisible au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de confier à une autorité administrative indépendante des pouvoirs d'appréciation dans le cadre des conditions et précisions qu'il édicte ; qu'il lui appartient toutefois d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »

[1470] RENOUX Thierry S., La liberté des juges, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°74, 1995, p. 59

devoir de juger dans le cadre de la démocratie (A) avant, d'autre part, de constater que, sous l'influence de l'Etat de droit, ce devoir devient un véritable droit (B).

A - La démocratie ou l'exigence d'un devoir de juger

727. La démocratie repose sur un principe d'égalité politique des citoyens.[1471] Cette égalité politique se décline ensuite par spécialité telle l'égalité de tous devant la loi ou les charges publiques. Cette conception de l'égalité normative permet également de traiter différemment des personnes placées dans des situations distinctes en fonction de critères objectifs comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision 79-107 DC.[1472] L'application d'une égalité normative permet un partage du pouvoir politique qui « implique de définir avec précision qui doit faire partie de cette communauté des égaux que constitue l'antique communauté des citoyens.[1473] » La fonction du juge au sein de la démocratie consiste à garantir les conditions d'exercice de ce principe d'égalité. Le renouveau du droit des libertés par la fondamentalité a permis de réaffirmer le lien intrinsèque entre liberté et égalité. Le Professeur Benoît-Rohmer souligne l'importance de cette association dans de cadre de la Charte des droits fondamentaux, texte le plus récent en la matière : « La Convention sur l'avenir de l'Europe a toutefois jugé nécessaire d'intégrer dans cette liste le principe d'égalité en raison de l'indissociabilité du lien existant entre celui-ci et la liberté.[1474] »

728. La prise en compte d'une approche normative de l'égalité interdit au pouvoir politique d'introduire des dispositions législatives ayant comme origine un traitement subjectif des différences entre les individus. Les critères de distinction ne doivent pas concerner le sexe, la religion ou encore la race. La fondamentalité induit une exclusion

[1471] « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 7

[1472] 12 juillet 1979 - Décision n° 79-107 DC *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* Recueil, p. 31 - Journal officiel du 13 juillet 1979, p. (non communiqué) : « le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes »

[1473] PIERRE-CAPS Stéphane, Généalogie de la participation de tous aux affaires communes, *RDP*, 20 septembre 0101 n° 1, 1er janvier 2009, p. 151

[1474] BENOÏT-ROHMER Florence, Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution, *Revue trimestrielle de droit européen,* 2005, p. 261

de tous les propos reposant sur un extrémisme politique.[1475] La fondamentalité conduit à la mise en place d'une démocratie libérale qui allie égalité et liberté. Les juges, en veillant à la complémentarité de ces deux concepts, excluent de fait toute autre conception de la démocratie. La fondamentalité s'inscrit comme un facteur de convergence entre les différents systèmes. Elle met l'accent sur ce qui est commun entre les individus et au-delà ce qui est commun aux personnes, entendues au sens large de sujet de droit. Florence Benoît-Rohmer relève, s'agissant de la Charte des droits fondamentaux, que le but de sa rédaction est notamment de rappeler les « valeurs qui fondent l'Union européenne[1476] » c'est-à-dire que la théorie de la fondamentalité sert à renforcer les liens entre les différents Etats. La logique de la Charte est celle d'une mise en valeur des points communs entre les Etats membres. Or, cette convergence est telle qu'elle s'impose comme critères d'adhésion pour les nouveaux pays entrants. La Charte est la reconnaissance d'une dimension substantielle de l'Union européenne qui la légitime. La prise en compte par les systèmes supranationaux de la fondamentalité conduit à une standardisation de la conception démocratique.

729. La prise en compte d'une approche normative de l'égalité conduit le pouvoir politique à reconnaître et à préserver les minorités et leurs droits. La théorie de la fondamentalité implique une définition de la démocratie pluraliste au sens où elle doit permettre à la minorité de devenir, un jour, la majorité. Par conséquent, les droits fondamentaux ont pour «« fonction essentielle » de protéger la minorité.[1477] » Jean-Pierre Massias souligne l'importance de cette prise en considération de la minorité dans le succès du processus de transition démocratique : « les droits individuels et ceux des minorités peuvent être menacés par les décisions adoptées par la nouvelle majorité. La transition ne serait alors qu'un simple transfert de « dictature. »[1478] » Il revient ainsi aux juridictions de garantir que la voix de la majorité même légitimée par le suffrage ne puisse porter atteinte à la minorité. Par conséquent, la fondamentalité

[1475]« la justice des droits fondamentaux aplanit la dialectique politique droite/gauche, obligeant chacun à modérer ses points de vue » DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 259

[1476] BENOÏT-ROHMER Florence, Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution, *Revue trimestrielle de droit européen,* 2005, p. 261

[1477] PONTHOREAU Marie-Claire, Le principe de l'indivisibilité des droits L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux, *RFDA*, 2003, p. 928

[1478] MASSIAS Jean-Pierre, *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'est*, Paris, PUF, 1999, p. 102

influence la démocratie en ce qu'elle constitue une limite à l'expression de la volonté générale. Il revient aux juridictions et en particulier au juge constitutionnel de garantir cet encadrement.

730. Toutefois en France, la fondamentalité connaît comme limite qu'elle ne peut s'imposer à l'expression directe du peuple. Par sa jurisprudence du 6 novembre 1962[1479], le Conseil constitutionnel se refuse de contrôler une loi référendaire entraînant de facto une hiérarchie entre les actes législatifs.[1480] Cependant, cette jurisprudence est habile puisqu'elle permet au Conseil en renonçant au contrôle des lois référendaires « de justifier l'exercice d'un contrôle à l'égard des lois parlementaires. [1481]» La stratégie du juge constitutionnel consiste à se placer au service du peuple et non contre lui. Si le juge constitutionnel est un pouvoir constitué respectueux de la volonté du peuple, il lui revient alors de garantir cette volonté contre les représentants. Or, le Conseil constitutionnel ne prend que peu de risques puisque le nombre de lois adoptées par référendums est très faible.

731. La fondamentalité induit donc dans la démocratie un devoir de juger conditionné. Le devoir de juger réside dans l'obligation que le juge a de se prononcer [1482], mais il ne peut juger que dans la logique d'une préservation de l'égalité normative et d'une protection des minorités. La fondamentalité conditionne la liberté du juge. Par conséquent, l'absence de mise en responsabilité devant le souverain n'est pas problématique, dans la mesure où, le juge n'est pas totalement libre dans sa prise de décision. Il ne peut aller contre l'exigence d'une démocratie libérale. Le juge est alors le gardien de ce système car la démocratie libérale légitime le juge autant que ce

[1479] 06 novembre 1962 - Décision n° 62-20 DC *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* Recueil, p. 27 - Journal officiel du 7 novembre 1962, p. 10778

[1480]« le dogme de la loi expression de la volonté générale au sens d'une volonté initiale est ici entamé parce que le Conseil constitutionnel établit une distinction, sinon une hiérarchie, entre les lois ordinaires selon qu'elles émanent du peuple ou de ses représentants » BRUNET Pierre, que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français*, Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°114, 2005, p. 8

[1481] BRUNET Pierre, que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français*, Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°114, 2005, p. 9

[1482]« le juge ne peut se retrancher derrière le silence, les lacunes ou l'obscurité de la loi pour refuser de statuer » RENOUX Thierry S., La liberté des juges, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques,* n°74, 1995, p. 59

dernier la concrétise. La fondamentalité induit un immobilisme du débat politique au nom d'une conception substantielle des fondements du régime démocratique.

B - L'Etat de droit ou le développement d'un droit de juger

732. L'Etat de droit induit un positionnement de la figure juridictionnelle distinct de celui ayant cours dans la démocratie. Dans le cadre de la démocratie juridique, le juge est légitime en ce qu'il concourt à la préservation du caractère libéral du modèle étatique. La fondamentalité apparaît comme un moyen de mettre les « gouvernés en position d'extériorité par rapport aux gouvernant.[1483] » Le concept de fondamentalité implique une prise en compte de l'autonomie de la personne par rapport au pouvoir de l'Etat. Cette approche de la notion est particulièrement présente dans les systèmes constitutionnels reposant sur une perception substantielle de la fondamentalité notamment parce que le concept de dignité humaine consiste en ce que « l'homme, en tant que créature éthico-spirituelle, peut, par sa propre nature, consciemment et librement, s'autodéterminer, se former et agir sur le monde qui l'entoure.[1484] » La fondamentalité substantielle développe une conception de la personne juridique qui repose sur l'homme en tant que « valeur suprême[1485] » de l'ordonnancement juridique. La fondamentalité formelle repose également sur la notion d'autonomie en ce qu'elle définit les droits fondamentaux comme des « permissions.[1486] » Le substantif permission renvoie à la détermination d'un pouvoir d'agir de telle ou telle manière. La personne a le choix d'exercer ou non ses droits fondamentaux. Nous pouvons pour illustrer nos propos prendre l'exemple de la liberté syndicale qualifiée de liberté fondamentale par le Conseil d'Etat.[1487] André Pouille indique que cette liberté est constituée de « la liberté d'adhésion au syndicat de son choix ou à aucun.[1488] » Le Conseil constitutionnel confirme cette interprétation en précisant, dans sa décision 83-

[1483] ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 493

[1484] FERNANDEZ SEGADO Francisco, La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits, *RFDC*, n°67, juillet 2006, études, p. 454

[1485] FERNANDEZ SEGADO Francisco, La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits, *RFDC*, n°67, juillet 2006, études, p. 455

[1486] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 82

[1487] Conseil d'État, Juge des référés, 13/11/2009, 333414, Inédit au recueil Lebon

[1488] POUILLE André, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 15e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 189

162 DC, que « la disposition critiquée ne saurait permettre que soit imposé en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés d'une entreprise à une organisation syndicale.[1489] » La permission repose dans cette marge d'autonomie laissée à la personne juridique de choisir si elle veut user de manière positive, « adhérer à un syndicat », ou négative, « ne pas adhérer à un syndicat », de sa liberté fondamentale.

733. Cependant, dans le cadre de l'Etat de droit, cette notion de permission se trouve altérée en ce qu'elle devient incertaine. En effet, la multiplication des normes conduit à une diversification possible des interprétations de la portée de la permission, y compris à des contradictions. La multiplicité des niveaux de protection juridictionnelle complexifie les rapports de la personne à la norme. Walter Leisner met en évidence ce phénomène de destructuration des rapports entre la personne et la norme par l'Etat de droit : « plus on émane de normes, moins le citoyen peut prévoir, en raison de la multiplication et de la diversification des instances d'application, chacune desquelles doit combler de par ses propres forces, l'abîme entre règle et cas.[1490] » La fondamentalité, parce qu'elle est un concept indéterminé textuellement, permet aux juridictions de combler « cet abîme » mais en créant encore de nouvelles formes de permissions qui peuvent entrer en concurrence. Cette concurrence est d'autant plus forte que la fondamentalité est une notion qui légitime l'institution qui l'utilise.

734. Dans le cadre de l'Etat de droit, la fondamentalité remet en cause l'autonomie de la personne en ce qu'elle induit paradoxalement une réduction du champ de ses permissions d'agir : « l'Etat de droit est, en dernière analyse, l'adversaire des autonomies que l'on ne saurait jamais surveiller à la perfection.[1491] » Edouard Dubout et Sébastien Touze relèvent que « le dialogue des juges sous – tendu par une lutte de pouvoir au sein d'un système, et par une conquête de territoire entre des ordres différents se cristallise sur le respect des droits fondamentaux.[1492] » Or, si l'on part de l'axiome selon lequel la Constitution « devient une norme par le travail

[1489] 20 juillet 1983 - Décision n° 83-162 DC *Loi relative à la démocratisation du secteur public* Recueil, p. 49 - Journal officiel du 22 juillet 1983, p. 2267

[1490] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 69

[1491] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 78

[1492] DUBOUT Edouard, TOUZE Sébastien (sous la direction de), Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, extraits, Paris, A.Pedone, 2009, source http://www.pedone.info/

d'interprétation des mots produit par ceux qui en font usage et en priorité les juges ; la norme n'est pas dans l'énoncé textuel de la constitution, elle est dans la signification allouée à cet énoncé [1493]», on comprend alors l'enjeu de la détermination de la fondamentalité. Celui qui donne un sens à la fondamentalité ne fait pas que limiter le pouvoir de l'Etat, il limite toutes les volontés qu'elles soient générale ou individuelles.

735. Aussi, Walter Leisner met en garde contre le « perfectionnisme de l'Etat de droit » qui peut être conçu comme « la transition républicaine de la monarchie à un nouveau pouvoir absolu, à un césarisme individuel ou collectif.[1494] » La fondamentalité entraîne la revendication d'un droit de juger. Elle modifie la perception du juge au sein de la société.[1495] Cet accroissement de légitimité par la maîtrise des droits fondamentaux conduit à la remise en cause de l'Etat de droit et c'est là toute la contradiction de cette doctrine : « dans la mesure où ils sont largement d'origine prétorienne, les droits fondamentaux peuvent ainsi apparaître comme les « fossoyeurs du constitutionnalisme. »[1496] » Les droits fondamentaux tels qu'interprétés par le juge se conçoivent, dans la théorie de l'Etat de droit, comme des droits contre l'Etat. Or, comme le démontre Jacques Chevallier « cette conception est en partie en trompe l'œil.[1497] » Il ne peut exister de droit autonome de l'Etat et sans fondement politique, « il convient de ne pas tomber dans une fétichisation du droit, en effaçant toute trace de sa généalogie politique.[1498] »

736. Si, poussé à son paroxysme, l'Etat de droit peut devenir la « tentation de l'Unité du pouvoir[1499] », il nous faut examiner l'hypothèse selon laquelle cette concentration du pouvoir peut s'effectuer au profit du juge légitimé par sa maîtrise de la fondamentalité.

§ 2 - La fondamentalité ou le spectre d'un gouvernement des juges

[1493] ROUSSEAU Dominique, Constitutionnalisme et démocratie, source http://www.laviedesidees.fr

[1494] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 77

[1495] « « Juge », plus qu'une fonction, devient un label, celui d'une institution légitimante » RENOUX Thierry S., La liberté des juges, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°74, 1995, p. 67

[1496] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 140

[1497] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 139

[1498] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 139

[1499] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 79

737. Le gouvernement des juges s'incarne en ce que « la définition de la « forme républicaine du gouvernement » et la hiérarchie des valeurs que la société française doit observer serait livrée à l'entière subjectivité du juge.[1500] » Pour Denys de Béchillon, l'expression de gouvernement des juges voit sa signification déformée par l'imaginaire. Selon lui, « les esprits ont enregistré qu'un juge qui gouverne est un usurpateur, quelqu'un qui en fait beaucoup trop et qui confisque à son profit une compétence fondamentalement politique, qui ne peut ni ne doit lui appartenir[1501] » et cette vision supposerait que « l'idée qu'un juge « correct » serait, d'une part, celui qui n'ajoute pas, en vertu de sa propre autorité, de normes nouvelles au paysage, et d'autre part, celui dont les interprétations des normes préexistantes se borneraient à la re-connaissance du sens objectif du texte. Or, il est douteux que tout cela soit tenable. [1502]» Selon Denys de Béchillon, la question du gouvernement des juges doit être dissoute car elle ne permet en rien de comprendre la réalité du droit et le travail juridictionnel.[1503]

738. Pour comprendre si la fondamentalité peut être appréhendée comme un moyen pour le juge d'usurper un pouvoir qui n'est pas le sien, il faut examiner les différents sens que peut revêtir la notion de gouvernement des juges. Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling ont identifié trois sens possibles à l'expression : « selon un premier sens, il y a gouvernement des juges dès lors que les juges disposent d'un pouvoir autonome, d'un pouvoir d'interprétation qui leur permet d'opérer des choix discrétionnaire (…) Selon le deuxième concept, le gouvernement des juges est réalisé dès que les juges ont trop de pouvoir dans un régime qui se veut démocratique (…) Le troisième concept (…) se consacre exclusivement à l'usage que font les juges de leur pouvoir d'interprétation, une fois que le système institutionnel est établi.[1504] » De ces trois axes de détermination du sens d'un gouvernement des juges ressort une constante

[1500] ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre *Droit constitutionnel*, Paris, collection pages d'amphi, Montchrestien, 2004, p. 452

[1501] DE BECHILLON Denys, Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973

[1502] DE BECHILLON Denys, Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973

[1503] « Wittgenstein disait qu'il est des questions qu'il fallait dissoudre plutôt que de chercher à les résoudre. Le thème du gouvernement des juges nous donne une excellente occasion d'appliquer ce très utile précepte » DE BECHILLON Denys, Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973

[1504] BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 16-17

qui renvoie à l'idée d'un juge capable de faire prévaloir des valeurs distinctes de celles qui prévalent dans une société donnée.

739. La nature mixte de la fondamentalité, qui découle de son acceptation substantielle et formelle, renvoie à ce débat sur l'hypothèse d'un gouvernement des juges en raison de son origine largement prétorienne. Sa maîtrise peut être interprétée comme un instrument d'émancipation du juge. Corroborés par l'effet de prévalence qui découle nécessairement du qualificatif fondamental[1505], les liens entre fondamentalité et gouvernement des juges apparaissent avec netteté.[1506] La fondamentalité permet au juge d'accorder un effet de prévalence à des valeurs que le pouvoir politique institutionnalisé n'aurait pas qualifiées comme telles. Elle est un instrument donnant un pouvoir autonome important aux juges, car elle répond à différentes acceptations. Ainsi, dans son étude sur la liberté contractuelle, Etienne Picard relève que les droits fondamentaux peuvent être compris comme « ceux que le juge constitutionnel a retenus comme tels dans sa jurisprudence[1507] » ou encore en ce que « la fondamentalité du droit est invoquée pour justifier la résistance nécessaire de ce droit ou sa prééminence face à ce qui pourrait indûment la compromettre dans l'ordre formel des hiérarchies et des prévalences.[1508] »

740. C'est en raison de la multiplicité des sens de la fondamentalité, que cette notion peut être perçue comme un élément du gouvernement des juges, car dans le système juridique français puisque le concept n'est pas défini par la norme, « la qualification de fondamental dépendrait finalement de l'estime, du bon vouloir du juge.[1509] » Or, cette notion de « bon vouloir » rompt avec l'axiome selon lequel « la condition sine qua non de son travail réside dans une entreprise de rationalisation formelle qui

[1505] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1506] « le Conseil constitutionnel crée ainsi un nouveau régime de protection pour certains droits qu'il qualifie lui-même de fondamentaux, contre la volonté qu'aurait pu avoir le Parlement de restreindre l'exercice de ces droits » CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

[1507] PICARD Etienne, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, *AJDA*, 1998 p. 651

[1508] PICARD Etienne, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, *AJDA*, 1998 p. 651

[1509] CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

suppose elle-même que toute subjectivité disparaisse forcément du processus de décision.[1510] »

741. Aussi, il faut étudier la fondamentalité en ce qu'elle permettrait au juge d'accroître son pouvoir (A) avant de constater que la fondamentalité peut nuire au juge (B)

A – La fondamentalité : élément de pouvoir

742. La problématique du gouvernement des juges s'articule autour de l'exercice par les juridictions d'un pouvoir. Défini de manière usuelle comme la capacité « que quelqu'un ou quelque chose a de faire quelque chose[1511] », le pouvoir appliqué au juge correspondrait à la faculté qu'à celui-ci de s'opposer au pouvoir politique. Or, Etienne Picard relève que « dans tout système politique et juridictionnel moderne, les juges exercent toujours plus ou moins de pouvoirs, de sorte qu'il y a toujours matière pour qualifier tel régime de gouvernement des juges, ou au contraire toujours de bonnes raisons pour soutenir que ce régime n'est pas un système de gouvernement des juges, car ceux-ci ne gouvernent jamais complètement, si bien que l'on peut toujours nier qu'il ne s'agit pas réellement d'un gouvernement de juges.[1512] » Michel Troper propose d'adopter « une définition large du gouvernement : exerce un gouvernement toute autorité dont les décisions sont susceptibles d'avoir des conséquences pour l'organisation et le fonctionnement de la société.[1513] » La combinaison de ces deux remarques nous amène à établir qu'il existe bien un gouvernement des juges dont la fondamentalité est l'un des instruments.

743. Michel Crozier et Erhard Friedberg insistent sur le fait qu'au sein d'un système « l'expert, qui maîtrise face aux autres une source d'incertitude cruciale pour eux, utilisera naturellement la pouvoir dont il dispose ainsi pour accroître ses avantages

[1510] DE BECHILLON Denys, Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973

[1511] Définition du terme pouvoir, Larousse, http://www.larousse.fr

[1512] PICARD Etienne, Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen, BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 215

[1513] TROPER Michel, PFERSMANN Otto, Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ?, BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 33

face aux autres, voire à leur dépend.[1514] » La maîtrise de la fondamentalité par le juge s'inscrit dans cette dynamique inhérente à toute relation de pouvoir. Michel Troper renverse la perspective de l'indétermination textuelle en ce qu'il précise que c'est « la liberté de l'interprète qui permet d'établir le principe de l'indétermination textuelle.[1515] » Par conséquent, l'indétermination du sens de la fondamentalité ne tiendrait pas aux carences des textes mais à la « capacité de produire des interprétations sans appel, qui s'imposent même lorsqu'elles vont contre la compréhension commune ou le langage ordinaire.[1516] » En matière de fondamentalité, la liberté de l'interprète est particulièrement marquée puisque sur le fondement de cette notion, le juge peut compléter le texte, en utilisant la fondamentalité extranormative, ou lui donner un sens qu'il n'avait pas, par la fondamentalité intranormative.

744. La fondamentalité est donc une ressource entre les mains du juge pour imposer sa lecture d'un texte à l'ensemble de la sphère juridique. Cette capacité, que Michel Troper refuse de qualifier de pouvoir[1517] en ce qu'elle débouche sur une prescription qui « n'est jamais susceptible d'être vraie ou fausse[1518] », permet ainsi au juge de contrecarrer expressément les volontés du pouvoir politique.

745. C'est cette possible opposition qui choque le système démocratique alors qu'elle se justifie pleinement dans la théorie de l'Etat de droit. Philippe Blachèr analyse la QPC en ce qu'elle, sur la base de la protection des droits et libertés, permet à « onze personnes ont désormais le droit d'annuler ce que la majorité parlementaire a voté au nom de la représentation nationale. Censée protéger les institutions, la Constitution deviendrait-elle l'instrument d'un nouveau gouvernement du juge…constitutionnel ?[1519] » Cette dernière remarque invite à estimer que la capacité d'un juge à s'opposer,

[1514] CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, p. 104

[1515] TROPER Michel, La liberté de l'interprète, *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg, source http://www.senat.fr

[1516] TROPER Michel, La liberté de l'interprète, *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg, source http://www.senat.fr

[1517] « si elle est bien un acte de volonté, on ne doit pourtant pas voir là la source d'un pouvoir quelconque » TROPER Michel, La liberté de l'interprète, *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg, source http://www.senat.fr

[1518] TROPER Michel, La liberté de l'interprète, *L'office du juge*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg, source http://www.senat.fr

[1519] BLACHER Philippe, Vers un gouvernement du juge constitutionnel ?, *AJDA*, 2010, p. 465

par son interprétation d'un texte, à la volonté générale constitue bien un pouvoir au sens interactionniste comme « la capacité de A d'obtenir de B qu'il fasse une action y à laquelle il ne serait pas résolu.[1520] » Appliqué à notre objet d'étude qu'est la fondamentalité, on se rend compte que A, le juge, lorsqu'il interprète la fondamentalité, obtient de B, le pouvoir politique, une action y, par exemple la non application d'un texte, à laquelle il n'était pas résolu. Prenons le cas d'un exemple concret, celui de la décision du 16 janvier 1982[1521]. En l'espèce, le Conseil constitutionnel consacre le caractère fondamental du droit propriété et le met en perspective par rapport à l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 pour arriver à la conclusion selon laquelle « cette disposition n'a ni pour objet ni pour effet de rendre inapplicables aux opérations de nationalisation les principes susrappelés de la Déclaration de 1789. » Puis au considérant 44, il rappelle que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit que « la privation du droit de propriété pour cause de nécessité publique requiert une juste et préalable indemnité » avant de conclure, après examen des dispositions relatives à la valeur d'échanges des actions « qu'il résulte de ce qui précède que les articles 6, 18 et 32 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas, en ce qui concerne le caractère juste de l'indemnité, conformes aux exigences de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. » Si nous appliquons à cette jurisprudence la relation de pouvoir au sens interactionniste, nous pouvons nous rendre compte que A, le juge, obtient de B, le législateur, une réévaluation des indemnisations dues aux propriétaires victimes des nationalisations. La fondamentalité lui a permis de faire prévaloir la conception révolutionnaire du droit de propriété et les obligations qui en découlent sur le droit de l'Etat de nationaliser. La dynamique du pouvoir ne se place pas sur l'interdiction des nationalisations mais sur leurs conditions de mises en œuvre. Le signal envoyé au pouvoir politique est très fort, il réside dans le fait que « tout projet de loi incompatible avec le principe constitutionnel - y compris les droits fondamentaux, tels que proclamés par la Déclaration de 1789, et les valeurs sociales définies dans le Préambule de 1946 - risquait d'être balayé avant même d'être

[1520] BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, 5e édition, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 610

[1521] 16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299

promulgué car violant la Constitution.[1522] » Le pouvoir du juge se situe dans l'interstice entre l'obligation posée par le texte et la contrainte conséquence de l'autorité de la chose jugée : « rien ne sert d'obliger si l'on ne peut pas contraindre.[1523] » Le pouvoir politique est contraint, il n'a pas le choix d'autant plus que l'on voit mal, d'un point de vue politique et démocratique, un parti majoritaire faire échec aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

746. La fondamentalité est un élément de pouvoir car elle confère au juge une « légitimité impartialité[1524] », qui repose sur une affirmation de valeurs reconnues par tous. L'universalisme des droits fondamentaux renforce la légitimité de l'interprétation du juge.[1525] Par son interprétation de la fondamentalité, le juge impose au pouvoir politique des contraintes auxquelles il n'aurait pas adhéré. Le pouvoir politique est ainsi conditionné par la volonté du juge. Certes, la logique démocratique veut que le pouvoir souverain du peuple incarné par ses représentants puisse quoiqu'il arrive reprendre la main dans le débat qui l'oppose à l'interprétation juridictionnelle. Toutefois, la doctrine de l'Etat de droit qui coexiste avec la démocratie tend à réduire ce champ de possibilité car la légitimité « sociale - procédurale[1526] » s'estompe de plus en plus face à « une crise du sens du constitutionnalisme[1527] » née d'un glissement de la conception de la Constitution.[1528] C'est parce que la fondamentalité légitime la contrainte que les juges exercent sur le pouvoir politique, qu'elle est un enjeu de

[1522] DE LAIRG Irvine, Le législateur, la liberté et le droit : le système britannique et le système français, *Recueil Dalloz,* 2003, p. 2103

[1523] GRZEGORCZYK Christophe, Obligations, normes et contraintes juridiques, Essai de reconstruction conceptuelle, TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, p. 42

[1524] ROSANVALLON Pierre, *La contre démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions Du Seuil, 2006, p. 115

[1525] « une opération d'interprétation, du moins de qualification, certainement, celle du lieu de l'art de la rencontre entre la singularité du cas, le particulier de chaque situation, et l'universel de la règle tierce, rencontre qui restaure, à sa manière, l'inscription du prétendu « exclus » à une place possible dans le social, dans une égale dignité d'appartenance au monde commun des humains » PELLEGRINI Bernard, La portée structurante des droits fondamentaux, *VST, Vie sociale et traitements*, 2005/2, n°86, p. 154

[1526] ROSANVALLON Pierre, *La contre démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions Du Seuil, 2006, p. 115

[1527] ROUSSEAU Dominique, Constitutionnalisme et démocratie, source http://www.laviedesidees.fr

[1528] « alors que la constitution s'inventait comme mécanisme politique de séparation des pouvoirs pour encadrer et limiter l'exercice de pouvoirs ne disposant pas de la légitimité électorale, elle « fonctionne » aujourd'hui comme mécanisme juridictionnel de protection des droits fondamentaux contre l'exercice de pouvoirs disposant de la légitimité électorale » ROUSSEAU Dominique, Constitutionnalisme et démocratie, source http://www.laviedesidees.fr

pouvoir qui participe à la reconnaissance de l'influence des juridictions sur l'orientation de la politique du Gouvernement ne serait-ce que parce que « de nos jours, les divergences idéologiques droite/gauche ne sont plus si tranchées qu'auparavant. Il faut y voir là, notamment un effet de la théorie des droits fondamentaux. [1529]»

B – La fondamentalité : une ressource contre le juge

747. Par le contrôle qu'il exerce sur la base de la fondamentalité, le juge a conquis au sein des institutions une place prépondérante. L'introduction récente de la question prioritaire de constitutionnalité s'inscrit dans ce processus de reconnaissance de la participation active du juge à la concrétisation d'une certaine forme de démocratie, la démocratie juridique.[1530]

748. Pourtant, cette montée en puissance du pouvoir juridictionnel soulève des interrogations que Christophe de Aranjo explicite : « les juges eux-mêmes ne sont pas à l'abri des abus de pouvoirs.[1531] » Si la théorie de l'Etat de droit renforce le pouvoir du juge en ce qu'il assure une fonction de limitation du pouvoir politique, qui contrôle le pouvoir du juge ? Se révèle ici le potentiel danger d'une fondamentalité instrument de l'Etat de droit. Dans le cadre démocratique, il revient en dernier ressort aux représentants de s'opposer aux juridictions. La révision constitutionnelle de 1993 est caractéristique d'une réponse négative des représentants du peuple à une interprétation de la Constitution par le juge. Certains auteurs, comme Philippe Blachèr, estiment que le Conseil constitutionnel en fait parfois « trop » au sens où « l'étude de l'évaluation de la jurisprudence constitutionnelle implique de ne pas considérer que le discours du

[1529] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 259

[1530] « un instrument à la disposition des justiciables et de leur avocat pour défendre concrètement, pratiquement et au quotidien les droits fondamentaux qui sont le cœur de la démocratie. » ROUSSEAU Dominique, Vive la QPC ! La quoi ?, *Gazette du Palais*, 26 janvier 2010 n° 26, p. 13

[1531] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 258

Conseil est nécessairement toujours fidèle ou compatible avec les prescriptions constitutionnelles.[1532]»

749. Le glissement d'une constitution-séparation des pouvoirs à une constitution-droits fondamentaux n'apparaît pas comme emprunt d'évidence dans le cadre de la démocratie représentative même en voie de juridicisation. Jacques Chevallier insiste sur le fait que « les gouvernants supportent toujours aussi mal que leurs projets soient censurés.[1533] » Dominique Rousseau rappelle le comportement du Président de la République, Monsieur Sarkozy, qui prit « à témoin l'opinion pour affirmer que le principe de non rétroactivité ne doit pas être mis au service des criminels les plus dangereux et que « l'application immédiate de la rétention de sûreté aux criminels déjà condamnés reste un objectif légitime pour la protection des victimes » ; et il écrit au premier président de la Cour de Cassation pour lui demander de trouver les voies juridiques pour atteindre cet objectif.[1534] » Cet exemple met en exergue une certaine résistance de la démocratie représentative face à la démocratie juridique. Des auteurs, appellent à cette résistance au motif que la démocratie juridique entraîne une confiscation de la voix du peuple par une élite.[1535] Pour Jean-Claude Groshens, la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité appelle à s'interroger sur les incidences d'une protection toujours plus poussée des droits fondamentaux face à la collectivité. [1536] Emmanuel Dreyer évoque « une dérive fondamentaliste[1537] » et dénonce une conception du principe de dignité humaine matrice des droits fondamentaux selon une approche substantielle, « les partisans de cette doctrine ne voient dans l'homme moderne qu'un être égoïste et immature... Il y a bien dans cette doctrine une rupture par rapport à notre héritage juridique. L'autorité de ceux qui la

[1532] BLACHER Philippe, Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ?, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°105, 2003 , p. 19

[1533] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 129

[1534] ROUSSEAU Dominique, Constitutionnalisme et démocratie, source http://www.laviedesidees.fr

[1535]« cela exige de renforcer le pouvoir du peuple contre celui des élites, et particulièrement contre celui des prétendues élites du droit. » MERTZ Bertrand, *L'Etat de droit en accusation, La démocratie a-t-elle encore un avenir dans l'Etat de droit ?*, Paris, éditions Kimé, 1996, p.107

[1536]« l'essence d'une constitution, sa fonction première, est-elle, de nos jours, d'énoncer (et de quelle façon) les droits dont les citoyens peuvent se prévaloir contre les agissements de ceux qui les représentent ou est-elle — les choses étant ce qu'elles sont — de définir le rôle d'un État désouverainisé en tant que cadre de la vie démocratique d'une société qui ne sait si elle est, se veut, ou se croit « post-étatique »? »GROSHENS Jean-Claude, L'exception d'inconstitutionnalité un chantier difficile, à propos du Conseil constitutionnel, *RDP*, 20 septembre 0501, n°3, 1er mai 2009, p. 588

[1537] DREYER Emmanuel, La dignité opposée à la personne, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2730

professent ne doit pas cacher l'importance du changement. Il s'agit, ni plus ni moins, que d'adopter un nouveau système de valeurs.[1538] »

750. Surgit une opposition conceptuelle entre l'Etat de droit et son produit, les droits fondamentaux, et la démocratie représentative à vocation libérale. Bertrand Mathieu constate : « qu'il s'agisse du principe de liberté ou du principe de dignité, il est vrai que la détermination du principe cardinal de l'ordre juridique relève d'un choix idéologique[1539] » avant de défendre l'idée selon laquelle « le principe de dignité n'est pas le vecteur d'un ordre moral qui s'opposerait à la philosophie classique des droits fondamentaux fondée sur les principes de liberté et d'autonomie de l'individu. [1540]» Pourtant, la frontière entre une fondamentalité substantielle, dont découle un ordre moral, et l'ordre juridique démocratique et libéral apparaît de plus en plus mince. La doctrine de la fondamentalité au sein d'une approche strictement juridique de la démocratie peut s'avérer dangereuse pour l'essence libérale[1541] et pour le modèle démocratique qui en découle.

751. La fondamentalité peut, dans le cadre du perfectionnement de l'Etat de droit, devenir une ressource contre la figure juridictionnelle en conduisant à la mise en place d'un système appelé par Otto Pfersmann « distocratie » dans lequel « les juges exerceraient les principales fonctions de pouvoir.[1542] » Ce régime a mis un terme à la démocratie en même temps qu'au véritable juge puisque « la fonction de juger ne se distingue pas des autres formes d'exercice du pouvoir.[1543] » La fondamentalité peut être une ressource du pouvoir politique qui, en soulignant l'immixtion des juges dans le gouvernement au nom d'un respect exacerbé des droits fondamentaux, conduirait à terme à leur décrédibilisation. Aussi si « faire confiance à la démocratie est pourtant

[1538] DREYER Emmanuel, La dignité opposée à la personne, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2730

[1539] MATHIEU Bertrand, De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1649

[1540] MATHIEU Bertrand, De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1649

[1541]« sous prétexte qu'existent des abus de liberté (individuelle), on en vient à préconiser l'abandon de la liberté (individuelle) » DREYER Emmanuel, La dignité opposée à la personne, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2730

[1542]TROPER Michel, PFERSMANN Otto, Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ?, BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 40

[1543] TROPER Michel, PFERSMANN Otto, Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ?, BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 40

peu convainquant [1544]», il nous semble cependant que la démocratie libérale demeure le meilleur régime que l'on puisse connaître car quelles que soient les bonnes intentions qui soutiennent le développement d'une fondamentalité instrument de limitation du pouvoir par la normativité, « on ne fait pas le bonheur des gens contre leur volonté ; il faut reconnaître à chacun un « droit à l'erreur », quel que soit le prix qu'il y a alors à payer, si l'on veut conserver un sens à la liberté[1545]. »

752. La fondamentalité, pour être utile à l'homme, doit concourir à la liberté, elle doit permettre de conserver une faculté de choix. Si le développement de la démocratie juridique trouve sa source dans la première partie de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[1546], il ne faut pas perdre de vue que l'utilisation dans la rédaction de cet article -« Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution[1547] »- de la conjonction « ni » « indique une coordination.[1548] » Les deux membres de phrase sont indissociables, la Constitution doit être à la fois la source de la séparation des pouvoirs et des droits fondamentaux, la démocratie moderne est au prix de ce subtil équilibre. Le concept de fondamentalité en droit public doit concourir au maintien de cet équilibre ce qui transparaît de la jurisprudence constitutionnelle, autolimitative dans un Etat de droit peut-être, respectueuse de la démocratie sûrement.

[1544] LÖWENTHAL Paul, Ambiguïtés des droits de l'homme, *Droits fondamentaux*, n° 7, janvier 2008 – décembre 2009, source http://www.droits-fondamentaux.org

[1545] DREYER Emmanuel, La dignité opposée à la personne, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2730

[1546]« l'effacement de la Constitution-séparation des pouvoirs invite à repenser l'idée de constitution en retrouvant les termes de la première partie de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 491

[1547] Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 8

[1548] Définition du terme ni, Larousse, http://www.larousse.fr

Conclusion

753. La fondamentalité est une notion complexe à appréhender dans le cadre du droit public. Cette difficulté tient au fait que la notion peut répondre à une pluralité de sens. En 1998, Etienne Picard relevait que ce concept interpelle par la perplexité qu'il suscite : « En réalité, il semble que c'est surtout la perplexité qui, le plus réellement, l'explique. Or, par définition, la perplexité s'interroge ; et elle se pose, mais *in petto*, diverses questions essentielles que l'on ne voit pas réellement comment résoudre, ni même aborder. Elles se résument à celles-ci : ces « droits fondamentaux » existent-ils vraiment comme nouvelle catégorie juridique spécifique ? Quelle est leur définition ? Qu'est-ce qui les justifie ? Quelle est leur portée exacte ? Et quelle en est la liste ? Compte tenu, cette fois, de l'extrême complexité et de la réelle gravité des interrogations, on attend que les juges aient fini de se prononcer.[1549]» Cependant, plus d'une décennie après ce constat, la fondamentalité garde ses mystères. Les juridictions ne se sont toujours pas prononcées sur les éléments permettant d'identifier un critère de fondamentalité. Les hypothèses doctrinales se multiplient, mettant à mal la spécificité du concept, si bien que certains assimilent la notion par exemple à celle de libertés publiques.[1550]

754. Les incertitudes, qui entourent la notion, peuvent conduire à deux types d'attitudes. La première est le rejet du concept en lui niant toute spécificité. La seconde consiste à appréhender le doute comme une méthode de compréhension : « Il y a déjà quelque temps que je me suis aperçu que, dès mes premières années, j'avais reçu quantité de fausses opinions pour véritables, et que ce que j'ai depuis fondé sur des principes si mal assurés, ne pouvait être que fort douteux et incertain ; de façon qu'il me fallait entreprendre sérieusement une fois en ma vie de me défaire de toutes les opinions que j'avais reçues jusques alors en ma créance, et commencer tout de nouveau dès les fondements, si je voulais établir quelque chose de ferme et de constant dans les

[1549] PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA*, 1998, p. 6

[1550]« même en rassemblant les libertés proclamées au niveau constitutionnel et celles garanties par le droit international, on n'aura encore qu'une vue incomplète des libertés publiques » WACHSMANN Patrick, Les Libertés publiques, collection Cours, série droit public, 3e édition, Dalloz, 2000, pp. 2-3, extraits, BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Libertés fondamentales*, Paris, collection pages d'amphi, Montchrestien, 2003, p. 7

sciences.[1551] » Le sens de la notion de fondamentalité est généralement posé par convention. Soit en l'associant à des concepts plus maîtrisés, c'est le cas dans l'article 53-1 de la Constitution qui allie « droits de l'homme et libertés fondamentales[1552] », soit en posant une définition préalable de la notion : « on proposera donc l'hypothèse suivante : le droit des droits fondamentaux de l'homme est le fruit d'un processus historique permettant de rendre compte que ce droit est une création continue et qu'il illustre plus que d'autres, peut-être, la grandeur et la fragilité d'une démocratie vivante, dont l'homme est le fondement.[1553] » Une autre approche consiste à employer la notion sans définition préalable laissant supposer que la définition est connue et fait consensus : « la reconnaissance d'une liberté comme fondamentale relève souvent de l'évidence » notamment en mettant en relief « la force de la dimension constitutionnelle que revêt cette notion.[1554] »

755. L'étude de la jurisprudence constitutionnelle et administrative donne à son tour des éléments de réponse contradictoires. Si la valeur constitutionnelle d'une liberté apparaît comme une condition de la fondamentalité, cette condition ne s'avère ni nécessaire, ni suffisante. Dans une conception jusnaturaliste, s'il est possible pour la jurisprudence constitutionnelle de tisser un lien entre caractère fondamental et protection de la démocratie, celui-ci résulte de l'interprétation et non d'une vérité incontestable. De surcroît, dans la jurisprudence administrative, plusieurs fondements tels que la sauvegarde du principe de la dignité peuvent être identifiés. Cette réticence des juges à poser clairement un critère de fondamentalité peut juridiquement s'expliquer par la volonté de ne pas restreindre le potentiel d'interprétation constructive que possède la notion, comme cela a pu être le cas par exemple pour les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Cependant, si l'on part du paradigme selon lequel « l'interprétation juridique ne se fait pas uniquement à

[1551] DESCARTES René, *Méditations métaphysiques*, 1641, édition electronique, source http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/file/descartes_meditations.pdf

[1552] Article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, extraits : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées » OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, p. 22

[1553] PAVIA Marie-Luce, Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, *Petites affiches*, 06 mai 1994 n° 54, p. (non communiqué)

[1554] WACHSMANN Patrick, L'atteinte grave à une liberté fondamentale, *RFDA*, 2007, p. 58

partir du « texte juridique » mais aussi à partir du « contexte juridique »[1555]», les évolutions du contexte juridique permettent au juge de renouveler son interprétation du texte faisant par ce biais évoluer la définition de la fondamentalité. Car au-delà des incertitudes, la relativité de la notion est quant à elle une donnée constante de l'usage de ce concept dans le cadre du droit public français.

756. Le paradoxe a priori irréductible de la fondamentalité est qu'elle tient sa source de la doctrine de l'Etat de droit qui induit une stabilité et une sécurité normative. Comment concilier la relativité de la fondamentalité telle qu'elle existe en droit français et le « règne de la confiance légitime[1556] » ? Les doutes entourant la fondamentalité peuvent s'expliquer par les difficultés de l'Etat de droit. Jacques Chevallier met en lumière que « la représentation, sous-jacente à l'Etat de droit, d'une société entièrement encadrée et régie par le droit est évidemment illusoire ; aussi le constat de juridicisation croissante peut-il être paradoxalement assorti de l'idée d'un « déclin du droit ».[1557] » Ce processus de déclin du droit est présent dans le cadre du droit des libertés. Michel Villey dénonce, à propos des droits de l'homme source philosophique de la fondamentalité envisagée comme une « juridicisation des droits de l'homme[1558] », « médicament admirable ! (…) Outil à tout faire. On en fit usage au profit des classes ouvrières ou de la bourgeoisie – des malfaiteurs contre les juges – des victimes contre les malfaiteurs. Mais attention ! il faut choisir : ou bien des uns ou bien des autres. On n'a jamais vu dans l'histoire que les droits de l'homme fussent exercés au profit de tous.[1559] » Michel Villey met en exergue les difficultés qu'entraînent le développement de concepts intellectuellement séduisants en ce qu'ils prônent notamment une protection de l'être humain contre les dérives de la puissance de l'Etat, mais qui peuvent à leur tour être à l'origine d'autres arbitraires.[1560] Emmanuel Dreyer rend compte de la possibilité d'une fondamentalité opprimante notamment au travers d'une

[1555] ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 9

[1556] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 67

[1557] CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 137

[1558] FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, p. 59

[1559] VILLEY Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 1e édition quadrige 1983, Paris, PUF, 2008, p. 153

[1560] « langage indistinct, dangereusement flou, générateur d'illusions et de fausses revendications impossibles à satisfaire » VILLEY Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 1e édition quadrige 1983, Paris, PUF, 2008, p. 154

conception moraliste du principe de dignité humaine : « Un consensus paraît se dégager pour protéger la personne contre elle-même. Le respect de la dignité, principe tutélaire à la disposition du juge pour rappeler chacun à ses devoirs envers tous, constitue l'instrument de cette reprise en main.[1561] »

757. Si « l'érosion de la confiance des citoyens dans leurs dirigeants et dans les institutions politiques[1562] » s'est traduite par un transfert de légitimité au profit de la protection des droits fondamentaux et des juges qui en assurent l'effectivité, elle ne doit pas conduire à placer les juges dans une position de détermination des valeurs de la société : « Sachons raison garder : il ne s'agit pas de consacrer une liberté sans limite. Il s'agit de ne pas exagérer les limites de la liberté. Ces limites sont posées par la loi. En ajoutant des limites supplémentaires à la liberté, au nom d'un prétendu respect de la dignité humaine, on risque en effet d'affecter l'essence de la personne.[1563]» Par un effet horizontal de la protection des droits fondamentaux, leur respect s'impose entre personnes mais également à la personne elle-même. En tentant de développer une protection la plus poussée possible de la personne y compris contre elle-même, le normativisme de l'Etat de droit tend à renier ce pourquoi il avait été pensé. Il ne protège plus, il opprime. Walter Leisner explicite ce phénomène de contradiction de l'Etat de droit conduisant à son autodestruction : « mais c'est précisément cet intégralisme qui est le mirage, c'est cette aspiration au « système clos », chère à la Pensée juridique germanique, qui fait de l'Etat de droit une contradiction en soi, le transformant même en ennemi de la Liberté avec sa technique parfaite d'autodestruction.[1564] »

758. L'indétermination de la fondamentalité peut conduire à un renforcement de la protection de la personne en ce qu'elle offre une marge de liberté interprétative au juge. Cependant, elle peut également devenir un instrument arbitraire, car dans le cadre démocratique, il ne revient pas au juge de substituer sa volonté à celle du peuple souverain. Pour Christophe De Aranjo, « un juge qui dicte au Politique ce qu'il doit

[1561] DREYER Emmanuel, La dignité opposée à la personne, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2730

[1562] ROSANVALLON Pierre, *La contre démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions Du Seuil, 2006, p. 9

[1563] DREYER Emmanuel, La dignité opposée à la personne, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2730

[1564] LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 77

faire, gouverne à la place des représentants du peuple[1565] » tandis que Patrick Wachsmann s'élève contre la décision du Conseil constitutionnel du 3 mars 2009 en dénonçant une interprétation littérale de l'article 13 de la Constitution : « La décision procède d'une logique qui rappelle le Conseil constitutionnel des premiers temps, celui qui s'employait avant tout à protéger l'exécutif du Parlement, puisqu'elle pose que ce dernier ne peut intervenir dans l'exercice par l'exécutif de ses prérogatives qu'à la condition que la Constitution le prévoie expressément.[1566] » Dans le commentaire officiel de la décision 2009-577 DC, il est d'ailleurs rappelé la compétence d'attribution du Conseil soumis aux volontés du pouvoir constituant.[1567]

759. Cette controverse est une illustration des difficultés à équilibrer au sein de la démocratie moderne le respect de la séparation des pouvoirs et la protection des libertés de la personne. En tant que produit de l'Etat de droit, la fondamentalité se veut un instrument de limitation des pouvoirs au profit de la personne mais également entre les pouvoirs. La fondamentalité issue de l'article 34 de la Constitution s'inscrit dans ce cadre de la répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Mais la conception extensive de la fondamentalité, notamment développée par les Cours de droit externe, porte la fondamentalité non seulement à une abstention de l'Etat en matière de libertés mais de plus en plus souvent à une obligation de prestation. Le principe d'indivisibilité des droits fondamentaux posé par la Charte des droits fondamentaux consacre cette approche de la fondamentalité comme moyen de régulation du pouvoir. Elle développe des permissions d'agir au profit des personnes, qui peuvent se concrétiser sous la forme d'obligation d'agir pour les institutions titulaires du pouvoir politique. La nouvelle doctrine de la démocratie juridique légitime ce rôle dévolu aux juridictions de régulation générale des activités de l'Etat en ce qu'il incarnerait la volonté du souverain. Toutefois, la légitimité libérale qui

[1565] DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, p. 258

[1566] WACHSMANN Patrick, La séparation des pouvoirs contre les libertés ?, *AJDA*, 2009, p. 617

[1567]« De plus, lorsque, suite à une révision constitutionnelle, le Conseil constitutionnel doit contrôler la conformité d'une loi ou d'une loi organique à une nouvelle disposition de la Constitution qui déroge à un droit fondamental ou à un principe fondamental de nos institutions : (…) il vérifie que tel est le cas des nouvelles dispositions constitutionnelles qu'il doit faire respecter dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité. » Commentaire des décisions n° 2009-576 DC et n° 2009-577 DC du 3 mars 2009 Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France et loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision *, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, juillet 2008 à mars 2009, p. 8

réside dans la capacité d'une institution à sanctionner les atteintes à une liberté doit-elle se substituer à la légitimité électorale ? Dominique Rousseau expose les traits caractéristiques de ce renouvellement démocratique qui repose sur une modification du sens du texte constitutionnel : « avec un juge constitutionnel qui construit en continu une charte jurisprudentielle des droits fondamentaux et en assure le respect par les pouvoirs publiques, législateur compris, la part des dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation des pouvoirs décroît proportionnellement quand s'accroît la part des dispositions relatives aux droits et libertés. Ce déséquilibre quantitatif croissant conduit à un changement qualitatif : la constitution devient l'acte qui garantit les droits des citoyens.[1568] »

760. Dans son étude sur la notion de Constitution chez Aristote, Jean-Claude Jobart dépeint ce double constat : « d'une part, le droit est une matière imparfaite, donc œuvre humaine, l'expression d'une volonté. D'autre part, cette volonté est de nature politique : elle détermine le choix de l'organisation de la polis et détermine en grande partie son régime politique qui, par souci de pragmatisme, sera démocratique.[1569] » La fondamentalité incarne cette volonté juridique de préserver l'être humain des dérives politiques de la majorité. A la décadence de la démocratie parlementaire qui a conduit aux régimes totalitaires, la démocratie juridique basée sur une protection juridictionnelle donc impartiale des droits fondamentaux apparaît comme un remède. Les auteurs grecs, tel Aristote, ont dénoncé les risques de destruction de chaque régime. Aristote opère un classement des régimes en ce que « sont correctes les constitutions où l'autorité souveraine est exercée en vue de l'intérêt commun (monarchie, aristocratie et république ou politie) ; et sont déviées les constitutions où l'autorité souveraine est exercée dans l'intérêt particulier de celui qui la détient (tyrannie, oligarchie et démocratie.)[1570] » Montesquieu présente la démocratie comme le régime le plus difficile à maintenir ; « il ne faut pas beaucoup de probité, pour qu'un gouvernement monarchique ou un gouvernement despotique se maintiennent ou se soutiennent. La force des lois dans l'un, le bras du prince toujours levé dans l'autre, règlent ou contiennent tout. Mais, dans un Etat populaire, il faut un ressort de plus, qui

[1568] ROUSSEAU Dominique, *La Vè République se meurt, Vive la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2007, pp. 218-219

[1569] JOBART Jean-Charles, La notion de Constitution chez Aristote, *RFDC*, n°65, 2006, p. 106

[1570] JOBART Jean-Charles, La notion de Constitution chez Aristote, *RFDC*, n°65, 2006, p. 116

est la VERTU[1571] » avant de constater que sans vertu « on était libre avec les lois, on se veut être libre contre elle.[1572] » Le contrôle juridictionnel que permet la fondamentalité doit conduire à un régime constitutionnel « modeste, modérée et tempérée.[1573] » L'apport de la fondamentalité au droit est qu'en réunissant en son sein des éléments positivistes et jusnaturalistes, elle met en lumière la réalité du droit avancée déjà par Aristote : « le droit est en soi un acte politique : issus de valeurs et porteur de valeurs, il s'analyse dans sa matière avant que dans sa forme. Le droit est une obligation de la nature et un choix politique.[1574] » Au-delà du régime juridique des libertés, réfléchir sur le concept de fondamentalité amène à une réflexion d'ensemble sur le sens du droit, sur sa place et ses relations avec la structure institutionnelle découlant du régime politique.

761. La fondamentalité, dans le système juridique français, ne peut être appréhendée selon un raisonnement uniquement pensé en termes de catégorie du droit. Ce paradigme découlant de la fondamentalité, telle qu'elle est conceptualisée dans un certain nombre de systèmes constitutionnels étrangers, ne correspond qu'en partie à la fondamentalité interne. En effet, la fondamentalité est avant tout un moyen juridique tendant à faire prévaloir dans un cas d'espèce donné, une norme sur une autre. Technique juridique de conciliation, la fondamentalité interne donne naissance, par ricochet, à une nouvelle catégorie normative, qui n'est que la conséquence sémantique d'un choix de valeurs opéré par les juridictions. Cependant, la fondamentalité n'est pas circonscrite à cette relation logique/unité conceptuelle. L'indétermination de la matière a conduit les juridictions à avoir recours à celle-ci dans un autre but, celui de renforcer leur légitimité libérale.

762. La fondamentalité nous a permis, au cours de notre étude, de mieux appréhender les évolutions, par strates successives, du droit des libertés de la personne, mais au-delà de repenser le droit en tant que phénomène social. Le système juridique est une organisation qui, à ce titre, met en relations des acteurs distincts qui usent de stratégie pour garantir leurs prérogatives respectives. La personne essaie d'améliorer

[1571] MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 144

[1572] MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 145

[1573] JOBART Jean-Charles, La notion de Constitution chez Aristote, *RFDC*, n°65, 2006, p. 121

[1574] JOBART Jean-Charles, La notion de Constitution chez Aristote, *RFDC*, n°65, 2006, p. 115

l'effectivité de ses droits. Le juge essaie d'asseoir sa position institutionnelle, garante de son indépendance et de son existence. Le pouvoir politique institutionnalisé tente de conserver sa prééminence dans le fonctionnement de la démocratie. Ces enjeux ne sont pas nécessairement antagonistes, ils participent à une mutation du régime démocratique, au sein duquel, la légitimité élective marque le pas face à la consécration du rôle essentiel des juridictions.

763. La fondamentalité est un indicateur de ces changements des rapports de pouvoir dans le cadre de la démocratie. L'étude de ce micro phénomène juridique, la fondamentalité qui n'est qu'une parcelle du droit constitutionnel, lui même composante du droit dans son ensemble, permet de mettre à jour les macro tendances qui caractérisent les évolutions du système juridique. L'analyse du développement de la fondamentalité et de ses incidences sur la strucutre étatique, nous a ouvert les yeux sur le fait que la multiplication des instruments de protection des libertés de la personne n'est pas une condition nécessaire et suffisante de l'efficacité de cette protection. Au contraire, la profusion des références aux droits fondamentaux tend à émietter la portée réelle de ces derniers et à affaiblir leur effectivité. L'attitude prudente du Conseil constitutionnel en la matière traduit, peut-être, cette volonté de préserver une meilleure effectivité des droits de la personne, en évitant de diluer ceux-ci dans un nombre trop important de normes aux contenus et aux effets concrets incertains. Les dix-sept articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, modernisés par la jurisprudence du juge constitutionnel, sont un exemple probant qu'en matière de protection des libertés, l'efficience ne doit rien à la quantité mais à la volonté idéologique qui précède à la rédaction d'un texte et qui perdure à travers la voix des juridictions.

764. Les droits fondamentaux sont-ils des fondements de la démocratie ? En l'état actuel de leur diversification, il semble délicat de les réduire à cela. En tout cas, nous sommes persuadés que l'apport majeur de la fondamentalité est qu'elle permet aux juridictions de garantir la pérennité d'une certaine idée du droit, celle résultant de la conception même du régime politique influencée par une philosophie préconstituante. Nous pouvons faire le lien avec la conception révolutionnaire des juges, qui accusait ces derniers d'avoir participé au maintien du système de l'Ancien Régime. A l'inverse, les juridictions participent au maintien des exigences de la démocratie libérale, à la protection des droits et à la garantie d'un équilibre entre majorité et

minorité. Or, la mise en relief des relations stratégiques entre les institutions, basées sur une revendication de la protection des droits fondamentaux, tend à nuire à cette fonction de gardien de la démocratie libérale par le juge. Certains auteurs, à l'instar de Michel Villey, nous montrent les manipulations dont peuvent faire l'objet les droits de la personne et qu'au final dans biens des cas, ces droits sont exercés au profit de certains et au détriment de tous : « maniés par Hobbes, les droits de l'homme sont un arme contre l'anarchie, pour l'instauration de l'absolutisme ; par Locke, un remède à l'absolutisme, pour l'instauration du libéralisme ; quand se révèlent les méfaits du libéralisme, ils furent la justification des règimes totalitaires et des hôpitaux psychiatriques.[1575] »

765. La pluralité des sens de la fondamentalité induit que cette dernière peut être autre chose qu'un instrument perfectionné de protection des droits de la personne. Quand nous avons commencé notre recherche, nous avions la conviction de savoir ce que sont les droits fondamentaux. Notre étude ne nous a pas permis de poser une vérité visant à établir ce qu'est la fondamentalité en droit public français. Par contre, elle nous a permis de forger notre conviction sur ce qu'elle devrait être : « je demeurerai obstinément attaché à cette pensée ; et si, par ce moyen, il n'est pas en mon pouvoir de parvenir à la connaissance d'aucune vérité, à tout le moins il est en ma puissance de suspendre mon jugement.[1576] » Si la fondamentalité ne peut être entendue comme le remède à une protection imparfaite des droits de la personne, elle doit être appréhendée comme un outil, parmi d'autres, visant à garantir le difficile équilibre que suppose la démocratie, entre le droit de chacun face au droit de tous. La vertu ou la modération de la démocratie réside dans la possibilité de chacun de jouir de sa liberté sans pour autant mettre en péril l'intérêt général.

766. La reconnaissance de la fondamentalité d'un droit n'est pas une fin en soi ou un aboutissement. Elle constitue un appel à la vigilance de chacun sur le besoin de garantir la prévalence d'une norme qui incarne une valeur fondement de l'organisation collective de la vie humaine. La responsabilité de la préservation du droit revient à chacun des acteurs de la société, institutions et personnes, faisant de la démocratie le

[1575] VILLEY Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 1e édition quadrige 1983, Paris, PUF, 2008, p. 153

[1576] DESCARTES René, *Méditations métaphysiques*, 1641, édition electronique, source http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/file/descartes_meditations.pdf

régime le plus exigeant des trois types de gouvernement.[1577] Cette vigilance commune est la seule qui permettra un réel équilibre des relations de pouvoirs, apte à protéger la liberté dont découlent tous les droits. L'apport du concept de fondamentalité, au-delà des controverses, est d'amener chaque acteur de la sphère juridique à repenser le paradigme de la démocratie : « il n'en demeure pas moins que l'on peut se demander si la démocratie constitutionnelle contemporaine n'est pas elle-même aux prises avec cette hubris dont les Anciens n'ont eux-mêmes pas su se garder. Cela nous permet de redécouvrir les principes politiques de la démocratie, dont il faut rappeler qu'ils n'avaient d'autre objet que l'organisation collective de la vie humaine bonne, question qui est plus que jamais d'actualité. [1578]»

[1577] « Ce qui je dis est confirmé par le corps entier de l'histoire, et est très conforme à la nature des choses. Car il est clair que, dans une monarchie, où celui qui fait exécuter les lois se juge au-dessus des lois, on a besoin de moins de vertu que dans un gouvernement populaire, où celui qui fait exécuter les lois sent qu'il y est soumis lui-même, et il portera le poids. » MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 144

[1578] PIERRE-CAPS Stéphane, Généalogie de la participation de tous aux affaires communes, *RDP*, 20 septembre 0101 n° 1, 1er janvier 2009, p. 151

Table des abréviations

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

CEDH : Cour européenne des droit de l'homme

CJA : Code de justice administrative

CJCE : Cour de justice des communautés europennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

DIDH : Droit international des droits de l'homme

MJP : Digithèque de matériaux juridiques et politiques

OFPRA : Office français de protection des réfugiés et apatrides

OVC : Objectif de valeur constitutionnelle

PFRLR : Principe fondamentaux reconnus par les lois de la République

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

URSS : Union des Républiques socialistes sovietiques

Annexes

Annexe 1

Tableau récapitulatif des PFRLR consacrés par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Les jurisprudences évoquées du Conseil constitutionnel sont les premières consécrations d'un principe donné. Les jurisprudences évoquées du Conseil d'Etat sont fournies à titre illustratif. La liste des décisions et arrêts concernant un principe est non exhaustive.

PFRLR	Conseil constitutionnel	Conseil d'Etat
Liberté d'association	16 juillet 1971 - 71-44 DC - Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association - Non conformité partielle	Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 7 juin 1999, 188812 188874 188907
Droit de la défense (généralement complété par les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, et de non-rétroactivité de la loi répressive d'incrimination plus sévère)	02 décembre 1976 - 76-70 DC - Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail - Conformité	Conseil d'Etat, 9 / 8 SSR, du 10 mars 1999, 154859
Liberté individuelle	12 janvier 1977 - 76-75 DC - Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales - Non conformité partielle	
Liberté d'enseignement	23 novembre 1977 - 77-87 DC - Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement - Conformité	
Liberté de conscience et principe de laïcité	23 novembre 1977 - 77-87 DC - Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement - Conformité	Conseil d'Etat, 8 SS, du 30 novembre 2001, 219605 Conseil d'Etat, 8 / 3 SSR, du 6 avril 2001, 219379 221699 221700
L'autorité judiciaire gardienne de la propriété individuelle	25 juillet 1989 - 89-256 DC - Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles - Conformité	
Compétence de la juridiction administrative dans l'annulation et la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique	23 janvier 1987 - Décision n° 86-224 DC*Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* Recueil, p. 8 - Journal officiel du 25 janvier 1987, p. 924	Conseil d'Etat, 3ème et 8ème sous-sections réunies, du 7 novembre 2005, 271982
Responsabilité pénale spécifique aux mineurs	29 août 2002 - 2002-461 DC - Loi d'orientation et de programmation pour la justice - Non conformité partielle	
Indépendance des professeurs d'université	20 janvier 1984 - 83-165 DC - Loi relative à l'enseignement supérieur - Non conformité partielle	Conseil d'État, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 05/12/2007, 298263
Indépendance de la juridiction administrative	22 juillet 1980 - 80-119 DC - Loi portant validation d'actes administratifs - Conformité	
Refus d'extradition demandée dans un but politique		Conseil d'Etat, Assemblée, du 3 juillet 1996, 169219

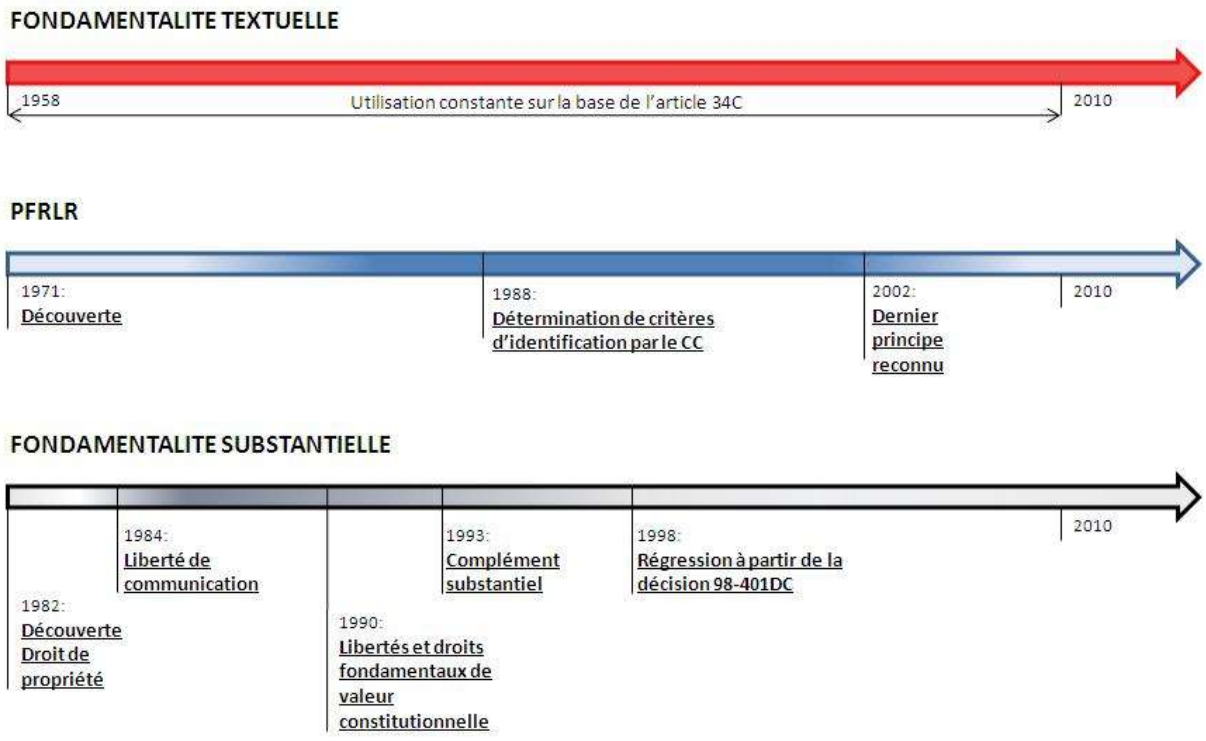
Annexe 2

Schéma visant à illustrer les différentes manifestations du concept de fondamentalité en droit constitutionnel et leur degré d'utilisation par le Conseil constitutionnel.

Le premier a trait à la fondamentalité textuelle issue de l'article 34 de la Constitution et met en relief l'utilisation constante de cette manifestation du concept par le Conseil Constitutionnel.

Le deuxième a trait aux PFRLR et met en relief le nombre restreint de principes consacrés.

Le troisième a trait à la fondamentalité substantielle qui s'incarne dans l'utilisation expresse du qualificatif « fondamental » et met en valeur la progressive régression de l'emploi de cet aspect de la fondamentalité.



Annexe 3

Tableaux visant à illustrer le renversement de l'effet vertical de la logique intra juridique en matière de fondamentalité

Tableau n°1 : illustration de la production normative selon la logique intra juridique dans un système de droit kelsénien :

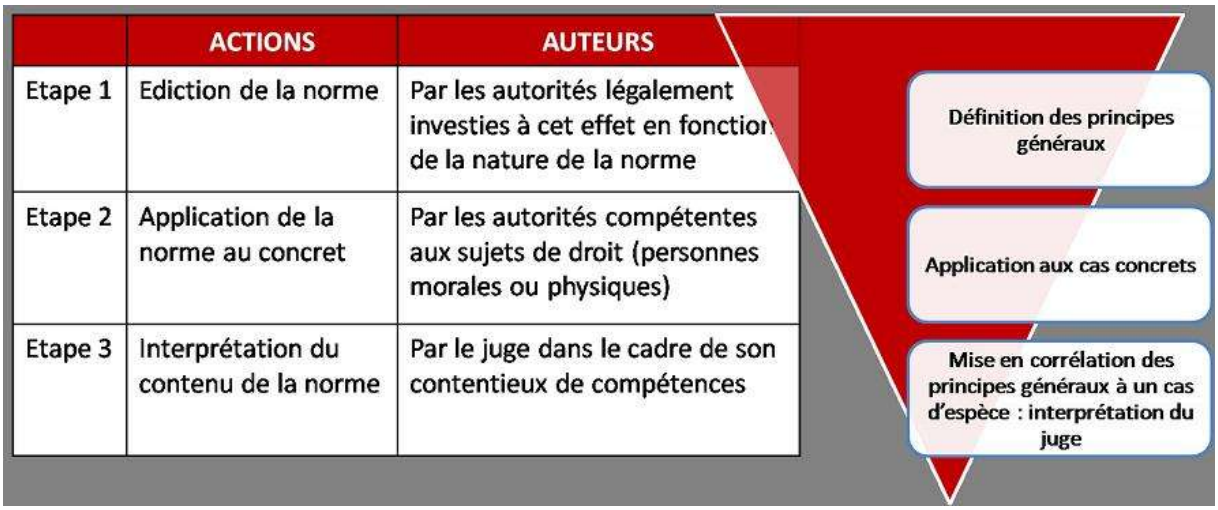
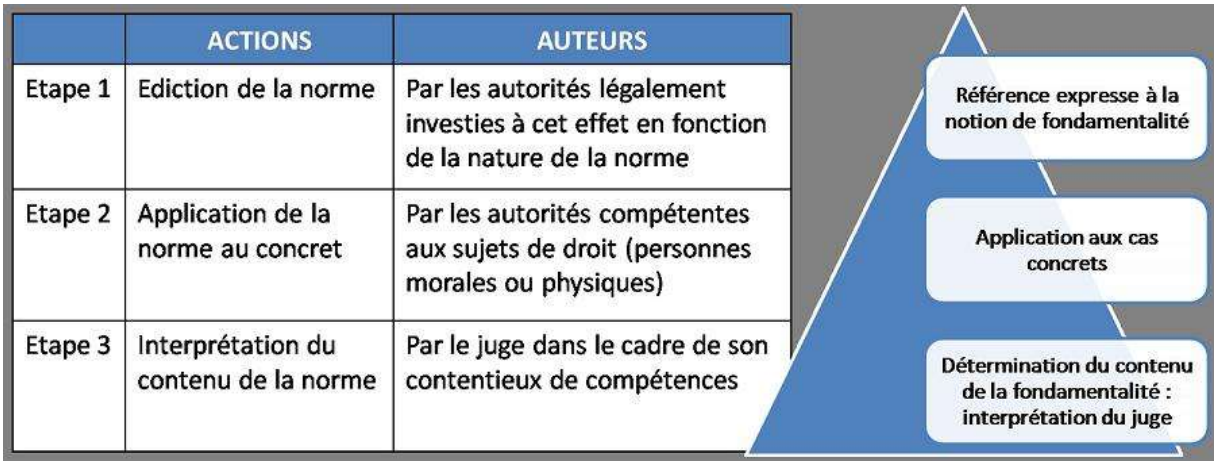


Tableau n°2 : illustration de la production normative en matière de fondamentalité selon la logique intra juridique dans le système de droit français :



Annexe 4

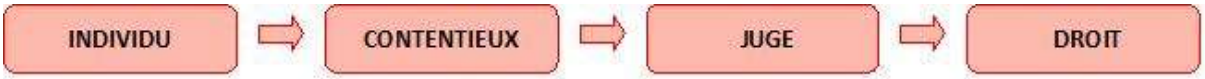
Schémas ayant vocation à transcrire les modes d'expression d'un individu dans le cadre des régimes démocratiques

Schéma n°1 : expression de l'individu dans le cadre d'une démocratie classique

Schéma n°2 : expression de l'individu dans le cadre d'une démocratie constitutionnelle

Expression normale :

Expression conflictuelle :



Bibliographie

Les rubriques sont classées par ordre alphabétique

Avis

Avis no 63 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et la santé (France), en date du 27 janvier 2000, http://agora.qc.ca

Colloque

FOMBEUR Pascale, La jurisprudence du Conseil d'Etat et la liberté d'association, Actes du colloque La liberté d'association et le droit, Paris, le Conseil constitutionnel, 29-30 juin 2001, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

LEVADE Anne, Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

MENY Yves, Révolution constitutionnelle et démocratie, Chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie, Communication, Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 Novembre 2008, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

TROPER Michel, La liberté de l'interprète, L'office du juge, Actes du colloque organisé les 29 et 30 septembre 2006, Paris, Palais du Luxembourg, source http://www.senat.fr

Congrès

MOINE André, La conformité au droit fondamental à l'égalité des discriminations "positives" fondées sur l'identité sexuelle un exemple d'interactions normatives et jurisprudentielles, Congres AFDC de Montpellier - projet de communication, source http://www.droitconstitutionnel.org

Discours, exposé, intervention (classés par ordre alphabétique des auteurs)

AMELLER Michel, *Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel*, exposé à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCDE, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

BALLADUR Edouard, Discours prononcé, le 19 novembre 1993, devant le Congrès (extrait) source http://www.senat.fr

DEBRE Jean-Louis, Président du Conseil constitutionnel, garde des Sceaux, devant le Conseil d'État, 27 août 1958, source http://www.assemblee-nationale.fr ou http://www.ladocumentationfrancaise.fr

DEBRE Jean-Louis, Président du Conseil constitutionnel, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité,* Lors du colloque organisé par l'Association française de droit constitutionnel, le 6 juin 2008 au Conseil constitutionnel, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

DEBRE Jean-Louis, Président du Conseil constitutionnel, Conférence des Bâtonniers, 22 janvier 2010, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

DEBRE Jean-Louis, Président du Conseil constitutionnel, 1er mars 2010, cérémonie à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, membre du Conseil constitutionnel, La sécurité juridique Le point de vue du juge constitutionnel, exposé à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens, le 20 septembre 2005, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France*, Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol Madrid, 2-4 avril 2009, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

GUENA Yves, Président du Conseil constitutionnel, Le rôle du Conseil constitutionnel français, exposé présenté à l'occasion du 150ème anniversaire de l'État fédéral suisse le 13 juin 1998, *Rapport du Conseil constitutionnel français*, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

GUILLAUME Marc, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, 19 février 2010, *La question prioritaire de constitutionnalité* , source http://www.conseil-constitutionnel.fr

HAENEL Hubert, Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne, 7 férvier 2011, Journée de travail à la Cour de justice de l'Union européenne, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

MAZEAUD Pierre, *La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité*, intervention, EREVAN, 29 septembre – 2 octobre 2005, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

SAUVE Jean-Marc, Vice Président du Conseil d'Etat , *Les réformes dans la juridiction administrative*, Colloque organisé par l'Association des Juristes de Contentieux de droit Public (AJCP) du Master II Contentieux Public de l'Université Paris 1, Assemblée nationale le vendredi 15 mai 2009 source http://www.conseil-etat.fr

SAUVE Jean-Marc, Vice-président du Conseil d'Etat, Audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République, 5 mai 2008, p. 5, source http://www.conseil-etat.fr

VEIL Simone, membre du Conseil constitutionnel, 4ème Congrès de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF) du 13 au 15 novembre 2006

Jurisprudences (classées par juridictions et par date)

Conseil constitutionnel, (http://www.conseil-constitutionnel.fr)

27 novembre 1959 - Décision n° 59-1 FNR *Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme)* Recueil, p. 71 - Journal officiel du 14 janvier 1960, p. 44

07 avril 1960 - Décision n° 60-5 L *Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959* Recueil, p. 32 - Journal officiel du 29 avril 1960, p. 3958

06 novembre 1962 - Décision n° 62-20 DC *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* Recueil, p. 27 - Journal officiel du 7 novembre 1962, p. 10778

17 novembre 1966 - Décision n° 66-42 L *Nature juridique des dispositions de l'ordonnance n° 59-106 du 6 janvier 1959, modifiant et complétant la loi du 1er août 1936 relative au statut des cadres des réserves de l'armée de l'air* Recueil, p. 32 ; RJC, p. II-26 - Journal officiel du 27 avril 1967

23 février 1970 - Décision n° 70-60 L *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 2, alinéa 2, de l'ordonnance du 23 octobre 1958, portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique* Recueil, p. 35 - Journal officiel du 1er mars 1970, p. 2117

16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671

03 mars 1976 - Décision n° 76-88 L *Nature juridique de dispositions de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 970 portant réforme hospitalière (composition des commissions régionales d'hospitalisation* Recueil, p. 50 - Journal officiel du 7 mars 1976, p. 1505

02 décembre 1976 - Décision n° 76-70 DC *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail* Recueil, p. 39 - Journal officiel du 7 décembre 1976, p. 7052

12 janvier 1977 - Décision n° 76-75 DC *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* Recueil, p. 33 ; RJC, p. I-45 - Journal officiel du 13 janvier 1976, p. 344

23 novembre 1977 - Décision n° 77-87 DC *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement* Recueil, p. 42 - Journal officiel du 25 novembre 1977, p. 5530

18 janvier 1978 - Décision n° 77-92 DC Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale) Recueil, p. 21 ; RJC, p. I-57 - Journal officiel du 19 janvier 1978, p. 422

12 juillet 1979 - Décision n° 79-107 DC *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* Recueil, p. 31 - Journal officiel du 13 juillet 1979, p

22 juillet 1980 - Décision n° 80-119 DC *Loi portant validation d'actes administratifs* Recueil, p. 46 - Journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1868

16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299

28 juin 1982 - Décision n° 82-140 DC *Loi de finances rectificative pour 1982* Recueil, p. 45 - Journal officiel du 29 juin 1982, p. 2043

28 mai 1983 - Décision n° 83-156 DC *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse* Recueil, p. 41 - Journal officiel du 1er juin 1983, p. 1646

20 juillet 1983 - Décision n° 83-162 DC *Loi relative à la démocratisation du secteur public* Recueil, p. 49 - Journal officiel du 22 juillet 1983, p. 2267

20 janvier 1984 - Décision n° 83-165 DC *Loi relative à l'enseignement supérieur* Recueil, p. 30 - Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 365

11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200

23 août 1985 - Décision n° 85-197 DC *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* Recueil, p. 70 - Journal officiel du 24 août 1985, p. 9814

18 septembre 1986 - Décision n° 86-217 DC *Loi relative à la liberté de communication* Recueil, p. 141 - Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294

18 novembre 1986 - Décision n° 86-218 DC *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. 167 - Journal officiel du 19 novembre 1986, p. 13769

7 janvier 1988 - Décision n° 87-232 DC Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole Recueil, p. 17 ; RJC, p. I-317 - Journal officiel du 10 janvier 1988, p. 482

20 juillet 1988 - Décision n° 88-244 DC *Loi portant amnistie* Recueil, p. 119 - Journal officiel du 21 juillet 1988, p. 9448

17 janvier 1989 - Décision n° 88-248 DC *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 18 janvier 1989, p. 754

25 juillet 1989 - Décision n° 89-256 DC *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles* Recueil, p. 53 - Journal officiel du 28 juillet 1989, p. 9501

11 janvier 1990 - Décision n° 89-271 DC *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques* Recueil, p. 21 - Journal officiel du 13 janvier 1990, p. 573

22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972

16 janvier 1991 - Décision n° 90-284 DC Loi relative au conseiller du salarié Recueil, p. 20 ; RJC, p. I-422 - Journal officiel du 18 janvier 1991, p. 923

09 avril 1992 - Décision n° 92-308 DC*Traité sur l'Union européenne* Recueil, p. 55 - Journal officiel du 11 avril 1992, p. 5354

02 septembre 1992 - Décision n° 92-312 DC *Traité sur l'Union européenne* Recueil, p. 76 - Journal officiel du 3 septembre 1992, p. 12095

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

27 juillet 1994 - Décision n° 94-343/344 DC *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* Recueil, p. 100 - Journal officiel du 29 juillet 1994, p. 11024

29 juillet 1994 - Décision n° 94-345 DC *Loi relative à l'emploi de la langue française* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240

09 avril 1996 - Décision n° 96-373 DC *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* Recueil, p. 43 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5724

6 novembre 1996 - Décision n° 96-383 DC *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective* Recueil, p. 128 ; RJC, p. I-686 - Journal officiel du 13 novembre 1996, p. 16531

22 avril 1997 - Décision n° 97-389 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* Recueil, p. 45 ; RJC, p. I-707 - Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271

10 juin 1998 - Décision n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* Recueil, p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033

22 janvier 1999 - Décision n° 98-408 DC *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 24 janvier 1999, p. 1317

16 décembre 1999 - Décision n° 99-421 DC *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* Recueil, p. 136 - Journal officiel du 22 décembre 1999, p. 19041

30 mai 2000 - Décision n° 2000-429 DC *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* Recueil, p. 84 - Journal officiel du 7 juin 2000, p. 8564

27 juillet 2000 - Décision n° 2000-433 DC *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* Recueil, p. 121 - Journal officiel du 2 août 2000, p. 11922

27 juin 2001 - Décision n° 2001-446 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* Recueil, p. 74 - Journal officiel du 7 juillet 2001, p. 10828

11 juillet 2001 - Décision n° 2001-450 DC *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* Recueil, p. 82 - Journal officiel du 18 juillet 2001, p. 11506

17 janvier 2002 - Décision n° 2001-454 DC *Loi relative à la Corse* Recueil, p. 70 - Journal officiel du 23 janvier 2002, p. 1526

29 août 2002 - Décision n° 2002-461 DC *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* Recueil, p. 204 - Journal officiel du 10 septembre 2002, p. 14953

26 mars 2003 - Décision n° 2003-469 DC *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* Recueil, p. 293 - Journal officiel du 29 mars 2003, p. 5570

20 novembre 2003 - Décision n° 2003-484 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* Recueil, p. 438 - Journal officiel du 27 novembre 2003, p. 20154

04 décembre 2003 - Décision n° 2003-485 DC *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile* Recueil, p. 455 - Journal officiel du 11 décembre 2003, p. 21085

10 juin 2004 - Décision n° 2004-496 DC *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* Recueil, p. 101 - Journal officiel du 22 juin 2004, p. 11182 7.

10 juin 2004 - Décision n° 2004-197 L *Nature juridique de dispositions du code rural et de l'ancien code rural en matière de retraite* Recueil, p. 99 - Journal officiel du 13 juin 2004, p. 10561

29 juillet 2004 - Décision n° 2004-499 DC *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* Recueil, p. 126 - Journal officiel du 7 août 2004, p. 14087

19 novembre 2004 - Décision n° 2004-505 DC *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* Recueil, p. 173 - Journal officiel du 24 novembre 2004, p. 19885

27 juillet 2006 - Décision n° 2006-540 DC *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* Recueil, p. 88 - Journal officiel du 3 août 2006, p. 11541

21 février 2008 - Décision n° 2008-563 DC *Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général* - Journal officiel du 27 février 2008, p. 3370

07 août 2008 - Décision n° 2008-569 DC *Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire* Recueil, p. 359 - Journal officiel du 21 août 2008, p. 13089

18 septembre 2008 - Décision n° 2008-211 L *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire* Recueil, p. 365 - Journal officiel du 21 septembre 2008, p. 14606

16 octobre 2008 - Décision n° 2008-213 L *Nature juridique de dispositions du code de la route et de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 modifiée portant réforme des procédures civiles d'exécution* Recueil, p. 369 - Journal officiel du 18 octobre 2008, p. 16002

08 janvier 2009 - Décision n° 2008-572 DC *Loi organique portant application de l'article 25 de la Constitution* Recueil, p. 33 - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 723

08 janvier 2009 - Décision n° 2008-573 DC *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés* Recueil, p. 36 - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724

09 avril 2009 - Décision n° 2009-216 L *Nature juridique de dispositions du code de la propriété intellectuelle* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 12 avril 2009, p. 6433

10 juin 2009 - Décision n° 2009-580 DC *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 13 juin 2009, p. 9675

06 août 2009 - Décision n° 2009-588 DC *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 11 août 2009, p. 13319

19 novembre 2009 - Décision n° 2009-592 DC *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 25 novembre 2009, p. 20223

03 décembre 2009 - Décision n° 2009-595 DC *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21381

11 février 2010 - Décision n° 2010-219 L *Nature juridique de dispositions de la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions et de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 16 février 2010, p. 2890

18 février 2010 - Décision n° 2010-602 DC *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 24 février 2010, p. 3385

25 février 2010 - Décision n° 2010-604 DC *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 3 mars 2010, p. 4312

12 mai 2010 - Décision n° 2010-605 DC *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 13 mai 2010, p. 8897

Décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010 *Union des familles en Europe* [Associations familiales] Journal officiel du 29 mai 2010, p. 9730

Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 *Mme Vivianne L.* [Loi dite "anti-Perruche"] Journal officiel du 12 juin 2010, p. 10847

Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 *SNC KIMBERLY CLARK* [Incompétence négative en matière fiscale] Journal officiel du 19 juin 2010, p. 11149

Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 *Époux L.* Journal officiel du 19 juin 2010, p. 11149

Décision n° 2011-116 QPC du 08 avril 2011 *M. Michel Z. et autre Journal officiel du 9 avril 2011*, p. 6361.

Conseil d'Etat, (http://www.legifrance.gouv.fr)

Conseil d'État, 18 avril 1951, Élection de Nolay, Recueil Lebon, 1951, p. 189

Conseil d'Etat, Ass. plénière, 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang, p. 317

Conseil d'Etat, Section, du 26 juin 1959, 92099, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Assemblée, du 2 mars 1962, 55049 55055, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Assemblée, du 26 septembre 1984, 62847, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 7 janvier 1987, 75867, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 14 décembre 1987, 88522, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 2 / 6 SSR, du 26 octobre 1988, 88786, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 21 décembre 1988, 98527, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 2 / 6 SSR, du 10 mars 1989, 97226, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Assemblée, du 20 octobre 1989, 108243, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 29 mai 1992, 67622, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Assemblée, du 3 juillet 1996, 169219, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Assemblée, du 30 octobre 1998, 200286 200287, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés, du 9 janvier 2001, 228928, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés, du 12 janvier 2001, 229039, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Labetoulle), du 24 février 2001, 230611, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Genevois), du 23 mars 2001, 231559, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (Mme Aubin), du 2 avril 2001, 231965, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Delarue), du 12 novembre 2001, 239792, mentionné aux tables du recueil Lebon

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Genevois), du 12 novembre 2001, 239840, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 8 SS, du 30 novembre 2001, 219605, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 3 / 8 SSR, du 12 juin 2002, 246618, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 16 août 2002, 249552, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 19 août 2002, 249666, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, du 25 octobre 2002, 251161, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 27 novembre 2002, 251898, mentionné aux tables du recueil Lebon

Conseil d'Etat, 6 / 4 SSR, du 30 décembre 2002, 240430, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 juillet 2003, 257971, mentionné aux tables du recueil Lebon

Conseil d'Etat, 1ère et 2ème sous-sections réunies, du 9 décembre 2003, 262186, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 20 février 2004, 264774, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 9 avril 2004, 263759, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, du 8 octobre 2004, 272926, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 5 janvier 2005, 257341, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 mars 2005, 278435, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 avril 2005, 279473, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 10 août 2005, 282952, inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 25 août 2005, 284307, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 8 septembre 2005, 284803, publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, du 13 mars 2006, 291118, mentionné aux tables du recueil Lebon

Conseil d'État, Assemblée, 24/03/2006, 288460, Publié au recueil Lebon

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 mai 2006, 292910, mentionné aux tables du recueil Lebon

Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 23/05/2007, 288378

Conseil d'État, Juge des référés, 26/11/2008, 322485, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, 03/04/2009, 326721, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, Juge des référés, 22/06/2009, 328756, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, , 26/06/2009, 329155, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, Juge des référés, 30/06/2009, 328879, Publié au recueil Lebon

Conseil d'État, Juge des référés, 15/07/2009, 329526, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, , 12/08/2009, 330724, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, , 25/09/2009, 332260, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, Juge des référés, 13/11/2009, 333414, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, , 31/12/2009, 335107, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, Juge des référés, 06/01/2010, 335030, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, Juge des référés, 01/03/2010, 336857, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 17/03/2010, 332586

Conseil d'État, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 01/04/2010, 335753, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, 06/04/2010, 338168, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'Etat, 06/04/2010, 338163, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 14/05/2010, 312305, Publié au recueil Lebon

Conseil d'État, Juge des référés, 19/05/2010, 339421, Inédit au recueil Lebon

Conseil d'État, , 08/06/2010, 340143, Inédit au recueil Lebon

Cour de cassation, (http://www.legifrance.gouv.fr)

Cour de Cassation, Chambre MIXTE, du 24 mai 1975, 73-13.556, Publié au bulletin

Cour de cassation - Chambre sociale, n° 97-16.521, 27 mai 1999

Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 2 juin 2000, 99-60.274, Publié au bulletin

Tribunal des conflits, (http://www.legifrance.gouv.fr)

Tribunal des Conflits, 19/11/2007, C3660, Publié au recueil Lebon

Cour européenne des droits de l'homme, (http://www.echr.coe.int)

CEDH, 23.7.1968 Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (fond)

CEDH, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, § 50, série A no 23

CEDH, 21.10.1997 Pierre-Bloch c./v. France

CEDH 25.11.1997 Zana c. Turquie/v. Turkey

CEDH, 13.2.2003 Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turkey/Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, nos/nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et/and 41344/98

CEDH, *Leyla Şahin c.* Turquie, no 44774/98, § 152 -153, 29 juin 2004

CEDH, affaire Maurice contre France, n° 11810/03, 6 octobre 2005, publiée au Recueil des arrêts et décisions 2005-IX

Cour de justice de l'Union européenne, (http://curia.europa.eu)

CJUE arrêt du 15 juillet 1964, Costa / E.N.E.L. (6-64, Rec._p._01141)

CJUE, 12 novembre 1969, Erich Stauder c/ Stadt Ulm, aff. 29/69, Rec. p. 419

CJUE 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, rec. p. 1125

CJUE, affaire C-510/08 Arrêt 2010-04-22 Mattner

Cours constitutionnelles étrangères

Cour constitutionnelle italienne, décision du 27 décembre 1965, affaire San Michele

Cour constitutionnelle allemande, décision du 29 mai 1974, affaire dite Solange I

Cour constitutionnelle allemande, décision du 30 juin 2009, affaire dite du Traité de Lisbonne

Ouvrages

Ouvrages individuels

AMSON Daniel, *Histoire constitutionnelle française de la prise la Bastille à Waterloo*, Paris, L.G.D.J, 2010, 999 pages

BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Collection nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2003, 913 pages

BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, 5e édition, Paris, L.G.D.J, 2000, 637 pages

BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Libertés fondamentales*, Paris, collection pages d'amphi, Montchrestien, 2003, 347 pages

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2e édition, 2e tirage, Paris, PUF, 2008, 416 pages

CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit, grands problèmes politiques et sociaux*, n°898, Paris, La documentation française, mars 2004, 110 pages

CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, 5e édition, Paris, Montchrestien, 2010, 158 pages

COHEN-TANUGI Laurent, *La métamorphose de la démocratie française, de l'Etat jacobin à l'Etat de droit,* Paris, éditions Gallimard, 1993, 244 pages

COMBESSIE Jean-Claude, *La méthode en sociologie*, 5e édition, Paris, La Découverte, 2007, 128 pages

FORMERY Simon-Louis, *La Constitution commentée article par article*, 8e édition, Paris, Hachette supérieure, 2004, 160 pages

GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 19e édition, Paris, L.G.D.J, 2010, 550 pages

GIRARD Charlotte, *Des droits fondamentaux au fondement du droit, Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit,* Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, 412 pages

KADA Nicolas, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2004, 128 pages

MASSIAS Jean-Pierre, *Droit constitutionnel des Etats de l'Europe de l'est*, Paris, PUF, 1999, 511 pages

MERTZ Bertrand, *L'Etat de droit en accusation, La démocratie a-t-elle encore un avenir dans l'Etat de droit ?*, Paris, éditions Kimé, 1996, 108 pages

MONTESQUIEU*, De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, 507 pages

MORANGE Jean, *Manuel des droits de l'homme et des libertés publiques*, Paris, P.U.F, 2007, 278 pages

PACTEAU Bernard*, Manuel de contentieux administratif*, Paris, P.U.F, 2006, 342 pages

PONTIER Jean-Marie, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 2e édition, Paris, Hachette supérieur, 2005, 158 pages

POUILLE André, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2004, 211 pages

RICCI Jean-Claude*, Droit administratif*, 5e édition, Paris, Hachette supérieure, 2007, 160 pages

RICCI Jean-Claude, *Mémento de la jurisprudence administrative*, 7e édition, Paris Hachette supérieure, 2008, 160 pages

ROSANVALLON Pierre, *La contre démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions Du Seuil, 2006, 345 pages

ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e édition, Paris, Montchrestien, 2006, 536 pages

ROUSSEAU Dominique, *La Vè République se meurt, Vive la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2007, 334 pages

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Montrouge, Larousse, 1953, 117 pages

STIRN Bernard, *Les libertés en question*, 6e édition, Montchrestien, 2006, 160 pages

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, 665 pages

TURPIN Dominique, *Contentieux administratif*, 4e édition, Paris, Hachette supérieur, 2007, 160 pages

TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, 767 pages

TURPIN Dominique, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, éditions Du Seuil, 2004, 623 pages

VILLEY Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 1e édition quadrige 1983, Paris, PUF, 2008, 169 pages

Ouvrages collectifs

ARNAUD André-Jean, FARINAS DULCE José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Manuel de l'académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, Bruylant, 1998, 378 pages

BODINEAU Pierre, VERPEAUX Michel, *Histoire constitutionnelle de la France*, 2e édition, Paris, collection que sais-je, PUF, 2002, 127 pages

BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 pages

CROZIER Michel, FRIEDBERG Erhard, *L'acteur et le système*, Paris, Edition Du Seuil, 1977, 500 pages

DE GUNTEN Bernard, MARTIN Arlette., NIOGRET Mauricette, *Les institutions de la France, V République*, Paris Nathan, repères pratiques, 2004, 159 pages

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, 3e édition, Paris, Dalloz, 2005, 576 pages

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Dalloz, 2004, 931 pages

GARAPON Antoine, ALLARD Julie, GROS Frédéric, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, 184 pages

GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22e édition, Paris, Montchrestien, 2008, 798 pages

HAMON Francis, WIENER Cécile, *La justice constitutionnelle, Présentation générale France, Etats-Unis,* Paris, Documents d'études n°1.15, La Documentation française, éditions 2001, 40 pages

MASSOT Jean, GIRARDOT Thierry, *Le Conseil d'Etat*, Paris, notes et études documentaires, n°5086-87, La Documentation française, janvier 1999, 230 pages

MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J, 2002, 791 pages

OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, 864 pages

ROBERT Jacques, DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8e édition, Paris, Montchrestien, 2009, 908 pages

ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2004, 480 pages

VERPEAUX Michel, BONNARD Maryvonne, *Le Conseil Constitutionnel*, études, Paris, La Documentation française, 2007, 172 pages

Ouvrages sous la direction de

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, 885 pages

GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12e édition, Paris, 1999, 561 pages

RENAUT Alain (sous la direction de), *Institutions*, Paris, Ellipses, 2008, 746 pages

RENOUX Thierry-Serge (sous la direction de)., *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Paris, La Documentation française, 2007, 197 pages

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, collection La pensée juridique, Paris, L.G.D.J, 2005, 203 pages

TROPER Michel (sous la direction de), *Comment décident les juges, La Constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Paris, Economica, 2008, 142 pages

Ouvrages consultés

DESCARTES René, *Méditations métaphysiques*, 1641, édition electronique, source http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/file/descartes_meditations.pdf

FROMONT Michel, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 49-64

HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, Sirey, p. 304

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. De Charles Eisenmann, 1962, réédition 1999, Coll. La pensée juridique, L.G.D.J – Bruylant, pp. 224-226

LEISNER Walter, L'Etat de droit une contradiction ?, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 65-79

OST François, VAN de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 13-17.

TROPER Michel, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 133-171

Rapport

Rapport remis au Président de la République la 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, avis et communications, avis divers, Journal officiel de la République française, 16 février 1993, p. 2549

Rapport sur les autorités administratives indépendantes, par M. Patrice Gélard, Sénateur, Office parlementaire d'évaluation de la législation, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2006, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, http://www.assemblee-nationale.fr

Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, 29 octobre 2007, 181 pages

Rapport n°892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle (N° 820) de modernisation des institutions de la Ve République, par Jean – Luc Warsmann, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2008, http://www.assemblee-nationale.fr

Rapport n° 387 (2007-2008) de M. Jean-Jacques Hyest, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 juin 2008, Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, http://www.senat.fr

Rapport du Comité présidé par Simon Veil, Redécouvrir le préambule de la Constitution, Paris, La Documentation française, 2008, 209 pages

Rapport n°1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution, par M. Jean-Luc Warsmann, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 septembre 2009, http://www.assemblee-nationale.fr

Rapport n°637 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique, adopté par l'assemblée nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution, par M. Hugues Portelli, enregistré à la présidence du sénat le 29 septembre 2009, http://www.senat.fr

Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Cour de Karlsruhe) au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne, par M. Hubert Haenel, enregistré à la Présidence du Sénat le 26 novembre 2009, http://www.senat.fr

Ressources internet

Le site http://www.larousse.fr a été utilisé pour les définitions des termes suivants :

- autorité
- combinatoire
- fait
- individualisme
- juger
- justiciable

- pouvoir
- présomption
- ni
- réaffirmer
- régulateur
- république
- sacré
- système

Le site http://plato-dialogues.org a été utilisé pour obtenir un extrait de l'ouvrage PLATON, Ménon, L'expérience avec l'esclave, 80d1-86d2, Traduction Bernard SUZANNE, 2000

Le site http://droits-numeriques.org/ a été utilisé pour avoir accès au texte de la Déclaration des droits fondamentaux numériques, présentée par Hervé Morin, le 23 juin 2009

Le site http://www.conseil-constitutionnel.fr a été utilisé pour avoir accès aux documents :
-« Quelques éléments sur le dr oit de propriété et le Conseil constitutionnel (note d'information interne aux services du Conseil constitutionnel) »
-« La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) "12 questions pour commencer »

Le site http://www.reds.msh-paris.fr a été utilisé pour avoir accès au document « DE BECHILLON Denys, Règle, Droit et complexité, synthèse et commentaire par Serge DIEBOLT tiré de l'ouvrage : Qu'est-ce qu'une règle de droit ?,éditions Odile Jacob, Paris, 1997 »

Le site http://www.comite-constitutionnel.fr a été utilisé pour avoir accès à la lettre de mission du Président de la République Nicolas Sarkozy, 18 juillet 2007

Le site http://www.conseil-etat.fr a été utilisé pour avoir accès au document « 3 juillet 1996 – Koné, Interprétation d'un traité d'extradition conformément à un principe constitutionnel Analyse »

Le site http://europa.eu a été utilisé pour avoir accès au document « La primauté du droit communautaire »

Le site http://www.culturedroit.com a été utilisé pour avoir accès au document intitulé Proposition de loi constitutionnelle relative à la reconnaissance à l'Avocat de son statut constitutionnel de défenseur et tendant à l'instauration d'une garantie des droits effective, Elaborée par Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat au Barreau de Marseille

Le site http://www.courdecassation.fr a été utilisé pour avoir accès au document intitulé La politique jurisprudentielle de CANIVET Guy, MOLFESSIS Nicolas

Le site http://www.pedone.info/ a été utilisé pour avoir accès à l'extrait de l'ouvrage de DUBOUT Edouard, TOUZE Sébastien (sous la direction de), Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, extraits, Paris, A.Pedone, 2009

Le site http://www.laviedesidees.fr a été utilisé pour avoir accès à l'article de ROUSSEAU Dominique, Constitutionnalisme et démocratie

Le site http://www.america.gov/fr a été utilisé pour avoir accès à l'article de SHERRY Suzanna, Influence et indépendance : le rôle de la politique dans les arrêts de la Cour suprême, 18 novembre 2009, Diffusé par le Bureau des programmes d'information internationale du département d'Etat.

Le site http://www.justice.gouv.fr a été utilisée pour avoir accès au texte de la Loi sur l'organisation judiciaire (16-24 août 1790) et au Communiqué de presse de Michèle Alliot-Marie, 4 juin 2010

Le site http://opera.stanford.edu a été utilisé pour avoir accès aux paroles de l'Opéra Carmen de Georges Bizet

Le site internet http://www.persee.fr a été utilisé pour avoir accès au document FAVIER Jean. CAZELLES Raymond, La société politique et la crise de la royauté sous Philippe de Valois. Paris, Librairie d'Argences, 1958. (Bibliothèque elzévirienne, nouvelle série, Études et documents.), Bibliothèque de l'école des chartes, 1959, vol. 117, n° 1, pp. 319-323

Revues

Actualité juridique de droit administratif (AJDA), Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr)

AUBY Jean-Bernard, La bataille de San Romano,réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, *AJDA*, 2001, p. 912

BEAUD Olivier, Débattre sur le Conseil constitutionnel... Enfin !, *AJDA*, 2010, p. 353

BENOIT – ROHMER Florence, Applicabilité du principe d'égalité aux étrangers, *AJDA*, 1990, p. 471

BLACHER Philippe, Vers un gouvernement du juge constitutionnel ?, *AJDA*, 2010, p. 465

BOUGRAB Jeannette, L'aide juridictionnelle, un droit fondamental?, *AJDA*, 2001, p. 1016

BRAIBANT Guy, DRAGO Roland, GAUDEMET Yves, LABETOULLE Daniel, LYON-CAEN Arnaud, LE MIRE Pierre, MOREAU Jacques, VEDEL Georges, WAQUET Philippe, Questions pour le droit administratif, *AJDA,* 1995, p. 11

CAVIGLIOLI Benoît, Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence*, AJDA,* 2003, p. 642

DECAUX Emmanuel, Les droits fondamentaux en droit international, *AJDA,* 1998, p. 66

DEGUERGUE Maryse, Le juge, la liberté du malade et l'éthique du médecin, *AJDA*, 2002, p. 717

DELCROS Bertrand, ROGER Jérôme, Commentaire de la loi n° 94-88 du 1er février 1994 modifiant la loi du 30 septembre 1987 relative à la liberté de communication, *AJDA*, 1994, p. 305

DRAGO Roland, Droits fondamentaux et personnes publiques, *AJDA*, 1998, p. 130

DUPRE DE BOULOIS Xavier, Les personnes publiques et la Convention européenne des droits de l'homme : un peu, beaucoup, pas du tout ?, *AJDA*, 2008, p. 1036

GENEVOIS Bruno, Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, *AJDA*, 1998, p. 477

FORT François-Xavier, La protection de la dignité de la personne détenue, *AJDA*, 2010 p. 2249

GLENARD Guillaume, Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, *AJDA*, 2003, p. 2008

GUYOMAR Mattias, COLLIN Pierre, Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'Etat juge d'appel, *AJDA*, 2001, p. 153

JACQUINOT Nathalie, La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part?, *AJDA*, 2003, p. 658

JANIS Mark, La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique, *AJDA*, 1998 p. 52

JOUANJAN Olivier, La théorie allemande des droits fondamentaux, *AJDA*, 1998, p. 44

KOERING-JOULIN Renée, SEUVIC Jean-François, Droits fondamentaux et droit criminel, *AJDA*, 1998, p. 106

LABAYLE Henri, Droits fondamentaux et droit européen, *AJDA*, 1998, p. 75

LACHAUME Jean-François, Droits fondamentaux et droit administratif, *AJDA*, 1998, p. 92

LE PRADO Didier, La question prioritaire de constitutionnalité vue par un avocat, *AJDA*, 2010, p. 94

MOLINER-DUBOST Marianne, Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, AJDA, 2008 p. 84

OVERNEY Sophie, Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge, *AJDA,* 2001, p. 714

PACTEAU Bernard, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA*, 1995, p. 151

PICARD Etienne, L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public, AJDA, 1996, p. 55

PICARD Etienne, L'émergence des droits fondamentaux en France, *A.J.D.A*, 1998, p. 6

PICARD Etienne, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, *AJDA*, 1998, p. 651

PIZZORUSSO Alessandro, Les droits fondamentaux en Italie, *AJDA*, 1998, p. 56

RICHER Laurent, Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?, *AJDA*, 1998, p. 1

ROBLOT-TROIZIER Agnès, L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés, *AJDA*, 2008, p. 1866

SCHRAMECK Olivier, Droit administratif et droit constitutionnel, *AJDA*, 1995, p. 34

SCHWARZE Jürgen, Le juge, un regard étranger, *AJDA*, 1995, p. 233

TREMEAU Jérôme, Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété, *AJDA*, 2003, p. 653

VANDERMEEREN Roland, Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *AJDA*, 2000, p. 706

VAN LANG Agathe, Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité, *AJDA*, 2005, p.1760

VERPEAUX Michel, Voie de fait et liberté fondamentale, *AJDA*, 2008, p. 885

VERPEAUX Michel, La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique, *AJDA,* 2009, p. 1474

VERPEAUX Michel, Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité, *AJDA*, 2010, p. 88

WACHSMANN Patrick, Inconstitutionnalité partielle de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, *AJDA*, 1994, p. 731

WACHSMANN Patrick, La séparation des pouvoirs contre les libertés ?, *AJDA*, 2009, p. 617

YOLKA Philippe, La carpe et le lapin : retour sur les droits fondamentaux des personnes publiques, *AJDA*, 2010, p. 559

Gazette du Palais, Lextenso, (http://ent.u-clermont1.fr)

AZOUX-BACRIE Laurence, SAVIN Patricia, Conclusion : les nouveaux droits fondamentaux, *Gazette du Palais*, 18 mars 2006, n° 77, p. 49

BORZEIX Arnaud, La question prioritaire de constitutionnalité : exception de procédure ou question préjudicielle ? Un recours individuel en abrogation de la loi, *Gazette du Palais*, 02 mars 2010, n° 61, p. 18

BRIAND Luc, La question prioritaire de constitutionnalité et les règles du procès équitable, *Gazette du Palais*, 19 janvier 2010, n° 19, p. 17

DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline, L'Europe a-t-elle besoin d'une charte des droits fondamentaux ?, *Gazette du Palais*, 08 juin 2000, n°160, p. 5

GUILLAUME Marc, Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, *Gazette du Palais*, 23 février 2010, n° 54, p. 10

GUYOMAR Mattias, SIMON Denys, La hiérarchie des normes en Europe, *Gazette du Palais*, 12 février 2009, n° 43, p. 11

HAGUENAU-MOIZARD Catherine, Les droits de l'homme : une ou plusieurs Europe ?, *Gazette du Palais*, 19 juin 2008, n° 171, p. 31

KLEITZ Clémentine, *Jean-Paul Costa, président de la CEDH*, *Gazette du Palais*, 19 janvier 2010, n°19, p. 12

KLEITZ Clémentine, Nouvelle jeunesse pour la Constitution, *Gazette du Palais*, 25 février 2010, n° 56, p. 3

KRIKORIAN Philippe, L'avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel, *Gazette du Palais*, 20 novembre 2008, n°325, p. 10

PETTITI Christophe, Les instruments régionaux de protection des droits fondamentaux, *Gazette du Palais*, 18 mars 2006, n° 77, p. 5

RENOUX Thierry S., La réforme de la justice en France : Le juge et la démocratie, *Gazette du Palais*, 22 janvier 2000, n° 22, p. 2

ROUSSEAU Dominique, Vive la QPC ! La quoi ?, *Gazette du Palais*, 26 janvier 2010, n° 26, p. 13

ROUSSEAU Dominique, LEVY David, La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ?, *Gazette du Palais*, 27 avril 2010, n° 117, p. 12

Jus politicum, Revue de droit politique, (http://www.juspoliticum.com)

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination, Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?, *Jus politicum, Revue de droit politique*, n°5, décembre 2010, (pages non communiquées) source http://www.juspoliticum.com/Des-libertes-publiques-aux-droits.html

DENQUIN Jean-Marie, Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit, *Jus Politicum - Revue de droit politique et de droit constitutionnel*, n°1, 1 janvier 2008, pp. 1-11

La semaine juridique, (http://www.lexisnexis.com)

DE BECHILLON Denys, La question de constitutionnalité peut-elle être « prioritaire » ? . - Un arrière-plan à ne pas perdre de vue, *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 21, 24 Mai 2010, 550

DUPRE DE BOULOIS Xavier, Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé, *La Semaine Juridique* Edition Générale n° 49, 5 Décembre 2007, I 211

KIRSEY Valeriya, PORTELLI Hugues, Droits fondamentaux : du bon usage de la guerre des juges par le justiciable, *La Semaine Juridique*, Edition Générale, n° 28, 12 Juillet 2010, 799

LEVADE Anne, Une constitutionnalité en trompe-l'oeil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? . - À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010, *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 11, 15 Mars 2010, 274

MATHIEU Bertrand, La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg, *La Semaine Juridique,* Edition Générale n° 17, 26 Avril 2010, 464

JurisClasseur Administratif, Fascicule 1440, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, les limites de la protection, Cote : 02,2006

Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Dalloz, (http://www.conseil-constitutionnel.fr)

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël , GAUDIN Hélène, Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen - débat sur une nouvelle piste : La conviction d'une piste à emprunter, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 2, janvier 2010, (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles)- Janvier 2010*

ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, Pouvoir normatif du Conseil constitutionnel et stabilité de la norme, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 24 (Dossier : Le pouvoir normatif du juge constitutionnel) - juillet 2008*

BADINTER Robert, Une longue marche « Du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°25*, avril à juin 2008, pp. 6-8

DE BECHILLON Denys, Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel?, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 24 (Dossier : Le pouvoir normatif du juge constitutionnel) - juillet 2008*

FAVOREU Louis, Légalité et constitutionnalité, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°3, premier semestre 1997, pp. 106-117

HALPERIN Jean-Louis, La doctrine indienne de la structure basique de la Constitution. Un socle indérogeable et flexible ?, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27, janvier 2010, (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles) - Janvier 2010*

KLEIN Claude, Le contrôle des lois constitutionnelles - Introduction à une problématique moderne, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27, janvier 2010, (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles) - Janvier 2010*

LEVADE Anne, Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen - l'intuition d'une piste à explorer, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27, janvier 2010, (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles) - Janvier 2010*

LUCHAIRE François, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, *les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°11, mars 2001 à septembre 2001 pp. 100-104

MATHIEU Bertrand, Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique, *les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°11, mars 2001 à septembre 2001 pp. 160-169

MATHIEU Bertrand, Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, novembre 2004 à mars 2005, pp. 185-188

MAUGUE Christine, L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°7, janvier à septembre 1999, pp. 132-140

POULLAIN Bernard, Après 1974, la jurisprudence sort d'une docte pénombre, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°25, avril à juin 2008, pp. 38-39

RIBES Didier, Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, mars 2000 à septembre 2000, pp. 122-132

SCHRAMECK Olivier, La décision du 13 août 1993 : impressions et leçons d'un tonnerre estival*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°25, avril à juin 2008, pp. 44-46

SCHÖNBERGER Christoph, Le Conseil constitutionnel vu d'Allemagne : une marche difficile vers le sommet juridictionnel, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°25*, avril à juin 2008 pp. 62-64

STONE SWEET Alec, Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n°25, avril à juin 2008, pp. 65-69

VIALA Alexandre, L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°6, second semestre 1998, pp. 129- 137

ZOLLER Elisabeth, Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis, *Les Cahiers du Conseil Constitutionne,l* n°5, premier semestre 1998, pp. 40-62

Les Cahiers du Conseil constitutionnel, commentaires, Dalloz, (http://www.conseil-constitutionnel.fr)

Commentaire de la décision n°96-373 DC du 9 avril 1996 Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°1*, premier semestre 1996, pp. 18-20

Commentaire de la décision n°98-401 DC du 20 juin 1998 Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail *Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°5, premier semestre 1998, pp. 13-16

Commentaire de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°7*,* janvier à septembre 1999, pp. 30-31

Commentaire de la décision n°99-421 DC du 16 novembre 1999 Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°8, octobre 1999 à février 2000, pp. 20-24

Commentaire de la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, mars 2002 à septembre 2002, pp. 21-31

Commentaire des décisions n° 2009-576 DC et n° 2009-577 DC du 3 mars 2009 Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France et loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, juillet 2008 à mars 2009, pp. 1-18

Commentaire de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, octobre 2009 à mars 2010, pp. 1-15

Commentaire de la décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel,* n°28, octobre 2009 à mars 2010, pp. 1-14

Commentaire de la décision n° 2010-3 QPC – 28 mai 2010 Union des familles en Europe, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, à paraître / déjà disponible jurisprudence à partir d'avril 2010, pp. 1-11

Sélection de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (extraits), Affaire relative au port du foulard (Principes constitutionnels de la fonction publique, liberté religieuse, droits des parents et compétences législatives des Länder), Arrêt de la Seconde Chambre du 24 septembre 2003. 2 BvR 1436/02 8, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15, mars 2003 à septembre 2003, pp. 189-205

Les Cahiers français n°296, mai-juin 2000, La Documentation française, 100 pages

DORD Olivier, La notion de libertés publiques, Libertés publiques ou droits fondamentaux, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, mai-juin 2000, La documentation française, pp. 3-16

LOCHAK Daniel, La notion de libertés publiques, Libertés, valeurs et interdits, *Les libertés publiques*, Paris, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, pp. 26-33

PICARD Etienne, Libertés publiques et garanties juridiques, Les restrictions exceptionnelles aux libertés publiques, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, mai-juin 2000, La documentation française, pp. 51-58

RENAUT Alain, La notion de libertés publiques, droits de l'individu ou droits du groupe, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, mai-juin 2000, La documentation française, pp. 17-22

SALES Eric, Libertés publiques et garanties juridiques, Le juge et les libertés, *Les libertés publiques*, Paris, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, pp. 34-43

ZACKARIA Fareed, Libéralisme constitutionnel et démocratie, *Les libertés publiques*, les Cahiers français, n°296, La documentation française, mai-juin 2000, pp. 6-7

Les Petites affiches, Lextenso, (http://ent.u-clermont1.fr)

AUBIN Emmanuel, Le droit constitutionnel d'asile, *Petites affiches*, 19 juin 1998, n° 73, p. 14

BAILLON-PASSE Christian, Questions pratiques sur... la question prioritaire de constitutionnalité devant le juge a quo (Lumières et ombres du « recours préalable en abrogation de la loi » devant le juge ordinaire), *Petites ffiches*, 19 février 2010, n° 36, p. 3

BLACHER Philippe, La question prioritaire de constitutionnalité en questions..., *Petites affiches*, 18 mars 2010, n° 55, p. 3

CAMBY Jean-Pierre, Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les jeux en ligne : le contrôle de constitutionnalité a posteriori ne peut nuire au contrôle de conventionnalité (À propos de la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010), *Petites affiches*, 07 juillet 2010 n° 134, p. 6

CARPANO Eric, Droits fondamentaux et libertés communautaires de circulation : brèves remarques sur le développement du système communautaire de protection des droits fondamentaux, *Petites affiches*, 17 juin 2005, n° 120, p. 22

CHALTIEL Florence, Le Traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne (À propos de la décision du 30 juin 2009), *Petites affiches*, 23 juillet 2009, n°146, p. 4

CHALTIEL Florence, Des premières vicissitudes de la dichotomie entre contrôle de conventionalité et contrôle de constitutionnalité, *Petites affiches*, 27 mai 2010, n° 105, p. 6

CHALTIEL Florence, Le dialogue des juges se poursuit sur la question prioritaire de constitutionnalité (À propos de la décision du Conseil constitutionnel n°2610-605 DC du 12 mai 2010), *Petites affiches*, 01 juin 2010, n° 108, p. 8

DESMONS Eric, Révision constitutionnelle, justice constitutionnelle et Etat de droit, *Petites affiches*, 30 novembre 1994, n° 143, p. (non communiqué)

FRAISSEIX Patrick, La «subjectivisation» du droit administratif, *Petites affiches*, 15 octobre 2004, n° 207, p. 12

GALLO Carole, L'étendue du contrôle de la question préjudicielle de constitutionnalité, *Petites affiches*, 23 octobre 2009, n° 212, p. 31

GUIHEUX Gilles, L'impact de l'arrêt Kone sur la hiérarchie des normes, *Petites affiches*, 27 décembre 1996, n° 156, p. 12

JAN Pascal, Les droits de l'homme, *Petites affiches*, 03 juillet 2002, n° 132, p. 21

JAN Pascal, Histoire de la loi, *Petites affiches*, 27 mai 2008, n° 106, p. 8

JAN Pascal, La question prioritaire de constitutionnalité, *Petites affiches*, 18 décembre 2009, n°252, p. 6

LE BAUT-FERRARESE Bernadette, L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne, *Petites affiches*, 25 février 2004, n° 40, p. 4

MASSOT Jean, L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, *Petites affiches*, 29 avril 2010, n° 85, p. 3

MATHIEU Bertrand, La supra-constitutionnalite existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités, *Petites affiches*, 08 mars 1995, n° 29, p. 12

MATHIEU Bertrand, La question de constitutionnalité, Quelles lois ? Quels droits fondamentaux ?, *Petites affiches*, 25 juin 2009, n° 126, p. 18

MONJAL Pierre-Yves, La hiérarchie des droits, *Petites affiches*, 18 novembre 2003, n° 230, p. 13

PAVIA Marie-Luce, Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, *Petites affiches*, 06 mai 1994, n° 54, p. (non communiqué)

PAVIA Marie-Luce, La liberté d'association est-elle un droit constitutionnel et fondamental ?, *Petites affiches*, 21 décembre 2001, n° 254, p. 19

PERI Alexandra, La Charte de l'environnement : reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental ?, *Petites affiches*, 24 février 2005, n° 39, p. 8

PERRIER Jean-Baptiste, La CJUE et la question prioritaire de constitutionnalité : entre primauté et priorité, *Petites affiches*, 30 août 2010, n° 172, p. 9

PFERSMANN Otto, Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori, *Petites affiches*, 19 décembre 2008, n°254, p 103

POULIQUEN Patricia, L'équilibre entre les textes de 1789 et 1946, *Petites affiches*, 17 février 1995, n° 21, p. 4

ROUX Jérôme, QPC et droit de l'Union européenne : la Cour de cassation ouvre la boîte de Pandore, *Petites affiches*, 31 mai 2010, n° 107, p. 7

TCHEN Vincent, Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger, *Petites affiches*, 22 mai 1995, n° 61, p. 4

VERPEAUX Michel, Le Conseil constitutionnel, 49 ans après…, *Petites Affiches*, 10 juillet 2008, n°138, p. 62

Recueil Dalloz, Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr**)**

BENOÎT-ROHMER Florence, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1483

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France, GOHIN Olivier, La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ?, *Recueil Dalloz*, 1999, p. 120

DE BECHILLON Denys, Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973

DE LAIRG Irvine, Le législateur, la liberté et le droit : le système britannique et le système français, *Recueil Dalloz,* 2003, p. 2103

DRAGO Guillaume, La conciliation entre principes constitutionnels, *Recueil Dalloz*, 1991, p. 265

DREYER Emmanuel, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *Recueil Dalloz,* 2006 p. 748

DREYER Emmanuel, La dignité opposée à la personne, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2730

EDELMAN Bernard, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 185

FAVOREU Louis, La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *Recueil Dalloz*, 2001 p. 1739

GHEVONTIAN Richard, Le référé-liberté : une procédure prometteuse, *Recueil Dalloz*, 2001 p. 1748

LEVADE Anne, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas des jeux de hasard : la république du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1321

LEVADE Anne, Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit !, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1254

MARINO Laure, Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental, *Recueil Dalloz,* 2009, p. 2045

MATHIEU Bertrand, De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1649

SAINTE-ROSE Jerry, La théorie de la voie de fait doit-elle être abandonnée ?, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2332

SEVELY- FOURNIE Catherine, Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs, *Recueil Dalloz,* 2009 p. 1221

VERPEAUX Michel, Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1537

Revue de justice constitutionnelle est-européenne, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne

MASSIAS Jean-Pierre, L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit…, entretien avec Georges Vedel en avril 2001, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, n°1, 2002, pp. 9-22

Revue de science criminelle, Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr)

DE LAMY Bertrand, La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; Cons. const. 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC), *Revue de science criminelle*, 2010, p. 201

MONTES Jérôme, Le retour du « gouvernement des juges », Analyse comparée de la juridicisation de la vie politique dans la France et l'Espagne contemporaines, *Revue de science criminelle*, 2002, p. 293

Revue Droit et Société, L.G.D.J, (http://www.reds.msh-paris.fr)

DWORKIN Ronald, La théorie du droit comme interprétation, *Droit et Société* 1- 1985, pp. 99-114

KELSEN Hans, Qu'est ce que la théorie pure du droit ?, 1953, *Droit et société*, 22-1992, pp. 551 - 568

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger (RDP) Lextenso, (http://ent.u-clermont1.fr)

BARBE Vanessa, Le débat sur l'effet horizontal des droits de l'homme au Royaume-Uni depuis l'entrée en vigueur du Human Rights Act 1998, *RDP*, 20 juillet 0301, n° 2, 1er mars 2007, p. 495

CAMBY Jean-Pierre, Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle, *RDP*, 20 juin 1101, n° 6, 1er novembre 2006, p. 1505

CHAUVAUX Didier, L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile, L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard*, RDP*, 20 septembre 0501 n° 3, 1 mai 2009, p. 566

CHEVALLIER Jacques, L'Etat de droit, *RDP,* 1998, n°2, pp. 313-335

CHICOT Pierre-Yves, La citoyenneté entre conquête de droits et droits à conquérir, *RDP*, 20 mai 0101, n° 1, 1er janvier 2005, p. 213

DE ARANJO Christophe, Sur le constitutionnalisme européen, *RDP*, 20 juin 1101 n° 6, 1er novembre 2006, p. 1545

DEPUSSAY Laurent, Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs, *RDP*, 20 juillet 0301 n° 2, 1 mars 2007, p. 421

FAURE Bernard, Les droits fondamentaux des personnes morales, *RDP*, 20 août 0101, n° 1, 1er janvier 2008, p. 233

FAVOREU Louis, Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics, *RDP*, 1967, p. 5

FROMONT Michel, La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP* , 20 juillet 0101, n° 1, 1er janvier 2007, p. 89

GAUDEMET Yves, Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck, *RDP*, 20 août 0101 n° 1, 1er janvier 2008, p. 3

GAUDEMET Yves, L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile, Brouillard dans les Institutions: à propos de l'exception d'inconstitutionnalité, *RDP*, 20 septembre 0501, n° 3, 1er mai 2009, p. 581

GROSHENS Jean-Claude, L'exception d'inconstitutionnalité un chantier difficile, à propos du Conseil constitutionnel, *RDP*, 20 septembre 0501, n°3, 1er mai 2009, p. 588

KELSEN Hans, La garantie juridictionnelle de la Constitution , *RDP*, 1928, pp. 226-227

MILLET François-Xavier, L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ? Réflexions à travers le prisme de l'interprétation constitutionnelle authentique, *RDP* , 20 août 0901 n° 5, 1er septembre 2008, p. 1305

MOUZET Pierre, Le rapport de constitutionnalité, Les enseignements de la Ve République, *RDP* , 20 juillet 0701 n° 4, 1er juillet 2007, p. 959

PIERRE-CAPS Stéphane, Généalogie de la participation de tous aux affaires communes, *RDP*, 20 septembre 0101 n° 1, 1er janvier 2009, p. 151

RAMBAUD Thierry, Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek (1851-1911), *RDP*, 20 mai 0501 n° 3, 1er mai 2005, p. 707

RIDEAU Joël, L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide, *RDP*, 20 septembre 0501, n° 3, 1er mai 2009, p. 601

ROUSSEAU Dominique, Une résurrection la notion de Constitution, *RDP*, 1990, pp. 5-22

ROUSSEAU Dominique, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2007, *RDP*, 20 août 0101 n° 1, 1er janvier 2008, p. 313

ROUSSEAU Dominique, La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel?, *RDP*, 20 septembre 0501 n° 3, 1er mai 2009, p. 631

ROUSSEAU Dominique, L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile, La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel?, *RDP* , 20 septembre 0501 n°3, 1er mai 2009 p. 631

ROUX Jérôme, La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009, *RDP*, 20 octobre 0101 n° 1, 1er janvier 2010, p. 233

TRIMARCO MARCIALI Anne, Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative, *RDP*, 20 septembre 0501, n° 3, 1er mai 2009, p. 743

VON UNGERN-STERNBERG Antje, L'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ?, RDP, 20 octobre 0101 n° 1, 1er janvier 2010, p. 171

WAHL Rainer, Aux origines du droit public allemand contemporain, *RDP*, 20 juillet 0501 n° 3, 1er mai 2007, p. 817

Revue française de droit administratif (RFDA), Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr)

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité?, *RFDA*, 2002, p. 124

BACHELIER Gilles, Le référé –liberté*, RFDA,* 2002, p. 261

BADINTER Robert, Du côté du Conseil constitutionnel, *RFDA*, 2002 p. 207

BAILLEUL David, Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ?, *RFDA*, 2003, p. 876

BENOIT Jean, La liberté d'administration locale, *RFDA*, 2002, p. 1065

BON Pierre, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA,* 2009, p. 1107

BONNET Baptiste, Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale, *RFDA*, 2005, p. 56

BURGORGUE-LARSEN Laurence, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution, *RFDA*, 2009, p. 787

CASSIAS Paul, Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité, *RFDA*, 2008, p. 877

COMBEAU Pascal, Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative, *RFDA*, 2004, p. 1069

CANEDO-PARIS Marguerite, La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé*, RFDA*, 2008, p 979

DA SILVA Isabelle, Référé-liberté et droit à une vie familiale normale, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 30 octobre 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, RFDA*, 2002, p. 324

DE BECHILLON Denys, De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire, Malaise dans la Constitution, *RFDA*, 1998, p. 225

FAVOREU Louis, Principes généraux du droit et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Point de vue sur l'affaire Koné*, RFDA*, 1996, p. 882

FAVOREU Louis, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ?, *RFDA*, 2003, p. 8

FRYDMAN Patrick, L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lancers de nains » Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995 (2 espèces), 1) *Commune de Morsang-sur-Orge*. 2) *Ville d'Aix-en-Provence, RFDA,* 1995, p. 1204

GAUTIER Marie, La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010, *RFDA,* 2010, p. 449

GENEVOIS Bruno, Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *RFDA*, 1992, p. 373

GENEVOIS Bruno, Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport présenté par la délégation française à la IXe conférence des Cours constitutionnelles européennes. (Paris, 10-13 mai 1993), *RFDA*, 1993, p. 849

GENEVOIS Bruno, Un statut constitutionnel pour les étrangers, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993, *RFDA*, 1993 p. 871

GENEVOIS Bruno, L'application du droit communautaire par le Conseil d'État, *RFDA*, 2009, p. 201

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, CURIE FELLOW Marie, Redécouvrir le préambule de la Constitution, ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle*, RFDA*, 2009 p. 397

LE BAUT-FERRARESE Bernadette, Les procédures d'urgence et le langage du droit, *RFDA*, 2002, p. 296

MERLEY Nathalie, La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, *RFDA*, 2005 p. 621

MODERNE Franck, Principes fondamentaux, principes généraux*, RFDA*, 1998, p. 495

PICARD Etienne, Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites, *RFDA*, 1994 p. 959

PONTHOREAU Marie-Claire, Le principe de l'indivisibilité des droits L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux, *RFDA*, 2003, p. 928

ROCARD Michel, Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport présenté par la délégation française à la VIIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), *RFDA*, 1990, p. 317

SCHMIDT-ASSMAN Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif, *RFDA*, 2008, p. 427

TCHEN Vincent, Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire, *RFDA*, 1997, p. 597

VERPEAUX Michel, Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté, Note sous Conseil d'Etat, Section, 18 janvier 2001, Commune de Venelles c/ M. Morbelli, *RFDA*, 2001 p. 681

WACHSMANN Patrick, L'atteinte grave à une liberté fondamentale, *RFDA*, 2007, p. 58

Revue française de droit constitutionnel, (RFDC), PUF

ARMAND Gilles, Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?, *RFDC*, n°65, janvier 2006, pp. 37-72

BALAGUER CALLEJON Francisco, Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle, *RFDC*, n°60, 2004/4, p. 677

BARAK Aharon, L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie, *RFDC*, n°66, avril 2006, pp. 227-302

BARBE Vanessa, Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire, *RFDC*, n°61, janvier 2005, pp. 117-145

BIOY Xavier, L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel, *RFDC*, n°65, janvier 2006, pp. 73-95

COCOZZA Francesco, Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle « transfrontière » de la CEDH et la justice constitutionnelle nationale : les lignes incertaines d'une relation structurée, *RFDC*, n°28, 1996, pp. 707-724

DE ARANJO Christophe, Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne, *RFDC*, n°74, avril 2008, pp. 239-261

DELMOLD Michel, SCOFFONI Guy, Justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux en Australie, *RFDC*, n°30, 1997, pp. 227-267

DELPEREE Francis, Le renouveau du droit constitutionnel, *RFDC*, n°74, avril 2008, pp. 227-235

DUBUT Thomas, Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des « exigences constitutionnelles », *RFDC*, n°80, octobre 2009, pp. 749-764

DUPERE Olivier, Jurisprudence constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne, Lecture croisée par le Conseil d'état et le Conseil constitutionnel, *RFDC*, n°61, janvier 2005, pp. 147-169

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, Le Conseil constitutionnel et le droit européen, *RFDC*, n°57, janvier 2004, pp. 23-35

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, Le référendum et la protection des droits fondamentaux, *RFDC*, n°53, janvier-mars 2003, pp. 73-101

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2003 sur la modernisation des institutions, *RFDC*, n°78, avril 2009, pp. 269-298

FAVOREU Louis, Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit, *RFDC*, 1990, pp. 70-89

FERNANDEZ SEGADO Francisco, La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits, *RFDC*, n°67, juillet 2006, études, pp. 451-482

GAIA Patrick, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *RFDC*, n°58, avril 2004, pp. 227-246

GALLETTI Florence, Existe-t-il une obligation de bien légiférer ?. Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n°58, 2004/2, pp. 387-417

GARLIKI Lech, La légitimité du contrôle de constitutionnalité, problèmes anciens contre développements récents, *RFDC*, n°78, avril 2009, pp. 227-246

GOESEL-LE BIHAN Valérie, Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité, *RFDC*, n°30, 1997, pp. 227-267

GOESEL-LE BIHAN Valérie, Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel défense et illustration d'une théorie générale, *RFDC*, n°45, 2001, pp. 67-83

HAMON Léo, L'Etat de droit et son essence, *RFDC*, n°4, 1990, pp. 703-716

JOBART Jean-Charles, La notion de Constitution chez Aristote, *RFDC*, n°65, 2006, pp. 96-143

LEVADE Anne, La révision du 23 juillet 2008, Temps et contretemps, *RFDC*, n°78, avril 2009, pp. 299-316

LUCHAIRE François, Brèves remarquer sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle, *RFDC*, n°64, octobre 2005, pp. 675-684

MAUS Didier, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, *RFDC*, n°80, octobre 2009, pp. 675-695

MESTRE Jean-Louis, Les emplois initiaux de l'expression « droit constitutionnel », *RFDC*, n°55, juillet 2003, pp. 451-472

VIDAL-NAQUET Ariane, Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n°67, juillet 2006, pp. 535-570

Revue française de sociologie, Ophrys, (http://www.persee.fr)

NAVILLE Pierre, « Les arguments sociaux de la stratégie », *Revue française de sociologie*, Volume 2, n° 2, Année 1961, pp. 4-14

FRIEDBERG Erhard, « Les quatre dimensions de l'action organisée », *Revue française de sociologie*, Volume 33, n°4, Année 1992, pp. 531-557

Revue internationale de droit comparé, Société de Législation Comparée, (http://www.persee.fr)

PFERSMANN Otto, Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit, *Revue internationale de droit comparé*, Volume 53, Numéro 2, Année 200, pp. 275–288

SAINT-HUBERT Mesmim, La Cour Suprême de l'Inde, garantie de la structure fondamentale de la Constitution, *Revue internationale de droit comparé*, Volume 52, Numéro 3, pp. 631-643

ZOLLER Elisbeth, La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française, *Revue internationale de droit comparé*, Volume 53, Numéro 3, Année 2001, pp. 559-574

Revue Pouvoirs, Le Seuil, (http://www.revue-pouvoirs.fr)

DE BECHILLON Denys, Conflits de sentences entre les juges de la loi, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°96, 2001, pp. 106-122

DE BECHILLON Denys, Elargir la saisine du Conseil constitutionnel ?, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2/2003 (n° 105), pp. 103-116

RENOUX Thierry S., La liberté des juges, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°74, 1995, pp. 56-71

BRUNET Pierre, Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°114, 2005, pp. 5-19

BLACHER Philippe, Le Conseil constitutionnel en fait-il trop?, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°105, 2003, pp. 17-28

Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr)

PUIG Pascal, Hiérarchie des normes : du système au principe, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 749

PUIG Pascal, La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première..., *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 66

ZENATI Frédéric, Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 359

Revue trimestrielle de droit européen, Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr)

BENOÏT-ROHMER Florence, Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution, *Revue trimestrielle de droit européen,* 2005, p. 261

MAYER Franz C., La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 175

MAYER Franz C., Rashomon à Karlsruhe*, Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 77

Autres (auteurs classés par ordre alphabétiques)

ACCOYER Bernard, tribune du Président de l'Assemblée Nationale, Le Parlement, ultime garant des droits fondamentaux, *le Figaro*, le 20 février 2011, source http://www.lefigaro.fr

COHENDET Marie-Anne, Une crise de la représentation politique ?, *Cités*, 2004/2 - n° 18, source http://www.cairn.info

DEUMIER Pascal, Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions, *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, volume 50, 2007 source http://cat.inist.fr

FAVIER Jean. Raymond CAZELLES. *La société politique et la crise de la royauté sous Philippe de Valois*. Paris, Librairie d'Argences, 1958. (*Bibliothèque elzévirienne, nouvelle série, Études et documents*.), *Bibliothèque de l'école des chartes*, 1959, vol. 117, n° 1, pp. 319-323, source http://www.persee.fr

FRYDMAN Benoît, Vers un statut de la société civile dans l'ordre international, *Droits fondamentaux*, Numéro 1, juillet-décembre 2001, source http://www.droits-fondamentaux.org

LEVADE Anne, Analyse de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 relative au traite de Lisbonne, Les conséquences du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne, discussion entre experts, 7 septembre 2009, Paris, Konrad-Adenauer-Stiftung et Fondation Robert Schumann, pp. 39-50

LÖWENTHAL Paul, Ambiguïtés des droits de l'homme, *Droits fondamentaux*, n° 7, janvier 2008 – décembre 2009, source http://www.droits-fondamentaux.org

LUCHAIRE François, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, 2001, La protection des droits et libertés fondamentaux, la sécurité juridique, source http://www.conseil-constitutionnel.fr

PELLEGRINI Bernard, La portée structurante des droits fondamentaux, *VST, Vie sociale et traitements*, 2005/2, n°86, pp. 137-156

REDOR Marie-Joëlle, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°1, 2002, Université de Caen, pp. 91-101

ROUYER Muriel, La politique par le droit, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, *Raisons politiques*, n° 9, février 2003, pp. 65-80, source http://www.cairn.info

SCHOLZ Rupert, Analyse de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 relative au traite de Lisbonne, Les conséquences du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le processus d'unification européenne, discussion entre experts, 7 septembre 2009, Paris, Konrad-Adenauer-Stiftung et Fondation Robert Schumann, pp. 27-38

TROPER Michel, Le concept d'Etat de droit, *Droits*, 1992, n°15, pp. 51-63

Textes officiels

Textes constitutionnels français, (http://www.conseil-constitutionnel.fr)

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

Constitution de 1791 - 3 et 4 septembre 1791

Constitution de l'An I - Première République - 24 juin 1793

Constitution de l'An III - Directoire - 5 fructidor An III, 22 août 1795

Constitution de l'An VIII - Consulat - 22 frimaire An VIII, 13 décembre 1799

Constitution de l'An X - Consulat à vie - 16 thermidor An X, 4 août 1802

Constitution de l'An XII - Empire - 28 floréal An XII, 18 mai 1804

Charte de 1814 - 1ère Restauration - 4 juin 1814

Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire - Cent-jours - 23 avril 1815

Charte de 1830, Restauration - 14 août 1830

Constitution de 1848, IIe République - 4 novembre 1848

Constitution de 1852, Second Empire - 14 janvier 1852

Constitution de 1875, IIIe République - 24, 25 février et 16 juillet 1875

Loi constitutionnelle du 2 nov. 1945 - Gouvernement provisoire

Constitution de 1946, IVe République - 27 octobre 1946 et son préambule

Constitution de 1958, Ve République - 4 octobre 1958

Charte de l'environnement de 2004

Loi constitutionnelle, (http://www.conseil-constitutionnel.fr)

Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution

Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 (JO du 30 octobre 1974)

Loi n°93-1256 du 25 novembre 1993 constitutionnelle relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile

Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes

Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005 Loi constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

Loi organique, (http://www.legifrance.gouv.fr)

Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

Textes constitutionnels étrangers, (http://mjp.univ-perp.fr)

Loi constitutionnelle fédérale autrichienne du 1er octobre 1920

Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949

Constitution espagnole du 27 décembre 1978

Textes législatifs, (http://www.legifrance.gouv.fr)

Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

Loi du 3 octobre 1940 portant statut des Juifs, source Journal officiel, 18 octobre 1940, p. 5323.

Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives

Extraits de Code, (http://www.legifrance.gouv.fr)

Article 415 du Code civil modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007

Article 910 du Code civil modifié par l'ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010

Article 1984 du Code civil créé par la loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804

Article R. 311-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile modifié par le décret n°2009-331 du 25 mars 2009

Article R. 53-19-1 du Code de procédure pénale créé par le décret n°2009-785 du 23 juin 2009

Article L. 4422-16 du Code général des collectivités territoriales modifié par la loi n°2002-92 du 22 janvier 2002

Article L1110-1 du Code de la santé publique, créé par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 3 JORF 5 mars 2002

Article L141-3 du Code de l'organisation judiciaire créé par la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007

Article L521-2 du Code de justice administrative, créé par la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 - art. 4 JORF 1er juillet 2000 en vigueur le 1er janvier 2001

Article R311-1 du Code de justice administrative, modifié par le décret n°2010-1562 du 14 décembre 2010 - art. 11

Textes internationaux

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, fait à Nice, le 7 décembre 2000, source http://www.europarl.europa.eu

Charte des Nations-Unies, signée le 26 juin 1945, source http://www.un.org/fr/documents/charter/pdf/charter.pdf

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, journal officiel C 306, 17 décembre 2007, source http://europa.eu

Projets

Projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n°1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990, source http://www.senat.fr

Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, présenté en Conseil des ministres, le 23 avril 2008, par le Premier Ministre M. François Fillon, source http://www.gouvernement.fr

Projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, (Urgence déclarée) (Renvoyé à la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du règlement) présenté au nom de M. François Fillon, Premier ministre, par M. Xavier Bertrand, ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 2008, source http://www.assemblee-nationale.fr

Propositions

Proposition de loi visant à reconnaître le droit de vivre à domicile comme un droit fondamental et universel, présentée par M. Denis Jacquat, député, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 octobre 2007, n°329, source http://www.assemblee-nationale.fr

Proposition de loi constitutionnelle relative à la Charte des droits naturels et des libertés fondamentales, présentée par M. Franck Marlin, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 janvier 2008, n°570, source http://www.assemblee-nationale.fr

Proposition de loi constitutionnelle tendant à la mise en place d'une VIème République, présentée par MM. Jean-Michel Baylet, André Boyer, Yvon Collin et Gérard Delfau, Sénateurs, n° 370 , Sénat, session ordinaire de 1999-2000, Annexe au procès-verbal de la séance du 31 mai 2000, source http://www.senat.fr

Autres

Amendement n°136 rect., présenté par Mme Batho, M. Valls, M. Urvoas, Mme Karamanli, M. Pupponi, M. Blisko, M. Le Bouillonnec, M. Valax, M. Jung et les membres du groupe Socialiste, radical, citoyen et divers gauche, Assemblée nationale, 5 février 2010, Performance de la sécurité intérieure - (n° 2271), http://www.assemblee-nationale.fr

Arrêté du 30 avril 1997 relatif au diplôme d'études universitaires générales Droit et aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et science politique, source http://www.legifrance.gouv.fr

Index Général

A

adaptabilité, 157, 160, 162, 172, 183, 206

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 150

approche fonctionnaliste, 141

approche fonctionnelle, 141

ascenseur normatif, 92

auto limitative, 61

autofondé, 121, 122, 123, 350

autonomie, 55, 73, 74, 101, 130, 131, 144, 188, 269, 286, 339, 381, 382, 389, 391, 400

autorité, 62, 78, 80, 81, 85, 97, 114, 125, 129, 130, 136, 146, 158, 159, 160, 166, 185, 187, 215, 228, 231, 240, 271, 273, 281, 289, 295, 320, 325, 327, 333, 338, 351, 359, 365, 366, 369, 372, 383, 386, 392, 395, 397, 400, 414

B

bénéficiaire, 160, 186, 285, 286

bloc de constitutionnalité, 47, 55, 68, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 96, 104, 129, 148, 153, 158, 167, 200, 226, 228, 259, 344

C

catégorie juridique, 47, 49, 51, 53, 55, 56, 57, 74, 92, 94, 96, 108, 112, 120, 121, 123, 125, 127, 135, 137, 138, 271, 289, 310, 335, 382, 385

Charte de l'environnement, 121, 139, 147, 154, 155

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 39, 121

Charte du 4 juin 1814, 154

Cinquième République, 60, 77, 185, 215, 274, 280, 335, 367

cliquet anti retour, 103, 104

Comité Balladur, 111, 217, 224, 225, 290, 328

Comité constitutionnel, 45, 163

Comité Vedel, 111

Comité Veil, 160, 162, 290

Compétence de la juridiction administrative, 414

Conseil constitutionnel, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 66, 68, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 89, 91, 92, 94, 95, 97, 99, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 111, 112, 113, 121, 126, 128, 129, 130, 132, 135, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 152, 155, 157, 158, 159, 163, 166, 169, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 190, 191, 193, 197, 202, 205, 208, 217, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 237, 238, 241, 243, 244, 246, 247, 248, 251, 252, 253, 256, 258, 262, 263, 265, 268, 269, 271, 273, 283, 286, 290, 293, 303, 305, 306, 307, 308, 309, 322, 324, 325, 328, 329, 337, 338, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 348, 354, 355, 356, 357, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 369, 370, 372, 373, 374, 375, 377, 378, 379, 380, 382, 383, 384, 386, 388, 390, 393, 396, 399, 400, 414, 415, 432, 437, 447

Conseil d'Etat, 60, 69, 70, 78, 81, 85, 99, 102, 106, 108, 109, 111, 112, 118, 126, 130, 132, 136, 139, 142, 143, 146, 147, 148, 151, 152, 155, 159, 169, 180, 183, 184, 185, 187, 188, 193, 195, 197, 202, 205, 211, 213, 216, 217, 220, 225, 227, 229, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 240, 243, 247, 267, 293, 294, 295, 296, 299, 300, 324, 325, 332, 336, 340, 353, 357, 365, 367, 369, 373, 377, 378, 382, 390, 414

Constitution, 62, 72, 109, 122, 158, 240, 299, 449

Constitution du 14 janvier 1852, 154

Constitution du 27 octobre 1946, 46, 54, 69, 73, 77, 80, 83, 91, 92, 128, 163, 182, 184, 191, 195, 233, 252, 271, 353

Constitution du 4 octobre 1958, 45, 48, 54, 59, 64, 84, 101, 112, 113, 116, 123, 127, 150, 174, 179, 185, 188, 208, 215, 228, 240, 241, 268, 275, 316, 317, 341, 346, 354, 365

Constitution espagnole du 27 décembre 1978, 57, 192

Constitution montagnarde du 24 juin 1793, 154

constitutionnalisme, 124, 162, 200, 201, 218, 262, 325, 349, 350, 392, 398

contentieux constitutionnel, 48, 53, 59, 65, 77, 89, 95, 96, 125, 135, 141, 178, 205, 212, 277, 283, 284, 303, 305, 306, 307, 314, 317, 320, 322, 323, 324, 330, 339, 363, 364, 367, 383, 389, 401

contrainte, 61, 104, 105, 121, 138, 156, 167, 179, 203, 204, 232, 235, 236, 255, 284, 291, 294, 305, 312, 321, 336, 337, 354, 360, 366, 397, 398

contrôle de constitutionnalité, 80, 107, 111, 143, 145, 149, 157, 163, 180, 184, 228, 237, 257, 258, 268, 276, 283, 320, 322, 329, 347, 364, 366, 367, 369, 370, 376, 378

contrôle de conventionnalité, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 238, 253, 257, 258, 268, 276, 288, 298, 304, 307, 329, 347, 369, 373, 374, 375, 376, 377, 378

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 201

Cour de cassation, 107, 111, 127, 130, 142, 143, 147, 202, 225, 226, 228, 238, 247, 288, 369, 376, 377, 378

Cour de justice de l'Union européenne, 149, 152, 215, 238, 241, 243, 255, 260, 262, 380

Cour suprême des Etats-Unis, 142

D

DDHC, 160, 413

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 300, 413

décret, 52, 55, 59, 81, 110, 115, 140, 188, 240

défenseur des droits, 79

démocratie, 53, 71, 84, 99, 119, 126, 150, 165, 174, 178, 188, 194, 195, 207, 208, 210, 220, 223, 243, 259, 264, 265, 266, 269, 270, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 285, 295, 301, 302, 306, 307, 309, 312, 314, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 333, 335, 337, 339, 341, 342, 346, 349, 350, 351, 352, 354, 355, 356, 357, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 366, 367, 369, 372, 373, 374, 375, 376, 380, 383, 384, 386, 387, 388, 389, 391, 393, 395, 397, 398, 399, 400, 401

démocratie constitutionnelle, 210, 363, 383, 412, 417

démocratie juridique, 326, 329, 330, 334, 361, 363, 372, 389, 398, 399, 401, 407, 408

démocratie libérale, 126, 307, 330, 355, 389, 401

dignité, 52, 101, 148, 150, 181, 209, 232, 250, 264, 292, 297, 332, 333, 334, 335, 338, 352, 353, 354, 357, 375, 389, 390, 397, 400, 401

données à caractère personnel, 65, 115

droit à la santé, 109, 128, 195, 196, 215, 216, 295

droit à l'emploi, 50, 94

droit à mener une vie familiale normale, 68

droit à un recours effectif, 185

droit comparé, 110, 370

droit d'asile, 46, 91, 93, 96, 99, 109, 110, 118, 128, 159, 182, 192

droit de grève, 109, 155, 159, 263

droit de propriété, 93, 103, 108, 148, 159, 171, 176, 187, 192, 303, 304, 355, 396

droit des libertés, 51, 96, 97, 119, 120, 148, 152, 159, 162, 164, 165, 166, 168, 172, 176, 181, 186, 198, 206, 224, 249, 259, 285, 313, 323, 324, 387

Droit européen, 155

droit fondamental, 46, 52, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 91, 96, 97, 104, 112, 115, 116, 120, 128, 130, 138, 154, 155, 156, 160, 177, 182, 186, 188, 191, 195, 196, 197, 208, 212, 215, 219, 221, 230, 256, 279, 280, 282, 287, 295, 296, 297, 299, 301, 303, 309, 310, 324, 328, 337, 345, 352, 363, 367, 373, 381, 382, 394

droit naturel, 116, 117, 123, 156, 222, 223, 279, 308, 375

droits de l'homme, 45, 47, 55, 158, 160, 163

droits de la défense, 91, 93, 159, 192, 201, 202

droits de la personne, 101, 103, 109, 157, 161, 182, 191, 195, 198, 207, 220, 222, 224, 227, 229, 245, 252, 283, 300, 308, 316, 330, 339, 364, 371, 372, 374, 379, 383

droits de solidarité, 154

droits et libertés constitutionnellement garantis, 94, 227, 252, 253, 386

droits et libertés des personnes, 86

droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, 52, 87, 99, 169, 230, 332

droits et libertés garanties par la Constitution, 114

Droits fondamentaux, 326

dynamique, 125, 126, 129, 132, 147, 153, 168, 224, 323, 334, 395, 397

E

effet cliquet, 102, 103, 104

effet de complémentarité, 106

effet de prévalence, 48, 53, 67, 70, 71, 73, 92, 104, 105, 118, 135, 139, 140, 141, 142, 152, 158, 173, 185, 192, 203, 204, 224, 279, 299, 311, 334, 393

effet globalisant, 153, 164

égalité devant le suffrage, 102, 136, 141, 363, 382

Etat, 108, 109, 147, 189, 240, 295, 296, 299, 300, 308, 336, 414, 425, 426, 464, 465, 466, 469, 470, 471, 474

Etat de droit, 36, 90, 196, 256, 266, 273, 277, 280, 281, 285, 312, 319, 321, 335, 337, 339, 362, 390, 391, 399, 428

Etat légal, 154, 157, 166, 322

Etat libéral, 200

européanisation, 244, 374

évolution linéaire, 54

F

figure juridictionnelle, 61, 210, 265, 273, 280, 282, 289, 302, 319, 320, 331, 339, 345, 381, 384, 386, 389, 400

fondamentalité active, 102

fondamentalité constitutionnelle, 135, 142, 144, 238, 247, 269, 346

fondamentalité extranormative, 202

fondamentalité infraconstitutionnelle, 151, 222, 268

fondamentalité intranormative, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 189, 395

fondamentalité jurisprudentielle, 57, 74

fondamentalité supranationale, 199, 222, 247, 255, 346

fondamentalité textuelle, 55, 59, 60, 62, 63, 64, 70, 74, 75, 79, 86, 229, 415

G

garanties fondamentales, 45, 51, 58

gouvernement des juges, 114, 384, 392, 393, 394, 395, 401

H

hiérarchie des normes, 64, 69, 70, 126, 142, 174, 177, 178, 185, 206, 213, 214, 216, 218, 219, 231, 234, 238, 239, 267, 272, 327, 348, 349, 360, 374

hiérarchie intra fondamentale, 121

hiérarchie intraconstitutionnelle, 174

I

identité constitutionnelle, 80

indépendance de la juridiction administrative, 185

intangible, 71, 104, 127, 279

interdiction d'une extradition à caractère politique, 85

internationalisation, 191, 198, 259, 380

interprétation, 47, 48, 55, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 75, 80, 86, 88, 90, 96, 99, 104, 112, 117, 127, 130, 141, 142, 143, 148, 152, 171, 173, 174, 175, 178, 182, 189, 192, 195, 202, 212, 227, 231, 233, 236, 254, 256, 260, 262, 267, 274, 283, 284, 285, 287, 297, 299, 302, 303, 305, 306, 307, 324, 326, 332, 344, 346, 347, 354, 363, 366, 367, 368, 370, 371, 373, 375, 377, 378, 383, 390, 391, 393, 396, 397, 399

interprétation constitutionnelle, 86, 348

J

jusnaturalisme, 163, 191, 350

justice constitutionnelle, 47, 67, 75, 80, 105, 120, 209, 224, 237, 325, 364

L

laïcité, 84, 85, 111, 236, 237, 263, 414

législateur négatif, 129

libéralisme, 126, 208, 285, 349, 383

Liberté, 414

liberté contractuelle, 130, 138, 188, 393, 394

liberté d'association, 52, 76, 81, 166, 184, 185, 283, 375

Liberté d'association, 414

liberté d'enseignement, 77, 414

liberté d'expression et de communication, 73, 187, 355

liberté d'aller et venir, 47, 56, 69, 93, 108, 122, 152, 159, 192, 271

liberté de communication, 68, 72, 73, 93, 103, 122, 128, 133, 137, 161, 173, 179, 193, 386

liberté de conscience, 84

Liberté de conscience, 414

liberté de culte, 108

liberté de la presse, 52

liberté de réunion, 108

liberté d'entreprendre, 50, 56, 93, 94, 108, 130, 148, 176, 193, 194, 295, 301, 304

liberté du commerce et de l'industrie, 130

liberté du mariage, 47, 56, 69, 93, 122, 151, 152, 159, 190, 192, 271

liberté individuelle, 47, 56, 69, 76, 93, 115, 122, 159, 165, 191, 192, 193, 195, 197, 198, 209, 223, 228, 256, 271, 297, 382

Liberté individuelle, 414

liberté juridique, 154

liberté personnelle, 109, 195, 216

liberté syndicale, 128, 159, 390

libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République, 47, 49, 55, 56, 69, 87, 88, 93, 271

libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution, 111, 114, 211, 217, 225, 248, 287, 328

libertés fondamentales, 45, 47, 49, 52, 108, 112, 151, 155, 158, 172, 190, 197, 217, 258, 294

Libertés fondamentales, 156, 255, 261, 298, 371, 403, 428

libertés publiques, 45, 49, 51, 54, 58, 65, 68, 72, 74, 79, 82, 86, 93, 97, 122, 133,

154, 155, 158, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 172, 176, 179, 183, 190, 191, 198, 254, 271, 282, 285, 289, 291, 292, 295, 297, 304, 316, 326, 332, 347, 348, 349, 350, 359, 367, 368, 384, 386

libre administration des collectivités territoriales, 58, 73, 89, 109, 152, 159, 183, 188, 189, 336, 340, 344, 353, 357

libre disposition de son bien par un propriétaire, 130

logique fonctionnelle, 146

loi, 28, 45, 46, 48, 49, 50, 52, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 62, 64, 65, 66, 68, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 91, 92, 93, 94, 97, 99, 101, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 120, 122, 126, 128, 132, 137, 140, 142, 145, 147, 148, 149, 151, 152, 154, 156, 159, 161, 163, 166, 173, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 187, 193, 201, 205, 211, 212, 215, 217, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 233, 236, 240, 244, 245, 247, 248, 254, 257, 259, 263, 267, 268, 269, 272, 274, 275, 276, 278, 283, 284, 286, 287, 288, 293, 298, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 322, 325, 328, 331, 334, 337, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 351, 356, 365, 367, 368, 371, 373, 375, 378, 379, 382, 385, 386, 388, 389, 396, 414, 420, 421, 422, 423, 433, 449, 450, 466, 468, 469, 471, 472, 473

loi constitutionnelle du 23 novembre 1993, 46

Loi fondamentale, 57, 71, 72, 127, 192, 193, 219, 261, 263, 264, 268, 313, 331, 354, 364, 371

M

monarchie, 84, 391

N

normativisme, 124, 168, 223, 245, 274, 279, 282, 350

O

ordre public, 47, 49, 56, 69, 72, 73, 76, 89, 91, 93, 108, 109, 122, 126, 133, 145, 146, 187, 201, 216, 243, 271, 281, 294, 308, 311, 333

P

paradigme, 98, 117, 138, 213, 214, 239, 291, 350

parité, 177

pluraliste des courants d'expression, 128

positivisme, 163, 333, 342, 350

pouvoir constituant dérivé, 96, 104, 127, 177, 370

pouvoir constituant originaire, 90, 160, 267

pouvoir législatif, 47, 57, 60, 64, 112, 166, 184, 259, 272, 273, 335, 343, 344, 345, 366, 372

pouvoir réglementaire, 47, 55, 57, 70, 115, 140, 184, 237, 343

pouvoirs constitués, 146, 306

pragmatisme juridique, 53

Préambule, 109, 299

Préambule de la Constitution de 1946, 51, 52, 69, 77, 94, 109, 112, 118, 148, 176, 185, 216, 228, 271, 299

préambule de la Constitution de 1958, 46, 73, 78, 91, 110, 147, 176, 182, 220

prescription, 62, 65, 68, 88, 276, 396

Président de la République, 305

présomption, 68, 98, 109, 117, 131, 152, 155, 159, 201, 202, 253, 299, 300

présomption d'innocence, 109, 152, 159, 201, 202, 300

prévalence, 46, 53, 69, 70, 71, 79, 90, 91, 92, 102, 105, 106, 107, 112, 135, 136, 139, 140, 141, 145, 146, 170, 173, 175, 184, 195, 198, 217, 300, 308, 349, 383, 393

prévalence formelle, 90, 92

prévalence matérielle, 79, 105, 140, 146

principes fondamentaux, 45, 46, 47, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 72, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 84, 85, 86, 92, 94, 122, 129, 140, 141, 184, 194, 228, 229, 234, 235, 236, 238, 261, 271, 308, 343, 344

principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, 46, 47, 51, 53, 54, 55, 61, 63, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 84, 85, 86, 92, 122, 129, 184, 228, 234, 235, 236, 238

principes généraux du droit, 52, 63, 78, 99, 123, 143, 169, 199, 220, 251, 255, 373

protection de la santé, 69, 109, 120, 128, 195, 212, 215, 216, 357

pyramide des normes, 129

Q

QPC, 48, 106, 142, 163, 225, 226, 228, 229, 238, 247, 248, 253, 269, 286, 287, 288, 293, 307, 328, 346, 347, 368, 369, 376, 377, 396, 399, 413, 424, 432, 436, 438, 440, 474

Quatrième République, 184

question prioritaire de constitutionnalité, 11, 27, 36, 48, 81, 107, 141, 142, 221, 224, 225, 227, 228, 238, 247, 248, 253, 269, 286, 287, 288, 293, 294, 298, 307, 320, 323, 325, 328, 329, 334, 346, 347, 367, 368, 369, 374, 376, 377, 378, 398, 399, 419, 432, 434, 435, 436, 439, 440, 442, 443, 444

R

recours effectif devant un juge, 109, 202

référé –liberté, 70, 110, 118, 136, 212

référent, 101

règle, 58, 61, 62, 65, 68, 74, 75, 79, 81, 85, 102, 103, 104, 105, 125, 136, 140, 141, 145, 153, 177, 178, 204, 205, 234, 237, 241, 247, 256, 267, 269, 273, 274, 276, 291, 302, 303, 304, 319, 322, 341, 356, 357, 362, 363, 378, 380, 382, 391, 397

règle de droit, 291

Règlement, 356, 381

régulateur, 61, 63, 79, 258, 318, 337, 338, 339, 361, 364

république, 84, 114, 148, 217, 226, 228, 378

République, 122, 306, 413, 449, 452

S

secret des correspondance, 109

sécurité juridique, 66, 67, 166, 204, 205, 206, 228, 235, 248, 310, 324, 335, 345, 347

signifiant, 96

signifié juridique, 102

souveraineté parlementaire, 59, 163, 273

structure juridique, 45, 62, 256, 299

supraconstitutionnalité, 105, 137

sûreté, 47, 56, 65, 66, 69, 93, 111, 158, 172, 176, 192, 205, 271, 399

système de normes statique, 125

T

technique de régulation des pouvoirs, 63

technique juridique, 48, 49, 56, 57, 70, 132, 135, 217, 279, 359, 382

titulaire, 112, 154, 182, 183, 186, 260, 273, 286, 317, 371

U

unité conceptuelle, 47, 49, 55, 56, 76, 89, 92, 97, 118, 120, 124, 133, 135, 138, 299, 309, 311, 313, 382

V

vie privée, 49, 65, 115, 151, 162, 196, 197, 201, 271, 280

Index des Jurisprudences

Sur l'application égalitaire des libertés sur le territoire

09 avril 1996 - Décision n° 96-373 DC *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* Recueil, p. 43 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5724 ..... 73, 74, 286

17 janvier 2002 - Décision n° 2001-454 DC *Loi relative à la Corse* Recueil, p. 70 - Journal officiel du 23 janvier 2002, p. 1526 ..... 73, 382

Sur l'autorité judiciaire garante de la propriété

25 juillet 1989 - Décision n° 89-256 DC *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles* Recueil, p. 53 - Journal officiel du 28 juillet 1989, p. 9501 85

Sur le contrôle de conventionnalité

Conseil d'État, 18 avril 1951, Élection de Nolay, Recueil Lebon, 1951, p. 189..... 16

15 janvier 1975 - Décision n° 74-54 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* Recueil, p. 19 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671 ..... 16, 18, 147, 258, 268, 348, 375

Cour de Cassation, Chambre MIXTE, du 24 mai 1975, 73-13.556, Publié au bulletin 147

Conseil d'Etat, Assemblée, du 20 octobre 1989, 108243, publié au recueil Lebon..... 147

Conseil d'Etat, 6 / 4 SSR, du 30 décembre 2002, 240430, publié au recueil Lebon 152

Conseil d'Etat, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 5 janvier 2005, 257341, publié au recueil Lebon..... 180, 268

Sur la dignité de la personne humaine

27 juillet 1994 - Décision n° 94-343/344 DC *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* Recueil, p. 100 - JO du 29 juillet 1994, p. 11024 ... 40, 147, 148, 181

Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon..... 40

Sur le droit d'asile

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - JO du 18 août 1993, p. 11722 23, 28, 46, 47, 56, 59, 73, 74, 89, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 112, 128, 182, 183, 187, 190, 202, 271, 356

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés, du 12 janvier 2001, 229039, publié au recueil Lebon 109

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Delarue), du 12 novembre 2001, 239792, mentionné aux tables du recueil Lebon 128

04 décembre 2003 - Décision n° 2003-485 DC *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile* Recueil, p. 455 - Journal officiel du 11 décembre 2003, p. 21085……99

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 mai 2006, 292910, mentionné aux tables du recueil Lebon .. 159, 301

Conseil d'État, , 31/12/2009, 335107, Inédit au recueil Lebon 118

Conseil d'État, Juge des référés, 06/01/2010, 335030, Inédit au recueil Lebon 333

Conseil d'État, Juge des référés, 01/03/2010, 336857, Inédit au recueil Lebon 213

Conseil d'État, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 17/03/2010, 332586..... 136

Conseil d'État, , 06/04/2010, 338168, Inédit au recueil Lebon 71

Conseil d'État, , 06/04/2010, 338163, Inédit au recueil Lebon 112

Conseil d'État, , 08/06/2010, 340143, Inédit au recueil Lebon 311

Sur le droit de la défense

02 décembre 1976 -Décision n°76-70 DC *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail* Recueil, p. 39-Journal officiel du 7 décembre 1976, p. 7052 202

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - JO du 18 août 1993, p. 11722 23, 28, 46, 47, 56, 59, 73, 74, 89, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 112, 128, 182, 183, 187, 190, 202, 271, 356

09 avril 1996 - Décision n° 96-373 DC *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* Recueil, p. 43 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5724 ..... 73, 74, 286

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 mars 2005, 278435, publié au recueil Lebon..109, 159, 299, 300

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 14 avril 2005, 279473, publié au recueil Lebon 152, 202

Conseil d'Etat, du 13 mars 2006, 291118, mentionné aux tables du recueil Lebon 109

Conseil d'État, Juge des référés, 30/06/2009, 328879, Publié au recueil Lebon 130, 131, 159, 202

Conseil d'État, 12/08/2009, 330724, Inédit au recueil Lebon 159, 202, 296

Conseil d'État, 25/09/2009, 332260, Inédit au recueil Lebon 159, 202

Conseil d'État, Juge des référés, 19/05/2010, 339421, Inédit au recueil Lebon 294

Sur le droit de grève

Conseil d'Etat, 1ère et 2ème sous-sections réunies, du 9 décembre 2003, 262186, publié au recueil Lebon 110

Conseil d'État, Juge des référés, 15/07/2009, 329526, Inédit au recueil Lebon 155, 159

Sur le droit à l'instruction

CEDH, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, § 50, série A no 23

Conseil d'Etat, du 8 octobre 2004, 272926, inédit au recueil Lebon 18, 299

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 mai 2006, 292910, mentionné aux tables du recueil Lebon…159, 301

Sur le droit de mener une vie familiale normale

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.....23, 28, 46, 47, 56, 59, 73, 74, 89, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 112, 128, 182, 183, 187, 190, 202, 271, 356

20 novembre 2003 - Décision n° 2003-484 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* Recueil, p. 438 - Journal officiel du 27 novembre 2003, p. 20154..... 69

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 10 août 2005, 282952, inédit au recueil Lebon..... 159

Sur le droit de propriété

16 janvier 1982 - Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisation* Recueil, p. 18 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299..... 93, 145, 171, 176, 355, 396

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Genevois), du 23 mars 2001, 231559, publié au recueil Lebon..... 108

CEDH, affaire Maurice contre France, n° 11810/03, 6 octobre 2005, publiée au Recueil des arrêts et décisions 2005-IX..... 96

Sur le droit à la santé

Conseil d'Etat, Juge des référés, 16/ 08/2002, 249552, publié au recueil Lebon 68, 69, 109

Conseil d'Etat, du 25 octobre 2002, 251161, inédit au recueil Lebon..... 295, 381

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 8 septembre 2005, 284803, publié au recueil Lebon . 109, 195, 216

Sur le droit au travail

16 janvier 1991 - Décision n° 90-284 DC Loi relative au conseiller du salarié Recueil, p. 20 ; RJC, p. I-422 - Journal officiel du 18 janvier 1991, p. 923..... 72, 122

10 juin 1998 -Décision n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* Recueil, p. 258 -JO du 14 juin 1998, p. 9033..... 94, 193, 356

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 juillet 2003, 257971, mentionné aux tables du recueil Lebon 108

06 août 2009 - Décision n° 2009-588 DC *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 11 août 2009, p. 13319 56

Sur l'emploi de l'expression « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

22 janvier 1990 - Décision n° 89-269 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* Recueil, p. 33 – Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972, 23, 30, 33, 49, 50, 55, 74, 76, 86, 87, 88, 89, 96, 169, 170, 182, 355

09 avril 1992 - Décision n° 92-308 DC *Traité sur l'Union européenne* Recueil, p. 55 - Journal officiel du 11 avril 1992, p. 5354..... 251, 253

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.....23, 28, 46, 47, 56, 59, 73, 74, 89, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 112, 128, 182, 183, 187, 190, 202, 271, 356

10 juin 1998 - Décision n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* Recueil, p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033..... 94, 193, 356

22 janvier 1999 - Décision n° 98-408 DC *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 24 janvier 1999, p. 1317 251

17 janvier 2002 - Décision n° 2001-454 DC *Loi relative à la Corse* Recueil, p. 70 - Journal officiel du 23 janvier 2002, p. 1526..... 73, 382

19 novembre 2004 - Décision n° 2004-505 DC *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* Recueil, p. 173 - Journal officiel du 24 novembre 2004, p. 19885 ..... 251, 252

Sur la fondamentalité dans le contentieux du déclassement

07 avril 1960 - Décision n° 60-5 L *Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959*Recueil, p. 32 - Journal officiel du 29 avril 1960, p. 3958..... 57, 70

17 novembre 1966 - Décision n° 66-42 L Nature juridique des dispositions de l'ordonnance n° 59-106 du 6 janvier 1959, modifiant et complétant la loi du 1er août 1936 relative au statut des cadres des réserves de l'armée de l'air Recueil, p. 32 ; RJC, p. II-26 - Journal officiel du 27 avril 1967..... 62

23 février 1970 - Décision n° 70-60 L *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 2, alinéa 2, de l'ordonnance du 23 octobre 1958, portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique* Recueil, p. 35 - Journal officiel du 1er mars 1970, p. 2117 140

03 mars 1976 - Décision n° 76-88 L *Nature juridique de dispositions de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 970 portant réforme hospitalière (composition des commissions régionales d'hospitalisation* Recueil, p. 50 - Journal officiel du 7 mars 1976, p. 1505..... 58

10 juin 2004 - Décision n° 2004-197 L *Nature juridique de dispositions du code rural et de l'ancien code rural en matière de retraite* Recueil, p. 99 - Journal officiel du 13 juin 2004, p. 10561..... 344

18 septembre 2008 - Décision n° 2008-211 L *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire* Recueil, p. 365 - Journal officiel du 21 septembre 2008, p. 14606 ..... 60, 79

16 octobre 2008 - Décision n° 2008-213 L *Nature juridique de dispositions du code de la route et de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 modifiée portant réforme des procédures civiles d'exécution* Recueil, p. 369 - Journal officiel du 18 octobre 2008, p. 16002..... 140

09 avril 2009 - Décision n° 2009-216 L *Nature juridique de dispositions du code de la propriété intellectuelle* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 12 avril 2009, p. 6433..... 64

11 février 2010 - Décision n° 2010-219 L *Nature juridique de dispositions de la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions et de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 16 février 2010, p. 2890 57

Sur la fondamentalité en tant que technique juridique

27 novembre 1959 - Décision n° 59-1 FNR *Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme)* Recueil, p. 71 - Journal officiel du 14 janvier 1960, p. 441 55

18 janvier 1978 - Décision n° 77-92 DC Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale) Recueil, p. 21 ; RJC, p. I-57 - Journal officiel du 19 janvier 1978, p. 422 ..... 62, 63

28 mai 1983 - Décision n° 83-156 DC *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse* Recueil, p. 41 - Journal officiel du 1er juin 1983, p. 1646 79

17 janvier 1989 - Décision n° 88-248 DC *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* Recueil, p. 18 - JO du 18 janvier 1989, p. 754 386

16 janvier 1991 - Décision n° 90-284 DC Loi relative au conseiller du salarié Recueil, p. 20 ; RJC, p. I-422 - Journal officiel du 18 janvier 1991, p. 923 ..... 72, 122

29 juillet 2004 - Décision n° 2004-499 DC *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* Recueil, p. 126 - Journal officiel du 7 août 2004, p. 14087 65

18 février 2010 - Décision n° 2010-602 DC *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 24 février 2010, p. 3385 ..... 141, 356, 363, 382

25 février 2010 - Décision n° 2010-604 DC *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 3 mars 2010, p. 4312 49

Sur l'incompétence négative

16 décembre 1999 - Décision n° 99-421 DC *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* Recueil, p. 136 - Journal officiel du 22 décembre 1999, p. 19041 ..... 66, 205

29 juillet 2004 - Décision n° 2004-499 DC *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* Recueil, p. 126 - Journal officiel du 7 août 2004, p. 14087 65

27 juillet 2006 - Décision n° 2006-540 DC *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* Recueil, p. 88 - JO du 3 août 2006, p. 11541 ..... 66, 67, 262

19 novembre 2009 - Décision n° 2009-592 DC *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 25 novembre 2009, p. 20223 ..... 66, 67

Sur l'indépendance des juridictions

22 juillet 1980 - Décision n° 80-119 DC *Loi portant validation d'actes administratifs* Recueil, p. 46 - Journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1868 ..... 80, 185, 186

Sur l'indépendance des professeurs d'université

20 janvier 1984 - Décision n° 83-165 DC *Loi relative à l'enseignement supérieur* Recueil, p. 30 - Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 365..... 81, 84, 103, 140

Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 29 mai 1992, 67622, publié au recueil Lebon..... 81

Conseil d'État, Juge des référés, 22/06/2009, 328756, Inédit au recueil Lebon..... 159

Sur la liberté individuelle

12 janvier 1977 - Décision n° 76-75 DC *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* Recueil, p. 33 - JO du 13 janvier 1976, p. 344 ..... 122, 271

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.....23, 28, 46, 47, 56, 59, 73, 74, 89, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 112, 128, 182, 183, 187, 190, 202, 271, 356

22 avril 1997 - Décision n° 97-389 DC *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* Recueil, p. 45 - Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271 ..... 122, 271

Sur la liberté d'aller et venir

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.....23, 28, 46, 47, 56, 59, 73, 74, 89, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 112, 128, 182, 183, 187, 190, 202, 271, 356

22 avril 1997 - Décision n° 97-389 DC Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration Recueil, p. 45 ; RJC, p. I-707 - JO du 25 avril 1997, p. 6271 ..... 122, 271

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés, du 9 janvier 2001, 228928, publié au recueil Lebon 108, 152, 159

Conseil d'État, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 01/04/2010, 335753, Inédit au recueil Lebon ... 382

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (Mme Aubin), du 2 avril 2001, 231965, publié au recueil Lebon..... 128

Conseil d'État, , 03/04/2009, 326721, Inédit au recueil Lebon 159

Sur la liberté d'association

Conseil d'Etat, Ass. plénière, du 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang, p. 317……..…….184

16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114..... 55, 73, 76, 78, 81, 166, 220, 221, 283, 367

28 mai 2010 - Décision n° 2010-3 QPC *Union des familles en Europe* 106, 107, 229

Sur la liberté de communication et d'expression

11 octobre 1984 - Décision n° 84-181 DC *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200 ..... 73, 93, 103, 155, 173, 187, 311, 355

18 septembre 1986 - Décision n° 86-217 DC *Loi relative à la liberté de communication* Recueil, p. 141 - Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294 ..... 72, 122, 128

29 juillet 1994 - Décision n° 94-345 DC *Loi relative à l'emploi de la langue française* Recueil, p. 106 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240..... 93, 133, 137, 179, 290

CEDH 25.11.1997 Zana c. Turquie/v. Turkey 10

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Labetoulle), du 24 février 2001, 230611, publié au recueil Lebon 108, 128

10 juin 2009 - Décision n° 2009-580 DC *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 13 juin 2009, p. 9675 137

28 mai 2010 - Décision n° 2010-3 QPC *Union des familles en Europe* 106, 107, 229

Sur la liberté de conscience, de culte et la laïcité

27 juin 2001 - Décision n° 2001-446 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* Recueil, p. 74 - Journal officiel du 7 juillet 2001, p. 10828 84

Conseil d'Etat, 8 SS, du 30 novembre 2001, 219605, inédit au recueil Lebon 94, 236

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 25 août 2005, 284307, publié au recueil Lebon..... 108

Sur la liberté d'enseignement

23 novembre 1977 - Décision n° 77-87 DC *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement* Recueil, p. 42 - Journal officiel du 25 novembre 1977, p. 5530..... 77

Sur la liberté d'entreprendre, de disposer librement de son bien, liberté contractuelle

10 juin 1998 - Décision n° 98-401 DC *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* Recueil, p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033..... 94, 113, 356

27 juillet 2000 - Décision n° 2000-433 DC *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* Recueil, p. 121 - JO du 2 août 2000, p. 11922 193

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Genevois), du 12 novembre 2001, 239840, publié au recueil Lebon 130, 193

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 2 juillet 2003, 257971, mentionné aux tables du recueil Lebon 108

Sur la liberté du mariage

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.....23, 28, 46, 47, 56, 59, 73, 74, 89, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 112, 128, 182, 183, 187, 190, 202, 271, 356

22 avril 1997 - Décision n° 97-389 DC Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration Recueil, p. 45 ; RJC, p. I-707 - JO du 25 avril 1997, p. 6271 ..... 122, 271

Conseil d'État, , 26/06/2009, 329155, Inédit au recueil Lebon 151, 152, 159

Sur les libertés en matière électorale

18 novembre 1986 - Décision n° 86-218 DC *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. 167 - Journal officiel du 19 novembre 1986, p. 13769 ..... 340, 341

7 janvier 1988 - Décision n° 87-232 DC Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole Recueil, p. 17 ; RJC, p. I-317 - Journal officiel du 10 janvier 1988, p. 482 304

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 27 novembre 2002, 251898, mentionné aux tables du recueil Lebon 159, 187, 296

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 20 février 2004, 264774, inédit au recueil Lebon 132

21 février 2008 - Décision n° 2008-563 DC Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général - Journal officiel du 27 février 2008, p. 3370 304

08 janvier 2009 - Décision n° 2008-573 DC *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 14 janvier 2009, p. 724 ..... 102, 177, 356, 362

18 février 2010 - Décision n° 2010-602 DC *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 24 février 2010, p. 3385 ..... 141, 356, 363, 382

Sur les libertés en matière fiscale

CJUE, affaire C-510/08 Arrêt 2010-04-22 Mattner 96

Sur la liberté de réunion

Conseil d'Etat, Juge des référés, du 19 août 2002, 249666, publié au recueil Lebon 108

Sur la liberté syndicale

20 juillet 1983 - Décision n° 83-162 DC *Loi relative à la démocratisation du secteur public* Recueil, p. 49 - Journal officiel du 22 juillet 1983, p. 2267 390

Conseil d'État, Juge des référés, 13/11/2009, 333414, Inédit au recueil Lebon 128, 159, 390

Sur la libre administration des collectivités territoriales

09 avril 1996 - Décision n° 96-373 DC *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* Recueil, p. 43 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5724 ..... 73, 74, 286

Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, 229247, publié au recueil Lebon ... 27, 109, 159, 183, 189, 336, 340

17 janvier 2002 - Décision n° 2001-454 DC *Loi relative à la Corse* Recueil, p. 70 - Journal officiel du 23 janvier 2002, p. 1526 ..... 73, 382

Conseil d'Etat, 3 / 8 SSR, du 12 juin 2002, 246618, publié au recueil Lebon 152

07 août 2008 - Décision n° 2008-569 DC *Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire* Recueil, p. 359 - Journal officiel du 21 août 2008, p. 13089 ..... 343, 344

Sur le pluralisme des courants d'expression

18 septembre 1986 - Décision n° 86-217 DC *Loi relative à la liberté de communication* Recueil, p. 141 - Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294 ..... 72, 122, 128

11 janvier 1990 - Décision n° 89-271 DC *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques* Recueil, p. 21 - Journal officiel du 13 janvier 1990, p. 573 ..... 42, 322, 323, 356

Conseil d'Etat, Ordonnance du juge des référés (M. Labetoulle), du 24 février 2001, 230611, publié au recueil Lebon 108, 128

11 juillet 2001 - Décision n° 2001-450 DC Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel Recueil, p. 82 - Journal officiel du 18 juillet 2001, p. 11506 325

Conseil d'État, Juge des référés, 26/11/2008, 322485, Inédit au recueil Lebon 325

Sur la primauté du droit communautaire et la protection communautaire des droits fondamentaux

CJUE arrêt du 15 juillet 1964, Costa / E.N.E.L. (6-64, Rec._p._01141*)* 19, 20, 152, 241

Cour constitutionnelle italienne, décision du 27 décembre 1965, affaire San Michele 150

CJUE, 12 novembre 1969, Erich Stauder c/ Stadt Ulm, aff. 29/69, Rec. p. 419 150

CJUE 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *rec.* p. 1125 ..... 19, 215

Cour constitutionnelle allemande, décision du 29 mai 1974, affaire dite Solange I 19, 150

10 juin 2004 - Décision n° 2004-496 DC *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* Recueil, p. 101 - Journal officiel du 22 juin 2004, p. 11182 ..... 20, 241, 262

27 juillet 2006 - Décision n° 2006-540 DC *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* Recueil, p. 88 - Journal officiel du 3 août 2006, p. 11541 ..... 66, 67, 262

Cour constitutionnelle allemande, décision du 30 juin 2009 au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne 42, 262, 263, 265, 283

Sur le principe d'égalité

12 juillet 1979 - Décision n° 79-107 DC *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* Recueil, p. 31 - Journal officiel du 13 juillet 1979 ..... 386, 387

30 mai 2000 - Décision n° 2000-429 DC *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* Recueil, p. 84 - Journal officiel du 7 juin 2000, p. 8564 177

28 mai 2010 - Décision n° 2010-3 QPC *Union des familles en Europe* 106, 107, 229

Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

Conseil d'Etat, Ass. plénière, 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang, p. 317 184

16 juillet 1971 - Décision n° 71-44 DC *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114 ..... 55, 73, 76, 78, 81, 166, 220, 221, 283, 367

23 novembre 1977 - Décision n° 77-87 DC *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement* Recueil, p. 42 - Journal officiel du 25 novembre 1977, p. 5530 77

22 juillet 1980 - Décision n° 80-119 DC *Loi portant validation d'actes administratifs* Recueil, p. 46 - Journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1868 ..... 80, 185, 186

20 janvier 1984 - Décision n° 83-165 DC *Loi relative à l'enseignement supérieur* Recueil, p. 30 - Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 365 ..... 81, 84, 103, 140

20 juillet 1988 - Décision n° 88-244 DC *Loi portant amnistie* Recueil, p. 119 - Journal officiel du 21 juillet 1988, p. 9448 ..... 83, 85, 235

25 juillet 1989 - Décision n° 89-256 DC *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles* Recueil, p. 53 - Journal officiel du 28 juillet 1989, p. 9501 85

Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 29 mai 1992, 67622, publié au recueil Lebon 81

6 novembre 1996 - Décision n° 96-383 DC Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective Recueil, p. 128 ; RJC, p. I-686 - Journal officiel du 13 novembre 1996, p. 16531 ..... 306, 307

27 juin 2001 - Décision n° 2001-446 DC *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* Recueil, p. 74 - Journal officiel du 7 juillet 2001, p. 10828 84

Conseil d'Etat, 8 SS, du 30 novembre 2001, 219605, inédit au recueil Lebon 84, 236

29 août 2002 - Décision n° 2002-461 DC *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* Recueil, p. 204 - Journal officiel du 10 septembre 2002, p. 14953 ..... 81, 82, 85, 105, 324

Sur les principes généraux du droit

Conseil d'Etat, Section, du 26 juin 1959, 92099, publié au recueil Lebon 78

Sur le principe de sécurité juridique

16 décembre 1999 - Décision n° 99-421 DC *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains code s*Recueil, p. 136 - Journal officiel du 22 décembre 1999, p. 19041 ..... 66, 205

Conseil d'État, Assemblée, 24/03/2006, 288460, Publié au recueil Lebon 202, 324

27 juillet 2006 - Décision n° 2006-540 DC *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* Recueil, p. 88 - Journal officiel du 3 août 2006, p. 11541 ..... 66, 67, 262

19 novembre 2009 - Décision n° 2009-592 DC *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 25 novembre 2009, p. 20223 ..... 66, 67

Sur la portée de la fondamentalité en matière d'extradition

Conseil d'Etat, ASSEMBLEE, du 26 septembre 1984, 62847, publié au recueil Lebon 373

Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 7 janvier 1987, 75867, inédit au recueil Lebon 169, 332

Conseil d'Etat, 2 /10 SSR, du 14 décembre 1987, 88522, inédit au recueil Lebon 52

Conseil d'Etat, 2 / 6 SSR, du 26 octobre 1988, 88786, inédit au recueil Lebon..... 230

Sur la QPC

03 décembre 2009 - Décision n° 2009-595 DC *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21381 ..... 107, 128, 187, 188, 340

12 mai 2010 - Décision n° 2010-605 DC *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* Recueil, p. (en attente de publication) - Journal officiel du 13 mai 2010, p. 8897..... 36, 238, 369, 378

Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 14/05/2010, 312305, Publié au recueil Lebon378

Décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010 Union des familles en Europe [*Associations familiales*] Journal officiel du 29 mai 2010, p. 9730..... 106, 107, 229

Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 SNC KIMBERLY CLARK [*Incompétence négative en matière fiscale*] Journal officiel du 19 juin 2010, p. 11149…….228

Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 Mme Vivianne L. [*Loi dite "anti-Perruche"]* Journal officiel du 12 juin 2010, p. 10847……229

Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 Époux L. *Journal officiel du 19 juin 2010, p. 11149*

Sur la responsabilité pénale des mineurs..... 208

Décision n° 2011-116 QPC du 08 avril 2011 M. Michel Z. et autre Journal officiel du 9 avril 2011, p. 6361…….308

Sur le rôle de régulation et le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel

06 novembre 1962 - Décision n° 62-20 DC *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* Recueil, p. 27 - Journal officiel du 7 novembre 1962, p. 10778..... 63, 275, 370, 388

02 septembre 1992 - Décision n° 92-312 DC *Traité sur l'Union européenne* Recueil, p. 76 - Journal officiel du 3 septembre 1992, p. 12095 ..... 312, 370

29 août 2002 - Décision n° 2002-461 DC *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* Recueil, p. 204 - Journal officiel du 10 septembre 2002, p. 14953 ..... 81, 82, 85, 105, 106, 324

26 mars 2003 - Décision n° 2003-469 DC *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* Recueil, p. 293 - JO du 29 mars 2003, p. 5570 370

Conseil d'Etat, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 5 janvier 2005, 257341, publié au recueil Lebon..... 180, 268

Sur le secret des correspondance

Conseil d'Etat, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 9 avril 2004, 263759, publié au recueil Lebon 109, 197

Sur la sûreté

13 août 1993 - Décision n° 93-325 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.....23, 28, 46, 47, 56, 59, 73, 74, 89, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 112, 128, 182, 183, 187, 190, 202, 271, 356

Sur la théorie des actes de gouvernement

Conseil d'Etat, Assemblée, du 2 mars 1962, 55049 55055, publié au recueil Lebon..... 368

Sur la voie de fait

Tribunal des Conflits, 19/11/2007, C3660, Publié au recueil Lebon 25

Index des principaux auteurs

A

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, 254, 436

B

BADINTER Robert, 32, 76, 129, 246, 437, 444

BIOY Xavier, 29, 31, 32, 187, 287, 295, 317, 427, 446

BON Pierre, 107, 248, 288, 368, 444

BONNARD Maryvonne, 64

BRAUD Philippe, 84, 326

BURGORGUE-LARSEN Laurence, 255, 261, 298, 304, 307, 371, 403, 428, 444

C

CAMBY Jean-Pierre, 36, 178, 190, 303, 369, 439, 442

CARBONNIER Jean, 123, 124, 144, 156, 161, 162, 280, 335, 428

CAVIGLIOLI Benoît, 433

CHALTIEL Florence, 32, 42, 329, 347, 374, 439

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, 32, 43, 158, 160, 174, 192, 194, 198, 203, 206, 208, 230, 231, 232, 239, 255, 260, 284, 295, 296, 297, 298, 301, 304, 305, 309, 311, 331, 337, 354, 357, 360, 362, 373, 376, 393, 394, 397, 430, 441

CHEVALLIER Jacques, 8, 36, 126, 146, 167, 191, 200, 203, 205, 210, 224, 235, 259, 265, 266, 279, 285, 291, 313, 319, 320, 327, 331, 338, 340, 345, 351, 359, 360, 361, 385, 392, 399, 405, 428, 442

CROZIER Michel, 208, 231, 235, 277, 305, 383, 395, 429

D

DE ARANJO Christophe, 6, 7, 176, 201, 209, 210, 276, 278, 282, 283, 313, 319, 320, 322, 327, 387, 398, 399, 407, 442, 446

DE BECHILLON Denys, 125, 244, 245, 258, 347, 376, 392, 393, 394, 432, 436, 441, 444, 447

DREYER Emmanuel, 5, 14, 38, 75, 102, 124, 150, 206, 209, 232, 236, 249, 255, 278, 280, 281, 290, 292, 293, 296, 297, 299, 304, 330, 332, 333, 337, 338, 373, 383, 400, 401, 406, 441

DWORKIN Ronald, 63, 68, 75, 442

F

FAVOREU Louis, 9, 13, 15, 28, 33, 64, 67, 71, 72, 89, 98, 100, 106, 110, 139, 164, 167, 171, 183, 187, 204, 217, 222, 230, 234, 235, 293, 310, 314, 332, 338, 340, 345, 379, 390, 405, 429, 437, 441, 443, 444, 446

FRIEDBERG Erhard, 208, 231, 235, 277, 305, 383, 395, 429, 447

FROMONT Michel, 9, 22, 71, 80, 119, 157, 163, 169, 219, 223, 264, 283, 290, 291, 302, 332, 339, 341, 342, 343, 361, 364, 367, 370, 371, 430, 443

G

GAIA Patrick, 39, 121, 222

GAUDEMET Yves, 41, 63, 78, 139, 223, 227, 273, 386, 428, 433, 443

GENEVOIS Bruno, 74, 89, 92, 149, 153, 187, 245, 246, 247, 253, 434, 445

GHEVONTIAN Richard, 9, 13, 15, 28, 33, 64, 67, 72, 98, 110, 164, 167, 171, 181, 183, 187, 204, 217, 222, 310, 332, 336, 340, 345, 379, 390, 405, 429, 441

GICQUEL Jean, 59, 83, 145, 147, 208, 210, 214, 273, 275, 313, 329, 338, 344, 367, 429

GIRARD Charlotte, 11, 23, 37, 40, 428

GRZEGORCZYK Christophe, 203

H

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, 445

J

JAN Pascal, 142, 198, 225, 227, 286, 346, 440

JOBART Jean-Charles, 408, 409

JOUANJAN Olivier, 10, 22, 23, 38, 40, 371, 434

K

KELSEN Hans, 22, 32, 33, 211, 267, 312, 328, 342, 343, 430, 442, 443

L

LACHAUME Jean-François, 222, 311, 349, 352, 434

LEISNER Walter, 117, 124, 157, 168, 196, 197, 205, 245, 274, 278, 335, 340, 391, 392, 405, 406, 430

LEVADE Anne, 238, 262, 263, 265, 283, 341, 342, 378, 418, 436, 441, 447, 448

M

MASSIAS Jean-Pierre, 11, 34, 42, 47, 67, 75, 120, 209, 237, 388, 428, 442

MATHIEU Bertrand, 35, 67, 104, 154, 162, 166, 168, 174, 182, 185, 193, 196, 197, 199, 201, 203, 204, 205, 206, 278, 279, 287, 292, 303, 346, 362, 376, 379, 400, 429, 436, 437, 440, 441

MODERNE Franck, 123, 129, 373, 445

MONTESQUIEU, 7, 275, 285, 316, 361, 384, 409, 412, 428

MORANGE Jean, 33, 86, 158, 164, 166, 172, 176, 198, 316, 359, 384, 428

O

OBERDORFF Henri, 7, 14, 15, 16, 17, 21, 27, 45, 46, 54, 69, 77, 84, 101, 113, 127, 128, 133, 150, 156, 157, 158, 160, 170, 173, 179, 185, 190, 191, 194, 197, 200, 201, 208, 212, 215, 233, 240, 241, 250, 252, 275, 286, 314, 316, 331, 341, 346, 353, 354, 365, 387, 401, 404, 429

P

PACTEAU Bernard, 106, 132, 148, 269, 296, 324, 335, 428, 434

PAVIA Marie-Luce, 35, 156, 324, 328, 334, 363, 375, 404, 440

PFERSMANN Otto, 9, 13, 15, 28, 33, 64, 67, 72, 98, 110, 164, 167, 183, 187, 204, 217, 222, 310, 332, 340, 345, 379, 390, 395, 401, 405, 429, 440, 447

PICARD Etienne, 12, 24, 25, 34, 46, 51, 53, 57, 59, 67, 70, 77, 87, 90, 97, 98, 99, 100, 115, 118, 119, 122, 123, 130, 132, 133, 135, 138, 144, 146, 165, 170, 173, 175, 178, 188, 189, 191, 192, 199, 213, 214, 220, 221, 231, 234, 237, 248, 256, 257, 265, 267, 270, 272, 281, 292, 296, 299, 304, 310, 330, 333, 345, 348, 350, 352, 360, 363, 367, 368, 393, 394, 395, 403, 434, 439, 445

PIERRE-CAPS Stéphane, 277, 280, 387, 412, 443

PONTHOREAU Marie-Claire, 20, 39, 374, 375, 377, 379, 388, 445

PONTIER Jean-Marie, 191, 326, 428

R

ROBERT Jacques, 7, 14, 15, 16, 17, 21, 27, 45, 46, 54, 69, 77, 84, 101, 113, 127, 128, 133, 150, 154, 156, 157, 158, 160, 170, 173, 179, 185, 190, 191, 194, 197, 200, 201, 208, 212, 215, 233, 240, 241, 250, 252, 275, 286, 314, 316, 331, 341, 346, 353, 354, 365, 387, 401, 404, 429, 430

ROSANVALLON Pierre, 319, 321, 327, 397, 398, 406, 428

ROUSSEAU Dominique, 40, 47, 53, 65, 95, 114, 269, 277, 281, 283, 284, 286, 305, 307, 314, 317, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 330, 339, 354, 355, 362, 363, 364, 367, 377, 383, 389, 391, 392, 398, 399, 401, 408, 428, 430, 432, 436, 443

ROUSSEAU Jean-Jacques, 41, 318, 329, 428

S

SCHRAMECK Olivier, 230, 434, 437

STIRN Bernard, 145, 199, 345, 428

SUDRE Frédéric, 17, 155

T

TREMEAU Jérôme, 390, 434

TROPER Michel, 88, 117, 151, 203, 255, 256, 260, 284, 295, 296, 297, 298, 303, 305, 311, 354, 359, 360, 395, 396, 397, 401, 418, 430, 449

TURPIN Dominique, 8, 35, 41, 45, 51, 78, 83, 92, 154, 156, 158, 163, 177, 207, 260, 274, 275, 276, 290, 318, 320, 330, 344, 429

V

VERPEAUX Michel, 64, 67, 78, 80, 85, 104, 119, 154, 161, 162, 163, 166, 168, 174, 182, 183, 185, 193, 197, 199, 201, 203, 204, 271, 278, 292, 303, 307, 334, 362, 365, 366, 367, 373, 379, 429, 430, 435, 440, 441, 445

VIALA Alexandre, 437

VILLEY Michel, 405, 411, 429

W

WACHSMANN Patrick, 136, 180, 195, 352, 403, 404, 407, 435, 445

Table des matières

REMERCIEMENTS 3

SOMMAIRE 4

INTRODUCTION 5
Section 1 Les différentes invocations de la notion de fondamentalité 13
§1 – L'utilisation de la fondamentalité au niveau international 14
A - La fondamentalité dans le système onusien 14
B - La fondamentalité en droit européen 17
§2 – L'utilisation de la fondamentalité au niveau national 21
A – Les rapports entre fondamentalité et constitutionnalité 22
B – « Le « fondamental » se retrouve partout » 25
Section 2 : L'existence d'un critère de fondamentalité 29
§ 1 – Une inadaptation des différentes écoles 30
A – L'exigence d'un haut niveau de protection juridictionnelle 31
B – L'exigence d'un signifié substantiel 34
§2 – La réalité d'une combinaison des écoles de pensées 36
A- La fondamentalité au service de la dignité 38
B – La fondamentalité au service de la démocratie 40

PARTIE 1 : UNE UTILISATION POLYSEMIQUE DE LA FONDAMENTALITE 45

Titre 1 : De l'outil à l'unité de savoir 51
Chapitre 1 : Un instrument juridique plurifonctionnel 54
Section 1 : Un moyen de résolution des conflits juridiques 57
§1 – La fondamentalité : outil de répartition des compétences 59
A – La fondamentalité : une technique d'interprétation 61
B– La fondamentalité : une technique de régulation des pouvoirs 63
§2 – La fondamentalité : outil d'harmonisation normative 67
A – La fondamentalité : une technique de prévalence 70
B – La fondamentalité : une technique de conciliation 71
Section 2 : Une technique juridique doublée d'un sens substantiel 74
§1 – Une dimension substantielle limitée par la consécration des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) 77
A – L'esquisse d'une définition matérielle de la fondamentalité par la jurisprudence constitutionnelle 79
B – Une portée substantielle tempérée par le Conseil constitutionnel 83
§2- Une dimension substantielle confirmée par la consécration des droits et libertés fondamentaux 86
A – Une jurisprudence intentionnelle 89
B – Une démarche jurisprudentielle sibylline 92
Chapitre 2 : Une détermination empirique 96
Section 1 : Une conception paradoxale des sens de la fondamentalité 99
§1 – Une double portée assumée par la jurisprudence 101

A- La jurisprudence constitutionnelle ou la définition d'un régime juridique lié à la fondamentalité 103
B- La jurisprudence administrative ou la définition d'une fondamentalité substantielle 106
§2 – Une permanence de l'absence de définition textuelle 110
A- Une absence de révision constitutionnelle consacrant la notion de fondamentalité 112
B – Une carence entretenue au niveau infra constitutionnel 115
Section 2 : L'existence d'une présomption de fondamentalité 117
§1 – Une réalité non conceptualisée 119
A – Un concept autofondé 121
B – Le rejet d'une catégorisation par le choix du substantif 123
§2 – Un objet juridique original 125
A – La fondamentalité comme catégorie juridique 127
B – Une qualification en tant que catégorie à relativiser 129

Titre 2 : Une pluralité d'usages assumée 132
Chapitre 1 : Un outil d'adaptabilité du droit des libertés 135
Section 1 : Une notion répondant à une pluralité de logiques 138
§1 – Le Conseil constitutionnel ou l'avantage donné à la logique fonctionnelle 140
A- Un contexte défavorable au maintien d'une approche substantielle de la fondamentalité 142
B – Une approche plus fonctionnelle que formelle de la fondamentalité 144
§2 – Le Conseil d'Etat ou l'avantage donné à la logique substantielle 146
A– L'impact décisif du contrôle de conventionnalité sur le développement de la fondamentalité 149
B – L'influence du contrôle de conventionnalité sur la fondamentalité infraconstitutionnelle 151
Section 2 : Une notion transcendant les catégories classiques du droit des libertés 153
§1 – La fondamentalité : substantiellement plus complète que la DDHC 156
A – Fondamentalité et droits de l'homme : des différences matérielles 158
B – L'adaptabilité de la fondamentalité face à l'immuabilité des droits de l'homme 160
§2 – La fondamentalité : formellement plus efficace que les libertés publiques 162
A – La fondamentalité : héritière des libertés publiques 165
B – Une efficacité accrue des libertés fondamentales 167
Chapitre 2 : Un outil de modernisation du droit des libertés 169
Section 1 : La fondamentalité intranormative : l'actualisation continue du droit 171
§1 – La fondamentalité : moyen d'actualisation des normes 173
A – Une nouvelle grille de lecture d'une norme donnée 175
B – Une hiérarchisation relative des libertés 178
§2 – La fondamentalité : moyen d'actualiser le champ des libertés 181
A – Rénover la portée de certaines libertés 183
B – Rénover le concept de personne titulaire de droits 186
Section 2 : La fondamentalité extranormative : l'intégration de droits nouveaux 189
§1 – La fondamentalité extranormative : résultat d'une association normative 192
A – La fondamentalité : résultante de la combinaison d'une norme constitutionnelle et d'une norme infraconstitutionnelle. 194
B – La fondamentalité : résultante de la combinaison d'une norme constitutionnelle et d'une norme de droit externe 196

§2 - La fondamentalité extranormative : la prise en compte de l'internationalisation du droit 198
A – L'intégration effective des droits-garanties 200
B– Une standardisation des garanties dues aux libertés 203

PARTIE 2 : UNE UTILISATION STRATEGIQUE DE LA FONDAMENTALITE 207

Titre 1 : Un concept déstabilisant le système juridique 211
Chapitre 1 : Une complexification des relations juridiques 214
Section 1 : Une complexification des relations au sein du droit interne 216
§ 1 La place de la fondamentalité au sein de la constitutionnalité 218
A - Fondamentalité et constitutionnalité : une cohabitation difficile 221
B – Un rejet de la fondamentalité par le constituant 224
§2 – Une concurrence entre les juridictions de droit interne 229
A – La fondamentalité : moyen de justification d'une décision 232
B – La fondamentalité : moyen de contrainte du juge ordinaire sur le juge constitutionnel 236
Section 2 : Une complexification des relations entre droit interne et droit externe 239
§1 – Une convergence imparfaite autour de la notion de fondamentalité 243
A - La multiplication des éléments juridiques de protection liés à la fondamentalité 246
B - Une convergence artificielle des systèmes juridiques 249
§ 2 Une concurrence entre les juridictions de droit interne et externe 254
A- Une concurrence fondée sur le contrôle de fondamentalité 257
B- Un recul du contrôle de fondamentalité 261
Chapitre 2 : Une complexification de la production normative 267
Section 1 : Une inversion de la logique verticale 270
§ 1 - Les présupposés d'une création normative démocratique 272
A -Du représentant du peuple au juge 274
B-Le rôle passif de l'individu 277
§2 Les dysfonctionnements induits par la fondamentalité 280
A-Du juge au représentant 282
B-Le rôle actif de la personne 285
Section 2 : Une multiplication des producteurs du droit 289
§ 1 Le requérant producteur implicite du droit 291
A- Une définition circonstancielle de la fondamentalité 294
B – Une approche unidimensionnelle de la fondamentalité 298
§2 Le juge producteur explicite du droit 302
A – Une définition circonstanciée de la fondamentalité 304
B- Une approche pluridimentionnelle de la fondamentalité 309

Titre 2 : Un concept déstabilisant le système politique 313
Chapitre 1 : La fondamentalité, nouveau vecteur de légitimité 316
Section 1 : Un substitut imparfait aux carences du système représentatif 318
§1 - La fondamentalité : un nouveau mode d'expression démocratique 320
A – La fondamentalité : un débat continu sur le droit 323
B – la fondamentalité : élément de maintien d'un dialogue socialement apaisé 326
§2 - Une remise en question de la portée de la volonté générale 329
A - Une subjectivisation accrue du droit 331
B – Une remise en cause du processus démocratique 334
Section 2 : Une régulation de la démocratie par les juridictions 337

§ 1 - Limiter le pouvoir des autorités de l'Etat 340
A – La fondamentalité : instrument de l'équilibre des pouvoirs 343
B- Une omniprésence du contrôle juridictionnel sur la loi 345
§ 2 -Trancher des problèmes de valeurs 348
A – La fondamentalité : combler le fossé entre droit et société 351
B – La fondamentalité : sauvegarder la démocratie 354
Chapitre 2 : La fondamentalité signe d'une évolution de la démocratie 359
Section 1 : La fondamentalité : élément d'une démocratie constitutionnelle 361
§ 1 - Une nouvelle forme démocratique encore inadaptée au modèle français 364
A - Une action limitée du Conseil constitutionnel 366
B – La théorie de l'autolimitation 369
§ 2 - La France : une démocratie juridique 372
A – Le contrôle de conventionnalité peut-il nuire à la Constitution ? 374
B – L'identité constitutionnelle contre la fondamentalité 377
Section 2 : La fondamentalité, un enjeu de pouvoir 381
§1 - La liberté du juge face aux gouvernants 384
A - La démocratie ou l'exigence d'un devoir de juger 387
B - L'Etat de droit ou le développement d'un droit de juger 390
§ 2 - La fondamentalité ou le spectre d'un gouvernement des juges 392
A – La fondamentalité : élément de pouvoir 395
B – La fondamentalité : une ressource contre le juge 399

CONCLUSION 403

TABLE DES ABREVIATIONS 413

ANNEXES 414
Annexe 1 414
Annexe 2 415
Annexe 3 416
Annexe 4 417

BIBLIOGRAPHIE 418
Les rubriques sont classées par ordre alphabétique 418
Avis 418
Colloque 418
Congrès 418
Discours, exposé, intervention (classés par ordre alphabétique des auteurs) 418
Jurisprudences (classées par juridictions et par date) 420
Conseil constitutionnel, (http://www.conseil-constitutionnel.fr) 420
Conseil d'Etat, (http://www.legifrance.gouv.fr) 424
Cour de cassation, (http://www.legifrance.gouv.fr) 426
Tribunal des conflits, (http://www.legifrance.gouv.fr) 427
Cour européenne des droits de l'homme, (http://www.echr.coe.int) 427
Cour de justice de l'Union européenne, (http://curia.europa.eu) 427
Cours constitutionnelles étrangères 427
Ouvrages 427
Ouvrages individuels 427
Ouvrages collectifs 429
Ouvrages sous la direction de 430
Ouvrages consultés 430

Rapport 431
Ressources internet 431
Revues 433
Actualité juridique de droit administratif (AJDA), Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr) 433
Gazette du Palais, Lextenso, (http://ent.u-clermont1.fr) 435
Jus politicum, Revue de droit politique, (http://www.juspoliticum.com) 436
La semaine juridique, (http://www.lexisnexis.com) 436
Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Dalloz, (http://www.conseil-constitutionnel.fr) 436
Les Cahiers du Conseil constitutionnel, commentaires, Dalloz, (http://www.conseil-constitutionnel.fr) 438
Les Cahiers français n°296, mai-juin 2000, La Documentation française, 100 pages 439
Les Petites affiches, Lextenso, (http://ent.u-clermont1.fr) 439
Recueil Dalloz, Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr) 441
Revue de justice constitutionnelle est-européenne, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne 442
Revue de science criminelle, Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr) 442
Revue Droit et Société, L.G.D.J, (http://www.reds.msh-paris.fr) 442
Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger (RDP) Lextenso, (http://ent.u-clermont1.fr) 442
Revue française de droit administratif (RFDA), Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr) 444
Revue française de droit constitutionnel, (RFDC), PUF 445
Revue française de sociologie, Ophrys, (http://www.persee.fr) 447
Revue internationale de droit comparé, Société de Législation Comparée, (http://www.persee.fr) 447
Revue Pouvoirs, Le Seuil, (http://www.revue-pouvoirs.fr) 447
Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr) 448
Revue trimestrielle de droit européen, Dalloz, (http://ent.u-clermont1.fr) 448
Autres (auteurs classés par ordre alphabétiques) 448
Textes officiels 449
Textes constitutionnels français, (http://www.conseil-constitutionnel.fr) 449
Loi constitutionnelle, (http://www.conseil-constitutionnel.fr) 450
Loi organique, (http://www.legifrance.gouv.fr) 450
Textes constitutionnels étrangers, (http://mjp.univ-perp.fr) 450
Textes législatifs, (http://www.legifrance.gouv.fr) 450
Extraits de Code, (http://www.legifrance.gouv.fr) 450
Textes internationaux 451
Projets 451
Propositions 452
Autres 452

INDEX GENERAL 453

INDEX DES JURISPRUDENCES 459
Sur l'application égalitaire des libertés sur le territoire 459
Sur l'autorité judiciaire garante de la propriété 459
Sur le contrôle de conventionnalité 459
Sur la dignité de la personne humaine 459

Sur le droit d'asile 459
Sur le droit de la défense 460
Sur le droit de grève 460
Sur le droit à l'instruction 460
Sur le droit de mener une vie familiale normale 461
Sur le droit de propriété 461
Sur le droit à la santé 461
Sur le droit au travail 461
Sur l'emploi de l'expression « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel 462
Sur la fondamentalité dans le contentieux du déclassement 462
Sur la fondamentalité en tant que technique juridique 463
Sur l'incompétence négative 463
Sur l'indépendance des juridictions 464
Sur l'indépendance des professeurs d'université 464
Sur la liberté individuelle 464
Sur la liberté d'aller et venir 464
Sur la liberté d'association 464
Sur la liberté de communication et d'expression 465
Sur la liberté de conscience, de culte et la laïcité 465
Sur la liberté d'enseignement 465
Sur la liberté d'entreprendre, de disposer librement de son bien, liberté contractuelle 465
Sur la liberté du mariage 465
Sur les libertés en matière électorale 466
Sur les libertés en matière fiscale 466
Sur la liberté de réunion 466
Sur la liberté syndicale 466
Sur la libre administration des collectivités territoriales 466
Sur le pluralisme des courants d'expression 467
Sur la primauté du droit communautaire et la protection communautaire des droits fondamentaux 467
Sur le principe d'égalité 467
Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République 467
Sur les principes généraux du droit 468
Sur le principe de sécurité juridique 468
Sur la portée de la fondamentalité en matière d'extradition 468
Sur la QPC 469
Sur le rôle de régulation et le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel 469
Sur le secret des correspondance 469
Sur la sûreté 470
Sur la théorie des actes de gouvernement 470
Sur la voie de fait 470

INDEX DES PRINCIPAUX AUTEURS 471

TABLE DES MATIERES 474

Résumé : Le système juridique français est très protecteur des libertés de la personne et il dispose de nombreux instruments de protection en la matière. Parmi ceux-ci, la notion de droits fondamentaux n'est apparue en France que récemment et sa définition ne fait pas consensus. S'inscrivant dans la lignée des droits de l'homme et des libertés publiques, les droits fondamentaux apparaissent de prime abord comme des normes visant à la protection de la liberté juridique et dotées d'une valeur juridique supérieure. Le but de notre étude est de comprendre quel est le sens de ce concept en droit public français. Pour atteindre cette finalité, nous avons opéré plusieurs choix épistémologiques. Le domaine de notre travail est volontairement restreint au droit public interne, ce qui nous a conduit à nous concentrer sur l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, excluant de notre approche de la fondamentalité les jurisprudences tant de la Cour de cassation que celles des cours de droit externe. Face à l'absence de définition normative de la fondamentalité, seule l'analyse de la jurisprudence peut nous apporter des éléments de réponses sur ce que recouvre ce concept. Nous avons également fait le choix de traiter ces données jurisprudentielles sous l'angle de la détermination possible d'une stratégie du juge mais en refusant l'idée de la mise en œuvre d'une politique jurisprudentielle sur la base la fondamentalité La complexité de cette notion réside dans le fait que la fondamentalité n'est pas uniforme, elle se décline sur une pluralité de supports normatifs, droits, libertés, principes, garanties ou règles ce qui rend la compréhension de ce concept difficile. Aussi, nous avons cherché à comprendre les points de convergences entre ces occurrences distinctes puisque toutes peuvent répondre au qualificatif « fondamental. » Notre volonté est d'étudier la réalité du droit, c'est-à-dire déterminer à quelle réalité juridique correspond le concept de fondamentalité en droit public français.

Summary : The French legal system is very protective of freedom and it disposes of many instruments of protection in this area. Among these, the concept of human rights has emerged only recently in France and there is no consensus about its definition. In the tradition of human rights and civil liberties, fundamental rights appear at first glance as standards for the protection of legal freedom and with a higher legal value. The aim of our study is to understand what is the meaning of this concept in French public law. To achieve this goal, we have made several epistemological choices. Our work's framework is deliberately restricted to public law. It led us to focus on the study of jurisprudence of the Constitutional Council and the Council of State. We excluded from our approach the interpretation of fundamental rights by the Supreme Court (Cour de cassation) and by Europeans Courts. Given the lack of normative definition of the fundamentality, analysis of case law is the only way to get answers about this concept. We also chose to determine if case law about fundamentality could be a strategic tool for the judge and not a political instrument. The complexity of this concept lies in the fact that the fundamentality is not uniform. It comes on a plurality of norms, rights, freedoms, principles, guarantees and rules which makes difficult the understanding of this concept. Therefore, we sought to understand the points of convergence between these different occurrences because all these occurences can be qualified by the word "fundamental". Our ambition is to study the reality of law, to determine what is the legal reality of the concept of fundamentality in French public law.