# Les concepts de liberté publique et de droit fondamental

Laurence Burgorgue-Larsen
*Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

## I. TERRAIN SENSIBLE

Terrain sensible : voilà la réflexion qui traverse l'esprit du chercheur quand — après s'être plongé dans de nombreuses lectures plus variées les unes que les autres sur la problématique générale des droits de la personne — il se met en quête de trouver un angle d'accroche pour systématiser l'influence du droit européen[1] sur la *notion* « classique » de liberté publique — qui se décline le plus souvent au pluriel — et sur celle plus « contemporaine » de droit fondamental[2]. Le terrain est sensible car la charge théorique — pour ne pas dire idéologique — que véhiculent ces deux *notions* est impressionnante. Toute l'histoire du droit public français est intimement reliée aux libertés publiques[3], tandis que les évolutions récentes qui le caractérisent démontrent qu'il est aujourd'hui arrimé, qu'on le veuille ou non, à la notion de droit fondamental et/ou de liberté(s) fondamentale(s) — la boussole terminologique s'affolant souvent — bref à la question de la « fondamentalité » qui serait la marque de la « postmodernité ».

---

1. Le « droit européen » est pris ici dans sa double déclinaison de droit conventionnel (CEDH) et de droit de l'Union (UE). On verra toutefois que, sur certains points, il est difficile de maintenir *ne varietur* l'équivalence analytique.

2. On ne peut ici éluder un élément « sociologique » rappelé par tous les manuels : il s'agit de la création en 1954 de l'enseignement de *Libertés publiques* qui fut rendu obligatoire dans le programme de Licence en 1962. Ce n'est qu'au début des années 1990 que la référence au *Droit des libertés fondamentales* apparut (v. arrêtés des 13 févr. 1993 et 30 avr. 1994). L'expression trouvait une consécration pratique avec l'arrêté du 29 janv. 1998 qui en faisait une épreuve importante pour l'accès aux Centres régionaux de formation professionnelle d'avocats.

3. T. Leterre, « Les libertés publiques : fondements et transformations », in *Les libertés publiques*, La Documentation française, 2000, p. 3-10.

Les libertés publiques ne sont rien moins que « la contribution à la garantie des droits du modèle républicain à la fin du XIX^e siècle »[4]. La loi est le vecteur de leur consécration et de leur protection à une époque où elle jouit de l'infaillibilité[5]. La loi est aussi celle qui les rogne, les écarte voire les abolit *ad personam*[6]. Avec l'intermède funeste et dévastateur de Vichy, elles sont sérieusement affaiblies, le législateur ayant démontré qu'il pouvait irrémédiablement mal faire. Est-ce une des raisons qui expliquent que, sur les cendres des destructions des hommes et des biens, la période d'après guerre voit peu à peu modifier la donne de la protection des libertés en France et ailleurs ? Sans nul doute.

Les Constitutions prennent le dessus sur les lois et deviennent l'archétype de l'État de droit[7]. Le légicentrisme a vécu ; le constitutionnalisme — parfois affublé de l'adjectif de « moderne » — voit le jour. Le préambule de la Constitution de 1946 proclame des droits nouveaux « particulièrement nécessaires à notre temps » tandis que la Constitution de 1958 entérine l'affaiblissement de la loi[8] en instituant le Conseil constitutionnel qui, en une décision et une seule, historique[9], s'arroge le rôle éminent de « protecteur des libertés » en prenant au sérieux la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[10]. Du coup, c'est toute l'étude du droit constitutionnel en France qui change d'allure. L'ère du décryptage de la justice constitutionnelle démarre, en grande pompe. L'École d'Aix prend son envol. Elle met en place des « outils » importants pour participer à la diffusion du droit

4. O. Dord, « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », in *Les libertés publiques*, La Documentation française, 2000, p. 12.

5. Rappelons ici les grandes œuvres du législateur qui protégea la liberté de la presse (loi du 29 juill. 1881), s'arrima à consacrer la liberté syndicale (loi du 21 mars 1884 sur les syndicats), ou encore se pencher sur les contrats d'association (loi du 1^er juill. 1901).

6. O. Dord rappelle que « Les parlementaires de la III^e République comme au temps de saint Just, n'hésitèrent pas à priver de liberté les ennemis de la République. Ils adoptèrent des lois d'exception d'autant plus contestables que certaines avaient une portée personnelle, telle la loi d'exil du 28 juin 1886 », *op. cit.*, p. 12.

7. La littérature est innombrable sur la question. Les quelques références qui suivent n'épuisent certainement pas le sujet. En langue française, on ne peut passer à côté des travaux de M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1992 ; L. Heuschlinf, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002. Pour une approche qui intègre le droit européen sous un angle comparatiste, on renvoie à la thèse d'E. Carpano, *État de droit et droits européens*, L'Harmattan, 2005.

8. Une loi dont l'article 34 de la Constitution de 1958 assignait des objectifs importants : « La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les *garanties fondamentales* accordées aux citoyens pour l'exercice des *libertés publiques* ». (C'est nous qui soulignons).

9. Cons. const. 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *Liberté d'association*.

10. Pour des lectures critiques sur le niveau de protection offert par le contrôle constitutionnel depuis la décision de 1971, on se reportera à D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs* 1986, n° 13, p. 41 et, dans son sillage, à V. Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, LGDJ, 2007, p. 251-254 ; P. Wachsmann, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Frontières du droit…, op. cit.*, p. 279-284.

comparé dans l'Hexagone[11]. Dans ce contexte, le constitutionnalisme allemand comme la théorie allemande des droits fondamentaux, une des plus sophistiquée pour ne pas dire la plus aboutie, est un point de référence incontournable du « comparatisme » constitutionnel[12].

Dans le même temps, la planète est déjà devenue un village et les visionnaires réalistes — tels René Cassin[13] — œuvrent sans relâche à l'échelle internationale pour proclamer l'universalité des droits qui sont nommés, au gré des textes, tantôt « droits de l'homme »[14], tantôt « droits et libertés fondamentales[15] », tantôt « droits fondamentaux »[16]. La Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales — trop souvent mal nommée Convention européenne des droits de l'homme par commodité langagière[17] — en est justement l'emblème dès 1950, tandis que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, cinquante ans plus tard, confirme l'envolée de la « fondamentalité ». *Europe et droits*. Cette histoire est une longue histoire, largement connue désormais[18]. Il n'est pas le lieu ici de la retracer en reprenant le fil rouge classique des deux Europe, l'une des droits de l'homme (Conseil de l'Europe), l'autre du marché (Communautés européennes

---

11. Ainsi de l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* et de la *Revue française de droit constitutionnel*.

12. Tout le monde s'accorde à reconnaître qu'une des premières publications, sinon la première, qui a utilisé l'expression de « droit fondamental » est dû à M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA », in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 49-64. Dans cette lignée, la thèse de D. Capitant est également une référence obligée dans la littérature française, *La protection des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001. Aujourd'hui, on assiste à un vaste mouvement (non dénué de tensions) dans le champ constitutionnel qui consiste à ériger le droit comparé en méthode indispensable d'analyse. Sur cette question passionnante, on renvoie à la présentation éclairante de M. Verdussen, « Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus », in *En hommage à F. Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 1645-1657.

13. À l'heure de la célébration du 60e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, il est plus que jamais intéressant de se replonger dans la vie et l'œuvre de René Cassin, v. Institut international des droits de l'homme, *Actualité de la pensée de René Cassin*, CNRS, 1981, 133 p.

14. *Ad ex*. Déclaration universelle des *droits de l'homme* du 10 déc. 1948 ; Déclaration américaine des *droits* et devoirs *de l'homme* du 2 mai 1948.

15. L'article 1 § 3 de la Charte de San Francisco se réfère au « respect des *droits de l'homme et des libertés fondamentales* pour tous sans condition de race, de sexe, de langue ou de religion. » (C'est nous qui soulignons).

16. Le 5e alinéa du Préambule de la Déclaration universelle des droit de l'homme ne s'en tient pas à une seule appellation et vise les « *droits fondamentaux de l'homme* », tandis que le 6e alinéa mentionne l'engagement des États membres des Nations unies en faveur du « respect universel et effectif des *droits de l'homme et des libertés fondamentales*. » (C'est nous qui soulignons).

17. En plus de cette facilité de présentation (marquée, imagine-t-on, par un souci pédagogique), il est toutefois étonnant de voir à quel point la dénomination officielle de la Convention est malmenée même dans les ouvrages et manuels les plus sérieux. Pensant retranscrire correctement la dénomination du texte, beaucoup d'auteurs font l'erreur de la mentionner comme la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales alors que l'adjectif « européen » n'y figure point.

18. J. Rideau, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *Rec. cours La Haye* 2007, t. 265, p. 13-478.

puis Union européenne) qui, avançant longtemps en s'ignorant, on finit par se regarder et s'écouter tant par le jeu du dialogue des juges que par celui de la diplomatie judiciaire[19]. Explorons plutôt ce terrain familier en prenant un autre fil rouge, tout aussi pertinent (notamment s'agissant de la problématique qui nous occupe) : celui de l'Allemagne. L'Europe intégrée a pris conscience des droits fondamentaux grâce aux juges allemands, et ce, par deux biais. Celui du renvoi préjudiciel tout d'abord et celui des voies de droit constitutionnel ensuite. Il ne faut guère oublier en effet que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe ne fut point la première à monter au créneau. Avant que la doctrine bien connue du « *aussi longtemps que* » ne voit le jour en 1974 (en guise d'avertissement répété)[20]; avant qu'elle ne soit renouvelée *a contrario* en 1986 (en guise d'apaisement)[21] et trouve une issue positive par la conclusion d'un « traité de paix »[22] avec la Cour de justice en 2000[23], cette dernière avait été alertée par les juges ordinaires allemands des failles de la législation de la Haute Autorité peu familiarisée avec le curseur de la protection des droits. En un mot, avant *Solange I*, il y eut *Stork*[24]; autrement dit, il y eut une argumentation articulée autour de la thématique des droits fondamentaux par une entreprise allemande devant un juge ordinaire qui décida de la relayer devant la Cour grâce au mécanisme préjudiciel[25]... Et même si la réponse de la Cour fut à l'époque un camouflet à l'égard d'une telle argumentation[26] — pourtant relayée par

19. La littérature juridique est considérable sur la question. Pour un regard politiste très intéressant sur cette relation qui a pu un temps prendre l'allure d'une compétition, mais qui aujourd'hui est plus que jamais marquée du sceau de la coopération, on lira avec intérêt la thèse L. Scheeck, *Les Cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, IEP, Paris, 2006 (sous la direction de G. Devin), 537 p. De même, pour un suivi « actualisé » du dialogue entre les deux Cours européennes (comme avec les Cours constitutionnelles), on se permet de renvoyer à la « Chronique de jurisprudence européenne comparée » publiée à la *Revue du droit public* depuis l'année 2000.

20. Cour constitutionnelle allemande, 19 mai 1974, *Solange I*. On n'oublie pas que la « résistance constructive » comme on a pu l'appeler avait commencé dès 1967 (décision du 18 oct. 1967), v. « Les résistances des États de droit », *in* J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit vers l'Union de droit*, LGDJ, 2000, p. 423-458.

21. Cour constitutionnelle allemande, 22 oct. 1986, *Solange II*.

22. Pour reprendre l'expression de C. Grewe, « Le traité de Paix avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *RTD eur.* 2000. 1.

23. Cour constitutionnelle allemande, 7 juin 2000, *Les Bananes*.

24. CJCE 4 févr. 1959, *Friedrich Stork et Cie c. Haute Autorité de la* CECA, 1/58, *Rec. CJCE* 43, concl. M. Lagrange.

25. C'est en effet une société allemande, spécialisée dans le négoce des matières minières, qui forma un recours en annulation contre la décision de la Haute autorité de la CECA du 27 nov. 1957; elle y considérait que la réorganisation de la vente du charbon de la Rhur n'était pas contraire aux dispositions du traité CECA. Or, l'entreprise allemande Stork considérait à l'inverse que « La Haute Autorité n'a pas non plus respecté certains *droits fondamentaux* qui sont protégés dans presque toutes les constitutions des États membres et qui viennent limiter l'application du traité. C'est ainsi notamment que les articles 2 et 12 de la loi fondamentale de la République fédérale accordent à chaque citoyen, le droit inviolable de développer librement sa personnalité et d'exercer sa protection sans entraves. »

26. CJCE 4 févr. 1959, *Friedrich Stork et Cie c. Haute Autorité de la* CECA, 1/58, point 63 : « Attendu, en effet, qu'en vertu de l'article 8 du traité, la Haute Autorité n'est appelée à appliquer que le droit de la Communauté; qu'elle n'est pas compétente pour appliquer le droit interne des États

l'Avocat Général Lagrange — le processus d'invocation des « droits fondamentaux » (tels que protégés par la Loi fondamentale de Bonn) était en marche. On connaît la suite de l'histoire. Elle prend la forme de la mise en place subséquente par le juge communautaire, grâce aux ressorts créatifs des principes généraux du droit[27], d'un catalogue conséquent de « droits fondamentaux ». S'ils passèrent de l'ombre (de la création prétorienne) à la lumière (par la fixation textuelle), l'Europe intégrée le doit (encore) à l'Allemagne. C'est elle qui plaida la « mise en mots ». C'est en effet elle qui, sur ses terres à Cologne[28], lança la convocation de la Convention qui allait élaborer la Charte des droits fondamentaux de l'Union et qui lui affubla un président — Roman Herzog — qui n'était rien moins qu'un ancien président de la République Fédérale d'Allemagne et un des anciens présidents de la très prestigieuse Cour constitutionnelle allemande[29]. De là à dire que l'on doit à la théorie allemande des droits fondamentaux le degré actuel de protection des droits dans l'Union — qui a transformé l'office du juge communautaire[30] — il n'y a qu'un pas. Si les liens de l'Europe conventionnelle sont moins évidents avec l'Allemagne, Constance Grewe a pu toutefois démontrer avec dextérité que la Cour européenne importait (en les déformant) des techniques de raisonnement qui s'inspiraient largement de ce qui se pratique à Karlsruhe et qui, par la force des choses, avaient des effets non négligeables en France[31]. Ces processus sont

---

membres ; que, de même, selon l'article 31 du traité, la Cour n'a qu'à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité et des règlements d'exécution ; qu'en règle générale, elle n'a pas à se prononcer sur les règles de droit interne ; qu'en conséquence elle ne saurait examiner le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes du droit constitutionnel allemand (notamment les articles 2 et 12 de la loi fondamentale). » Cette démarche était réitérée dans l'arrêt du 12 févr. 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr c. Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 36/59 à 38/59 et 40/59, *Rec. CJCE* 857.

27. On connaît la place du « quatuor » jurisprudentiel qui participa à l'élaboration de la méthodologie de la Cour de justice en la matière : CJCE 12 nov. 1969, *Stauder*, 29/69, *Rec. CJCE* 405 ; CJCE 17 déc. 1970 *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, *Rec. CJCE* 115 ; CJCE 14 mai 1974, *Nold c. Commission*, 4/73, *Rec. CJCE* 491 ; CJCE 28 oct. 1975 *Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, 36/75, *Rec. CJCE* 1219.

28. Le choix de la composition définitive de l'« enceinte » a été fixé lors du Conseil européen de Tampere (15 et 16 oct. 1999) sur la base des recommandations du Conseil européen de Cologne v. les indications très précieuses fournies par J-P Jacqué, « La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne », *RUDH* 2000, vol. 12, n° 1-2, p. 3. Il précise que la démarche de l'Allemagne n'est pas étrangère à la constitution outre-Rhin d'un gouvernement de coalition puisque le programme de cette coalition mentionnait la Charte, sous une forme d'ailleurs plus ambitieuse que dans les conclusions de Cologne.

29. Cette présentation ne doit pas évidemment omettre le travail majeur de l'ensemble des Conventionnels au sein desquels tous savent que le regretté Guy Braibant tint un rôle majeur, v. G. Braibant, *Témoignage et commentaires. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, 329 p.

30. On renvoie ici à la thèse de R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 708 p. (préf. F. Sudre).

31. C. Grewe, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH* 2004. 26-32.

aujourd'hui agrémentés d'un dialogue entre les deux Cours européennes[32] qui enrichissent leur système de garantie respectif en utilisant la jurisprudence de l'une[33] et les concepts de l'autre[34].

Les processus de constitutionnalisation et d'européanisation des droits expliqueraient donc, assez grossièrement, le passage subreptice en France, d'une notion à l'autre. Dans ses grandes lignes, le constat est indéniable. Le résultat, au final, est un processus complexe où on recense également, à parts variables, l'action du constituant (quand il renforce le rôle du Conseil constitutionnel)[35], du législateur (quand il permet au Conseil d'État de protéger en urgence des « libertés fondamentales »)[36], évidemment des juges (quand ils doivent identifier *ad intra* un droit ou une liberté fondamentale[37]) et *last but not least* de la doctrine. Cette dernière men-

---

32. L. Garlicki, « Cooperation of Courts : The rôle of supranational jurisdictions in Europe », *I.CON* 2008, vol. 6, nº 3-4, p. 509-530. On se reportera également à la collection « Dialogue *entre* juges » mise en place par la Cour européenne depuis 2005 qui réunit juges européens et nationaux sur des thématiques spécifiques afin de pointer les accords et les désaccords du « dialogue ». Un remerciement appuyé ici à Mario Oetheimer, juriste de la Division de la recherche à la Cour européenne, pour m'avoir transmis les compte-rendu publiés de ces entretiens.

33. On sait que la Cour de justice se réfère sans complexe tant à la Convention qu'à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour interpréter les droits fondamentaux tels que protégés dans l'ordre juridique communautaire. Pour un exemple emblématique de cette démarche qui peut, dans certaines circonstances, être critiquable, v. CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni*, C-145/04. Conclusions partiellement conformes de l'avocat général A. Tizzano présentées le 6 avr. 2006, v. L. Burgorgue-Larsen, « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne », *RTD eur.* 2007. 22-45. Pour un exemple plus récent, CJCE, gde ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat c. Conseil de l'Union européenne*, C-402/05 P et C-415/05 P, points 256 et 283.

34. L'utilisation des « concepts » communautaires par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa tâche interprétative s'accélère ; elle considère même que se « tourner globalement vers le droit européen » est une « source précieuses d'indications » (CEDH 19 avr. 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, § 60.) L'exemple le plus récent et sans doute le plus édifiant est celui de l'incorporation, dans le champ conventionnel, du concept de « discrimination indirecte » (CEDH, gde ch., 13 nov. 2007, *D.H. c. République tchèque*).

35. On pense évidemment à la réforme constitutionnelle de 1974, qui sous l'impulsion de Valéry Giscard d'Estaing, participa à changer la posture du Conseil constitutionnel dans le jeu démocratique en permettant à soixante députés ou à soixante sénateurs de le saisir.

36. On sait que c'est par la loi du 30 juin 2000 (entrée en vigueur le 1er janv. 2001) que l'ordre juridictionnel administratif a mis fin à une situation qui le désavantageait considérablement par rapport à l'ordre judiciaire. Le droit administratif de l'urgence a fait peau neuve pour le plus grand bien, et du contentieux administratif, et du justiciable qui peut désormais saisir le juge des référés pour violation, par l'administration, d'une « liberté fondamentale » (article L. 521 § 2 CJA). Comme le législateur a fait preuve de prudence — certains diraient de pusillanimité — en ne définissant pas la notion, toute la tâche revient au juge administratif qui doit, au fil des espèces, tisser la toile des « libertés fondamentales ». C'est dire que le jeu de la délimitation (notamment avec la jurisprudence constitutionnelle) est complexe. v. La thèse remarquable d'O. le Bot, *Le référé-liberté fondamentale Contribution à l'étude de l'article L.521-2 du Code de justice administrative*, Fondation Varenne-LGDJ, 2007, 672 p.

37. Les décisions du Conseil constitutionnel qui mentionnent des « libertés fondamentales » ne sont pas si nombreuses. v. Cons. const. 10 oct. 1984, *Entreprise de presse*, cons. 34 (la liberté de communication est une liberté fondamentale) ; Cons. const. 22 janv. 1990, *Égalité entre Français et étrangers*, cons. 37 (le Conseil reconnaît les libertés et les droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ») ; Cons. const. 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*,

tion n'est pas anodine car elle est en fait révélatrice de la complexité de la donne et explique que le terrain soit propice aux controverses les plus vives.

## II. TERRAIN CONTROVERSÉ

Alors que le temps des grandes *disputatio* doctrinales semble révolu, le domaine qui nous occupe constitue une exception remarquable où l'analyse académique critique a repris ses droits. Voilà que la floraison de la « fondamentalité » et la signification qui lui est donnée — si elle enchante certains auteurs[38] — entraîne toutefois le courroux de certains autres. Les critiques sont nombreuses. Nous en choisirons (discrétionnairement) deux dans la mesure où elles révèlent des fractures fortes et persistantes au sein de la doctrine française. Querelle d'écoles pour la première ; querelle sur la vision du droit et des droits pour la seconde.

D'aucuns critiquent tout d'abord l'emprise de l'École d'Aix sur la diffusion en France de l'expression de « droit fondamental » et de « libertés fondamentales » (envisagées d'ailleurs par cette École comme des synonymes). Patrick Wachsmann a été celui qui, dans un article-hommage à la mémoire de Louis Favoreu, n'en a pas moins exprimé avec vigueur sa « mauvaise humeur ». Il y affirme « qu'il est pour le moins prématuré de parler de droits fondamentaux en France, à moins que cela ne soit pour indiquer le chemin qui reste à parcourir pour soutenir ce que ces termes impliquent. On s'en prend donc à un courant doctrinal qui fantasme une « perfection » déjà advenue, quand il s'agit plutôt d'une entreprise à peine ébauchée. Il n'est en effet que de rapprocher l'embryon de contrôle de constitutionnalité des lois que met en place la Constitution du 4 octobre 1958 de la justice constitutionnelle allemande (pour ne parler que d'elle) pour réaliser l'outrecuidance de la comparaison. À partir de là, on a peine à comprendre comment a pu sérieusement s'accré-

---

cons. 84 (le droit d'asile constitue un droit fondamental à caractère constitutionnel) ; Cons. const. 10 juin 1998, *Réduction du temps de travail* (le droit à rémunération fait partie des droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés). L'identification des « libertés fondamentales » par le juge administratif dans le cadre du référé-liberté (v. note antérieure) est une tâche totalement prétorienne. Ce contentieux spécifique n'est pas toutefois le seul où la notion apparaît. En matière d'extradition, on pourra signaler l'arrêt du Conseil d'État du 26 sept. 1984, *Lujambo Galdeano* (*Lebon* 380) qui contrôle le respect dans l'ordre juridique de l'État de renvoi des « *droits et libertés fondamentaux* de la personne humaine ainsi que l'exigent les principes généraux du droit de l'extradition. » (C'est nous qui soulignons). La Cour de cassation participe évidemment à ce travail d'identification. Ainsi quand il qualifie le secret des correspondances de « liberté fondamentale » (Cass. 2 oct. 2001, *Sté Nikon France SA c. M. Onof*).

38. L'éditorial de Laurent Richer, à l'occasion de la parution du désormais historique « numéro spécial » de l'*AJDA* de 1998, est particulièrement positif en considérant qu'avec « la notion de droits fondamentaux, l'unité de la matière (des droits de l'homme) est restaurée, les clivages sont dépassés. La catégorie des droits fondamentaux est apte à intégrer toutes les générations de droits et libertés, elle dépasse les séparations entre les disciplines, elle a une vocation universelle. On ne peut donc que se féliciter de voir acclimatée dans la doctrine française cette notion venue d'Allemagne. »

diter l'idée que la justice constitutionnelle « à la française » pouvait être érigée en modèle, rien moins que concurrent du modèle allemand et propre, du coup, à faire décerner le label « droits fondamentaux », sans que l'on ait à se donner la peine d'en penser les conséquences et, par suite, de prendre mesure des lacunes du système [39] ». La critique est forte[40] et ne s'atténue guère avec le temps ; elle était en effet réitérée dans l'ouvrage collectif fêtant le cinquantième anniversaire de la Constitution de 1958[41]. Que l'on y adhère ou pas, le fait est là : elle met parfaitement en exergue le jeu des « Écoles » dans la présentation et la perpétration de courants de pensée qui influent sur l'étude du droit et des notions qui le traversent[42]. Dit encore autrement, la critique *in se* témoigne de l'influence de la théorie allemande des droits fondamentaux — à travers les représentants de l'École d'Aix qui ont valorisé tant la Constitution que l'œuvre du Conseil constitutionnel — dans l'irruption de la « fondamentalité » dans le paysage du droit public français. Le législateur ordinaire n'étant plus digne de considération, par ricochet, la notion de libertés publiques — qu'il consacrât — ne l'est plus également. Voilà en substance ce que reproche le professeur Strasbourgeois à ses collègues Aixois. L'irruption de la fondamentalité par le truchement constitutionnel est ainsi vilipendée car elle reléguerait aux magasins des antiquités conceptuelles les libertés publiques, pourtant flamboyantes pendant fort longtemps en France en droit administratif[43]. Ne vou-

---

39. P. Wachsmann, « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH* 2004. 40.

40. L'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité par la réforme de la Constitution le 23 juill. 2008 serait-elle propice à atténuer la critique de P. Wachsmann ? Pas si sûr quand on sait que pose encore problème pour lui le mode de désignation et donc la composition du Conseil constitutionnel...

41. P. Wachsmann, « Les droits fondamentaux, sans le savoir ni le vouloir », *in* B. Mathieu (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 563-569. On ne résiste pas à la tentation de présenter un passage démontrant que sa critique ne s'est guère atténuée : « L'ère des libertés fondamentales aurait ainsi succédé à celle des libertés publiques. Les choses sérieuses, désormais, ne se joueraient plus que dans les sphères supérieures de la hiérarchie des normes, reléguant l'action quotidienne du juge judiciaire et celle du juge administratif à une *France d'en bas* des libertés. Celle-ci, dans la logique de la doctrine ici examinée, n'aurait qu'une chance d'échapper au mépris des sectateurs du Conseil constitutionnel : en viser les décisions, en reprendre les formules, en accepter les enseignements. Cette attitude doctrinale se traduit par des commentaires triomphants lorsque se produit cette soumission attendue, par des critiques acerbes, en revanche, à chaque fois que le Conseil d'État persiste à raisonner selon ses méthodes traditionnelles (par exemple en interprétant les lois d'habilitation comme n'ayant pas entendu autoriser l'auteur des ordonnances de l'article 38 à déroger aux principes généraux du droit, au lieu de confronter ces dernières aux règles et principes constitutionnels) ou pire, à s'aviser d'innover sur le terrain constitutionnel (par exemple en dégageant un principe fondamental reconnu par les lois de la République en l'absence de précédent posé par le Conseil constitutionnel dans CE, ass., 3 juill. 1996, *Koné*, Rec, p. 255). »

42. L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, 3e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2004, 576 p.

43. Cela explique que les libertés publiques étaient conçues avant tout comme un *droit administratif des libertés*. En effet, le premier grand manuel sur la question fut écrit par un administrativiste de renom, Jean Rivero pour ne pas le citer. Hugues Moutouh poursuit aujourd'hui son œuvre en signant un ouvrage qui n'entend pas déroger à la tradition, v. J. Rivero, H. Moutouh, *Libertés publiques*, PUF, coll. « Thémis », 2003, 2 t.

lant point jeter trop vite aux orties l'héritage français et considérant les droits et libertés fondamentaux comme une importation prématurée en France, P. Wachsmann signe un manuel qui entend rester fidèle à la notion de libertés publiques[44] ; ils sont plusieurs dans ce cas de figure[45].

À ce stade, le droit européen demeure (étonnamment) absent. Le fait qu'il ait été saisi par les droits fondamentaux et que son influence sur les droits nationaux est incontestable ne serait-il pas pris en compte par la doctrine ? Pas tout à fait. En effet, une autre critique majeure formulée avec brio par Étienne Picard dans un article désormais culte[46] et reprise dans une autre publication[47], consiste à révéler les apories de la démarche doctrinale consistant à ne considérer de « fondamental » que ce qui est exclusivement relié et posé par la Constitution à partir d'une vision hiérarchique et donc formelle *des* droits et, plus largement, conformément à une vision « positiviste » *du* droit. Il est intéressant de relever qu'un des arguments critiques avancés par Étienne Picard consiste à démontrer le paradoxe qu'il y a à admettre — selon le courant "réaliste" de la conception positiviste des droits fondamentaux — que les droits fondamentaux puissent se trouver également dans d'autres sources que la Constitution — comme au sein des Conventions internationales — alors que ces dernières ne se situent pas au même niveau hiérarchique que celle-ci[48]. Mais lisons plutôt directement la vision du droit et des droits de celui dont la pensée demeure minoritaire en France. « D'une part, il y a une contradiction essentielle dans le fait d'admettre que les droits fondamentaux forment une catégorie juridique déterminée, en définissant celle-ci par rapport à la structure normative classique pour en faire en définitive un équivalent aux droits constitutionnellement garantis, tout en reconnaissant qu'ils peuvent aussi trouver leur source dans des conventions internationales, lesquelles ne se situent précisément pas au même rang au sein de la hiérarchie normative formelle : ou bien les droits fondamentaux se définissent essentiellement par leur rang normatif et alors ils ne peuvent se trouver à deux niveaux normatifs différents ; ou bien ils peuvent se trouver à deux niveaux normatifs différents, mais alors ils ne peuvent se caractériser, quant à leur nature,

---

44. P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 5e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2005, 676 p.

45. C.-A. Colliard, R. Letteron, *Libertés publiques*, 8e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2005, 569 p. On lira avec intérêt les six pages de la préface rédigée par Jean-Claude Colliard qui prend le soin d'expliquer pourquoi, alors que la matière a subi de profondes transformations, Roseline Letteron a décidé de garder l'intitulé classique de libertés publiques tel qu'il avait été utilisé par son père, Claude-Albert Colliard, V. également, C. Leclercq, *Libertés publiques*, 5e éd., Litec, coll. « Manuels », 2003, 363 p.

46. E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998. 6-42.

47. E. Picard, « Droits fondamentaux », *in* D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 544-549.

48. L'École d'Aix se situe dans ce courant, la lecture du manuel collectif le démontre. Pour une confirmation, on se reportera à l'article de Ferdinand Mélin-Soucramanien, écrit en hommage au professeur Lavroff, où il est précisé que le Conseil constitutionnel n'a plus le monopole de la reconnaissance comme de la mise en œuvre des droits fondamentaux v. « Autonomie constitutionnelle et droits fondamentaux », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de D. G. Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 257 et s.

par le rang auquel ils se situent dans la hiérarchie formelle[49]. » La critique est implacable et renvoie à l'école positiviste ses propres contradictions. On y reviendra.

Ces deux critiques importantes démontrent, en creux, deux choses. Tout d'abord, que l'on ne peut ignorer l'influence du droit constitutionnel français — tel que transfiguré par le juge constitutionnel comme le constituant, aménagé par le législateur et interprété par la doctrine majoritaire — combiné avec le droit européen (et bien évidemment plus largement le droit international des droits de l'homme) sur « l'importation » et la « vulgarisation » en France d'une notion pourtant totalement étrangère à son histoire. Le premier constat est donc clair : l'influence européenne n'est certainement pas isolée ; elle se couple, notamment, avec celle du droit constitutionnel. Le second constat concerne ce que nous pourrions appeler une perte de repères analytiques, conceptuels. Cette influence croisée qui, de prime abord, pourrait laisser penser qu'elle participe d'un enrichissement débouche à l'inverse sur un désarroi notionnel qui engendre une cacophonie analytique. L'influence (croisée) est donc perturbatrice. Plus personne ne sait, en France, ce qui est véritablement « fondamental ». Ou plutôt à chaque « chapelle », à chaque courant de pensée, presque à chaque auteur, « sa » vision de la fondamentalité[50]. Quand des esprits — qui naviguent avec aisance dans les eaux singulières de la théorie — s'attachent à dégager des critères de la fondamentalité, il faut bien reconnaître que la démarche est toutefois reliée à un seul univers, celui du champ constitutionnel et qu'elle se rattache sciemment et exclusivement sur la seule fonctionnalité de son emploi qui ne serait in fine qu'opportunisme[51]. Une telle approche sectorielle n'est pas en soi invalide (sinon la notion même de branche du droit perdrait toute pertinence), elle est simplement partielle ; surtout, tout ne peut pas toujours et encore s'expliquer *exclusivement* par le seul opportunisme du juge. Les influences entremêlées des données législatives, constitutionnelles et internationales commanderaient aujourd'hui plus que jamais une théorie « décloisonnée » ; à tout le moins une théorie qui prenne en considération autre chose que le rang de la source qui consacre un droit et autre chose que le simple jeu tactique du juge. Le concept de « personne humaine » constitue, sur ce point, une piste de premier choix explorée avec brio[52]...

---

49. E. Picard, « Droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 547.

50. Parcourir les titres des manuels qui traitent de la question donne le vertige. La variété terminologique est de mise ; elle est le reflet d'une impossibilité à dégager une vision claire et homogène des notions.

51. V. Champeil-Desplats, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995. Chron. 323.

52. La place manque dans cet article pour nuancer et présenter d'autres courants doctrinaux qui se sont attachés à « penser » la fondamentalité autrement que de manière formelle ou « tactique ». On renvoie ici d'une manière générale à l'impressionnante thèse de X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibl. de thèses », 2003, 913 p. et aux passages qui recensent plusieurs courants doctrinaux en la matière (spéc. p. 776-785).

Pour l'heure, la (triste) réalité reviendrait-elle (sic !) à ceci : (certains) administrativistes *versus* (certains) constitutionnalistes *versus* (certains) européanistes ? On concédera bien volontiers qu'une telle approche simpliste et caricaturale dénature la réalité incontestablement plus subtile. Il n'empêche ! Des lignes forces mettent clairement en avant la nostalgie et le désarroi des uns (issus de l'univers administrativiste) ; le triomphalisme des autres (formé au droit constitutionnel post-70) et le désir de reconnaissance des derniers (les « européanistes » aspirant à ce que leur discipline récente soit reconnue et considérée « comme les autres »). On pourrait raffiner à l'infini les cloisonnements et les oppositions. Ce qu'il convient ici d'ajouter, c'est l'existence d'une autre tension, majeure celle-là, qui traverse les différents champs disciplinaires ; elle se situe à un niveau clairement politique. On veut parler de la ligne de fracture entre (pour aller à l'essentiel) les « souverainistes » et les autres (ceux qui témoignent d'une franche ou modérée empathie européenne) : c'est là encore une opposition qui a des conséquences scientifiques indéniables : le nier ou s'en offusquer au nom d'une « prétendue » objectivité épistémologique serait ne pas être objectif justement. La France est le seul pays où on a assisté à un passage à tabac doctrinal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne accusée des maux les plus délirants : depuis le « viol des valeurs républicaines » jusqu'à « l'adieu à la démocratie »[53]. *No Comment* ou plutôt si... Que penser de telles réactions qui témoignent d'une incapacité intellectuelle à prendre acte des évolutions du droit et des droits sans penser, *ne varietur*, à la démolition des traditions républicaines ; sans imaginer autre chose que la fin de la démocratie et de la consécration des « droits de l'homme à la française » ? Ethnocentrisme dévastateur. En tout état de cause, si tout n'est pas rose dans le monde de la protection des droits en Europe[54], si tout n'est pas « parfait » dans l'intégration par le droit[55] — pensée il y a plus de cinquante ans pour en finir avec le mal radical — de là à considérer que la construction européenne est le fossoyeur de l'héritage de la France, il y a une marge. Ne peut-on pas admettre que le système de l'Union est devenu un *espace politique* de premier plan qui arrive, tous les jours un peu plus et mieux, à respecter les 'fondamentaux'de la protection des droits[56] en se basant sur le modèle de l'État de droit[57] ? Adopter une attitude d'ouverture aux autres systèmes (notamment supranationaux), n'est pas faire *tabula rasa* ; c'est juste

53. G. Lebreton, « Critique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2003. Chron. 2319.

54. H. Labayle, « Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible », *Rev. aff. eur.* 2006. 93-109 ; R. Tinière, « La collaboration de certains États européens au programme de restitutions extraordinaires de la CIA en Europe et la protection européenne des droits fondamentaux », *RAE-LEA*, 2006. 537-556.

55. J. P. Jacqué, « L'intégration par le droit », *Philosophie politique* 1991.

56. L'arrêt du 3 sept. 2008 — historique — ne démontre-t-il pas que « l'Union de droit » n'est pas qu'une formule de style ? (v. plus loin les quelques développements qui lui sont consacrés).

57. On se reportera avec le plus grand intérêt aux analyses de L. Heuschling, « État de droit. Étude de linguistique, de théorie et de dogmatique », *in* H. Bauer, C. Callies (dir.), *Les principes constitutionnels en Europe. Constitutional principles in Europe*, Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), Bruylant, Sakkoulas, Berliner, 2008, p. 103-155 et, dans le même ouvrage, à celles de M. Verdussen, « La

accepter l'idée que le droit national évolue au contact (impossible à réfuter) d'autres droits. Cela ne veut pas dire que le droit national est nié, renié ou mis à l'écart. Loin de là. Simplement il se transforme ; il se métamorphose ; il est différent. Si l'Europe intégrée est régulièrement la cible de tous les défouloirs, l'Europe conventionnelle n'est point non plus à l'abri de critiques acerbes qui vont jusqu'à remettre en question la légitimité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dès qu'une de ses décisions bouscule les ordres juridictionnels internes établis. Or, si la jurisprudence de la Cour peut bien évidemment faire l'objet de critiques (là, sur la cohérence de l'argumentation ; ici, sur l'idonéité du choix des méthodes d'interprétation, etc.), il est étonnant de voir à intervalles réguliers resurgir la critique (éculée) de la légitimité de la Cour européenne. Car enfin, c'est la légitimité de *tous* les juges (internationaux mais aussi internes) que l'on pourrait sans cesse remettre en cause sous prétexte de leur usurpation des choix démocratiques[58]. Dans ces contextes, l'influence des deux Cours européennes sur l'étude des droits en France est traversée par des fractures doctrinales fortes, parfois agrémentées de fractures idéologiques.

Les « crispations » françaises à l'endroit de l'influence « croisée » sur la notion de libertés publiques (en perte de vitesse) et de droit fondamental (introuvable car non identifié *une fois pour toutes*), s'expliquent aussi par les conséquences procédurales et substantielles qu'elle engendre dans l'Hexagone. Le terrain, en plus d'être controversé, est mouvant.

## III. TERRAIN MOUVANT

Le temps de la simplicité hiérarchique a vécu ; celui des chassés-croisés pluriels l'emporte désormais. Là aussi, les choses sont suffisamment connues pour que l'on ne s'y attarde point démesurément. Un petit florilège des « grands arrêts » de la jurisprudence administrative et constitutionnelle permettra simplement de se passer le film des évolutions engendrées par le crescendo de l'influence des systèmes de Strasbourg et de Luxembourg sur le droit public français. Que de chemin parcouru entre, pêle-mêle, *Société des Pétroles Shell-Berre*[59], *Semoules de France*[60], *Nicolo*[61],

---

signification du principe de l'État de droit pour l'administration en Europe », in *Les principes constitutionnels en Europe…, op. cit.*, p. 189-217.

58. Il est symptomatique de constater que le Conseil constitutionnel (dans le champ interne) et la Cour de justice (dans le champ de l'Union), font l'objet à intervalles réguliers d'attaques les plus passionnelles et donc irrationnelles.

59. CE, ass., 19 juin 1964, *Sté Pétrole Shell-Berre*, *Lebon* 344, concl. N. Questiaux.

60. CE 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de Semoules de France*, *Lebon* 149.

61. CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Lebon* 190, concl. P. Frydman.

*Gardedieu*[62], *Arcelor*[63], *Conseil national des Barreaux*[64], *Gestas*[65] pour le Conseil d'État ; *IVG*[66], *Maastricht*[67], *Économie numérique*[68], *traité établissant une Constitution pour l'Europe*[69], *Secteur de l'énergie*[70], *Droit d'auteur*[71], *Rétention de sûreté*[72] pour le Conseil constitutionnel. Si on ajoute à cela la jurisprudence de la Cour de cassation (*Société Jacques Vabre*[73]...), il est certain que les métamorphoses sont majeures[74]. Elles ne feront que s'accroître une fois que sera effective la « question préjudicielle constitutionnelle » — la (mal ?) nommée « exception d'inconstitutionnalité » dont le but affiché est un accroissement de la protection des droits des individus[75] — qui génère déjà les avis les plus partagés[76]. Le droit européen implique donc un réajustement incessant des relations entre les juges suprême et constitutionnel qui doivent naviguer avec finesse dans les méandres des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité pour ne pas déclencher de litiges de « frontières » dans l'identification et la valorisation du « fondamental »[77]. Dans ce contexte, une attention de tous les instants aux jurisprudences venues des États voisins confrontés aux mêmes problématiques est aujourd'hui devenue un impératif. Le réflexe judiciaire doit intégrer la démarche comparative[78]. Autant d'éléments qui laissent à penser qu'« ordonner le pluralisme » est, en quelque sorte, le « nouvel office » des juges dans l'Hexagone et, plus largement, dans tous les pays

---

62. CE, ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu*, *Lebon* 78.

63. CE, ass., 8 févr. 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Lebon* 55., concl. M. Guyomar.

64. CE 10 avr. 2008, *Conseil national des Barreaux*, concl. M. Guyomar.

65. CE 18 juin 2008, *Gestas*, concl. C. de Salins, *AJDA* 2008. 1237.

66. Cons. const. 15 janv. 1975, *Interruption volontaire de grossesse*.

67. Cons. const. 9 avr. 1992, *Maastricht I*, n° 92-308 DC.

68. Cons. const. 10 juin 2004, *Loi relative sur l'économie numérique*.

69. Cons. const. 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

70. Cons. const. 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

71. Cons. const. 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur*.

72. Cons. const. 21 févr. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, *JO* 26 févr. 2008, p. 3272.

73. Ch. mixte 24 mai 1975, *Sté des cafés Jacques Vabre*, *Bull. Ch. mixte*, n° 6.

74. Pour une synthèse des conséquences de l'européanisation de la Constitution française sur le droit des institutions, des normes et des valeurs v. O. Dord, « Regards sur un demi-siècle d'européanisation de la Constitution de la V^e^ République », *in* B. Mathieu (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution de la V^e^ République*, Dalloz-AFDC, 2008, p. 703-713.

75. On lira dans l'ouvrage publié en hommage à Bruno Genevois — à qui l'on doit les premières réflexions sur cette procédure — les articles rétrospectifs de Robert Badinter, « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 39-49 et de J.-H. Stahl, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité »», in *Le dialogue des juges…, op. cit.*, p. 993-1003.

76. Pour un exemple de scepticisme critique, v. parmi d'autres, H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 6^e^ éd. actualisée par P. Esplugas, coll. « Connaissance du droit », 2008, p. 101-117.

77. J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau du droit européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentlaité ? », *RFDA* 2002. 124 et s.

78. On renvoie ici aux très intéressantes remarques de B. Genevois, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », *LPA* 4 juin 2008.

européens[79]. Dans ce contexte, il y a de quoi déstabiliser les plus nostalgiques du droit public « d'antan », surtout quand on sait que cette adaptation procédurale incessante est évidemment essentielle afin qu'un minimum de cohérence substantielle soit au rendez-vous.

Ici, c'est le *cœur* des droits qui est remodelé par les interprétations européennes (CJCE et CEDH) dont on a vu qu'elles étaient (en principe) harmonieuses. L'influence européenne a des effets majeurs sur l'accroissement du catalogue des droits[80], comme sur leur interprétation. Ce second point est évidemment le plus délicat. Chaque juridiction interne doit alors concilier les contraintes qui pèsent sur chacune d'elles pour arriver à prendre acte de l'interprétation européenne[81]. Le dialogue des juges prend tour à tour alors l'allure de la résistance, de l'acquiescement ou de l'anticipation, tout cela dans un univers où les acteurs doivent conjuguer avec les mots de leurs systèmes de référence ce qui, (reconnaissons-le), ne participe pas à la clarté du paysage. Confiance légitime ici ; sécurité juridique par là[82] ; principe d'égalité par là ; non-discrimination par ici[83]. Drôle de droit qui n'a pas le même nom, mais qui désigne la même chose. Est-il quand même fondamental ? C'est sans doute le prix à payer de l'enchevêtrement des systèmes que de constater que, sous un même nom, on trouvera des significations différentes ou, qu'à l'inverse, deux mots différents pourront renvoyer à la même notion...

L'interrogation qui surgit à ce stade est la suivante. Est-ce que ces deux Cours — dont on a vu que les liens ténus ou lointains avec les droits fondamentaux tels que conçus, interprétés et protégés en Allemagne étaient certains — ont réussi (ou

---

79. L. Burgorgue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges…, op. cit.*, p. 113.

80. L'accroissement du catalogue « constitutionnel » des droits grâce à l'influence de la Convention européenne est manifeste. On prendra ici l'exemple du « champ constitutionnel ». Même si le Conseil constitutionnel entretient un « dialogue sans paroles » avec la Cour européenne pour reprendre l'heureuse formule d'O. Dutheillet de Lamothe — « Conseil constitutionnel et cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges. op. cit.*, p. 403-417 — celui-ci bien démontré que « Les droits nouveaux que le Conseil constitutionnel a déduit des dispositions très anciennes et souvent très générales de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, correspondent, dans de nombreux cas, aux droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme et par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. » (p. 408).

81. Des difficultés sérieuses commencent ici car l'interprétation européenne peut être plus exigeante que les interprétations constitutionnelles, administratives ou encore judiciaires classiques. Est-il besoin d'égrener le nom d'affaires célèbres comme, *Zielinski, Pradal et autres* (CEDH, gde ch., 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et a. c. France*) ou encore *Kress* (CEDH 2001, *Kress c. France*) pour rappeler que les divergences d'approche débouchent sur des arrêts de constatation de violation des droits ?

82. Il y a même débat sur la question de savoir en réalité s'il s'agit de droits ou uniquement de principes fondamentaux. La Cour de justice présente tant la confiance légitime (CJCE 14 mars 2002, *Italie c. Conseil*, C-540/98, *Rec. CJCE* I-2663, point 42) que la sécurité juridique (comme des « principes fondamentaux »).

83. L. Vallée, « L'application de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par le juge administratif », *in* F. Sudre, H. Surrel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 329-346.

tout simplement voulu) construire une « théorie de la fondamentalité » ? Le désarroi « notionnel » en France qui déchire la petite communauté des publicistes pourrait-il disparaître à tout le moins s'apaiser dans le constat de la création au fil des espèces d'une cohérence de la notion de « fondamentalité » forgée par les juges européens qui finirait bien par rejaillir, directement ou indirectement, facilement ou pas, sur le droit français ?

## IV. **TERRAIN PACIFIÉ ?**

Dans l'univers conventionnel européen, la Cour n'a pas été amenée à disserter sur le point de savoir si un droit consacré par le catalogue conventionnel était un droit « fondamental ». La question en effet ne se pose pas en ces termes à Strasbourg. La césure se situe entre les droits intangibles et les autres, *i.e.* les droits conditionnels, ceux susceptibles de faire l'objet de restrictions sous certaines conditions[84]. Dans l'univers communautaire, la création prétorienne menée depuis le début des années soixante a été propice à la souplesse, à l'adaptabilité, mais certainement pas à la présentation d'un tableau d'une rigueur notionnelle irréprochable. Le flou terminologique est à son paroxysme. L'analyse minutieuse entreprise par Fabrice Picod[85] démontre à merveille que la Cour de justice oscille, dans sa tâche d'identification des droits fondamentaux, entre les expressions de « droit fondamental », « principe fondamental *du* droit communautaire », « principe fondamental *de* droit communautaire », « principe fondamental de droit », « principe fondamental de l'ordre juridique communautaire », « principe général *de* droit », « principe général *du* droit communautaire » et « principe général *de* droit communautaire ». En outre, il semblerait que des principes « non fondamentaux contribuent toutefois à la protection des droits de l'homme »[86]. Une hiérarchisation formelle serait-elle en marche

---

84. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9e éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 2008, 841 p.

85. F. Picod, « Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 2007, *J.-Cl. Europe*, fasc. 120, p. 1-39. Il précise au § 146 du fascicule qu'« en l'état actuel du droit de l'Union européenne, il est difficile de dresser la liste des droits consacrés susceptibles d'être qualifiés de droits fondamentaux. Il apparaît en effet que les juridictions communautaires utilisent un vocabulaire variable pour désigner des droits qu'elles considèrent comme des droits fondamentaux que les différences tenant aux sources desquelles les droits sont issus et l'évolution de la jurisprudence dans le temps ne suffisent pas à expliquer. Il semble en outre que les juridictions communautaires n'entendent pas ériger au rang de droit fondamentaux un certain nombre de droits consacrés qui se rattachent pourtant aux droits de l'homme. »

86. F. Picod, *op. cit.*, p. 23, point 148. L'auteur emploie plus loin le conditionnel ce qui démontre que la question n'est point clairement établie par la jurisprudence. Il ajoute en effet au § 150 : « À supposer que la Cour de justice entende maintenir une distinction entre les droits fondamentaux et les autres droits pourtant susceptibles de se rattacher aux droits de l'homme, elle pourrait être amenée, en cas d'incompatibilité ou d'antinomie entre deux droits ayant un statut formel différent, à fixer une hiérarchie entre ces droits. »

dans l'ordre juridique de l'Union après que le même processus se soit manifesté dans le champ constitutionnel interne[87] ? La vision hiérarchisante innerve également le champ du droit de l'Union dans la mesure où — contrairement ici au champ conventionnel — il a généré un système particulièrement sophistiqué reposant sur des principes fondateurs (effet direct et primauté) ayant pour but d'assurer la viabilité de l'aventure intégrative. Une difficulté supplémentaire et qui monte en puissance réside dans l'existence et la confrontation entre les libertés économiques (qualifiées de fondamentales par les traités institutifs) et les droits fondamentaux (dégagés par le biais des principes généraux du droit)[88]. Placées sur le même plan (c'est-à-dire au niveau du droit primaire), le juge est amené, tâche complexe, à les *concilier*. La Cour de Luxembourg est d'ailleurs en train, au fil des espèces, de dégager les principes de la conciliation au point qu'en doctrine, on a pu parler d'une nouvelle ère du processus de constitutionnalisation[89]. Tâche ô combien délicate quand il s'agit d'assurer l'équilibre entre le marché et les droits[90].

Un autre angle analytique démontre que le processus de constitutionnalisation de l'Union — qui prit sa source dans une politique jurisprudentielle de la Cour de justice soutenue par les Avocats généraux et la Commission[91] — a eu également pour conséquence de placer les « droits fondamentaux » au frontispice des *valeurs*[92]

---

87. Dans l'hypothèse où la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne entrerait en vigueur, la question serait sans doute encore plus délicate. La Cour devrait d'un côté clairement identifier pour les distinguer les droits des « principes » et établir leurs liens avec les principes généraux du droit communautaire qui continueraient d'être « opérationnels », si on raisonne à partir des dispositions du traité de Lisbonne...

88. Pour les exemples les plus connus, v. CJCE 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95 ; CJCE 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, c. Republik Österreich*, C-112/00 ; CJCE., 17 avr. 2007, *A.G.M. Cos. MET*, C-470/03 ; CJCE 14 oct. 2004, *Omega c. Oberbürgermeisteri der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, *Rec. CJCE* I-9609 ; CJCE, gde ch., 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation c. Viking*, C-438/05 ; CJCE, gde ch., 18 déc. 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05. Pour quelques analyses doctrinales de ce phénomène en progression, v. P. Olivier, « Les quatre libertés et les droits fondamentaux », in *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, Bruxelles, ULB, 2007, p. 355-364 ; J. Narciso de Cunha Rogrigues, « De nouvelles frontières en droit communautaire », *Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de P. Léger*, Pedone, 2006, p. 381-393.

89. L. Azoulai, « The Court of Justice and the Social Market Economy : The emergence of an ideal and the Conditions for its realization », *CMLR* 2008. 1335-1355, spéc. 1336 : « The classic type of constitutionalization consisted in establishing the primacy of the Community. It has been hierarchical in nature. Now, the Court uses constitutional techniques based on the idea of antinomy of conflict between principles of a similar nature, and on the need to find coherence between theses principles. In this way, we move from hierarchical way of resolving conflicts to a form of legal pluralism. »

90. Ici, l'analyse englobante consistant à mettre sur le même plan le droit conventionnel et le droit de l'Union a ses limites. Le processus de « constitutionnalisation » de l'ordre juridique communautaire atteint des proportions qui ne se retrouvent point dans le champ conventionnel.

91. Il faut lire sur ce point l'article classique mais irremplaçable d'E. Stein qui, loin de s'arrimer à des constructions dogmatiques, analyse exclusivement la jurisprudence de la Cour pour démontrer qu'elle a dégagé les principes constitutionnels de l'ordre juridique communautaire, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *AJIL* 1981. 1-34.

92. On ne peut ignorer aujourd'hui que le droit est saisi par les valeurs et ce, quels que soient les ordres juridiques. Pour une analyse particulièrement riche et stimulante en droit international, v. E. Jouannet, « À quoi sert le droit international ? Le droit international providence du XXI^e^ siècle »

de l'Union au point de ne pas accepter qu'y soient appliquées des sources de droit international qui iraient à leur encontre. L'arrêt *Kadi* restera à n'en pas douter dans les annales judiciaires européennes[93] : il démontre en effet que l'ordre juridique de l'Union s'est à ce point « constitutionnalisé » dans le droit fil de son « autonomisation »[94] — qu'il aboutit à reproduire, à l'endroit du droit international, la jurisprudence *Solange*. Voilà que la théorie des « contre-limites » est utilisée par la Cour de Luxembourg après avoir été l'apanage des Cours constitutionnelles nationales à l'endroit de l'exigence de primauté du droit communautaire[95]. Cette jurisprudence est remarquable en ce qu'elle démontre qu'on ne badine pas avec le respect des « droits fondamentaux » tels qu'ils se sont propagés dans l'Union *via* un processus de fertilisation croisée entre les traditions constitutionnelles communes et les droits consacrés par la Convention[96]. Les droits protégés par le juge communautaire sont à ce point « fondamentaux » qu'ils n'admettent pas d'être atteints de façon disproportionnée, fût-ce au nom des exigences existentielles de lutte contre le terrorisme découlant du droit international. En plus d'une lecture en termes de valeurs — qui participe à présenter l'Union comme un espace politique respectueux des droits de la personne — on ne peut ignorer la fonction légitimante évidente d'une telle posture jurisprudentielle. Elle participe à asseoir l'autorité[97] du système de l'Union qui

---

*RBDI* 2007. 5-51. V. notamment les passages sur les conceptions de l'effectivité et de la légitimité p. 33 et s. Dans le champ constitutionnel, on se référera à l'analyse comparée de S. Pierré-Caps, « La Constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de D. G. Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 281-296. Dans le champ du droit de l'Union, A. Chardonnens, « Les droits fondamentaux dans l'Union : entre normes et valeurs », *in* S. Besson, F. Cheneval, N. Levrat (dir.), *Des valeurs pour l'Europe. Values for Europe?*, Bruylant-Academia, 2008, p. 143-155. Dans le même ouvrage, V. Constantinesco, « Les valeurs dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *Des valeurs pour l'Europe, op. cit.*, p. 71-90. De même, L. Burgorgue-Larsen, « Article I-2 — Les valeurs de l'Union », *in* L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie I. L'architecture institutionnelle — Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 50-59.

93. CJCE, gde ch., 3 sept. 2008, *Kadi c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-402/05.

94. L. Burgorgue-Larsen, « Existe-t-il une approche européenne du droit international ? Éléments de réponse à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *in* C. Tomuschat, J.-M. Thouvenin (dir.), *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Journée franco-allemande de la SFDI, Pedone, 2008, p. 257-276.

95. J. P. Jacqué considère qu'une telle posture est potentiellement dangereuse. En effet, écrit-il, « en voulant affirmer l'importance des principes fondateurs de l'Union, [la Cour] contribue à fragiliser ceux-ci. Quel argument pourrait-elle désormais opposer à une Cour constitutionnelle pour paralyser l'adoption de mesures de mise en œuvre du droit communautaire ? », v. « Primauté du droit international et protection des droits fondamentaux. À propos de l'arrêt Kadi de la Cour de justice des Communautés européennes », *EDL* sept. 2008, n° 27, p. 11-13.

96. C'est en général l'analyse qui se dégage des premiers commentaires disponibles, D. Simon, A. Rigaux, « Le jugement des pourvois dans les affaires *Kadi et al Barakaat* : *smart sanctions* pour le Tribunal de première instance ? », *Europe* 2008. Étude 9 ; M. Beulay, « Les arrêts *Kadi* et *Al Barakaat international Foundation*. Réaffirmation par la Cour de justice de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis du droit international », *RMC* 2009. 32-40. On lira avec le plus grand intérêt l'analyse très approfondie de P. de Sena et M.-C. Vituci, « The European Courts and the Security Council : between Dédoublement fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL* 2008. 1-35.

97. L. Azoulai, « Les fondements de l'autorité de l'Union », *in* L. Azoulai, L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'Autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3-15.

passe par une lecture « constitutionnalisante » de l'ordre juridique de l'Union et qui entend marquer une fois encore sa différence avec le droit international[98]. Elle ne manquera pas également, par la même occasion, de renforcer l'autorité doctrinale des européanistes. En ce sens, elle n'est pas sans rappeler le processus similaire qui s'est manifesté dans le champ constitutionnel français tel que nous l'avons décrit plus haut[99].

Si cette jurisprudence de la Cour de justice participe à renforcer l'Union, elle n'en résout pas moins le problème de l'identification notionnelle des droits fondamentaux et encore moins celui de la création d'une « théorie » des droits fondamentaux qui dépasserait les méandres et spécificités du système de l'Union. Si la Cour de justice *via* les principes généraux du droit communautaire participe à « interniser » les droits fondamentaux en leur attribuant une place élevée dans la hiérarchie des normes (droit primaire), il n'en demeure pas moins que cette analyse exclusivement formelle centrée sur les rapports hiérarchiques au sein du droit de l'Union n'est pas entièrement satisfaisante[100]. Ce serait reproduire le schéma analytique qui s'est développé dans le champ interne et plus particulièrement dans l'univers du droit constitutionnel. *Bis repetita* qui ne fait que déplacer les interrogations. Le processus de formalisation des droits fondamentaux dans l'Union sert notamment à construire une cohérence systémique ; or, le processus de fertilisation qui en est à l'origine démontre que les droits fondamentaux se dégagent sur la base de l'existence d'une « *communauté de vues* » pour reprendre le *dictum* de la Cour de Strasbourg dans l'importante affaire *Demir et Baykara c. Turquie*[101] qui découle d'un appel constant et incessant aux textes et jurisprudences venus de toutes parts[102], ce qui impose à la doctrine en général, et quels que soient ses rattachements à telle

---

98. La terminologie de la Cour ne trompe pas. Lisons le point 285 de l'arrêt du 3 sept. 2008 : « Il découle de l'ensemble de ces éléments que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux *principes constitutionnels du traité CE*, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité. » (C'est nous qui soulignons).

99. Affirmation de l'autorité du Conseil constitutionnel (décision de 1971) qui renforce la discipline du droit constitutionnel dont certains auteurs s'emparent pour en faire leur « objet » principal d'étude.

100. C'est la démarche qui est celle, par exemple, de F. Picod (v. notes 84 et 85) Si elle s'avère *nécessaire* pour expliquer et décrire la jurisprudence de la Cour au sein du système juridique de l'Union et le rôle que peuvent y jouer les « droits fondamentaux », elle n'est pas *suffisante* pour élaborer une approche théorique qui participe à élucider la notion de la « fondamentalité » en général.

101. CEDH, gde ch., 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 86.

102. Quand on rappelle ici que la Cour de justice s'inspire de la Convention, mais également (parfois) du droit international plus général pour dégager les principes généraux du droit communautaire et que la Cour européenne elle-même interprète de plus en plus les droits de la Convention « à la lumière » du droit communautaire, mais aussi de tous les instruments de droit international général, on prend la mesure du décloisonnement des approches interprétatives des juges ; le même processus se produit à l'échelle nationale quand les juges constitutionnels et administratifs incorporent (en le disant ou non), l'interprétation « européenne » des droits, même si, en apparence, chaque juge compose avec les contraintes (formelles) de son système...

ou telle branche du droit, de *réfléchir encore plus* sur l'origine substantielle des droits sans défaillir dès que, dans cette logique, le jusnaturalisme fait son apparition. Dans la configuration actuelle des rapports de systèmes et de leur influence croisée et permanente, la formule d'Étienne Picard devrait être, toujours et encore, *méditée* avant d'être *réfutée catégoriquement*. Si les droits fondamentaux « peuvent se trouver consacrés à divers niveaux de la hiérarchie normative, c'est que le principe de leur définition ne se trouve pas dans le rang auquel ils se situent, mais dans une autre donnée, non plus formelle mais substantielle, qui explique leur capacité à prévaloir le cas échéant. Dit en d'autres termes, si les droits fondamentaux peuvent être d'origine constitutionnelle autant que d'origine internationale (et souvent jurisprudentielle), c'est bien parce que la catégorie qu'ils constituent transcende substantiellement cette dualité formelle »[103].

*
* *

Si les libertés publiques sont en crise et en perte de vitesse analytique et si le « droit fondamental » lui a volé la vedette notionnelle, il n'en reste pas moins qu'il « intrigue, dérange et divise »[104]. Le fondamental est partout ; il irrigue les ordres européens et rejaillit sur les champs constitutionnels et administratifs internes. Il est à la fois valeur et droit ; il participe à nourrir les approches substantielles comme formelles du droit ; il légitime autant qu'il justifie. Si l'influence européenne sur les notions de libertés publiques et de droit fondamental est évidente, elle n'en est pas moins controversée et perturbatrice. Ce qui est sûr, c'est que cette influence, complexe, a participé à nourrir les réflexions théoriques sur l'origine des droits et devrait continuer à le faire (rêvons un peu) de façon apaisée[105].

---

103. E. Picard, « Droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 548.

104. Il s'agit de la célèbre formule de Robert Kovar imaginée à propos des directives, v. R. Kovar, « Observations sur l'intensité normative des directives », in *Liber amirocum P. Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 359.

105. Pour une analyse qui prend en compte *toutes* les données théoriques et pratiques des champs tout à la fois internes et internationaux et qui s'inscrit dans une perspective jusnaturaliste, v. M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2008, 497 p.