

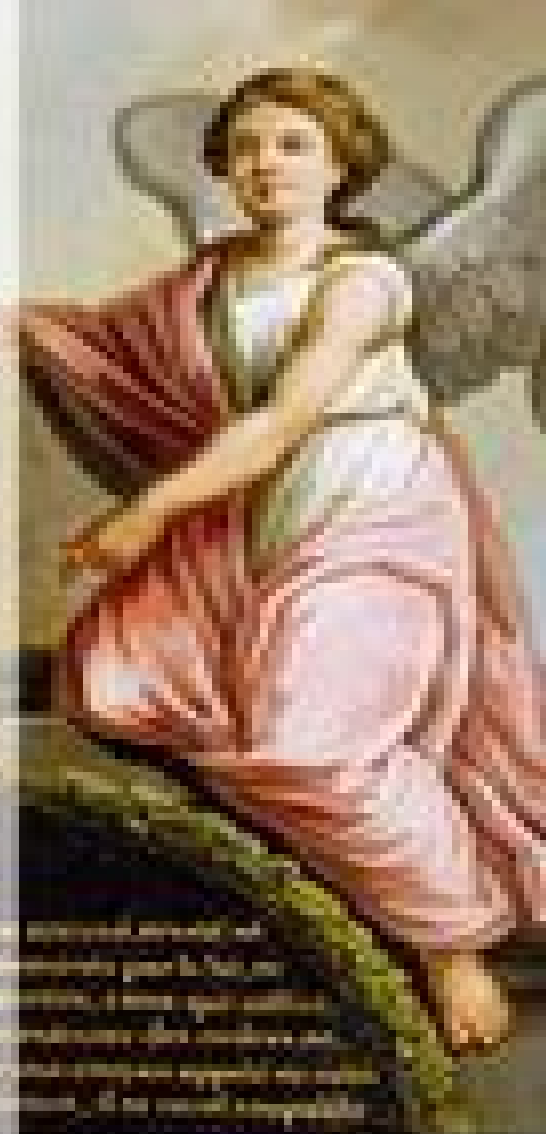
Que
sais-je?

DÉCLARATION
DES DROITS DE L'HOMME
ET DU CITOYEN

AMBULE

Les principes de la démocratie
sont fondamentaux pour l'humanité.
Ils sont la base de la liberté et de la
justice. Ils sont la base de la
civilisation et de la culture. Ils sont
la base de la vie humaine.

Le droit de la personne est le droit
de la dignité. Le droit de la personne
est le droit de la liberté. Le droit de la
personne est le droit de la justice. Le
droit de la personne est le droit de la
vie.



DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

Michel Levinet

puf

QUE SAIS-JE ?

Droits et libertés fondamentaux

MICHEL LEVINET

Professeur à l'Université Montpellier I

Institut européen des droits de l'Homme

(EA 3976)



Introduction

Droits et libertés fondamentaux sont dissociables mais interdépendants. Les premiers renvoient à des prérogatives individuelles *sur autrui* ou *contre autrui*, consistant à exiger une action ou une abstention (droits au respect de : la vie, l'intégrité physique et morale, la propriété ; droits civiques...). Les secondes évoquent des zones d'autonomie de la personne où les bénéficiaires peuvent agir *a priori* comme ils l'entendent (libertés de conscience et de religion, d'expression, d'association, de réunion). Moins prédéfinies que les *droits*, il appartient à leur titulaire de définir l'orientation finale de ce qui deviendra, une fois cet acte de volonté posé, un véritable droit. Du coup, la reconnaissance de telle liberté s'accompagne du droit à l'exercer (droits à la liberté d'expression et à la liberté d'association...), comme l'atteste la rédaction de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (ddhc, 1789). Les *droits et libertés fondamentaux* incluent aussi des principes essentiels à tout système libéral : *séparation des pouvoirs, pluralisme des courants de pensée et d'opinion, constitutionnalité, légalité, prééminence du droit, non-rétroactivité de la loi pénale, légalité des délits et des peines, indépendance des juridictions, égalité devant la loi, interdiction des discriminations, proportionnalité, dignité de l'être humain...* Mais, là aussi, il est possible de se référer au *droit au respect de la légalité des délits et des peines*, au *droit à l'égalité*, au *droit de ne pas subir de discrimination*, au *droit au respect de la dignité de l'être humain...* Ainsi, le Conseil constitutionnel voit-il dans « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation » à la fois un droit inaliénable et sacré et un *principe de valeur constitutionnelle* (Loi pénitentiaire, 19 nov. 2009). De même, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour edh) considère que le principe d'*autonomie personnelle* « reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention (européenne des droits de l'homme) (cedh) » (Sorensen et Rasmussen, 11 janv. 2006) mais vise également le « droit à l'autonomie personnelle » (Evans, 10 avr. 2007). Enfin, les *droits fondamentaux* sont liés aux *devoirs*. Tout en étant redoutés en raison de leur connotation

réactionnaire, de la possible mise au pas des libertés par leur instrumentalisation par le pouvoir politique, ceux-ci sont l'expression d'une *dignité personnelle* et *communautaire*, des notions de responsabilité, de solidarité, de civisme, d'harmonie sociale, sans lesquels les droits et libertés fondamentaux sont une illusion. Aussi sont-ils présents dans les instruments de proclamation des droits et libertés, internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme, dudh, 1948, art. 29.1 ; Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, daddh, 1948, art. 29-38 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 1981 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000, Préambule, 6^e alinéa devoirs « à l'égard... de la communauté humaine et des générations futures ») et internes (préambule de la Constitution de 1946, alinéa 5 ; art. 2 de la Charte de l'environnement, désormais intégrée au 1^{er} alinéa du préambule de la Constitution de 1958).

Il est possible d'appliquer aux *droits et libertés fondamentaux* la formulation employée par Olivier Jouanjan à propos de l'*État de droit* : « Les concepts politiques et constitutionnels ne sont pas des invariants mais des constructions, des conceptualisations élaborées en fonction de contextes intellectuels, sociaux, institutionnels et politiques » [1]. C'est dire, d'emblée, si l'expression – qui s'est développée en France depuis les années 1980, particulièrement sous l'influence du droit comparé (conception allemande des *droits fondamentaux*, Cours constitutionnelles des États européens), du droit international des droits de l'homme (dudh, cedh) et d'une partie de la doctrine, notamment l'*École aixoise de droit constitutionnel* – justifie la circonspection.

Remplaçant l'appellation traditionnelle (*Libertés publiques*), la discipline du *Droit des libertés fondamentales* est apparue dans l'enseignement universitaire français avec les arrêtés des 13 février 1993 et 30 avril 1994 et, depuis celui du 29 janvier 1998, a été intégrée au programme des épreuves d'accès aux *Centres régionaux de formation professionnelle d'avocats*. Même si son usage s'est largement imposé [2] – comme l'atteste, notamment, la présence de chroniques consacrées aux droits fondamentaux dans les grandes revues juridiques –, elle demeure contestée et nécessite un travail de définition.

I. Un concept controversé

La diversité des titres des manuels témoigne clairement des hésitations de la doctrine à son égard. À suivre Nicolas Molfessis, l'étonnant essor des droits fondamentaux « provoque la perplexité », au risque de devenir « le concept flou d'une génération de juristes » [3]. Si Gregorio Peces-Barba y voit la notion « la plus précise et la plus pertinente des formes linguistiques possibles » [4], d'autres auteurs pointent l'« absence cruelle de concordance entre les niveaux de langage de l'univers juridique », insistant sur « la banalisation [qui] détourne le fondamental de sa vocation première qui est de distinguer les droits qui en sont pourvus de ceux qui en sont démunis » [5]. Certains sont plus sévères encore, estimant que leur « promotion semble exclusivement guidée par la volonté d'interdire au peuple, sous prétexte de supraconstitutionnalité aux forts relents de droit naturel, de se mêler du sort des libertés » [6] ou qu'« [o]n ne doit pas sacrifier la démocratie aux droits de l'homme », dans la mesure où il n'apparaît « ni prudent ni légitime de réinventer une sorte de despotisme éclairé où des élites autodésignées imposeraient subrepticement leurs valeurs, fussent-elles baptisées droits fondamentaux » [7].

II. Un usage banalisé

La référence s'est néanmoins généralisée dans les ordres juridiques. Dans l'ordre juridique français [8], outre les usages anciens – parfois implicites : *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* du préambule de la Constitution de 1946, avis du Conseil d'État du 6 février 1953 reconnaissant la fundamentalité de certains droits et libertés dont la matière est réservée à la loi selon la tradition républicaine, *libertés essentielles* visées par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, théorie de la *voie de fait* –, un certain nombre de lois ont qualifié tel droit de « fondamental », comme celle du 30 octobre 2007 instituant le *contrôleur général des lieux de privation de liberté*, qui lui attribue la mission de « contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux ». De même, la partie législative du

Code de la santé publique s'ouvre ainsi : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. » Nombre d'instruments internationaux visent les « droits fondamentaux de l'homme » : Charte des Nations unies et dudh, cedh (dont l'intitulé est *Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*) ; Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989) ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Les corpus prétoriens abondent, également, dans ce sens. Dans un célèbre *obiter dictum*, la Cour internationale de Justice (cij) insiste sur l'« intérêt juridique [des États] à ce que les droits fondamentaux de la personne humaine soient protégés » (*Barcelona Traction*, 5 févr. 1970, §§ 33-34). Le juge de Luxembourg, depuis ses arrêts *Stauder* (12 nov. 1969) et *Internationale Handelsgesellschaft* (17 déc. 1970), se réfère aux « droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire dont il assure le respect » et ajoute que « [son] contrôle... de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité ce en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte » (*Kadi*, 3 sept. 2008). Le juge de Strasbourg les vise régulièrement depuis 1961 (*Lawless* (n° 3)), affirmant que « [la] constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun constitue le fondement d'une "société démocratique" » (*Chassagnou et a.*, 29 avr. 1999). En France, le Conseil constitutionnel en fait un usage parcimonieux : droit de propriété (*Lois de nationalisation*, 16 janv. 1982), libre communication des pensées et des idées (*Entreprises de presse*, 10-11 oct. 1984), droit d'asile (*Maîtrise de l'immigration*, 13 août 1993), « droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés » (*Réduction du temps de travail*, 10 juin 1998) ; plus généralement, « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » (*Égalité entre Français et étrangers*, 22 janv. 1990). Le Conseil d'État s'assure du respect, dans 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 » (*Lujambio Galdeano* 26 sept. 1984), ou qualifie une liberté de « liberté fondamentale », au sens de la procédure du *référé-liberté* (*Code de justice administrative*, art. 521-2). La

Cour de cassation voit dans le secret des correspondances une « liberté fondamentale » (Soc., *Sté Nikon France sa c. M. Onof*, 2 oct. 2001). En revanche, elle récuse cette qualité à « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail » (Soc., *M. Cédric X.*, 28 mai 2003, licenciement d'un salarié s'obstinant à porter un bermuda).

III. Une définition problématique

Pour autant, « la présence des mots “droits fondamentaux” ne constitue... pas un test suffisant pour révéler la présence ou l'absence de l'objet *droits fondamentaux* » ; « le recensement des usages de “fondamental” et “droit fondamental” ne permet pas de construire une théorie des df mais uniquement une théorie des multiples significations/usages de ces expressions dans de multiples contextes » [9]. Aussi, certains auteurs n'hésitent pas à user du terme de « cauchemar » pour caractériser la posture du chercheur qui tente d'en déchiffrer le sens, en raison de sa proximité avec les notions de *droits de l'homme*, de *droits constitutionnels*, de *fondamentalité*, de *valeurs* et de *droit naturel* [10]. Les critères d'identification des droits et libertés fondamentaux demeurent donc largement débattus.

1. La conception allemande des droits fondamentaux

En raison de son importance dans la genèse et le *fabuleux destin* des droits fondamentaux, le premier réflexe consiste à les définir à partir de la lecture de la Loi fondamentale allemande de 1949 et de la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe. En effet, tous les organes de l'État ont l'obligation de protéger ces valeurs – particulièrement l'« intangibilité » de la dignité humaine et « le droit au libre épanouissement de la personnalité » (*Loi fondamentale*, art. 1 et 2) – et, si la réglementation de ces droits et libertés est légitime, encore faut-il que ne soit pas porté atteinte à leur « contenu essentiel ». Un *loyalisme constitutionnel* – propre à une *démocratie apte à se défendre* (*werhafte demokratie*) –, ainsi qu'une *clause d'éternité* protègent les principes majeurs des droits de l'homme et de l'*État de droit*. L'individu et ses droits subjectifs ont un caractère central (*anthropocentrisme* de l'État de droit) car, sans

exclure de possibles obligations positives (« L'État promeut la réalisation effective de l'égalité des hommes et des femmes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants », art. 3 § 2 ; « Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté », art. 6 § 4) et l'existence de directives afin que le Parlement concrétise les droits économiques et sociaux, pour la Cour constitutionnelle, les droits fondamentaux « sont avant tout destinés à sauvegarder la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique » (*Lüth*, 15 janv. 1958). Outre leur *effet vertical*, ils sont dotés d'un *effet horizontal* (théorie de la *Drittwirkung*) : expression d'un ordre objectif de valeurs suprêmes, ils traversent l'ensemble de l'ordre juridique (*Lüth*) et intéressent les relations interindividuelles. Enfin, « le principe de l'État de droit comporte également une exigence de justice objective » (*Streletz et a.*, 24 oct. 1996).

2. La conception formelle des droits fondamentaux

Elle les identifie à partir de divers paramètres (sources, bénéficiaires, garanties), indépendamment de tout critère matériel (substance des droits et libertés concernés), ce qui permet leur différenciation avec les *libertés publiques* et les *droits de l'homme*. Ces derniers sont présentés comme appartenant au droit naturel (l'homme, parce qu'il est homme, possède un ensemble de droits inhérents à sa nature). Mais cette vision est contestable car les droits de l'homme sont désormais dotés d'un statut juridique qui les transforme en une catégorie juridique à laquelle est attaché un statut protecteur. La distinction avec les *libertés publiques* est plus probante. Alors que le fondement des libertés publiques était un fondement législatif, les droits fondamentaux seraient les droits et libertés protégés par les instruments constitutionnels et internationaux. Outre les individus, les bénéficiaires des droits fondamentaux peuvent être les personnes morales (de droit public et de droit privé) et, alors que les libertés publiques ne concernaient que les rapports verticaux entre l'individu et la puissance publique, les droits et libertés fondamentaux sont garantis par des normes à même de produire des effets dans les relations horizontales entre particuliers (ex. de l'art. 35 § 3 de la Constitution suisse du 18 avril 1999). Aussi, l'autorité voit peser sur elle une obligation de faire (*obligation positive*) afin d'éviter que, par son inaction, une violation des droits fondamentaux n'intervienne dans les relations interindividuelles. Tandis que les libertés publiques étaient avant

tout des protections par la Loi et les juges administratifs et judiciaires contre l'Exécutif, les droits et libertés fondamentaux impliquent une protection contre tous les pouvoirs grâce aux juridictions constitutionnelles et supranationales.

3. La conception substantielle des droits fondamentaux

Propriété constitutive des droits et libertés fondamentaux, la *fondamentalité* implique que ceux-ci sont *fondamentaux* eu égard à leur essence, laquelle suppose de les confronter à la dimension ontologique de l'être humain, indépendamment de ses déterminations particulières, aux qualités essentielles qui le constituent (sacralité de la vie, dignité fondamentale, aptitude naturelle à la liberté). À partir des travaux d'Étienne Picard (v. bibliographie), il est possible de l'exposer brièvement. Des principes fondateurs, « une certaine anthropologie qui se tient au fondement de notre Droit », « une conception de l'humanité » constituent la source de la *fondamentalité*. « Ce n'est donc pas tant le droit qui est fondamental : c'est plutôt une *fondamentalité* qui le touche mais qui le dépasse. » Aussi, ne faut-il pas confondre la cause de la *fondamentalité* et son ou ses vecteurs, qui peuvent être écrits ou non (*ordre public, principes généraux du droit*), international, constitutionnel ou infraconstitutionnel. Ainsi, les droits et libertés ne sont pas fondamentaux parce qu'ils sont inscrits dans la Constitution mais ils « sont dits constitutionnels simplement parce qu'ils sont fondamentaux et qu'ils doivent prévaloir sur la loi à raison de cette *fondamentalité* ».

Ces deux conceptions ne sont pas sans mérites : l'une, en reposant sur des critères simples qui contournent le débat sans fin sur la nature des droits fondamentaux, mais au prix de leur dilution et de l'impasse sur la *fondamentalité* infraconstitutionnelle ; l'autre, en combinant sources matérielles et formelles et en évitant l'antinomie du juridique et de l'axiologique, délégitime la « phobie juridique des valeurs », propre au *confort normativiste* (É. Picard), mais sans éliminer l'aspect tautologique (*les droits et libertés fondamentaux sont fondamentaux parce qu'ils sont fondamentaux*) et l'incertitude qui accompagne tout discours magnifiant le concept discuté de dignité.

Discipline au carrefour de toutes les branches du droit, le droit des *droits et libertés fondamentaux* soulève bien d'autres interrogations qu'il importe à présent d'aborder : celles du choix de leurs fondements métajuridiques, des typologies susceptibles de les regrouper, de leurs titulaires et de leurs sources et, bien entendu, la question cruciale de leurs garanties.

Notes

- [1] « État de droit », in D. Alland et S. Rials (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, puf, 2003, p. 649.
- [2] V. Champeil-Desplats , « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in P. Lokiec et A. Lyon-Caen (dir.) *Droits fondamentaux et droits sociaux* Dalloz, 2005, p. 11. sq.
- [3] « Droit fondamental. Un label incontrôlé », *jcp g* 2009, n° 25, p. 58. Adde : E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *d.* 2006, p. 748-753 ; P. Wachsmann, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *rudh* 2004, p. 40.
- [4] *Théorie générale des droits fondamentaux*, lgdj, 2004, p. 35.
- [5] A. Viala , « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. Chagnollaude et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux* Dalloz, 2006, p. 288, et 291-293.
- [6] G. Lebreton, « L'Islam devant la Cour edh », *rdp* 2002, p. 1509.
- [7] J.-M. Denquin , « Démocratie », in J. Andriantsimbazovina *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, puf, 2008, p. 267.
- [8] Néanmoins le nouvel article 61-1 de la Constitution vise les atteintes « aux droits et libertés que la Constitution garantit » et non les « droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution », comme dans le projet avorté de 1990.
- [9] O. Pfersmann , in L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 3^e éd., 2005, p. 77.
- [10] D. Rousseau , « Droits fondamentaux », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, puf, 2004, p. 373.

Chapitre I

Fondements métajuridiques

Quelle que soit la conception retenue, les droits et libertés fondamentaux ont une histoire qui renvoie à celle des *droits de l'homme*. Reposant sur la valeur essentielle de l'être humain, ceux-ci sont une conquête de la modernité occidentale. Du coup, en raison de la diversité des conceptions *régionales* des droits et libertés, surgit l'interrogation sur leur universalité car, comme l'a relevé Patrick Wachsman, si « [l]es droits de l'homme sont un universalisme (ils s'adressent à tous les hommes sans distinction), ils ne sont pas universels » [\[1\]](#).

I. L'origine occidentale des droits et des libertés fondamentaux

Pour pouvoir parler de droits de l'homme, il faut qu'apparaisse le concept de personne humaine dotée de droits opposables à l'ordre étatique. Dans le monde antique, le citoyen possédait des droits politiques et civils (droit d'acquérir et d'aliéner, droit d'ester en justice...) mais qui devaient s'exercer en harmonie avec les intérêts de la communauté politique. En Grèce, la liberté est indissociable de l'appartenance à une communauté et l'individu est lié à la *polis* : « Ce qui était radicalement étranger à l'esprit antique, c'était l'idée de droits subjectifs, la conception d'un droit fondamentalement articulé à la figure de l'individu et déduit de sa nature » [\[2\]](#). On le voit, « [l]es droits de l'homme ne sont pas une catégorie intemporelle », mais « ont émergé, à l'issue d'une lente maturation de la pensée politique et philosophique, à une époque et en un lieu donnés : l'Europe du xvii^e et du xviii^e siècle » [\[3\]](#), à partir de la matrice judéo-chrétienne. Pour autant, leur appréhension diffère

fortement en fonction de leur inscription dans les perspectives positivistes ou jusnaturalistes.

1. Fondements judéo-chrétiens et *Modernité politique*

Les premiers ont établi la *pierre angulaire* de toute société humaine qu'est l'être humain, valeur fondamentale en tant que créature de Dieu, être unique pourvu d'une dignité fondamentale indépendamment des appartenances singulières. Sans doute, ne faut-il pas occulter l'apport d'autres systèmes philosophiques ou religieux, notamment : le *stoïcisme* (qui exclut néanmoins la reconnaissance de droits individuels innés et dont l'universalisme se conjugue avec un aspect hiérarchique) et les *sophistes* [4] ; le judaïsme (*lois noa'hides*, texte de la *Torah* (institution de tribunaux, prohibition du meurtre, du vol, du blasphème, des relations sexuelles illicites, de l'idolâtrie), littérature talmudique et écrits de théologiens comme Maïmonide) et le caractère universel de la révélation coranique qui se réfère à l'unicité de la communauté humaine, reflet de l'unicité de Dieu (de la sourate xviii, *Le voyage nocturne*, 23-39 au célèbre hadith : « Les hommes sont égaux entre eux comme les dents du peigne du tisserand, pas de différence entre l'Arabe et le non-Arabe, entre le Blanc et le Noir, si ce n'est leur degré de crainte de Dieu, et la justice doit être égale pour tous »).

Même si la doctrine des droits de l'homme date de la *Modernité politique*, « la philosophie des droits de l'homme a une origine biblique-chrétienne. Elle procède de la conviction – inconnue ou controuvée dans le paganisme – de l'égalité des hommes créés à l'image de Dieu et de l'unité de l'humanité » [5]. Tocqueville en faisait déjà le constat : « L'idée de l'unité du genre humain... ramène sans cesse [les hommes] à l'idée de l'unité du Créateur » (*De la démocratie en Amérique*, Livre II, I^{re} Partie). Comme l'a relevé le philosophe René Sève, « les droits de l'homme résultent, historiquement, d'une conception chrétienne de la personne, même s'ils peuvent s'en détacher ultérieurement » [6]. Le *Décalogue* (« tu ne tueras point ; tu ne déroberas point ») s'adresse à tous, comme le message des Prophètes : primauté de la justice, du bris de tous les jougs, de l'amour et de la défense du pauvre, de la veuve et de l'orphelin sur la pratique extérieure de la *Loi* (*Isaïe* 58, 6-9 ;

Amos 5, 21-24 ; *Osée* 6, 6). Il en va pareillement pour le message du Christ qui introduit une rupture avec les traditions de son temps, fondées sur les distinctions sociales et le mépris des catégories jugées inférieures, qui réalise une véritable subversion des valeurs du monde romain (discours des Béatitudes : *Mt*, 5, 1-12 ; *Lc*, 6, 20-23) par sa considération pour les femmes, les esclaves, les pauvres, qui affirme la valeur *en soi* de la personne humaine et appelle à briser les particularismes : quand il mange avec les *publicains*, voire les recrute comme disciples (Matthieu), demande à boire à la femme samaritaine (*Jn* 4, 7-21), se laisse approcher par les lépreux et, plus généralement, dégage l'universalisme de l'Ancien Testament contre l'ethnisme, l'intégrisme culturel et ritualiste de la *Torah*. À sa suite, saint Paul, l'apôtre des gentils (des nations), entend « soustraire la vérité à l'emprise communautaire, qu'il s'agisse d'un peuple, d'une cité, d'un empire, d'un territoire, ou d'une classe sociale » [7], ainsi que le montre ce célèbre passage de l'*Épître aux Galates* : « Vous avez revêtu le Christ. Il n'y a plus ni juif, ni grec, ni esclave humain, ni homme ni femme, car vous ne faites qu'un dans le Christ Jésus » (3, 26-28). Il ne s'agit pas de proclamer des *droits de l'homme*, une *égalité devant la loi*, mais simplement d'affirmer que ce qui rend les hommes semblables, c'est que tous deviennent *un* en Lui (le Christ), car ils sont tous concernés par la libération de sa résurrection. Ce qui explique l'absence chez saint Paul de mise en cause de l'esclavage en tant qu'institution.

Certes, la notion moderne d'égalité puise ses racines dans les premiers temps du christianisme (L. Dumont, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Le Seuil, 1983) mais, pour parvenir à une égalité en droits, il faudra attendre la *Modernité politique* et la laïcisation de la société « puisque c'est la seule raison humaine qui constate – ou déclare – que certaines facultés sont constitutives de l'essence de l'être humain, et doivent à ce titre être considérées comme autant de “droits”, dont le respect s'impose au législateur comme au juge » [8]. Il est impossible d'analyser ici les apports d'auteurs aussi éminents que Hobbes (fondamental à propos du droit à la sécurité de la vie : *De Cive*, 1641 ; *Léviathan*, 1651), Locke (décisif sur le droit de propriété comme élément clé de l'autonomie personnelle, le droit au bonheur et la liberté religieuse et si influent sur la Révolution américaine : *Lettre sur la tolérance*, 1689 ; *Second Traité du gouvernement civil*, 1690), Spinoza (essentiel pour la liberté de pensée et la

séparation des sphères publique et religieuse : *Tractatus theologico-politicus*, 1670) et Kant (sa conception de la *dignité*, qualité de l'être *raisonnable* dont la volonté est exercée de manière à être *législatrice universelle* : *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785), qui, dans le prolongement du *nominalisme* d'Ockham et de Duns Scot – lesquels ne développent pas pourtant, à l'évidence, une théorie des *droits subjectifs* – et du *moment cartésien*, ont contribué de façon décisive à ce processus en développant une conception du droit qui entend se libérer de l'emprise théologique.

2. Approches positivistes et jusnaturalistes

Là aussi, sans pouvoir s'appesantir, il faut rappeler que le choix de telle posture produit des effets significatifs sur l'essence et l'étendue des droits fondamentaux. Selon le **positivisme juridique**, à la question de savoir pourquoi une norme est valide, la réponse ne peut qu'être, comme dans le schéma kelsénien d'*engendrement du droit par le droit* (*Théorie pure du droit*, lgdj, 1962) – qui cohabite difficilement avec le postulat de la *Gründnorm* (soit l'acceptation d'une norme première supposée) : parce qu'une autre norme lui attribue cette qualité, habilite l'autorité publique à la poser, sous réserve du respect de certaines procédures. Investi par le système juridique pour rendre des jugements par lesquels il détermine le sens des énoncés juridiques, le juge devient le serviteur du droit positif auquel il ne saurait s'opposer au nom de principes transcendants, ce qui constituerait une attitude métaphysique. Le législateur est libre du contenu des droits et libertés. Pareils présupposés conduisent à l'*État de droit* formel, au culte de la toute-puissance de l'État, quelle qu'en soit la nature, comme l'exemple de la banalisation du droit antisémite sous le régime de Vichy l'a montré [9]. « À la limite, les libertés publiques peuvent disparaître, puisqu'elles sont déterminées par le droit positif » [10]. Le **positivisme sociologique** (la légitimité des prescriptions relatives aux droits et libertés tient à leur conformité aux exigences de la conscience collective) possède l'avantage de sa compatibilité avec la théorie démocratique et de l'adéquation réalisée entre le droit et les mœurs, mais il pose la question de l'instrument de mesure de l'opinion et peut conduire à légitimer l'abandon des valeurs les plus essentielles, comme le montrent les mutations affectant les notions de couple, de famille, de mariage ou les revendications liées au développement de la biomédecine et au *droit de disposer de son corps*. Ses vertus supposées

semblent avoir conquis la Cour edh [11] qui veille à « l'adaptation [de la cedh] au changement social... afin de la préserver de tout anachronisme » [12] et la Cour suprême des États-Unis, notamment à propos de la constitutionnalité de la peine de mort infligée aux handicapés mentaux (*Atkins v. Virginia*, 20 juin 2002) et aux mineurs (*Roper v. Simmons*, 1^{er} mars 2005), à la différence de la Cour constitutionnelle allemande qui considère que l'État de droit comporte « une exigence de justice objective » indisponible (*Streletz et a.*, préc.). **Les solutions jusnaturalistes** rencontrent de fortes résistances, particulièrement en raison de l'embarrassante polysémie du droit naturel et, donc, de l'indétermination de son contenu (M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, puf, 1995 ; S. Goyard-Fabre, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, 2002), alors, pourtant, que de nombreux instruments de proclamation des droits et libertés s'y réfèrent explicitement ou implicitement (Déclaration d'indépendance américaine de 1776, ddhc, dudh). Selon le **jusnaturalisme classique**, le droit n'est légitime que par sa conformité au *juste objectif*, à l'ordre naturel de l'être humain (J. Hervada, *Introduction critique au droit naturel*, Éd. Bière, 1991), la loi devant conduire les hommes à la *vie bonne* (à défaut, même revêtue des oripeaux de la positivité, elle n'est qu'une *corruption de la loi*). Cette posture demeure très contestée, ne serait-ce que par ses enracinements religieux (*aristotélo-thomisme*, Benoît XVI, *Message pour la célébration de la Journée mondiale de la paix*, 1^{er} janv. 2007 : « les droits humains fondamentaux » ont comme singularité de renvoyer à « la dignité de tout être humain, dont la nature reflète l'image du Créateur » ; ce qui implique que « l'on ne peut pas disposer de la personne selon son bon plaisir ») indémontrables et en décalage avec des sociétés gagnées par le relativisme des valeurs. Dans le prolongement de la rupture nominaliste et de celle opérée par Grotius (affirmant la pleine validité du droit naturel même si Dieu n'existait pas : *De jure belli ac pacis*, 1625, Disc. pré., § 11), le **jusnaturalisme moderne** appréhende le droit comme pouvoir de l'individu et considère que « la société n'est pas un donné... mais qu'elle est fondée rationnellement à partir de la nature de l'homme et par la volonté de celui-ci » [13]. Du coup, le contenu du droit (naturel) est accessible par la seule raison humaine. Comme « la "loi naturelle" cesse d'être la loi imposée par Dieu pour provenir de la puissance seule de la raison, et de la délibération collective » [14], l'homme ne se trouve soumis qu'à sa volonté/liberté. Le *jusnaturalisme moderne* débouche sur l'*individualisme*, sur des droits

subjectifs sans mesure objective, et ses possibles dérives.

II. L'universalité problématique des droits et des libertés fondamentaux

L'idée d'universalité des droits et des libertés est une idée à la fois ancienne et contestée. Reposant sur le paradigme de l'existence d'un invariant dans l'homme, elle n'a cessé de se voir affirmée mais demeure contestée. Comme elle se heurte au fait que chaque homme demeure marqué par la culture qui constitue son humanité particulière, au travers de laquelle il entre en rapport avec les autres hommes, il importe de rendre compte – même sommairement – de la relativisation inhérente à la pluralité des approches en la matière.

1. L'affirmation de l'universalité

Elle est intervenue, dans un premier temps, au plan interne, ensuite, au plan international. S'agissant du premier, deux textes emblématiques s'imposent. D'abord, la *Déclaration d'indépendance* américaine (4 juill. 1776) visant à justifier à la face du monde la sécession des colonies britanniques d'Amérique du Nord au nom des « lois de la nature et du Dieu de la nature » (« Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouve le droit à la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis par les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés »). Ensuite, hautement représentative du *messianisme révolutionnaire* (rompre avec l'Ancien Régime, synonyme d'arbitraire et créer un nouveau droit), la ddhc qui, par son caractère abstrait (« l'homme », « le citoyen », « la Nation », « l'Être suprême », « la société », « la volonté générale ») et intemporel, entend exposer, solennellement, « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme » par un « message [qui] ne s'adresse pas à une nation » mais constitue « une encyclique valable *urbi et orbi*, sans limitation d'espace ni de temps » [\[15\]](#). Les *proclamations anglo-américaines* présentent des traits différents. S'efforçant de constitutionnaliser

au profit des citoyens de chaque État les droits positifs qu'ils tenaient de la tradition juridique de la métropole, les déclarations américaines (y compris celle de 1776) sont concrètes : elles visent à préciser les droits reconnus, leurs modalités d'exercice, en définissant minutieusement les procédés judiciaires à même de les garantir. Les textes britanniques (*Grande Charte* de 1215, *Bill of Rights* de 1689, *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Act of Settlement* de 1701) ne visent pas des principes abstraits mais les droits des Britanniques, des droits fondés sur la tradition, l'héritage, ainsi que le revendiquait Edmund Burke qui dénonce le caractère métaphysique de la conception des révolutionnaires français voulant fonder les droits civils sur la nature de l'homme (*Réflexions sur la Révolution de France*, 1790).

Quant à l'affirmation internationale, elle commence réellement avec la proclamation des droits sociaux en tant qu'éléments de « la paix et de l'harmonie universelle » (Partie XIII du *Traité de Versailles* du 28 juin 1919) et se poursuit avec la Charte des Nations unies (son article 1 § 3 intègre aux « buts » de l'organisation « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ») et, le 30 avril 1948, avec la daddh et la Charte de Bogotá, constitutive de l'*Organisation des États américains* (art. 17 : tout État membre doit respecter « les droits de la personne humaine et les principes de la morale universelle »). Le préambule de la dudh se réfère à « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine », indique que pour réaliser l'engagement inscrit dans la Charte, « une conception commune et un commun respect » des droits et libertés visés « [sont] de la plus haute importance » et présente la déclaration « comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations ». Son article 1 ajoute que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». La quasi-totalité des instruments ultérieurs – dans (Pactes de 1966, Déclaration de la Conférence mondiale des droits de l'homme de Vienne de 1993, I, § 5 : « Il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique ou culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales ») et hors (communiqué final de la Conférence afro-asiatique de Bandoeng de 1955, cedh, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, Document de Copenhague de la csce de 1990, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, Charte arabe des droits de l'homme de 2004) du cadre onusien – abondent dans ce sens.

2. La relativisation de l'universalité

Pour impressionnant qu'il soit, le corpus précédent est quelque peu trompeur : l'attachement manifesté par certains textes à l'universalité n'est pas dénué d'ambiguïté (v. *infra*) et nombre d'États ne sont pas parties à des instruments universels majeurs (la Chine, Cuba, la Malaisie et le Pakistan ne sont pas liés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, pidcp) ou ont assorti leur acceptation de réserves non négligeables, voire invalides (par exemple, la Chine à l'égard de l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (pidedsc) sur la liberté syndicale). En effet, parce que les droits et libertés sont conçus différemment, « l'universalité est, au moins pour l'instant, un mythe » [16]. Anthropologues du droit (N. Rouland, *Aux confins du droit*, O. Jacob, 1991) et spécialistes des relations internationales (S. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996) en conviennent.

Même si les identités ne sont pas hermétiques mais marquées par le *métissage* (E. W. Saïd, « Le choc de l'ignorance », *le Monde*, 27 oct. 2001) et si l'origine occidentale des droits de l'homme n'en disqualifie pas *a priori* l'exemplarité (la conception occidentale n'est de toute façon pas homogène), l'édification d'un ordre public mondial des droits fondamentaux rencontre de fortes oppositions [17] (10^e Sommet des pays non alignés, *Déclaration finale* de Djakarta, sept. 1992). Revendiquant une approche holiste, la Charte africaine de 1981, qui vise les « valeurs de la civilisation africaine » (préambule) et les « principes généraux de droit reconnus par les Nations africaines » (art. 61), ne sépare pas droits de l'homme et droits des peuples (préambule, art. 19-24), de même que droits et devoirs (notamment ceux envers la nébuleuse *Communauté africaine*), au risque de l'instrumentalisation des droits individuels par les États. La diversité des conceptions présentes au sein du continent asiatique – qui explique l'absence de catalogue déclaratoire ou conventionnel de droits et libertés – met en cause l'universalité : Conférence de Bangkok, préparatoire à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration*, avr. 1993 (« la promotion des droits de l'homme devrait être envisagée à travers la coopération et le consensus, et non la confrontation et l'imposition de valeurs incompatibles ») ; pérennité du système des *castes* ; thèmes des *valeurs asiatiques* (chères au Premier ministre malais Mohamed Mahathir) et du *revival confucéen*,

garantes, en fin de compte, de stabilité, de discipline, d'ordre social et de justification des dirigeants autoritaires de Singapour, de Pékin, de Rangoon ou d'ailleurs ; plus généralement, comme en Chine (A. Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Le Seuil, 1997 ; F. Jullien, *L'invention de l'idéal et le destin de l'Europe*, Le Seuil, 2009), malgré sa récente modernisation [18] : respect nécessaire de l'ordre existant, moindre valorisation de l'individu et des droits subjectifs, importance de la tradition, des rites applicables à chaque type de relation humaine. Enfin, une contradiction d'envergure émane des sociétés dominées par l'Islam [19], en dépit de la présence de lectures allégoriques et spiritualistes de la révélation coranique, hier (D. Urvoy, *Les penseurs libres de l'islam classique*, Flammarion, 2003) comme aujourd'hui (F. Rahman, *Islam and Modernity. Transformation of an Intellectual Tradition*, Univ. Of Chicago Press, 1984 ; A. Meddeb, *La maladie de l'Islam*, Le Seuil, 2002 ; R. Benzine, *Les nouveaux penseurs de l'islam*, Albin Michel, 2004). Attribués par Dieu, les droits et libertés ne sauraient être exercés en contradiction avec la *sharî'a* ; aussi, les textes les proclamant s'adressent moins à l'homme en soi qu'à l'individu membre de la *umma islamique*. Persistent des pratiques en contradiction avec l'universalité des droits et libertés fondamentaux (répression de l'apostasie, châtiments corporels, répudiation, inégalité entre hommes et femmes en matière successorale), et, du coup, condamnées par la Cour edh (*Refah Partisi et a.*, 13 févr. 2003 ; *D. et a.*, 22 juin 2006) et les organes de contrôle mis en place par les principales conventions onusiennes relatives aux droits de l'homme mais revendiquées par l'*Organisation de la Conférence islamique*, laquelle produit un corpus légitimant clairement la spécificité culturelle (*Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam*, 5 août 1990) et encourage ses États membres à « faire connaître et mettre en relief le concept des droits de l'homme selon la vision islamique », notamment en « émet[tant] des réserves vis-à-vis des instruments internationaux sur les droits humains dans le cadre de leurs droits souverains » (Communiqué final de la 11^e Conférence islamique au sommet, Dakar, 13-14 mars 2008, §§ 106 et 112).

Notes

[1] *Les Droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 2008, p. 49.

- [2] S. Rials , « Ouverture : généalogie des droits de l'homme », *Droits*, n° 2(1986), puf, p. 4.
- [3] D. Lochak , *Les Droits de l'homme*, La Découverte, 2002, p. 3.
- [4] G. Romeyer Dherbey , *Les Sophistes*, puf, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 2009.
- [5] B. Kriegel , *Cours de philosophie politique*, Le Livre de poche, 1996, p. 30.
- [6] « Les libertés et droits fondamentaux et la philosophie », in R. Cabrillac et al. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 11^e éd., 2005, p. 27.
- [7] A. Badiou , *Saint Paul. La fondation de l'universalisme*, puf, 2^e éd., 1998, p. 6.
- [8] M.-F. Renoux-Zagamé , *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, puf, 2003, p. 76.
- [9] D. Lochak , « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les Usages sociaux du droit* puf, 1989, p. 252. sq.
- [10] C.-A. Colliard , *Libertés publiques*, Dalloz, 7^e éd., 1989, p. 23.
- [11] M. Levinet , « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour edh », *Droits*, n° 49puf, 2009, p. 3-18.
- [12] F. Sudre , *La cedh*, puf, coll. « Que sais-je ? », 7^e éd., 2008, p. 30.
- [13] S. Rials , « Ouverture : généalogie des droits de l'homme », *Droits*, n° 2puf, 1985, p. 4-12.
- [14] L. Jaume , *Qu'est-ce que l'esprit européen ?*, Flammarion, 2010, p. 35.
- [15] G. Gusdorf , « La France, pays des droits de l'homme », *Droits*, n° 8puf, 1988, p. 25.
- [16] A. Cassese , « Les droits de l'homme sont-ils véritablement universels ? », *rudh*, 1989, p. 14 . Adde : P. Tavernier , « L'onu et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *rtdh*, 1998, p. 25-26.
- [17] M. Levinet , *Théorie générale des droits et libertés* Bruylant, 3^e éd., 2010. (chap. II, sous-chap. I, sect. 1)
- [18] M. Delmas-Marty et P.-E. Will (dir.) *La Chine et la démocratie*, Fayard, 2007.
- [19] M. Levinet, *op. cit.*

Chapitre II

Typologies

Leur diversité laisse plutôt perplexe. Il est vrai que certains droits et libertés (*droit de propriété, liberté d'entreprendre, droit à la non-discrimination*) sont difficiles à classer. Par ailleurs, tout classement est de nature à remettre en cause leur indivisibilité, régulièrement affirmée par les textes internationaux. Même si d'autres modes de regroupement (en fonction des titulaires, en temps ordinaire et en période exceptionnelle...) sont légitimes, cinq critères principaux peuvent être utilisés.

I. L'objet des droits et des libertés fondamentaux

Il permet de distinguer : les libertés relatives au corps ou *libertés physiques* (droits au respect de la vie, de l'intégrité physique et du domicile, droits à la sûreté, d'aller et de venir...) ; celles relatives à l'esprit ou *libertés intellectuelles* : (libertés d'opinion, de conscience et de religion, d'expression, d'enseignement, de la communication audiovisuelle...) ; celles de l'homme comme membre d'une communauté ou *libertés relationnelles* (libertés : de réunion, d'association, syndicale, droits et libertés politiques, droit de grève...). Mais où classer le droit de propriété, le droit à l'égalité et son corollaire, l'interdiction des discriminations ? *Quid* du droit au respect de la vie privée – concevable au sens de la sphère personnelle d'inviolabilité (intimité, protection des informations nominatives, du domicile et de la correspondance) ou d'épanouissement de la personne (autonomie personnelle, relations avec autrui) ? *Quid* des garanties de l'ensemble des droits et libertés (légalité des délits et des peines, non-rétroactivité de la loi

pénale, droits au juge et à un procès équitable) fondées sur le principe de la *prééminence du droit*, qui oblige à penser la typologie des droits et libertés en y intégrant la distinction entre droits matériels et droits procéduraux (droits substantiels et garanties) ? Sans oublier que nombre de droits substantiels comportent une dimension procédurale comme le démontre la jurisprudence de la Cour edh sur le droit au respect de la vie, le droit au respect de la vie privée et/ou familiale, les droits à la liberté d'expression, d'association, de réunion...

II. Le mode d'exercice des droits et des libertés fondamentaux

Fondant la distinction traditionnelle entre *libertés et droits individuels* et *libertés et droits collectifs*, ce critère comporte aussi des incomplétudes. Comment, par exemple, qualifier la liberté religieuse, qui recouvre *for interne* (libertés de croyance et de changer de religion) et *for externe* (« liberté de manifester sa religion... individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites » : cedh, art. 9) ?

III. Le rapport des droits et des libertés fondamentaux à l'État

Dans une présentation devenue classique (*Système des droits publics*, 1892), le théoricien allemand du droit et de l'État, Georg Jellinek, distingue trois types de rapports juridiques entretenus par l'individu avec l'État et, partant, trois statuts : *status negativus* (sphère de liberté individuelle garantie par l'abstention de l'État) ; *status positivus* (capacité de l'individu d'exiger de l'État des prestations positives : *droits-créances*, mais aussi droit à une protection juridique, notamment sous la forme de la protection juridictionnelle) ; *status activus* (participation aux fonctions de l'État : droits de suffrage, de réunion, d'accès aux emplois publics). Ces derniers sont

essentiels, l’auteur considérant qu’il ne saurait y avoir de liberté individuelle sans l’exercice des *droits politiques*. Dans un discours prononcé à Paris en 1819 (*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*), le grand théoricien du libéralisme politique, Benjamin Constant, avait déjà insisté sur la liaison entre indépendance privée et participation au pouvoir, en plaidant pour une conception défensive de la citoyenneté (*citoyenneté de protection*) en tant que garantie ultime de la liberté privée – cette *liberté des Modernes*, opposée, dans ses écrits, à la *liberté des Anciens*.

IV. L’ordre historique de proclamation des droits et des libertés fondamentaux

Il faut ici évoquer Karel Vasak et sa théorie des *générations des droits de l’homme* [1] qui, fondant une typologie « inapte à elle seule à renseigner sur le degré de normativité des droits fondamentaux » [2], suscite de légitimes réserves.

1. Une présentation séduisante

La proclamation internationale des droits de l’homme – certains ont transposé la démonstration à la proclamation interne – aurait connu trois grandes phases. La *première génération* serait celle des droits civils et politiques : droits à être soi (*droits-résistance/freedoms from*), prohibant l’ingérence de l’autorité publique, ils se prêteraient le plus facilement à une individualisation normative et seraient donc les plus clairement justiciables. La *deuxième génération* viserait les *droits économiques et sociaux* (liberté syndicale, droit de grève, droits au travail, à la sécurité sociale, à l’éducation, au repos et aux loisirs, à un revenu minimum). Sont ici reconnus des « droits à » (*droits-créances/freedoms to*) dont l’effectivité appelle une prestation des autorités publiques. Consécutive à l’influence des idées marxistes (distinction entre *libertés formelles* et *libertés réelles*) et des pays socialistes, elle résulterait de l’insuffisance de la proclamation des droits de la 1^{re} génération et

nécessiterait l'instauration de mesures spéciales, voire de « *discriminations positives* », afin de parvenir à une égalité réelle. Mais ces droits et libertés connaîtraient une justiciabilité relative, leur mise en œuvre appelant l'adoption de mesures complémentaires subordonnées au niveau des ressources économiques et financières publiques. Leur inscription dans des instruments internationaux en général distincts de ceux consacrant les droits civils et politiques confirme cette spécificité (ex. du pidcp et du pidesc). Enfin, adoptés notamment sous l'influence des États du tiers-monde, la *troisième génération* consacrerait des *droits de solidarité* (droits à la paix, au désarmement, au développement, à un environnement sain), à la fois individuels et collectifs, relatifs au destin même de l'Humanité (des générations futures), dont la réalisation supposerait l'intervention conjuguée de tous les acteurs – interne et international – du jeu social.

2. Une présentation insatisfaisante

D'abord, elle repose sur une historicité discutable aux plans international (la Partie XIII du Traité de Versailles de 1919 (oit) reconnaît des droits sociaux, la dudh, également) et interne (le droit de propriété et la liberté d'entreprendre figurent dans la ddhc). Ensuite, certains droits de la deuxième génération (liberté syndicale, droit de grève, droit à la non-discrimination en matière d'emploi, droit à un logement opposable depuis la loi française du 5 mars 2007) sont justiciables et la concrétisation de nombreux droits civils et politiques appelle l'intervention de l'autorité publique (existence d'une force publique, de tribunaux, d'un système d'aide juridictionnelle). La jurisprudence de la Cour edh relative aux *obligations positives* est emblématique à cet égard, en précisant que, même si l'on ne saurait en déduire un droit économique et social *per se*, la cedh, vise à « protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » (*Airey*, 9 oct. 1979) [3]. Quant aux droits de la troisième génération, même s'ils peuvent conditionner la plénitude des droits fondamentaux (dudh, art. 28 ; Déclaration finale de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne, 1993, I, § 8), il est hasardeux de les qualifier comme tels (quelle accessibilité ? Quelles voies de recours ? Quels sujets, créanciers comme débiteurs ?). Le prétendu *droit à la paix* n'est pas un droit subjectif justiciable, le *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* pas davantage malgré sa présence dans le pidcp et le pidesc et, le *droit au développement*,

encore moins, en dépit de la volonté de l'Assemblée générale des Nations Unies (*Déclaration sur le droit au développement*, 1986). Largement instrumentalisés par les États, ils peuvent servir de prétexte pour ne pas respecter les droits et libertés les plus élémentaires (sûreté individuelle, liberté d'expression...). La conclusion doit être plus nuancée s'agissant du *droit à un environnement sain*, dans sa dimension substantielle (nécessité pour les autorités publiques de prendre des mesures protégeant les intéressés contre des atteintes graves à leur environnement) ou procédurale (droit d'être informé, droit à des voies de droit appropriées). Il peut, en effet, faire l'objet d'une consécration constitutionnelle (Charte de l'environnement, art. 7) et conventionnelle (Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 1998, art. 1). Par ailleurs, loin de valider la *théorie des générations*, les constructions prétoriennes du juge de Strasbourg le rattachent aux droits civils. Tout en considérant que la cedh ne le consacre pas en tant que tel (*Hatton*, 8 juill. 2003), combinant *obligations positives* et *effet horizontal*, sa lecture de ses articles 2 (*Öneryildiz*, 30 nov. 2004 : L'État doit satisfaire au « devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie ») et 8 (*Lopez-Ostra*, 9 déc. 1994), permet sa protection *indirecte* dès lors que « des atteintes graves à l'environnement » peuvent affecter le respect dû à la vie privée, à la vie familiale et/ou au domicile (*Moreno Gomez*, 16 nov. 2004). Il insiste sur l'accès du public aux informations pertinentes et la possibilité de former un recours devant les tribunaux (*Taskin*, 10 nov. 2004) et, quand les nuisances ont des « effets nocifs pour la santé humaine », il critique les autorités n'ayant pas su ménager un « juste équilibre entre l'intérêt du bien-être économique » de la ville et le droit de l'intéressée « à jouir d'un environnement équilibré et respectueux de la santé » (*Bacila*, 30 mars 2010, pollution par une usine productrice de plomb et de zinc proche de la ville où réside la requérante).

L'ambiguïté de la théorie ici étudiée est accrue par les auteurs entendant lui adjoindre une *quatrième génération* : droits visant à « protéger la dignité humaine de certains abus de la science » : progrès de la biomédecine, de l'informatique, de l'électronique (ex. de la vidéosurveillance) [4] dont l'utilité est douteuse car les dangers présumés peuvent être combattus en ayant recours aux droits de la 1^{re} génération : droit au respect de la vie et de la

dignité, interdiction des traitements inhumains et dégradants, liberté individuelle, droit au respect de la vie privée, liberté d'opinion, de conscience et de religion, droit à l'égalité et à la non-discrimination.

V. La hiérarchie des droits et des libertés fondamentaux

En dépit de son utilité en matière de règlement des conflits de droits, la recherche d'une hiérarchie soulève de substantielles difficultés.

1. La présence de la hiérarchie

Textes et jurisprudences expriment l'existence d'une hiérarchie des droits et libertés, particulièrement à partir du principe essentiel de *dignité humaine* : le 2^e alinéa du préambule du PIDCP indique que les droits de l'homme « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine » ; la Cour EDH affirme que « la dignité et la liberté sont l'essence même de la Convention » (s.w., 22 nov. 1995) et le commentaire de l'article 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (déc. 2007), que la dignité n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais la base même de tous les droits fondamentaux, aussi « aucun des droits (qui y sont) inscrits ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui » et « la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits » qu'elle contient. La DDHC qualifie certains droits de « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (art. 2) et note que « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme » (art. 11). Nombre de Constitutions (Allemagne, art. 1 ; Portugal, 1976, art. 1 ; Russie, 1993, art. 21 ; Pologne, 1997, art. 30) présentent la dignité comme la source de tous les droits fondamentaux. D'autres (Allemagne, art. 79 § 2 ; France, art. 89 § 5 ; Turquie, art. 4) contiennent une *clause d'éternité*, interdisant de mettre en cause certains droits et libertés, en quelque sorte *inaltérables*, par une révision de la Constitution et soulèvent forcément la délicate question de leur *supraconstitutionnalité*. Au sein du *Bill of Rights* américain (1789), le 1^{er} Amendement manifeste l'importance majeure des libertés de religion,

d'expression, de réunion et de pétition. Comme d'autres instruments internationaux, mais avec une énumération différente, la cedh et ses protocoles accordent un statut spécial à des droits *indérogeables* en toutes circonstances (droit à la vie et prohibition de la peine de mort, droit de ne pas être torturé ni de subir de traitements inhumains ou dégradants, interdiction de l'esclavage et du travail forcé, légalité des délits et des peines et non-rétroactivité de la loi pénale, règle *ne bis in idem*). Le Conseil constitutionnel distingue des « libertés générales et absolues » (droit à la sûreté, libertés de la presse, de l'enseignement et d'association) – qui bénéficient *a priori* d'une protection renforcée – et des libertés « ni générales ni absolues » (liberté de la communication audiovisuelle, droit de propriété, liberté d'entreprendre). De même, la Cour suprême des États-Unis exerce un contrôle rigoureux (*strict scrutiny*) sur les atteintes à la liberté d'expression (*Brandenburg v. Ohio*, 1969 ; *Hustler v. Falwell*, 1988 ; *Texas v. Johnson*, 1989) [5]. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud considère que « les droits à la vie et à la dignité sont les plus importants de tous les droits fondamentaux et la source de tous les autres droits protégés » et ajoute que « ces deux droits [sont] au-dessus de tous les autres » (*State v. Makwanyane*, 1995). La Cour edh estime que le droit à la vie « constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et... forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme » (*Streletz et a.*, 22 mars 2001), « sans lequel, la jouissance des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire » (*Pretty*, 29 avr. 2002) et qualifie l'article 2 de la cedh qui le garantit de « disposition la plus fondamentale de la Convention » (*Zavoloka*, 7 juill. 2009). De même, considère-t-elle la liberté d'expression comme « l'une des conditions primordiales de son progrès [de la société démocratique] et de l'épanouissement de chacun » (*Handyside*, 7 déc. 1976). Des juridictions internationales affirment que certains droits et libertés sont protégés par des *normes impératives du droit international général (jus cogens)* : prohibition de la torture (Cour edh, *Al-Adsani*, 21 nov. 2001), peines ou traitements inhumains (Cour interaméricaine des droits de l'homme, ciadh, *Caesar*, 11 mars 2005), non-discrimination (ciadh, *Condition juridique et droits des travailleurs migrants en situation irrégulière*, avis consultatif, 17 sept. 2003 ; *yatama*, 23 juin 2005).

2. L'ambiguïté de la hiérarchie

L'hypothèse d'une hiérarchie tient au relativisme qui affecte les valeurs supérieures qu'elle postule, comme celles de la *dignité humaine* et du *respect de la vie*, en dépit de la densité de leur présence sur les scènes normative et doctrinale [6]. La première peut être comprise comme un droit subjectif, relevant du libre arbitre ou un principe objectif susceptible d'en limiter l'exercice (récent avis du Conseil d'État sur les possibilités juridiques d'interdire le port du voile intégral, 25 mars 2010). En dépit de son caractère axiologique, la seconde ne permet pas la protection pénale de l'enfant à naître (Cour edh, Vo, 8 juill. 2004, *gacedh* n° 9). Partant, leur soumission au processus de conciliation propre au droit des droits et libertés fondamentaux est de nature à en affaiblir la portée (par exemple, le Conseil constitutionnel relativise le principe de dignité en le conciliant avec la liberté de la femme enceinte : *ivg II*, 27 juin 2001). Le corpus prétorien de la Cour edh en matière de contrôle de proportionnalité, de conciliation des droits et libertés ou encore de renonciation aux droits conventionnels laisse aussi perplexe et semble confirmer l'existence d'un usage plutôt rhétorique du thème de la hiérarchie des droits et libertés garantis par la cedh. Ainsi, le droit à la liberté d'expression ne bénéficie pas d'une primauté de principe (par exemple, vu l'importance de « la lutte contre le fléau social que constitue le tabagisme », « des considérations primordiales de santé publique... peuvent primer... certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression » : *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy*, 5 mars 2009). Pour elle, sont tout aussi fondamentaux les droits à la liberté et à la non-discrimination, le principe de la prééminence du droit, le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction, la prohibition de l'esclavage et du travail forcé, les droits inhérents à des élections libres qui « sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'État de droit » (*Hirst* (n° 2), 6 oct. 2005).

Quant à l'hypothèse de la supraconstitutionnalité de certains droits fondamentaux, elle est jugée par de nombreux auteurs, comme Georges Vedel, non simplement « logiquement inconstructible », mais dangereuse pour l'ordre juridique démocratique [7]. En ce sens, le Conseil constitutionnel refuse d'exercer le contrôle qui permettrait d'en assurer le respect (*Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, 26 mars 2003) et la liberté du *pouvoir de révision de la constitution* est confirmée par le Conseil d'État (*Sarran, Levacher et a.*, 30 oct. 1998). D'une

façon générale, ces auteurs considèrent que d'éventuelles contradictions ne peuvent être réglées que par le recours à la conciliation entre les droits fondamentaux.

Notes

[1] « Le droit international des droits de l'homme », *rcadi*, 1974, t. 140, p. 344-345.

[2] C. Grewe et H. Ruiz-Fabri , *Droits constitutionnels européens*, puf, 1995, p. 163.

[3] F. Sudre et al. *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (infra gacedh)*, puf, 5^e éd., 2009. n° 2-3

[4] S. Marcus-Helmons , « La quatrième génération des droits de l'homme », in *Mélanges P. Lambert*, Bruylant, 2000, p. 549-559.

[5] G. Haarscher , « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », *Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit* n° 2007/1, <http://www.philodroit.be> ; E. Zoller et al. (dir.) *La Liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008.

[6] V. M. Levinet, *op. cit.* (chap. I, sect. 2).

[7] « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 671993, p. 79-97.

Chapitre III

Titulaires

Si le principe d'égalité et le postulat selon lequel les droits et libertés n'ont comme titulaires que les individus ou les personnes morales qu'ils constituent, considérés *in abstracto*, expliquent la suspicion de principe à l'égard des statuts spéciaux, force est pourtant de relever la variabilité de l'étendue des droits et libertés fondamentaux en fonction de l'appartenance à une ou des catégories déterminées.

Certaines sont ici privilégiées (groupes, personnes morales, femmes, agents publics), mais d'autres pourraient être légitimement analysées : *enfants* (leur vulnérabilité appelle une protection singulière : nombreuses dispositions pénales ; reconnaissance par le Conseil constitutionnel comme *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* des principes de l'atténuation de la responsabilité pénale par l'âge et de la recherche du relèvement du mineur délinquant par des mesures éducatives adaptées à son âge et à sa personnalité et prononcées par une juridiction ou selon une procédure juridictionnelle spécialisée [\[1\]](#) ; loi du 6 mars 2000 instituant un *Défenseur des enfants*, « chargé de défendre et de promouvoir les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé » ; possibilité d'invoquer devant le juge interne les dispositions d'effet direct de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant de 1989, cnude, par exemple pour censurer une décision de renvoi d'un jeune enfant dans son pays (ce, *Cinar*, 22 sept. 1997) ; abondante jurisprudence de la Cour edh), *malades* (lois relatives aux droits des malades, 4 mars 2002 et 22 avril 2005), *ressortissants de l'Union européenne* (qui bénéficient d'un statut privilégié), *étrangers en situation régulière* (auxquels s'appliquent « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » : Conseil constitutionnel, *Égalité entre Français et étrangers*, préc.), *demandeurs d'asile*, *étrangers en situation irrégulière* (à

l'égard desquels doivent être assurés droits au respect de la vie privée et familiale et garanties juridictionnelles de droit commun), *personnes détenues* (qui disposent de droits et libertés compatibles avec leur privation de liberté : Cour edh, *Hirst* (n° 2), préc.).

I. Individus et groupes

1. Les individus sont les destinataires naturels des droits fondamentaux (v. les termes de la ddhc : « Les hommes » ; « l'homme » ; « Tout homme » ; « autrui » ; « les citoyens » ; « Nul homme » ; « Ceux »). Cela implique-t-il qu'ils ne concernent que ceux déjà nés ou s'appliquent-ils aussi aux enfants à naître ? L'observation des textes et des corpus prétoriens pertinents démontre que la question du statut du *nasciturus* embarrasse le droit des droits et libertés fondamentaux [2], qu'il s'agisse du droit onusien et européen [3], du droit constitutionnel, du droit civil ou, encore, du droit pénal alors que, même s'il n'existe pas de liberté pour le fœtus ou l'embryon (ils n'ont pas l'usage des facultés où s'enracinerait cette liberté), le *continuum* de la vie humaine suppose de respecter leur existence. Au-delà de l'interdiction universelle de l'exécution des femmes enceintes condamnées à mort (pidcp, art. 6 § 5, cadh, art. 4 § 5, Charte arabe des droits de l'homme, art. 7 § 2), la plupart des instruments internationaux semblent plutôt viser l'être humain déjà né – la personne supposant l'existence de la conscience morale (dudh, art. 3 ; cedh, art. 2 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 2 ; *contra* : cnude, art. 6 ; cadh, art. 4). Sauf exception (Constitution irlandaise, art. 40 § 3), les textes constitutionnels ne comportent pas de référence explicite à l'enfant à naître et les jurisprudences (Cour edh, Cour suprême des États-Unis, Cours constitutionnelles européennes) assurent une protection de la *liberté d'avorter* plus grande que celle de la *liberté de procréer*. En France, le dispositif sur l'avortement a été jugé conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (*ivg I*, 15 janv. 1975 ; *ivg II*, préc.) et conventionnel par le Conseil d'État (*Confédération nationale des associations familiales catholiques*, 21 déc. 1990) et la Cour de cassation (*Dubreuil et a.*, 27 nov. 1996), cette dernière s'opposant à ce que l'incrimination pour homicide involontaire soit étendue au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant (Crim., 30 juin 1999, *M^{me} T. ép. M. c. docteur G.*).

2. Il est difficile – sinon impossible – d'intégrer les droits des collectivités aux droits et libertés fondamentaux, même si elles peuvent apparaître comme destinataires de certaines dispositions du corpus international (Convention de 1948 sur la prévention et à la répression du crime de génocide, art. 2 ; art. 1 des Pactes de 1966). L'énigmatique article 17 de la dudh est ici emblématique : « Toute personne, aussi bien seule qu'*en collectivité*, a droit à la propriété » (souligné par nous). Cette conclusion vaut pour les *peuples* (et leurs droits à *disposer d'eux-mêmes, à la paix ou au développement* : v. *supra* chapitre II) et les *minorités*. Sauf exception (droit à une représentation de telle minorité au Parlement national), les instruments internationaux pertinents consacrent les droits des personnes appartenant à une minorité nationale, ethnique, linguistique ou religieuse de pratiquer, « en commun avec les autres membres de leur groupe », telles langue ou religion (pidcp, art. 27 ; Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la protection des minorités nationales, 1995). Chaque individu doit pouvoir librement se rattacher à l'identité du groupe de naissance ou à celle d'autres groupes ou à aucun. Néanmoins, la Cour edh s'est engagée sur le terrain des discriminations collectives, en reconnaissant l'existence de *discriminations indirectes* à propos d'enfants d'origine rom placés dans des écoles spéciales destinées aux enfants atteints de déficiences intellectuelles et/ou ne pouvant suivre un cursus scolaire ordinaire (*d.h. et a.*, 13 nov. 2007 ; *Orsus et a.*, 16 mars 2010).

Les réticences de l'ordre juridique français en la matière sont bien connues. Interdisant toute distinction entre citoyens en fonction de leur origine, race ou religion (Constitution de 1958, art. 1), il s'y refuse (Cons. const. : *Statut de la Corse*, 9 mai 1991 ; *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, 15 juin 1999 : les principes fondamentaux de valeur constitutionnelle « s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »). L'inscription dans la Constitution, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, d'une disposition sur les langues régionales (art. 75-1 : « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France ») n'est pas de nature à remettre en cause cette posture traditionnelle que devrait renforcer l'intensification du débat sur le *multiculturalisme*.

II. Personnes physiques et personnes morales

Si les premières sont les destinataires naturels des droits fondamentaux (v. *supra* chapitre I), *quid* des secondes dont la nature incorporelle semble constituer *a priori* un obstacle ou impose, pour le moins, des adaptations ? À l'évidence, certains droits et libertés sont exclus (droit au respect de la vie, interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, droit au respect de la vie familiale...), mais certainement pas les droits et libertés fondamentaux compatibles avec leur nature (Loi fondamentale allemande, art. 19 § 3 ; Constitution portugaise, 1976, art. 12 § 2) [\[4\]](#).

Leur application aux personnes morales de droit public suppose des restrictions, eu égard à l'intérêt général auquel elles s'identifient. Les collectivités territoriales peuvent invoquer la *liberté fondamentale* de s'administrer librement par des conseils élus (ce, Ord. réf., *Commune de Venelles*, 18 janv. 2001). Le Conseil d'État leur reconnaît la possibilité de revendiquer, dans l'ordre juridique interne, les droits et libertés inscrits dans la *cedh* (*Département de l'Indre*, 29 juill. 1994 ; *Ville d'Annecy*, 29 janv. 2003), mais estime que ses articles 6 § 1 et 1° du Protocole 1 ne sont pas invocables dans les litiges entre personnes publiques relatifs à la répartition des ressources financières publiques (*Commune de Champagne-sur-Seine*, 29 janv. 2003) et la Cour edh juge qu'elles ne constituent pas des « *organisations non gouvernementales* », au sens de l'article 34 de la Convention (*Section de commune d'Antilly*, 23 nov. 1999). Le Conseil constitutionnel admet que les personnes publiques puissent se prévaloir de la *liberté contractuelle*, garantie par l'article 4 de la ddhc (*Loi relative au secteur de l'énergie*, 30 nov. 2006), ainsi que du droit au respect de la propriété (*Privatisations*, 25-26 juin 1986). Le droit de l'Union européenne assimile les « sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté » aux personnes physiques, ressortissantes des États membres, en ce qui concerne le *droit d'établissement*. Cette règle vaut également pour « les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à

l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif » (tfue, 2007, art. 48).

Les droits et libertés fondamentaux reconnus aux personnes morales de droit privé (sociétés commerciales, syndicats, associations...) sont ceux jugés nécessaires à la réalisation de leur objet. La jurisprudence de la Cour edh abonde en arrêts acceptant leur invocation de nombreuses dispositions de la cedh (*Sociétés Colas Est et a.*, 16 avr. 2002, applicabilité de l'article 8 aux locaux exclusivement commerciaux ; la cjce est à l'unisson : *Roquette Frères sa*, 22 oct. 2002) [5]. Le droit français procède à une même reconnaissance : par exemple, l'article 6 de la loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle accorde un *droit de réponse* à toute personne physique ou morale dont l'honneur ou la réputation est mis en cause par une émission du secteur public ou privé (le président du tgi peut statuer en référé et ordonner sous astreinte la diffusion de la réponse). Pour le Conseil constitutionnel, les personnes morales peuvent se prévaloir des droits de la défense : il est logique qu'elles disposent des garanties procédurales ordinaires car elles sont de plus en plus l'objet de poursuites, de sanctions... notamment de la part d'*autorités administratives indépendantes*. De même, le principe d'égalité intéresse les personnes morales de droit privé (*Loi de nationalisation*, préc.) mais ne s'oppose pas à ce que le législateur établisse des règles différentes entre personnes physiques et personnes morales, ce dernier pouvant édicter des règles différentes à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes (*Loi de finances rectificative pour 1993*, 21 juin 1993). La Cour de cassation reconnaît le droit pour une société d'intenter une action en diffamation pour réparer une atteinte à son honneur (à sa réputation commerciale) (Crim., 22 mars 1966 ; Civ. 1°, 30 mai 2006, *Sté de conception de presse*), celui de déposer une plainte pour atteinte à son intimité (espionnage commercial) (Crim., 23 mai 1993) ou le droit au respect du domicile (Crim., 23 mai 1995).

III. Hommes et femmes

Le principe d'égalité devrait rendre inutile une telle rubrique. Mais la longue nuit de l'infériorité du statut des femmes n'est pas terminée et le jugement de Montaigne conserve son sel : « Les femmes n'ont pas tort du tout quand elles

refusent les règles de vie qui sont introduites au monde, d'autant que ce sont les hommes qui les ont faites » (*Les Essais*, III, 5) comme le constat lucide de François Poulain de la Barre (*De l'égalité des deux sexes*, 1673, réimpression Fayard, 1984). Ils rappellent la force du postulat de l'infériorité sinon de l'infirmité naturelle de la femme vis-à-vis de l'homme, au nom d'une prétendue loi naturelle de division du travail (A. Comte, *Cours de philosophie positive*, leçons 46-60), postulat particulièrement défendu par le constitutionnaliste éminent de la III^e République, professeur de la faculté de droit de Paris, Adhémar Esmein (*Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. I, 1927, Éd. Panthéon-Assas, 2002).

Aussi, la recherche d'une égalité réelle entre les femmes et les hommes est-elle très présente dans le droit de l'Union européenne (directives sur l'égalité de traitement des hommes et des femmes) comme dans le droit constitutionnel (Constitution française, art. 1 al. 2 : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales »). Elle emprunte diverses voies (quotas, parité, *affirmative action*). La Cour edh est très vigilante dans la mise en œuvre de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, inscrite dans l'article 14 de la cedh [6]. Elle précise que tout État contractant « peut légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie... trouvent application sous sa juridiction » et cite, comme exemples de « règles permettant la discrimination basée sur le sexe des intéressés », « la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession » (*Refah Partisi et a.*, 13 févr. 2003, *gacedh* n° 55). Partant, elle approuve (*dd*, 8 nov. 2005) la nouvelle approche de la Cour de cassation française, qui refuse désormais, au nom de l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 de la cedh et de l'*ordre public international*, la réception des jugements de répudiation (Civ., 1^o, 17 févr. 2004). Le juge de Luxembourg légitime mais encadre l'utilisation par les États de l'*affirmative action*, particulièrement en matière d'accès à l'emploi (*Badeck et a.*, 28 mars 2000) [7].

IV. Agents publics

La spécificité de leur situation ne signifie pas qu'ils ne sont pas bénéficiaires des droits et libertés fondamentaux. Elle légitime néanmoins certaines restrictions.

1. La Cour edh et le particularisme de la situation des agents publics

La Cour edh n'a cessé de le rappeler : « En règle générale les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires » (*Engel et a.*, 8 juin 1976 ; *Vogt c. Allemagne*, 26 sept. 1995, *gacedh* n° 59). Pour autant, la cedh tient compte de leur singularité. Le § 2 de son article 11 prévoit la possibilité pour les États d'imposer des restrictions spéciales à l'exercice des libertés de réunion et d'association en ce qui concerne les « membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État ». Pour la Cour de Strasbourg, le système de discipline militaire « implique, par nature, la possibilité d'apporter à certains droits et libertés des membres des forces armées des limitations ne pouvant être imposées aux civils » (*Kalaç*, 1^{er} juill. 1997). Elle admet que l'État attende de ses agents un *loyalisme démocratique* surtout en période de transition démocratique (*Rekvényi c. Hongrie*, 20 mai 1999, interdiction pour les membres des forces armées, des services de police et de sécurité de s'affilier à un parti politique), ou encore dans un pays marqué par « le cauchemar du nazisme » (*Vogt*). En matière de liberté d'expression, une obligation de retenue pèse sur les magistrats (*Wille*, 28 oct. 1999), sauf si est en cause un discours visant « fondamentalement à démontrer un dysfonctionnement du régime démocratique » (*Kayasu*, 13 nov. 2008) ou s'il s'agit de la « dénonciation... de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail », laquelle « doit être protégée dans une certaine mesure » (*Guja*, 12 févr. 2008). Des limitations s'imposent également dans l'exercice du droit à la liberté religieuse pour garantir la continuité du service public (Comm. edh, *Tuomo Konttinen*, déc. 3 déc. 1996), ou éviter l'activisme religieux des agents publics, notamment dans les établissements d'enseignement (*Dahlab*, déc. 15 févr. 2001 ; *Kurtulmus*, déc. 24 janv. 2006) – où l'État peut interdire le port de signes religieux afin de préserver l'ordre, la sécurité ou les droits d'autrui (*Refah Partisi et a.*), ou de faire respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents, conformément à l'article 2 du Protocole additionnel n° 1 (*Folgero et a. c/ Norvège*, 29 juin

2007 ; *Zengin c/ Turquie*, 9 oct. 2007).

2. Le droit français et le particularisme de la situation des agents publics

Le souci de concilier droits et libertés fondamentaux pour tous et spécificité de certaines fonctions se traduit dans les textes et les jurisprudences.

L'article 6 de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires indique que « l'exercice de certains [droits et libertés] est soit interdit [aux intéressés] soit restreint dans les conditions fixées par la présente loi », ce qui est le cas de la liberté syndicale (art. 10 ; interdiction confirmée par l'article 6 de la loi du 24 mars 2005). Certaines catégories d'agents publics sont privées de l'exercice du droit de grève (magistrats, personnels de l'administration pénitentiaire), doivent assurer un service minimum (contrôleurs de la navigation aérienne) ou, plus généralement, doivent respecter diverses limites au nom du principe de valeur constitutionnelle de *continuité des services publics* (Cons. const. : *Droit de grève à la radio et à la télévision*, 25 juill. 1979 ; *Liberté de communication*, 18 sept. 1986).

Le Conseil d'État consacre l'existence d'une obligation *de réserve* dans l'extériorisation des opinions des fonctionnaires (*Bouzanquet*, 11 janv. 1935) et admet même que pèse sur eux une obligation *de moralité*, en dehors même du service, si le comportement de l'agent est de nature à jeter le discrédit sur l'administration (*B.*, 15 juin 2005). Le juge administratif veille au respect du principe de la neutralité des services publics non seulement par les enseignants mais par tous les agents publics lorsqu'il est mis en cause par le port de signes religieux, comme un voile islamique (ce, *M^{lle} Marteaux*, 3 mai 2000 ; caa Lyon, *M^{lle} Ben Abdallah*, 27 nov. 2003). Il en va autrement pour les salariés du secteur privé où seul l'intérêt de l'entreprise peut justifier, pour le juge judiciaire, la prohibition du port d'un signe religieux (ca Paris, 19 juin 2003, *Sté Téléperformance France c. M^{lle} Tahri* ; la Cour constitutionnelle allemande abonde dans ce sens : 30 juill. 2003).

Notes

[1] Pour autant, ils n'interdisent pas, à l'égard des mineurs de plus de 13 ans auteurs d'infractions, ni les mesures de contrainte, ni les sanctions, ni même l'incarcération (*Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, 29 août 2002).

[2] M. Levinet , *Théorie générale des droits et libertés* Bruylant, 2010. (chap. I, sect. 3, § 4)

[3] M. Levinet (dir.) *Le Droit au respect de la vie au sens de la cedh* Bruylant, 2010.. La Cour edh renvoie la question du commencement de la vie à la marge nationale d'appréciation (Vo, préc.)

[4] B. Faure , « Les droits fondamentaux des personnes morales », *rdp*, 2008, p. 233-246.

[5] P. de Fontbressin , *L'Entreprise et la cedh*, Bruylant, 2008.

[6] H. Surrel , « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 141-174.

[7] Le juge américain estime désormais que les écoles, les collèges et les lycées publics ne peuvent utiliser l'*affirmative action* pour garantir la mixité raciale des établissements : l'origine ethnique ne doit pas entrer en ligne de compte dans la décision d'accepter ou non un élève dans un établissement scolaire (*Parents involved in community schools v. Seattle school District n° 1 and others*, 2007).

Chapitre IV

Sources

À la différence des développements du chapitre I, sont ici envisagées les *sources formelles*, à savoir les règles sociales empruntant une forme déterminée, les énoncés auxquels aboutit le recours à divers procédés techniques de création du droit.

I. Diversité des sources

Les droits et libertés fondamentaux trouvent leur origine dans un vaste corpus juridique de prescriptions qui ne se situent pas au même niveau – la hiérarchie des normes constituant en elle-même une garantie, notamment par les procédures au moyen desquelles chaque catégorie de règles est édictée.

En premier lieu, il faut s'intéresser aux prescriptions internationales qui occupent une place grandissante dans le domaine des droits et libertés et dont les relations avec celles de l'ordre juridique interne sont gouvernées, tout à la fois, par la *subsidiarité* et la suprématie de l'interprétation développée par les juridictions internationales, particulièrement de la cedh dont les principes, selon l'avocat général à la Cour de cassation Régis de Gouttes (*Le Monde*, 29 juill. 1999), « ont bouleversé la manière de dire le droit en France... modifié la relation du juge à la loi nationale » et qui « devient ainsi une véritable Constitution européenne des droits de l'homme ».

Viennent ensuite les sources constitutionnelles. Un authentique *État de droit* suppose que l'encadrement législatif comme infralégislatif des droits fondamentaux soit assujéti au respect des prescriptions constitutionnelles, ce qui implique un véritable contrôle de la constitutionnalité de la loi.

Un inventaire exhaustif des fondements juridiques inclut forcément les règles législatives et réglementaires, dont l'intervention est indispensable pour fixer les conditions d'exercice des droits et libertés. Dans l'esprit de la *Révolution française*, la liberté est une *liberté par la loi* : selon l'article 4 de la ddhc, les « bornes » inhérentes à l'usage des « droits naturels de chaque homme... ne peuvent être déterminées que par la loi » ; son article 17 assujettit la légitimité de la privation de la propriété au fait que « la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment ». De même, l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946 dispose que « [l]e droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». La Constitution espagnole de 1978 précise, également, que « [s]eule une loi, qui dans tous les cas devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice [des] droits et libertés » (art. 53) et la cedh, que le « droit de se marier et de fonder une famille » s'exerce « selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit » (art. 12). D'ailleurs, en France, le Conseil constitutionnel censure les *incompétences négatives* du *Législateur* (quand il n'exerce pas la plénitude de sa compétence attribuée par la Constitution et abandonne au pouvoir exécutif la fixation des garanties des droits et libertés, en violation de la *réserve de loi*) (*Loi de réglementation des télécommunications*, 23 juill. 1996). Il appartient donc au *Législateur* de procéder, notamment en vertu de l'article 34 de la Constitution, à l'aménagement des droits et libertés fondamentaux : *régimes répressifs* (régime de droit commun qui, valorisant l'autonomie de la personne, sanctionne *a posteriori* les abus de la liberté : libertés d'aller et de venir, d'expression, de pensée, de conscience et de religion, d'association, liberté syndicale) ; *régimes préventifs* dotant l'administration de prérogatives qui s'exercent avant que les intéressés puissent agir ou qui visent à les empêcher d'agir : *déclaration préalable* (obligation d'informer l'administration pour lui laisser la possibilité de contrôler, voire d'interdire ou de faire interdire telle pratique : déclaration de publication d'un journal, préavis de grève, déclaration relative à un rassemblement sur la voie publique – noms et domicile des organisateurs, lieu, date, itinéraire projeté) ; *autorisation préalable* (la possibilité d'exercer la liberté – libertés d'entreprendre, cinématographique, de la communication audiovisuelle – dépend d'un acte juridique pris par l'autorité publique : autorisation d'ouvrir une pharmacie, octroi d'un visa de séjour à un étranger, d'une autorisation de travail, d'un visa ministériel d'exploitation d'un film, autorisation d'émettre pour une chaîne de radio ou de télévision) ;

interdiction voire *monopole public*. Il lui revient d'« opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré » (Cons. const., *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, 25 janv. 1985) et, à ce titre, de prévoir, au-delà des *états de crise* constitutionnalisés (Constitution de 1958, art. 16, art. 36 sur l'*état de siège*), des dispositifs d'exception : *état d'urgence* (loi du 13 avr. 1955 et ordonnance 15 avr. 1960 ; ce, *Boisvert*, 21 nov. 2005), loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre, ordonnance du 7 janvier 1959 sur l'organisation générale de la défense, législations antiterroristes (elles se sont multipliées après la destruction des Twin Towers de New York, le 11 septembre 2001 : *Patriot Act* américain ; *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, puis *Prevention of Terrorism Act* britanniques ; loi française du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne).

Mais cette compétence essentielle du *Législateur* n'exclut pas l'intervention des autorités titulaires du pouvoir réglementaire (chef de l'État, ministres, préfets, *autorités administratives indépendantes*, autorités des collectivités locales), au nom de leur mission de gardiennes de l'intérêt général et de l'ordre public, de concrétisation des dispositifs législatifs (sur habilitation, ou non [\[1\]](#), de la loi), sous le contrôle du juge, usant éventuellement de créations prétoriennes (*théorie de l'urgence*, *théorie des circonstances exceptionnelles*).

Il faut enfin aborder les normes jurisprudentielles garantes de l'effectivité des droits fondamentaux. Leur présence en dernier lieu n'infère aucune position subordonnée mais s'explique par la nécessité d'exposer au préalable les autres sources. Authentique source des droits fondamentaux, la jurisprudence élucide le sens des énoncés juridiques par une *interprétation authentique*.

II. Sources internationales

La multiplication de normes internationales est à l'origine d'une discipline spécifique, le *Droit international des droits de l'homme* [\[2\]](#). Un tel corpus normatif comporte une double dimension – une *proclamation internationale*, une *individualisation normative*, attestant de l'intention des États de conférer aux particuliers des droits et des obligations dans l'ordre juridique

international ; une *protection internationale* (mécanismes procéduraux permettant d'obtenir leur respect) (v. *infra* chapitre V) – et conduit à s'interroger sur la position des normes internationales dans l'ordonnement juridique, à se demander si elles y occupent la première place et, donc, à clarifier l'articulation entre sources internationales et sources constitutionnelles et législatives. Mais avant de se prononcer sur l'existence d'une telle primauté, il importe de prendre la mesure de leur variété.

1. La multiplicité des règles internationales

Outre les règles non conventionnelles (*coutume, jus cogens, principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*), non analysées dans le présent ouvrage, il faut distinguer les instruments universels, qui ont vocation à lier la grande majorité sinon tous les États, et les instruments régionaux.

A) Les instruments universels

Visant la protection de l'être humain *en tant que tel*, la Charte des Nations unies et la dudh constituent le point de départ d'un substantiel corpus conventionnel adopté dans le cadre onusien concernant, d'une part, sinon l'ensemble, du moins un large groupe de droits et libertés (*instruments généraux*) et intéressant, d'autre part, certains d'entre eux ou certaines catégories de personnes (*instruments particuliers*).

i. *Les instruments généraux*. Il s'agit d'abord des deux pactes du 16 décembre 1966, voués à *conventionnaliser* les dispositions de la Déclaration de 1948 : le pidcp (165 États parties au 28 mai 2010 ; un protocole additionnel du 15 décembre 1999, liant 72 États – dont la France depuis le 2 janvier 2008 – prohibe la peine de mort en temps de paix) et le pidesc (160 États parties). Entrés en vigueur en 1976, le second enrichit le catalogue des droits sociaux (il est cependant largement dépourvu d'*effet direct*) mais le premier contient, fâcheusement, une définition de la *liberté religieuse* en retrait par rapport à la dudh (son article 18 ne mentionne plus la *liberté de changer de religion*).

ii. *Les instruments particuliers*. Des **instruments spécifiques** sont relatifs à la prohibition de l'esclavage (Convention de Genève, 25 sept. 1926, amendée par le Protocole du 7 décembre 1953 ; Convention supplémentaire, 7 sept.

1956), à l'interdiction du travail forcé (Conventions oit, 28 juin 1930 et 25 juin 1957), à la liberté syndicale (Convention oit, 9 juill. 1948), à la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention, 10 déc. 1984). Parmi les **instruments relatifs à la protection catégorielle**, il faut surtout relever ceux visant la protection des réfugiés (Convention de Genève, 28 juill. 1951) et la cnude (20 nov. 1989, 193 États parties ; seuls manquent États-Unis et Somalie, qui l'ont signée en 1995 et 2002). Deux conventions dominent les *instruments relatifs aux discriminations* : celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (21 déc. 1965) et celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 nov. 1979).

B) Les instruments régionaux

La *régionalisation* de la proclamation des droits et libertés fondamentaux comporte des traits communs avec la proclamation universelle : s'y retrouvent instruments généraux et particuliers, instruments déclaratoires et conventionnels, *conventions-mères* et protocoles additionnels, instruments spécifiques relatifs à la protection catégorielle et aux discriminations. Plus respectueuse des spécificités (niveau de développement économique et social, identités culturelles), elle peut dans certains cas, parce qu'elle reflète une plus grande homogénéité que la proclamation onusienne, permettre le dépassement du standard universel, notamment par le possible recours à une juridiction supranationale. Mais elle peut aussi incarner sa contestation substantielle.

i. Précurseur, le **corpus normatif européen** est très riche. Il s'est développé dans le cadre des diverses organisations internationales du continent et bénéficie de la protection la plus appropriée à la défense des droits fondamentaux : la protection juridictionnelle. Au sein du *Conseil de l'Europe*, dominant naturellement la cedh (Rome, 4 nov. 1950, les 47 États membres y sont parties), ses protocoles additionnels et sa Cour de Strasbourg. Mais d'autres traités intéressant les droits et libertés y ont été adoptés : la Charte sociale européenne (Turin, 18 oct. 1961, 27 États parties), ses trois protocoles additionnels et sa version révisée (3 mai 1996, 29 États parties) ; la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (26 nov. 1987, les 47 États membres y

sont parties) ; la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (1^{er} févr. 1995) et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (5 nov. 1992) ; la Convention d'Oviedo sur la biomédecine et les droits de l'homme (4 avr. 1997) et ses protocoles additionnels, notamment celui interdisant le clonage humain (12 janv. 1998) ; la Convention de Varsovie sur la lutte contre la traite des êtres humains (16 mai 2005, 26 États parties)...

Les *Communautés et l'Union européennes* ont longtemps été dépourvues de catalogue avant que le Traité de Lisbonne ne vienne reconnaître que la Charte des droits fondamentaux de l'Union « a la même valeur juridique que les traités ». Les droits fondamentaux y étaient néanmoins protégés : d'abord, par diverses dispositions des droits communautaires originaires et dérivés ; ensuite, grâce au contrôle du respect des droits fondamentaux par le juge de Luxembourg, ayant considéré, à partir des « traditions constitutionnelles communes aux États membres » et « des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels [ils] ont coopéré ou adhéré », qu'ils font partie intégrante des *principes généraux du droit communautaire* (arrêts fondateurs de la *cjce* : *Stauder*, préc., pt 7 ; *Nold*, 14 mai 1974). La Cour de l'Union s'appuie particulièrement sur la *cedh* (*Rutili*, 28 oct. 1975 ; *ert*, 18 juin 1991). L'importance majeure de la protection des droits fondamentaux par le juge communautaire a été spectaculairement réaffirmée dans l'arrêt *Kadi* du 3 sept. 2008 : « Le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité ce en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte » (pt 316). Cette construction prétorienne a été consacrée par les États (tue, art. 6 § 3). Prévue par l'article 6, § 2 du tue, l'adhésion de l'Union européenne à la *cedh* (qui doit cependant se faire en tenant compte de « la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union » : Protocole relatif à l'article 6 § 2 du tue sur l'adhésion de l'Union à la *cedh*, art. 1) contribuera à améliorer le respect des droits et libertés par l'Union en permettant la compétence *ratione personae* de la Cour de Strasbourg pour connaître de requêtes visant ses actes.

ii. Quant au **corpus normatif interaméricain**, avant même l’approbation de la dudh, la Conférence panaméricaine de Bogotá avait adopté une Déclaration américaine des droits et des devoirs de l’homme (30 avr. 1948). Sa conventionnalisation a produit d’heureux résultats : cadh, 22 nov. 1969, 24 États parties, compétence contentieuse et consultative de la Cour interaméricaine des droits de l’homme (v. *infra* chapitre V), qui ne lie pas, malencontreusement, le Canada et les États-Unis, et ses protocoles additionnels (droits économiques, sociaux et culturels, 17 nov. 1988 ; abolition de la peine de mort, 8 juin 1990) ; Convention de Belém do Para sur la prévention, la sanction et l’éradication de la violence domestique contre les femmes (5 juill. 1995).

iii. Plus tardif, le **corpus normatif africain** comporte des textes importants : Charte africaine des droits de l’homme et des peuples (26 juin 1981 ; sont parties les 53 États membres de l’Union africaine) et ses protocoles additionnels de Ouagadougou relatifs à la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples (9 juin 1998, v. *infra* chapitre V) et de Maputo relatif aux droits de la femme en Afrique (11 juill. 2003) ; Charte africaine des droits et du bien-être de l’enfant (11 juill. 1990).

2. La primauté des règles internationales

Du point de vue du droit international, l’État ne saurait invoquer des dispositions de son droit interne pour ne pas exécuter ses engagements internationaux (Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art. 27). Ce principe vaut pour les règles constitutionnelles (cpji, avis consultatif 4 févr. 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*).

Mais en se plaçant du point de vue de l’ordre juridique national, la solution est moins évidente – notamment quant aux relations entre normes internationales et normes constitutionnelles –, tant elle se trouve affectée par divers paramètres : modes d’introduction des règles internationales (opposition entre *dualisme* et *monisme*, même si, en pratique, les solutions sont plutôt nuancées), application du droit international conventionnel ou du droit international coutumier (ainsi, pour le Conseil d’État, la valeur supralégislative des traités, inscrite dans l’article 55 de la Constitution de 1958, ne concerne pas les normes coutumières internationales : oublieux de la

formulation du 14^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946, il estime que ni cet article ni aucune autre disposition de la Constitution « ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes », *Aquaronne*, 6 juin 1997). La difficulté est compliquée par la prise en compte du principe de subsidiarité. Certes, se développe un discours revendiquant la réception de l'*autorité de la chose interprétée* des arrêts de la Cour edh « et donc d'effets *erga omnes*, indépendamment de l'autorité de [la] chose jugée entre les parties » (Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, discours lors de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour edh, Strasbourg, 29 janv. 2010 ; de même, pour l'ancien premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, dans les affaires soumises à son examen qui posent des questions identiques à celles déjà tranchées par la Cour edh, la Cour de cassation a « l'obligation de transposer les dispositions de la Convention telles qu'interprétées par la Cour européenne » [3]). Mais, d'une part, eu égard à la diversité des cultures et des traditions juridiques, les autorités nationales demeurent libres du choix des mesures à même d'assurer la mise en œuvre des obligations souscrites ; d'autre part, les traités relatifs aux droits fondamentaux déterminent un *standard minimum* (des garanties *a minima*) au-delà duquel les États peuvent aller (ex. de la cedh, art. 53).

Si une large *identité matérielle* existe entre nombre de normes internationales et de normes constitutionnelles relatives aux droits et libertés, l'horizon de référence des juridictions internes reste la Constitution (d'où découlent toutes les règles juridiques applicables dans l'ordre interne) et leur tendance naturelle est, en cas de conflit avec une règle internationale, de rappeler sa suprématie formelle, alors que – contrainte normative internationale oblige – leurs solutions sont assujetties au contrôle des organes internationaux chargés de veiller à l'application des règles internationales portant sur les mêmes matières, quand bien même de telles solutions interviendraient dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois. Ainsi, la Cour edh fait-elle prévaloir les dispositions de la cedh, telles qu'elle les interprète, sur les décisions des juges internes s'appuyant sur des dispositions constitutionnelles (*Open Door et a.*, 29 oct. 1992 ; *Parti communiste unifié de Turquie et a.*, 30 janv. 1998 ; *Zielinski et a. c. France*, 28 oct. 1999, *gacedh* n° 28, à propos d'une loi française de validation législative jugée conforme à la Constitution). L'examen de la jurisprudence française confirme la valeur

infraconstitutionnelle des normes internationales relatives aux droits et libertés : celle du Conseil constitutionnel (*Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, 15 mars 1999 ; *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 19 oct. 2004 ; *Loi relative aux droits d'auteur*, 27 juin 2006 [4] ; *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, 3 déc. 2009), du Conseil d'État (*Koné*, 3 juill. 1996 ; *Sarran*, 30 oct. 1999 ; *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et a.*, 3 déc. 2001 ; *Sté Arcelor*, 8 févr. 2007) comme de la Cour de cassation (Civ. 2°, *François Levacher*, 17 févr. 1999 ; *Pauline Fraisse*, 2 juin 2000).

La valeur supralégislative des règles internationales soulève moins de difficultés. Si l'on considère l'exemple français, à défaut de l'intervention du Conseil constitutionnel, qui a décliné sa compétence (*ivg I*, préc.), le juge ordinaire met en œuvre le principe inscrit dans l'article 55 de la Constitution et fait pleinement jouer le caractère supralégislatif des règles conventionnelles relatives aux droits fondamentaux : en se reconnaissant habilité à interpréter les dispositions des traités (ce, *gisti*, 29 juin 1990 ; Cass. Civ. 1°, *Banque africaine de développement*, 19 déc. 1995 ; Cass. Soc., *Caisse autonome mutuelle de retraite des agents des chemins de fer*, 29 avr. 1993) ; en faisant clairement prévaloir les traités sur les règles législatives postérieures incompatibles (Cass., Ch. mixte, *Sté Cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975 ; ce, *Nicolo*, 20 oct. 1989) [5] – au risque d'exercer *de facto*, en raison de la large *identité matérielle* des normes de référence, un contrôle de la constitutionnalité de la loi –, à condition que le traité invoqué ait été régulièrement ratifié (ou approuvé) et publié, soit doté d'un effet direct (de nature, par son contenu, à créer des droits ou des obligations au profit ou à l'encontre des particuliers, qualité qui va de soi pour des traités comme le *pidcp* ou la *cedh*, s'apprécie de façon casuistique pour la *cnude* et est exclue pour la Charte sociale européenne) et compte tenu des réserves dont il a pu faire l'objet ; en affirmant l'État tenu de « réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France » (ce, *Gardedieu*, 8 févr. 2007, loi rétroactive incompatible avec l'article 6, § 1 de la *cedh*).

III. Sources constitutionnelles

1. Démocratie constitutionnelle et contrôle de la constitutionnalité de la loi

Leur étude nécessite de s'intéresser aux énoncés constitutionnels relatifs aux droits et libertés fondamentaux mais aussi – et surtout – à leur interprétation par les organes (essentiellement, les juges : v. *supra* chap. III) chargés de veiller à leur respect, notamment au travers du contrôle de la constitutionnalité de la loi et des actes infralégislatifs. Du coup, « la majorité n'a pas toujours systématiquement raison ; elle n'a raison que parce que le juge dit qu'elle l'a » [6]. Le principe de primauté des règles constitutionnelles entend les mettre à l'abri des décisions politiques des majorités parlementaires passagères. Les droits fondamentaux ne sont, en effet, pensables que dans le cadre d'une *démocratie constitutionnelle*, soit un système combinant principes de majorité et de constitutionnalité, rompant avec le *légitimisme* inhérent à la toute-puissance du système représentatif, afin d'opérer le passage indispensable de l'*État légal* à l'*État de droit* et, donc, assurant la suprématie de la Constitution, notamment grâce à un contrôle effectif de la constitutionnalité des lois. Dans sa décision du 23 août 1985, le Conseil constitutionnel trouve la formulation d'une telle mutation culturelle (*Évolution de la Nouvelle-Calédonie* : « Considérant que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution »).

En dépit de son inscription dans la première de ses Constitutions (1791, Titre I : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre »), la France devra attendre la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 (*Liberté d'association*) pour qu'apparaisse un contrôle de la constitutionnalité des lois. À l'opposé, les États-Unis seront prompts à l'établir (*Marbury v. Madison*, 1803) et, peu de temps après, Tocqueville notera que « les Américains ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois » (*De la démocratie en Amérique*, Livre I, chap. vi). La décision *fondatrice* de 1971 (première référence aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, *pfrlr*) inaugure une jurisprudence qui devait ensuite s'appuyer sur la *ddhc* (*Taxation d'office*, 27 déc. 1973, égalité devant la loi), les *droits nouveaux* du Préambule de la Constitution de 1946 (*ivg I*, droit à la santé de

la mère et de l'enfant) avant d'assurer la pleine valeur constitutionnelle des autres droits et libertés visés par le préambule de la Constitution de 1958.

Sous réserve de l'hypothèse exceptionnelle de l'absence de constitution écrite (Royaume-Uni), les énoncés des droits fondamentaux empruntent des formes diverses. La plus commune consiste à les faire figurer au début de la Constitution : Loi fondamentale allemande (I^{re} Partie, art. 1-19), Constitution espagnole (Titre I, *Des droits et des devoirs fondamentaux*), Constitution italienne (Partie I, art. 13-28, *Droits et devoirs des citoyens*), Constitution sud-africaine (*Bill of Rights*, chap. II, sect. 7-39)... Mais d'autres choix sont possibles, ainsi, leur proclamation sous la forme d'adjonctions au texte initial de la constitution (*Bill of Rights* américain de 1789 et autres amendements). La solution française est celle du *préambule de références* – à savoir un texte procédant, outre l'article 1 (caractère indivisible, laïc, social et décentralisé de la République, égalité devant la loi « sans distinction d'origine, de race ou de religion », promotion par la loi de « l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales »), par renvoi à des textes antérieurs (« Droits de l'homme... définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 », « droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 »). L'absence de catalogue systématique, adopté à un moment unique, pose évidemment le délicat problème de l'homogénéité de ces divers sédiments, de leur conciliation et de leur éventuelle hiérarchie. L'affirmation de sa valeur constitutionnelle entraîne celle des textes auxquels il se réfère et permet d'établir les principes et règles composant le *bloc de constitutionnalité*.

2. Les composantes du bloc de constitutionnalité français

La liste peut en être établie à partir d'une lecture du texte constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

a) *Les principes, droits et libertés inscrits dans le texte constitutionnel stricto sensu* art. 1., préc.universalité, égalité et caractère secret du suffrage (art. 3) ; liberté de création et libre activité des partis et groupements politiques ;

garantie par la loi des « expressions pluralistes des opinions » et de « la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation » (art. 4) ; droit d'asile (art. 53-1) ; indépendance de l'autorité judiciaire (art. 64) ; recours au Conseil constitutionnel « [l]orsque, 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 » (art. 61-1 et 62 al. 2) ; interdiction des détentions arbitraires, respect de la liberté individuelle (art. 66) ; (art. 66-1) ; recours au *Défenseur des droits* qui « veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public » (art. 71-1) ; possibilité pour les citoyens n'ayant pas le statut civil de droit commun de conserver leur *statut personnel*, ce qui ne saurait exclure la possibilité pour le Parlement de faire évoluer les règles de ce dernier « dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés » (Cons. const., *Loi de programme pour l'outre-mer*, 17 juill. 2003, abolition de la polygamie et de la répudiation pour les *Mahorais* de droit civil local atteignant l'âge de se marier au 1^{er} janvier 2005) ; dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie (art. 76-77) ; droits du citoyen européen (art. 88-2 et 88-3).

b) *Les principes, droits et libertés visés par la ddhc* : le principe général de liberté (art. 1, 2, 4 et 6), auquel le Conseil constitutionnel rattache le droit au respect de la vie privée (*Loi portant création d'une couverture médicale universelle*, 23 juill. 1999), la liberté matrimoniale (« composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 », *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, 20 nov. 2003), la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle relevant de l'article 4 ; le principe *gigogne* d'égalité – égalité devant la justice, égal accès aux fonctions publiques, égalité devant les charges publiques, égalité en matière de protection sociale entre les nationaux et les étrangers en situation régulière (*Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, 22 janv. 1990) ; légalité des délits et des peines, nécessité et proportionnalité des peines, non-rétroactivité de la loi pénale (art. 8) ; présomption d'innocence (art. 9) ; libre communication des pensées et des opinions, dont découlent les exigences inhérentes à son effectivité : pluralisme des quotidiens d'information politique et générale,

transparence financière des entreprises de presse, droits du public de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et caractères différents, de connaître les dirigeants réels et les conditions de financement des journaux (*Entreprises de presse*, préc. ; *Loi sur les entreprises de presse*, 18 sept. 1986) et « liberté d'accéder... aux services de communication au public en ligne » (*Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, 10 juin 2009) (art. 11) ; indépendance du pouvoir juridictionnel et droit à un recours juridictionnel effectif, incluant le droit à un procès équitable (*Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative)*, 17 janv. 2008) (art. 16) ; (droit au respect des biens (art. 17).

c) *Les droits et libertés visés par les principes politiques, économiques et sociaux du préambule de la Constitution de 1946* : l'hétérogénéité domine cette partie du préambule qui intéresse une grande diversité de destinataires : *individus in abstracto*, *groupes sociaux* comme la famille, *catégories d'individus* (femmes, enfants, adultes, travailleurs, personnes âgées, chômeurs), *entreprises* (à la fois les acteurs et les structures de l'entreprise). Ici aussi, le Conseil constitutionnel a mis au jour les potentialités du texte constitutionnel : principe de « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation », déduit de l'alinéa 1 (*Bioéthique*, 27 juill. 1994) ; « droit fondamental » d'asile qui « implique de manière générale que l'étranger qui s[']en réclame... soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande » (*Maîtrise de l'immigration*, 13 août 1993) (al. 4) ; droit d'obtenir un emploi, qui ne constitue pas un droit subjectif et doit être, tout comme celui au repos et aux loisirs (al. 11), conciliés avec la liberté d'entreprendre (*Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, 13 janv. 2000) ; (al. 5) ; droit de grève, lequel suppose une intervention du législateur afin d'en réglementer l'exercice, pour le concilier avec « la sauvegarde de l'intérêt général » (*Droit de grève à la radio et à la télévision*, 25 juill. 1979), « tracer avec précision la limite séparant les actes et comportements licites des actes et comportements fautifs » (*Irresponsabilité pour faits de grève*, 22 oct. 1982) (al. 7), assurer la continuité du service public de l'enseignement (*Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*, 7 août 2008) ; obligation pour la Nation d'assurer « à l'individu et à la famille les conditions

nécessaires à leur développement », qui fonde le « droit de mener une vie familiale normale » – que le Conseil d'État consacre au titre des *principes généraux du droit* (*gisti*, 8 déc. 1978) (al. 10) et le principe du repos dominical, à concilier néanmoins avec la liberté d'entreprendre (*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*, 6 août 2009) ; garantie par la Nation de la protection de la santé (« notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs ») de la protection de la santé, de la santé, de la sécurité matérielle, du repos et des loisirs (al. 11) ; droit à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture (al. 13).

d) *Les pfrlr* : figurant dans la 2^e phrase du 1^{er} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (« Il [le peuple français] réaffirme solennellement... les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »), afin de manifester la continuité républicaine en matière de droits et de libertés, ils ont, exceptionnellement, été concrétisés par le Conseil d'État (*Amicale des Annamites de Paris*, 11 juill. 1956, liberté d'association ; *Koné*, préc., refus de l'extradition demandée dans un but politique ; *snes*, 6 avr. 2001, principe de laïcité). Mais c'est le Conseil constitutionnel qui a défini les critères d'identification de la catégorie (*Loi d'amnistie*, 20 juill. 1988 : dispositions de forme législative mais de nature constitutionnelle, contenant une règle suffisamment générale, constante, adoptées par un régime républicain avant 1946) et fixé, au fur et à mesure, non sans réticence (il n'y a recours qu'en l'absence d'appui sur les autres éléments du *bloc de constitutionnalité*), leur liste : la liberté d'association (16 juill. 1971, préc.) ; les droits de la défense (*Prévention des accidents du travail II*, 2 déc. 1976) ; la liberté individuelle (*Fouille des véhicules*, 12 janv. 1977) ; les libertés de l'enseignement et de conscience (*Liberté d'enseignement*, 23 nov. 1977) ; l'indépendance des juridictions administratives (*Validation d'actes administratifs*, 22 juill. 1980) ; la garantie de l'indépendance des professeurs d'université (*Libertés universitaires*, 20 janv. 1984) ; la compétence exclusive du juge administratif pour l'annulation des actes pris dans le cadre de prérogatives de puissance publique (*Conseil de la concurrence*, 23 janv. 1987) ; la réserve de compétence au profit de l'autorité judiciaire en cas d'atteinte à la propriété privée immobilière (*tgw Nord*, 25 juill. 1989) ; l'atténuation de la responsabilité pénale par l'âge, qui implique que le « relèvement » du mineur

délinquant doit être recherché par des mesures éducatives adaptées à son âge et à sa personnalité et prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées (*Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, 29 août 2002).

Sa nature largement jurisprudentielle fait de la charte constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux un écrit prétorien toujours inachevé. En outre, en cas d'absence de caractère ordonné du catalogue pertinent, nombre de droits et libertés puisent leur fondement à différentes sources, comme le montre l'exemple français. Ainsi, la liberté de conscience renvoie aux *pflr*, à la ddhc (art. 10), ou encore à l'article 1 de la Constitution, et le droit à l'égalité entre hommes et femmes à la ddhc (art. 1 et 6), aux articles 1 et 4 de la Constitution ainsi qu'à l'alinéa 3 de préambule de la Constitution de 1946 (« La loi garantit à la femme dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes »). Le Conseil constitutionnel peut mettre au jour, en tant que corollaires de droits constitutionnellement reconnus, de simples *objectifs de valeur constitutionnelle*, qui, ne pouvant être assimilés à des droits subjectifs invocables par les particuliers, constituent des directives s'adressant au législateur afin qu'ils les mettent en œuvre : sauvegarde de l'ordre public ; « possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent » (*Loi relative à la diversité de l'habitat*, 19 janv. 1995), issue de la combinaison des alinéas 1, 10 et 11 du préambule de 1946 ; accessibilité et intelligibilité de la loi (*Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, 21 avr. 2005) ; bonne administration de la justice, résultant des articles 12, 15 et 16 de la ddhc (*Loi organique relative à l'article 61-1 de la Constitution*, 3 déc. 2009)... Enfin, le même juge peut dégager des principes (simplement) législatifs garants d'un principe de valeur constitutionnelle : par exemple, ceux qui « tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (primauté de la personne humaine, respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, inviolabilité, intégrité et absence de caractère patrimonial du corps humain, intégrité de l'espèce humaine) (*Bioéthique*, préc.).

Par ailleurs, il est possible de se référer à des principes sous-jacents au texte constitutionnel voire à des *droits constitutionnels non écrits*, à l'instar du Tribunal fédéral suisse, dégageant, le 27 novembre 1995, le *droit à des conditions minimales d'existence* – inclus depuis dans le texte de la nouvelle

constitution helvétique, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

IV. Sources prétoriennes

Non seulement, « [a]u commencement il y a les juges, qui tranchent les procès » [7], mais « [d]e plus en plus, l'opinion semble tenir le pouvoir judiciaire et les juges d'une manière générale, comme mieux qualifiés que les politiques pour aider à la réalisation de la démocratie et de la "vraie justice" » [8]. Pour autant, quand bien même les sociétés démocratiques actuelles sont marquées par une spectaculaire valorisation de la fonction juridictionnelle, l'exercice du pouvoir prétorien doit toujours être appréhendé sans fétichisme. Cette montée en puissance, qui perturbe la théorie démocratique et nourrit maintes inquiétudes, conduit certes à rappeler l'existence d'un droit prétorien des droits et libertés fondamentaux, mais sans éluder le procès récurrent en légitimité qui lui est intenté.

Comme le droit des droits et libertés fondamentaux est une *herméneutique juridique*, à savoir une science qui a pour objet la connaissance, l'interprétation des instruments juridiques contenant leur énoncé, l'office du juge (interne et international) est à la fois essentiel et problématique. Si l'on considère – en tant qu'ils reflètent l'ordre de valeurs de l'*État de droit* – les droits fondamentaux comme constitutifs de la démocratie, alors les juges en sont d'importants gardiens mais des gardiens dont les solutions sont contestées [9]. Du coup, l'étude de leur légitimité oblige à une analyse – impossible à réaliser dans le présent ouvrage – tant de ses fondements envisageables (celui du *positivisme* juridique, qui postule que la validité du jugement tient au fait que le juge a été investi par l'ordre juridique du pouvoir d'interpréter ; celui du *positivisme sociologique*, qui le justifie par sa conformité aux aspirations de la conscience collective – pour autant qu'il soit possible d'en mesurer réellement l'expression – justification largement partagée par la Cour edh qui appréhende la cedh comme « un instrument vivant à interpréter... à la lumière des conditions de vie actuelles » (*Tyrer*, 25 avr. 1978) ou par la Cour suprême du Canada qui considère la Constitution comme « un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne » (*Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, 9 déc. 2004) ; celui du *jusnaturalisme*, notamment

sous sa figure classique, qui dicte la fonction attendue du juge, institué conservateur des valeurs fondatrices du texte à interpréter, fonction bien difficile dans des sociétés laïcisées, marquées par le *polythéisme des valeurs* –, que des *théories de l'interprétation* [10] (*classique* ou *cognitive* ; *réaliste* ou *sceptique*). Elle impose d'affronter la crainte vivace de voir surgir un *gouvernement des juges* (*quis custodiet custodem ? : qui gardera le gardien ?*).

Ainsi que l'a écrit Robert Badinter, alors président du Conseil constitutionnel, au plus fort d'une polémique majeure suscitée par sa jurisprudence : « Dans tout État démocratique, rien ne peut empêcher que le juge soit source du droit » (« Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 nov. 1993). En effet, « toutes les normes juridiques appellent une interprétation en tant qu'elles doivent être appliquées » [11] ; « [c']est quand [la règle de droit] est confrontée à la vie devant les juges qu'elle accède au sens » [12], comme l'illustrent les trois corpus prétoriens suivants.

1. Le Conseil d'État et les *principes généraux du droit*

Rattachés (par exemple, au préambule de 1946) ou non à un texte, dégagés souverainement par le juge administratif d'un fonds de valeurs communes, en tant qu'élément fondamental du système politico-juridique national, ces principes lui permettent de limiter les pouvoirs de l'administration voire de déterminer la portée de certains textes législatifs, sans renoncer, pour autant, à l'interdit du contrôle de la constitutionnalité de la loi. Ils sont apparus, implicitement, à l'occasion du contentieux des actes administratifs pris en application de la législation discriminatoire du *régime de Vichy* (*Guieysse*, 4 février 1944, égalité des contribuables devant l'impôt ; *Darmon*, 21 janv. 1944, égalité de tous devant la loi à propos de l'admission des élèves juifs dans les établissements d'enseignement ; *Dame Veuve Trompier-Gravier*, 5 mai 1944, droits de la défense), puis, explicitement, avec l'arrêt *Aramu* (26 oct. 1945, droits de la défense). Depuis, ont été, notamment, consacrés : l'égalité entre usagers des services publics et la non-rétroactivité des actes administratifs (*Sté du journal « L'Aurore »*, 25 juin 1948) ; la garantie du recours pour excès de pouvoir (*Dame Lamotte*, 17 févr. 1950) ; le droit des

étrangers en situation régulière de mener une vie familiale normale, impliquant le droit au *regroupement familial* (*gisti*, 8 févr. 1978) ; le libre choix du médecin et la liberté de prescription (*Section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins*, 18 févr. 1998) ; le principe d'impartialité devant les juridictions administratives (*Karsenty, Fondation d'Aguesseau et a.*, 20 avr. 2005) ; le principe de sécurité juridique (*Sté kpmg et a.*, 24 mars 2006).

2. Le pouvoir créateur du juge constitutionnel

Même si le dernier mot peut revenir au pouvoir de révision de la Constitution – exemples français des révisions constitutionnelles du 25 novembre 1993 et 8 juillet 1999 qui *renversent* les décisions du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 (*Maîtrise de l'immigration*) et du 18 novembre 1982 (*Quota par sexe pour les élections municipales*), le juge constitutionnel est, de plus en plus, un colégislateur sinon un coconstituant. Ainsi, dans son arrêt *Procureur général de l'Ontario c. M. et H.* (20 mai 1999), relatif à la demande d'aliments présentée par une lesbienne après la dissolution du « couple » et écartée au motif que l'article 29 de la loi sur le droit de la famille ne prévoyait l'obligation alimentaire qu'entre « *conjoint*s » d'un couple hétérosexuel, la Cour suprême du Canada juge cette prescription inconstitutionnelle et donne six mois au Parlement de l'Ontario pour la modifier afin que l'obligation s'applique aussi aux « couples homosexuels ». Celui-ci s'exécute le 27 octobre 1999, en ajoutant au terme « *conjoint* », l'expression « *partenaires de même sexe* ». La pratique de la Cour constitutionnelle allemande est tout aussi significative, d'autant plus qu'elle dispose du pouvoir, non seulement de suspendre l'application de la loi litigieuse dans l'attente de son jugement au fond, mais également d'édicter une législation provisoire le temps, pour le Parlement, d'adopter les modifications législatives impliquées par un constat d'inconstitutionnalité (exemple de son arrêt du 28 mai 1993 relatif à la loi du 27 juillet 1992 sur l'avortement). De même, la Cour suprême des États-Unis exerce-t-elle un contrôle strict des ingérences des autorités publiques dans l'exercice des libertés majeures d'expression et de religion, garanties par le 1^{er} Amendement (*Brandenburg v. Ohio*, 1969 ; *Joseph Burstyn v. New York*, 1952 ; *Hustler v. Falwell*, 1988). Quant au Conseil constitutionnel français, outre le large

pouvoir d'identification des normes composant le *bloc de constitutionnalité* (v. *supra*), il a, comme ses homologues allemand et italien, développé la technique de *la conformité sous réserve*. Au lieu de censurer une disposition dont la constitutionnalité lui semble douteuse, au risque d'encourir l'accusation de *réécrire la loi*, il la rend conforme à la Constitution en assortissant son *brevet de conformité* de réserves dont le respect conditionne la constitutionnalité du texte litigieux [13].

L'*activisme juridictionnel* du juge constitutionnel suppose néanmoins une certaine retenue judiciaire (*judicial self restraint*), ne serait-ce que pour respecter l'autonomie des autres pouvoirs. Ainsi, le Conseil constitutionnel, surtout si sont en jeu des questions divisant la société, précise régulièrement que « l'article 61 [de la Constitution] ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » (ivg I ; *Loi renforçant la récidive des majeurs et des mineurs*, 9 août 2007, peines planchers). D'une façon générale, pareille réserve intervient lorsque, afin d'assurer l'effectivité d'un droit fondamental, le juge est sollicité pour ordonner au gouvernement ou au Parlement de définir une politique publique, des moyens matériels déterminés, bref d'intervenir sur le terrain de la politique économique et sociale (Cour suprême d'Irlande, *T. D. et a. v. The Minister of Education, Minister for Justice and Minister for Health*, 12 juill. 2001, accès à l'enseignement primaire pour les enfants handicapés).

3. Le pouvoir créateur du juge européen

Sans négliger l'importance, grandissante, de l'office de la Cour de Luxembourg (v. *supra* I, 1 b) dans divers domaines : interdiction des discriminations fondées sur le sexe (*Defrenne*, 15 juin 1978), droit de propriété (*Hauer*, 13 déc. 1979 ; *Bosphorus*, 30 juill. 1996), liberté d'expression (*Vereinigte Familiapress*, 26 juin 1997), droit au respect de la vie familiale des étrangers (*Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, 27 juin 2006), droit de mener une action collective (*Laval*, 18 déc. 2007), la Cour edh sera ici privilégiée. Ayant « nécessairement un rôle créateur comme tout interprète » [14], elle est bien le « ministre du sens », selon la formule percutante de François Rigaux [15], chargé de produire une lecture actualisée de ce véritable « instrument constitutionnel de l'ordre public européen » que constitue la cedh (*Loizidou*, 23 mars 1995, *gacedh* n°

1).

Pour autant, deux tendances caractérisent sa posture. *D'une part*, elle reconnaît aux autorités nationales – au plus près des réalités sociales – une certaine marge d'appréciation quant à la mise en œuvre des standards conventionnels dans des champs non négligeables : choix des politiques économiques, fiscales et sociales, protection de l'environnement, politiques d'aménagement foncier et du logement, modes de scrutin et règles d'éligibilité, réglementation de l'instruction, protection de la morale et des convictions religieuses, port de signes religieux. *A priori*, elle fait varier cette autonomie selon « les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants » (*Rasmussen*, 28 nov. 1984). En réalité, sa pratique est parfois aléatoire sinon oublieuse de tels critères. *D'autre part*, elle demeure maîtresse de l'éventuel élargissement du champ d'application des droits conventionnels ainsi que du contenu des obligations des États grâce à divers instruments prétoriens instaurés au nom de leur effectivité : *notions autonomes* (dotées d'un sens européen : *droits et obligations de caractère civil, matière pénale, arrestation, peine, bien*), *effet horizontal*, *effet extraterritorial* de dispositions majeures de la cedh (art. 2, 3 et 6), multiplication des obligations positives matérielles et procédurales [\[16\]](#), appel croissant à des sources externes pour justifier des interprétations évolutives (traités et textes de *soft law* issus du Conseil de l'Europe, d'autres organisations régionales, de l'onu ; corpus prétoriens des Cours suprêmes nationales, des organes non juridictionnels comme le *Comité des droits de l'homme* des Nations Unies ou encore de son homologue de Luxembourg, ce qui la conduit, par exemple, dans son arrêt *Scoppola* (n° 2) (17 sept. 2009), à estimer que l'article 7 § 1 de la cedh « garantit implicitement le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce », en sollicitant, outre l'article 49 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la jurisprudence de la cjce (*Berlusconi et a.*, 3 mai 2005). Cette propension s'avère d'autant plus prégnante que la cedh vise non simplement « la sauvegarde », mais aussi « le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (préambule, al. 3). Aussi, pour le juge européen, elle « s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques » (*Guzzardi*, 6 nov. 1980) et son office consiste à « trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et

en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties » (*Karner*, 24 juill. 2003). Ce présupposé explique, sans forcément convaincre, la lecture hypersubjectiviste de plusieurs dispositions comme celles relatives à la vie privée – y compris, à partir du pseudo-droit de disposer de son corps, dans ses conséquences les plus extrêmes (*ka et ad*, 17 févr. 2005, sadomasochisme extrêmement violent) –, à la vie familiale et, demain, probablement, au mariage. Cependant, le juge de Strasbourg a su préserver les idéaux de la civilisation européenne dans nombre de domaines : encadrement de la violence publique meurtrière ; obligations inhérentes au respect de la vie ; renforcement de l'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ; garanties de la sûreté individuelle, exigences du procès équitable et du droit à un recours effectif ; protection du secret de la vie privée, du domicile et de la correspondance ; protection de la vie familiale des étrangers ; sauvegarde de la liberté de conscience et des convictions religieuses, particulièrement à propos du droit de changer de religion ; défense de la liberté de communiquer des informations et des idées et respect du droit à la réputation ; défense des libertés d'association et de réunion ; condamnation des discriminations ; préservation du droit au respect des biens.

Notes

[1] Dans ce cas, elles peuvent prendre des mesures afin d'assurer le fonctionnement des services publics et, plus généralement, la *bonne exécution des lois* (ce : 7 févr. 1936, *Jamart* ; 7 juill. 1950, *Dehaene*). Pour le Conseil constitutionnel, « l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative » (n° 87-149 L, 20 févr. 1987 ; *Loi relative à la chasse*, 20 juill. 2000).

[2] F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, puf, 10^e éd., 2010.

[3] « La Cour de cassation et la cedh », in C. Teitgen-Colly (dir.) *50^e anniversaire de la cedh*, Bruylant, 2002, p. 265.

[4] « [L]a transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une

règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. » Une formulation comparable figure dans le jugement rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande à propos du *Traité de Lisbonne* (30 juin 2009).

[5] Selon Guy Canivet (audience solennelle de début d'année judiciaire de la Cour de cassation, discours 6 janv. 2000), les règles supra-nationales dotées d'effet direct sont « invocables devant toutes les juridictions nationales qui ont l'obligation de les appliquer immédiatement » : « Le juge, quel qu'il soit, pénal ou civil, judiciaire ou administratif, écarte l'application de la disposition interne non conforme. »

[6] E. Zoller , *Introduction au droit public*, Dalloz, 2006, p. 158.

[7] M. Villey , « I^{er} livre des pages », in *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, puf, 1995, p. 69.

[8] E. Zoller , *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, puf, 2000, p. 9.

[9] P. Pescatore , « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, n° 902000, p. 339-349.

[10] P. Wachsmann , « La volonté de l'interprète », *Droits*, n° 28 puf, 1998, p. 29-45, M. Troper , *La Philosophie du droit*, puf, 2003, p. 98-103.

[11] H. Kelsen , *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 454.

[12] P. Martens , « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », in *Mélanges F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 369.

[13] T. Di Manno , *Le Juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Économica, 1997, A. Viala , *Les Réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, lgdj, 1999.

[14] J.-P. Costa , « La Cour edh : un juge qui gouverne ? », in *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 67.

[15] *La Loi des juges*, O. Jacob, 1997, p. 233.

[16] Les droits de la cedh sont spectaculairement atteints par la *procéduralisation*, à savoir « le processus d'adjonction jurisprudentiel d'une obligation procédurale à la charge des autorités nationales destinée à renforcer la protection individuelle d'un droit substantiel garanti par la Convention » (E. Dubout, « La procéduralisation des obligations positives relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour edh », *rtdh*, 2007, p. 397 sq.).

Chapitre V

Garanties

La proclamation des droits et libertés fondamentaux doit nécessairement s'accompagner de leur protection. Leur effectivité suppose l'instauration de mécanismes accessibles et efficaces permettant d'obtenir leur respect, non seulement à l'égard des autorités publiques mais aussi à l'encontre des personnes privées (*violations horizontales*), ce qui appelle la mise en œuvre d'une répression pénale, par exemple des atteintes à la sauvegarde de la vie. La protection contre les *violations verticales* n'intéresse pas uniquement celles commises par les instances exécutives car, aujourd'hui, la logique de l'*État de droit* implique la mise en place de garanties contre le législateur parlementaire voire contre le peuple législateur (contrôle de la constitutionnalité du recours au référendum). Dans la recherche des moyens appropriés, sans négliger la possible défense d'un droit fondamental par l'exercice d'un autre droit fondamental (libertés de la presse, d'association, de manifestation), force est de relever leur grande diversité qui tient notamment au fait que certains droits ne sont pas aisément justiciables (cas de plusieurs droits sociaux) ou que, dans certaines circonstances (violations massives des droits et libertés, terreur, dictature), le recours à d'autres moyens – politiques voire, le cas échéant, militaires – sans appel au juge, peut s'imposer, sans occulter la difficile conciliation de la lutte contre le terrorisme et des principes de l'*État de droit*.

Il est largement reconnu que « les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection » [\[1\]](#). Pour autant, il existe une interaction entre systèmes juridictionnels et systèmes non juridictionnels, tout comme entre mécanismes internes et mécanismes internationaux.

I. La garantie non juridictionnelle

Les développements qui suivent privilégieront le contrôle assuré grâce à l'intervention d'un organe indépendant.

Néanmoins, il faut évoquer les diverses formes de *contrôle politique*, qui présentent un intérêt certain pour la protection des droits fondamentaux. Il peut s'agir du recours aux procédés classiques de la *démocratie représentative* : sanction des majorités et des gouvernants liberticides par les électeurs ; techniques du *contrôle parlementaire* (questions, commissions d'enquête...) pour faire obstacle à l'adoption d'une loi mettant en cause les droits fondamentaux, sous réserve de leur relativisation liée au phénomène majoritaire ; contrôle du chef de l'État, souvent désigné comme l'organe qui « veille au respect de la Constitution » (Constitution de 1958, art. 5) : renvoi de la loi devant le Parlement pour une nouvelle délibération, refus de promulguer une loi semblant inconstitutionnelle, droit de veto suspensif, refus de signer des décrets et des ordonnances, saisine du juge constitutionnel. Le *contrôle politique* peut s'inscrire dans le cadre de la *démocratie continue*, qui vise le contrôle de l'action des gouvernants en dehors du moment électif [2] grâce à des moyens qui ne sont pas à l'abri de toute instrumentalisation : recours à la justice constitutionnelle, référendum déclenché par le peuple (veto populaire, initiative populaire en Suisse, référendum abrogatif italien) ; sondages d'opinion et action des médias (notamment, chaînes civiques) ; *démocratie électronique*. Il peut, enfin emprunter la forme de la *désobéissance à la loi injuste* (objection de conscience, désobéissance civile, rébellion et/ou révolution), difficile à inscrire dans le droit positif (le droit inclut-il le droit de ne pas le respecter ?), en dépit de la consécration constitutionnelle de la résistance à l'oppression (Loi fondamentale allemande, art. 20 § 4 : « Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser [l'ordre constitutionnel], s'il n'y a pas d'autres remèdes possibles » ; ddhc, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression »). Le *contrôle politique* peut, enfin, intervenir au plan international. D'une grande diversité (actions de la *société civile internationale*, notamment au travers des *ong*, des organisations

intergouvernementales et des États), les instruments mobilisés n'échappent pas aux risques inévitables de la *Realpolitik* et manifestent une efficacité aléatoire. Le recours aux *contre-mesures* (action unilatérale d'un État ou concertée entre plusieurs États, en dehors d'un cadre institutionnalisé) exclut, en principe, l'usage de la force armée (cij, arrêt du 27 juin 1986, *Nicaragua c/ États-Unis*, § 268 : « L'emploi de la force ne saurait être la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect des droits de l'homme ») – ce qui relativise le prétendu *droit d'ingérence humanitaire/démocratique* (lequel reproduit les ambiguïtés de l'*intervention d'humanité* du xix^e siècle) – et soulève d'importantes difficultés (possible effet extraterritorial des mesures, articulation avec les *sanctions* décidées par les organisations internationales, impact dépendant de la puissance et des intérêts des États qui en sont à l'origine). Quant au contrôle politique assuré au sein des organisations intergouvernementales, il s'exprime par des mesures non coercitives (avis, recommandations, *observation internationale des élections*, résolutions de la *Commission des droits de l'homme des Nations unies*, mécanisme plutôt formel de l'*Examen périodique universel* mis en place par son successeur depuis 2006, le *Conseil des droits de l'homme*) ou coercitives (privation de droits et de qualité : suspension, exclusion ; sanctions économiques voire militaires, décidées par le Conseil de sécurité de l'onu sur le fondement du chapitre VII de la Charte) et n'est guère satisfaisant.

Présente aussi aux plans international et interne, la garantie des droits et libertés fondamentaux par un organe indépendant repose sur l'action d'organes, à caractère collégial ou non, qui, même désignés par des autorités politiques, disposent de garanties statutaires et de compétences à même de les rendre indépendants.

1. Au plan international

Il s'agit, d'abord, d'*autorités individuelles* qui, ne disposant pas de pouvoirs réglementaires, de sanction ou d'examen de plaintes, se limitent à une fonction d'avertissement, d'alerte et de conseil, de diffusion des standards démocratiques : *Haut-Commissaire des Nations unies pour les droits de l'homme*, *Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*. Ensuite, des *organes collégiaux* (onu : *Comité des droits de l'homme*, *Comité contre la torture* ; Conseil de l'Europe : *Comité européen des droits sociaux*,

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Comité consultatif pour la protection des minorités nationales, Commission européenne pour la démocratie par le droit) munis de pouvoirs très divers : enquête, envoi d'observateurs, observations générales et avis, recommandations aux États, contrôle des rapports étatiques sur l'application des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Ce mode de contrôle n'est pas sans vertus [3] (d'autant plus que leurs constats peuvent être repris par des organes juridictionnels, comme la Cour edh), mais leur intervention est bien plus significative quand ils peuvent se livrer à un examen de *plaintes* émanant de particuliers, même si ce dernier n'aboutit pas à des arrêts et reçoit souvent un accueil mitigé de la part des États en cause : onu (saisine du *Comité des droits de l'homme*, prévue par le 1^{er} protocole additionnel au pidcp, 113 États parties ; groupes de travail thématiques, par exemple le *Groupe sur la détention arbitraire* ; saisine du *Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, prévue par le Protocole facultatif se rapportant au pidesc du 10 décembre 2008) ; Conseil de l'Europe (soumission au *Comité européen des droits sociaux* de réclamations collectives fondées sur la *Charte sociale européenne*) ; examen par la *Commission interaméricaine des droits de l'homme* de pétitions invoquant une violation de la dadh ; examen par la *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* de plaintes arguant d'une violation de la Charte africaine de 1981.

2. Au plan national

Sera ici développé l'exemple français d'organes ayant connu un essor spectaculaire : les *autorités administratives indépendantes* (aai). À partir du précédent de certains pays européens (*Ombudsman* des pays scandinaves – Suède, 1809 ; *Défenseur des droits du peuple* en Espagne...), ont été instaurées des institutions autonomes de contrôle de l'administration (*Médiateur*, loi 3 janv. 1973) et, au-delà, de régulation d'activités dans des domaines problématiques de la vie sociale (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*, cnil, loi 6 janv. 1978).

a) Les aai dépourvues de pouvoir décisoire

Elles possèdent, le plus souvent, un simple pouvoir de recommandation ou de suggestion de réformes des lois, règlements et pratiques professionnelles : ex. de la *Commission nationale de déontologie de la sécurité* (cnds, loi 6 juin 2000 : « Veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ») ; du *Médiateur de la République* (loi 3 janv. 1973, modifiée par les lois des 24 déc. 1976 et 13 janv. 1989 : examen des réclamations relatives aux rapports des administrés avec l'État, les collectivités publiques territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public) ; *Défenseur des enfants* (loi 6 mars 2000) ; *Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* (halde, loi 30 déc. 2004) ; *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* (loi 30 oct. 2007, décret 12 mars 2008 : « Chargé, sans préjudice des prérogatives que la loi attribue aux autorités judiciaires ou juridictionnelles, de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux », il « peut visiter à tout moment sur le territoire de la République tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par décision d'une autorité publique » ; il « obtient des autorités responsables du lieu de privation de liberté toute information ou pièce utile à l'exercice de sa mission » et, lors de ses visites, « peut s'entretenir, dans des conditions assurant la confidentialité de leurs échanges, avec toute personne dont le concours lui paraît nécessaire »). Inscrit dans la Constitution (art. 71-1), investi d'une mission généraliste (il « veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ») le vouant à se substituer, de façon discutée, à la cnds, au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants, voire à la *halde*, le *Défenseur des droits* dispose de la faculté de se saisir d'office.

b) Les aai dotées de pouvoir décisionnaire

L'analyse se limitera au domaine de la communication audiovisuelle et au rôle du *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (csa, loi 17 janv. 1989) qui assume des fonctions d'autorisation d'émission pour les opérateurs privés de radio et de télévision (à noter que la cnil peut refuser d'autoriser la création de fichiers informatisés), participe (avis conforme) à la désignation des

présidents des sociétés publiques de radio et de télévision et de réglementation (définition des modalités du droit de réplique aux déclarations gouvernementales et des modalités d'expression politique et des émissions de propagande électorale sur les chaînes publiques, sous réserve, comme l'a précisé le Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse de « mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (*csa*, 17 janv. 1989)). Il peut adresser aux intéressés des mises en demeure sous le contrôle du Conseil d'État, en particulier pour préserver la dignité de la personne humaine (ce : *Association Free Dom*, 30 juin 2006 ; *Sté Vortex*, 30 déc. 2002). À condition de respecter les principes largement transposés de ceux régissant la répression pénale (légalité des délits et des peines, droits de la défense, proportionnalité par rapport à la gravité des faits), il peut infliger des sanctions, notamment des amendes (la *cnil* et la *Commission d'accès aux documents administratifs*, également respectivement depuis la loi du 6 août 2004 et l'ordonnance du 6 juin 2005), suspendre le droit d'émettre (programme *Skyrock* après qu'un animateur s'est réjoui de la mort d'un policier lors d'une fusillade avec des malfaiteurs, suspension approuvée par le Conseil d'État : *Sté Vortex*, 20 mai 1996), voire décider un retrait d'autorisation.

II. La garantie juridictionnelle

Condition essentielle de la prééminence du droit, la justiciabilité des droits et libertés fondamentaux constitue une garantie de premier ordre puisqu'elle fait appel à l'office d'un *tiers arbitre*, indépendant et impartial, qui tranche un litige par une sentence fondée sur le droit et revêtue de l'autorité de la chose jugée. Comme elle fait coexister l'intervention des juges nationaux (tribunaux constitutionnels ou cours suprêmes) et des juges internationaux, une telle superposition des niveaux de garantie – qui explique la fortune du thème du *dialogue des juges* [4] – rend la protection des droits fondamentaux plus complexe (unité de l'interprétation des énoncés conventionnels ? autonomie du juge interne, *juge de droit commun* dans l'application de l'instrument international pertinent ? modalités de réception dans l'ordre juridique interne de l'interprétation des juges internationaux ?) [5]. La difficulté d'assurer la cohérence de l'interprétation prétorienne des énoncés proclamant les droits fondamentaux se rencontre au sein d'un même système juridictionnel

national. Ainsi, des divergences d'appréciation existent (ou ont, un moment, existé) également entre le Conseil constitutionnel et les autres juges (par ex., à propos de la réglementation du droit de grève, de la possibilité d'infliger des peines privatives de liberté par voie contraventionnelle) ou entre le Conseil d'État et la Cour de cassation (conventionnalité de la loi de 1977 sur les sondages d'opinion en période électorale, applicabilité de l'article 6 § 1 de la cedh aux aai, effet direct de la cnuide, réparation du *préjudice de vie*...).

1. Le recours aux juridictions nationales

L'exemple français sera privilégié, mais d'autres systèmes juridictionnels (Cour suprême des États-Unis, Cour suprême du Canada, Cour constitutionnelle fédérale allemande, Tribunal constitutionnel espagnol...) seront utilisés.

A) Le juge constitutionnel

Le contrôle du respect des droits inscrits dans la Constitution s'applique selon qu'il s'agit de s'assurer de la constitutionnalité de la loi ou de celle des actes infralégislatifs. Dans le second cas, tous les juges sont, peu ou prou, des juges constitutionnels. Dans l'ordre juridique français, c'est ce que fait le *juge administratif* : quand il vérifie le respect du domaine de la loi par les titulaires du pouvoir réglementaire ; quand il contrôle la constitutionnalité d'un acte normatif d'une autorité administrative sous réserve de la présence d'une *loi-écran* ; quand il identifie un *pfrlr* au sens du préambule de la Constitution de 1946 (v. *supra* chapitre IV) ou, dans certains cas, une *liberté fondamentale* dans le cadre de la procédure du *référé-liberté*, et en assure la sauvegarde (v. *infra*) ; quand il exerce sa fonction consultative et signale au gouvernement les inconstitutionnalités de ses projets d'actes normatifs (ce, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010), ou encore quand il constate l'abrogation de dispositions législatives inconciliables avec un texte de valeur constitutionnelle postérieur (ce : *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice et Boisvert*, 16 déc. 2005). Le *juge judiciaire* peut s'assurer de la constitutionnalité des actes des personnes privées (contrats, testaments), vérifier, lui aussi, le respect du domaine de la loi par

les titulaires du pouvoir réglementaire (*exception d'illégalité*) et, comme le juge administratif, assurer un contrôle de conventionnalité de la loi dans le cadre de l'article 55 de la Constitution, qui « s'apparente à un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception » [6]. De même en est-il de la Cour constitutionnelle : dans une certaine mesure, comme juge électoral (en France, le Conseil d'État également) ; ou quand elle doit se prononcer sur la dissolution des partis et groupements politiques dont le statut et/ou les activités contredisent des principes de valeur constitutionnelle (exemples allemand et turc).

À la différence du système du *contrôle diffus* de la constitutionnalité des lois, comme aux États-Unis où tous les juges peuvent l'exercer, le système européen du *contrôle concentré* le confie à la seule cour constitutionnelle, quelle que soit son appellation. Mais l'amplitude de son office dépend du type de contrôle retenu : préventif et/ou *a posteriori* ; contrôle *abstrait* des énoncés constitutionnels et/ou un contrôle *concret* lors de leur mise en œuvre ; contrôle ouvert à un nombre limité d'autorités politiques ou permettant un large accès au prétoire du juge constitutionnel grâce à l'existence d'un *recours direct* visant la protection des droits fondamentaux [7], comme en Allemagne où un *recours constitutionnel* est ouvert aux personnes physiques et morales invoquant la violation de certains droits et libertés par un acte public quelconque, procédure qui, sous réserve de l'épuisement des diverses voies de recours, peut viser une loi, une mesure administrative ou une décision juridictionnelle (quasi-totalité des affaires traitées par la Cour constitutionnelle fédérale). Le système espagnol combine le contrôle abstrait *a posteriori* (saisine du Tribunal constitutionnel dans les trois mois de l'entrée en vigueur de la loi par un nombre restreint d'autorités), le renvoi par une juridiction ordinaire d'une question de constitutionnalité soulevée incidemment lors d'un procès et, s'agissant de certains droits et libertés constitutionnels (art. 14-30 et 33), afin de rétablir ou de protéger les droits fondamentaux atteints par une violation concrète et effective (acte administratif ou décision juridictionnelle), le recours d'*amparo constitucional*, qui s'est développé de façon spectaculaire au point d'encombrer le prétoire du Tribunal constitutionnel et de susciter une réforme (loi organique, 24 mai 2007) qui prévoit que désormais la requête atteste d'une « importance constitutionnelle spéciale », critère apprécié « en tenant compte de l'importance du recours pour l'interprétation de la Constitution,

pour son application ou pour son efficacité générale et pour la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux ».

Le système français comporte des limites qu'est venue, en partie, combler la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 61-1 et 62, loi organique 10 déc. 2009) : simple contrôle *a priori*, refus d'examiner les lois constitutionnelles (*Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, préc.) et référendaires (*Loi référendaire*, 6 nov. 1962 ; *Maastricht III*, 23 sept. 1992). Le mécanisme de la *question prioritaire de constitutionnalité* (qpc, en vigueur au 1^{er} mars 2010) permet à tout justiciable de soutenir, lors d'une instance juridictionnelle, qu'« une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », le Conseil constitutionnel étant, éventuellement, saisi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation dans les trois mois. Le moyen, qui peut être soulevé pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant ces deux derniers, implique un mémoire distinct et motivé. Ce dispositif, qui a renforcé le caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil constitutionnel (*Décision portant règlement intérieur sur la procédure à suivre devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*, 4 févr. 2010), prévoit que la disposition jugée inconstitutionnelle est abrogée à compter de la publication de sa décision ou à « une date ultérieure » qu'elle fixe. Le Conseil constitutionnel « détermine les conditions et limites selon lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Les premières décisions ont été rendues le 28 mai 2010 (n° 2010-1 qpc, *Consorts L.*).

L'effectivité de la garantie du juge constitutionnel dépend, enfin, de l'intensité de son contrôle. Ainsi, il peut exercer un contrôle renforcé, comme le *strict scrutiny* (l'État doit prouver que la loi est nécessaire pour atteindre un objectif impérieux et qu'il n'existe pas de solution moins restrictive des droits et libertés) pratiqué par la Cour suprême américaine, quant au respect du 1^{er} Amendement prohibant l'édiction par le Congrès de toute loi restreignant la liberté de parole ou de la presse (*Republican Party of Minnesota v. White*, 27 juin 2002).

B) Les autres juges

Indépendamment du système français de la dualité des juridictions – ici présentée –, la plénitude de l'*État de droit* appelle la réunion de conditions : recours juridictionnel effectif ; indépendance des juridictions, laquelle suppose qu'« 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 » (Cons. const., *Validation d'actes administratifs*, préc.) ; séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement ; principe d'égalité devant la justice ; claire répartition des contentieux relatifs aux droits et libertés entre les deux ordres de juridictions ; caractère restreint des actes injusticiables – ainsi, relèvent désormais du juge de l'excès de pouvoir, des mesures longtemps qualifiées de *mesures d'ordre intérieur* : exclusions d'élèves motivées par le port de signes religieux (ce, *Kherouaa et a.*, 2 nov. 1992), sanctions disciplinaires intervenues dans un cadre militaire ou pénitentiaire (ce, *Hardouin et Marie*, 17 févr. 1995) ; célérité des procédures qui justifie l'instauration de *procédures d'urgence* efficaces (v. *infra*) ; exécution effective des décisions juridictionnelles (la Cour edh considère que le *droit à un procès équitable*, protégé par l'article 6 de la cedh, inclut le droit à l'exécution des décisions de justice : *Hornsby*, 19 mars 1997).

a) Le juge judiciaire

Il est, par excellence (art. 66 de la Constitution de 1958), le gardien de la *liberté individuelle* et assure, par l'exercice de la justice pénale, la sauvegarde d'intérêts majeurs (répression des atteintes au respect de la vie, à l'intégrité physique et morale de la personne humaine...). Il dispose de divers moyens pour protéger les droits et libertés fondamentaux : punition de l'agent public coupable d'atteinte aux droits et libertés (incriminations spéciales : *atteintes à la liberté individuelle, discriminations, atteintes à l'inviolabilité du domicile*) ; interprétation et appréciation de la légalité des actes administratifs fondant des poursuites pénales ; réparation du préjudice consécutif à une *voie de fait* (atteintes au droit de propriété ou à une liberté fondamentale à la suite d'une irrégularité insusceptible d'être rattachée à l'activité normale de l'administration : par exemple, le juge peut ordonner la célébration d'un mariage à laquelle s'oppose illégalement le maire) ; rôle essentiel en matière de protection de la propriété immobilière ; intervention, la plus rapide possible, pour éviter des détentions arbitraires ; sauvegarde du respect de la

liberté d'aller et de venir (vérification de la régularité des contrôles d'identité : Cons. const., *Contrôles d'identité*, 5 août 1993) ; garantie de l'inviolabilité du domicile (une disposition législative permettant des perquisitions et des saisies pour rechercher des infractions fiscales doit prévoir son intervention afin qu'il puisse les autoriser en en vérifiant le bien-fondé et en en assurant le contrôle – Cons. const., *Perquisitions fiscales*, 29 déc. 1983). Il doit, en outre, bénéficier de pouvoirs importants (lui donnant, notamment, la possibilité d'agir dans de brefs délais) afin de réparer le préjudice ou de le prévenir, particulièrement en matière de protection du droit au respect de la vie privée, en prescrivant, au besoin en référé, « toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée » (Code civil, art. 9) ou de la présomption d'innocence.

b) Le juge administratif

Comme dans de multiples domaines, l'action de l'administration peut porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux – sans que cela occulte les autres recours possibles –, le caractère général du *recours pour excès de pouvoir* est fort précieux [8], dans la mesure où il constitue un instrument permettant au juge administratif de censurer d'éventuels actes liberticides : arrêté préfectoral décidant d'une hospitalisation forcée ; mesures relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers ; décrets d'extradition ; sanctions prises par certaines aai... L'efficacité de l'intervention du juge administratif dépend de l'intensité de son contrôle ; aussi, les droits fondamentaux sont davantage protégés lorsqu'il substitue au *contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation* un *contrôle entier* – contrôle inhérent à la plénitude de la fonction juridictionnelle – qui implique la vérification de la proportionnalité de la mesure litigieuse, comme à propos de la compatibilité des mesures de reconduite à la frontière des étrangers avec le droit au respect de leur vie privée et familiale (ce, *Dame Babas*, 19 avr. 1991), de l'interdiction des publications étrangères (ce, *Association Ekin*, 9 juill. 1997), ou de la légalité des décisions ministérielles relatives aux visas d'exploitation des films (ce, *Sté Rome-Paris Films*, 24 janv. 1975). Elle tient également à la réalité de l'exécution de ses décisions. Longtemps entravée, elle est aujourd'hui mieux assurée (loi du 8 fév. 1995 autorisant le juge administratif à adopter les mesures d'exécution éventuellement impliquées par l'exécution de la décision juridictionnelle, par exemple prescrire un délai

dans lequel l'administration devra prendre une nouvelle décision ou indiquer quelle mesure elle doit prendre, l'injonction pouvant être assortie d'une astreinte). Enfin, elle est subordonnée à la possibilité de suspendre l'acte de l'administration susceptible d'atteindre irréversiblement les droits et libertés. Affectant profondément le *contentieux de l'urgence*, la loi du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives* a permis au juge administratif, grâce à deux améliorations majeures, de pallier son handicap vis-à-vis du juge judiciaire, en dépit du possible recours au *sursis à exécution* considéré par le Conseil constitutionnel comme une « garantie essentielle des droits de la défense » (*Conseil de la concurrence*, préc.) : se substituant au *sursis à exécution*, le *référé-suspension* (Code de justice administrative, art. 521-1) en corrige les limites (notamment, refus de l'accorder à l'encontre des décisions de rejet : par exemple, des refus de visa, de titre de séjour ou des refus d'autoriser une activité professionnelle), doit être fondé sur un moyen créant un « doute sérieux » et suppose la preuve d'une « urgence » (par exemple, elle se trouve établie dans le cas d'une demande de suspension d'un arrêté d'expulsion d'un étranger) ; la procédure du *référé-liberté* (art. 521-2) est ouverte à toute personne qui peut se prévaloir d'une atteinte directe et personnelle à une « liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé d'une mission de service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». À l'opposé du *référé suspension*, il n'est pas nécessaire qu'un recours ait été déposé au fond à l'encontre de l'acte administratif contesté. Le juge, qui statue dans les 48 heures (un appel est possible devant le Conseil d'État : le président de la section du contentieux ou son délégué), « peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde » de la liberté visée, l'injonction pouvant être assortie d'une astreinte. Par exemple, il peut ordonner à un maire de ne pas faire obstacle à la tenue d'une *université d'été* d'un parti politique (ce, Ord. réf., *Front national et inforel*, 19 août 2002). Il peut ainsi prêter main-forte aux mesures provisoires indiquées par la Cour edh sur le fondement de l'article 39 de son règlement (ce, Ord. réf., *Ministre de l'Intérieur c. B.*, 30 juin 2009, suspension de l'expulsion vers l'Algérie d'un ressortissant de cet État condamné en France pour préparation d'actes de terrorisme, pendant la durée de la procédure devant la Cour edh).

2. Le recours aux juridictions internationales

La présentation sommaire des juridictions européennes et des autres juridictions régionales (à défaut d'existence d'un juge universel) est indispensable pour prendre conscience de l'importance majeure de la contrainte prétorienne internationale.

A) Les Cours européennes

La Cour de Justice de l'Union européenne (cjue). - Si la protection des droits fondamentaux ne constituait pas la mission première du juge communautaire, elle est devenue une dimension importante de son office (v. *supra*, chapitre IV) [9]. Dès lors qu'une réglementation « entre dans le champ d'application du droit communautaire » ou met en œuvre une norme communautaire, la Cour doit vérifier la sauvegarde des droits fondamentaux par celle-ci (cjce, *ert*, préc., pt 42). Certes, cette sauvegarde est aménagée en fonction des exigences propres du droit communautaire, car elle est assurée « dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (*Internationale Handelsgesellschaft*, préc., pt 4) et les droits fondamentaux « ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté » (cjce, *Grant*, 17 févr. 1998, pt 45) (affirmation reprise par le tue : art. 6 § 1 et 6 § 2). Mais non seulement, le juge de Luxembourg fait de leur respect une condition de légalité des actes de l'Union, mais il admet que leur invocation légitime puisse tenir en échec des principes aussi essentiels à la mise en œuvre du *marché intérieur* que la *libre circulation des marchandises* (cjce, *Schmidberger*, 12 juin 2003) ou la *libre prestation des services* (cjce, *Omega*, 14 oct. 2004).

Néanmoins, l'accès du justiciable au prétoire luxembourgeois n'est pas vraiment satisfaisant car, au-delà du mécanisme du *renvoi préjudiciel* pour interpréter ou apprécier la validité des normes communautaires – dont la maîtrise appartient au juge national –, les personnes physiques ou morales ne disposent pas d'une voie de recours direct spécial et accessible même si le Traité de Lisbonne a corrigé partiellement cette lacune en ajoutant à la possibilité réduite du recours en annulation contre les actes dont elles sont les destinataires ou qui les concernent « directement et individuellement », celui « contre les actes réglementaires qui la concernent directement *et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* » (art. 263 tfue) (souligné par nous).

La Cour edh. Instrument majeur de protection des droits fondamentaux, elle peut être saisie par les particuliers (comme par les États) qui se trouvent sous « la juridiction » des 47 États parties à la cedh, après l'épuisement des voies de recours internes, dans les six mois de la décision interne définitive. La Cour peut prescrire des mesures provisoires afin d'éviter la survenance d'un préjudice irréparable et, plus généralement, l'État défendeur doit ne pas entraver l'exercice du droit de recours individuel. Visant à enrayer son asphyxie (près de 120 000 requêtes pendantes fin 2009), le protocole additionnel n° 14 (13 mai 2004, en vigueur le 1^{er} juin 2010) prévoit, notamment, l'institution de juges uniques et un nouveau motif d'irrecevabilité (absence de « préjudice important ») (v. la première décision dans ce sens : *Ionescu c/ Roumanie*, 1^{er} juin 2010). Le juge européen ne dispose pas du pouvoir d'annuler l'acte litigieux mais simplement de déclarer l'existence d'une inconvencionnalité par un arrêt doté de l'autorité relative de la chose jugée, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe étant, ensuite, chargé de veiller à la bonne exécution de l'arrêt. Mais, de plus en plus souvent, la Cour donne des indications précises (y compris l'adoption de mesures générales) sur la façon dont l'État défendeur doit mettre en œuvre la solution qu'il contient, tout particulièrement dans le cadre de la récente procédure de l'*arrêt pilote* (*Broniowski c/ Pologne*, 22 juin 2004, *gacedh* n° 72), qui révèle un problème structurel sous-jacent susceptible d'être à l'origine de très nombreuses requêtes individuelles et conduit la Cour à indiquer des mesures générales pour mettre fin aux défaillances à l'origine de la violation de la cedh.

En l'absence, pour le moment, d'adhésion de l'Union européenne à la cedh, si la Cour n'est pas compétente *ratione personae* s'agissant de requêtes visant les *Communautés européennes* ou l'*Union* en tant que telles, elle l'est pour celles visant les actes nationaux d'application ou de mise en œuvre du droit communautaire (*Matthews*, 18 févr. 1999, *gacedh* n° 68). Quant à sa compétence *ratione materiae*, elle se montre plutôt bienveillante à l'égard de l'Union européenne en jugeant *a priori* que celle-ci offre une protection des droits fondamentaux « équivalente » à celle de la cedh (à ce titre, elle vérifie la compatibilité avec son article 6 de la procédure préjudicielle devant la Cour de Luxembourg, dans la mesure où elle résulte de sa saisine par le juge national, juge au principal : *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij ua*, déc. 20 janv. 2009). Cette présomption peut,

toutefois, être renversée si, dans le cadre d'une affaire donnée, la Cour edh devait estimer que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste (*Bosphorus Airways*, 30 juin 2005, *gacedh* n° 69).

B) Les autres cours régionales

a) La Cour interaméricaine des droits de l'homme (ciadh)

Composée de sept juges, la Cour de San José du Costa Rica, outre une large compétence consultative (interprétation de la cadh, de tout autre traité interaméricain sur les droits de l'homme, de lois soumises par un État pour un examen de leur conformité aux traités interaméricains pertinents), peut être saisie par tout État partie à la cadh ayant accepté sa juridiction (actuellement 20 États) ou la Commission interaméricaine des droits de l'homme, organe qui filtre les requêtes. Particulièrement dynamique, notamment à propos du respect de la vie, de l'intégrité physique et morale de la personne humaine et des droits des communautés autochtones, sa jurisprudence s'est bien diversifiée [\[10\]](#). Chargée de veiller elle-même à l'exécution de ses arrêts (1^{er} arrêt : *Velasquez Rodriguez*, 18 juill. 1988), elle est, sur ce terrain aussi, novatrice : obligation pour l'État de fournir une aide médicale et un accès à l'eau potable, indispensables à la subsistance des membres de la communauté (*Communauté indigène Sawhoyamaxa*, 2 févr. 2007) ou d'adopter une législation créant un double recours en matière pénale (*Herrera Ulloa*, 2 juill. 2004)...

b) La Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples

Le système régional africain de protection des droits et libertés reposait, initialement, sur l'intervention d'un simple organe non juridictionnel, institué par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 : la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, siégeant à Banjul et exerçant un contrôle sur plaintes. Le protocole additionnel de Ouagadougou (9 juin 1998, entré en vigueur le 25 janv. 2004) a permis l'instauration laborieuse à Arusha d'une *Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, dont le prétoire est ouvert aux individus et aux ong

accréditées auprès de l'Union africaine ou de ses organes ou institutions si l'État défendeur a souscrit une déclaration spéciale d'acceptation de la compétence de la Cour à cet effet. Malencontreusement, elle doit être fusionnée avec la *Cour de justice de l'Union africaine*. Le Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples de l'Union africaine (1^{er} juill. 2008, en vigueur le 11 févr. 2009) prévoit, en effet, l'existence d'une Section des droits de l'homme et des peuples de huit juges au sein de la nouvelle Cour.

Notes

- [1] J. Chevallier , *L'État de droit*, Montchrestien, 2^e éd., 1994, p. 147-148.
- [2] D. Rousseau (dir.) *À la recherche de la démocratie continue*, Idgj-Bruylant, 1995.
- [3] A. Weber , *Les Mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Pédone, 2008.
- [4] F. Lichere L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.) *Le Dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, 2004, *Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009.
- [5] A. Weber , « Double ou triple protection des droits fondamentaux en Europe ? », in *Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1747-1759.
- [6] B. Stirn , « Lois et règlements : le paradoxe du désordre », *rdp*, 2006, p. 131.
- [7] S. Nicot , *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, États-Unis, Espagne)*, lgdj, coll. « Fondation Varenne », 2006.
- [8] O. Gohin , *Contentieux administratif*, Litec, 2007.
- [9] M. Karpenschif (dir.) *Les Grands Arrêts de jurisprudence de l'Union européenne*, puf, 2010, C. Picheral et H. Surrel (dir.) *Chronique de jurisprudence de la cjce. – Droit communautaire des droits fondamentaux*, rtdh.
- [10] L. Burgorgue-Larsen et A. Udeda de Torres , *Les Grandes Décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008.

Chapitre VI

Conclusion

Au-delà de la nécessaire présence et de l'efficience des garanties évoquées ci-dessus – garanties toujours à parfaire –, François Ost l'a rappelé, « il appartient au droit de dire les valeurs collectives d'une société et de fournir des repères aux individus » (« Le droit au miroir de la littérature », conférence à l'Académie des Sciences morales et politiques, 23 juin 2008). Comme l'étude des droits et libertés fondamentaux confronte son auteur à « la méditation du bien et du mal, du juste et de l'injuste », il importe que « les juristes... [se fassent] philosophes, ou du moins [qu'ils] ente[nt] leur propos sur une philosophie » et donc qu'ils n'éludent pas la question des fins [\[1\]](#). Régulièrement convoquée comme fondatrice de leur succès, la conception allemande des droits fondamentaux s'inscrit *a priori* dans cette perspective : l'article 2 § 1 de la Loi fondamentale n'affirme-t-il pas : « Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale » ? L'un des plus graves dangers susceptible d'affecter les droits et libertés fondamentaux est que leur propension à l'hypersubjectivisme ne conduise – outre le risque majeur de l'incompréhension et de l'hostilité des peuples non occidentaux – à « une paralysie et, sous un ciel vide, dans un monde sans valeurs, [à] un effondrement existentiel » [\[2\]](#).

Parce que les droits et libertés fondamentaux ne se réduisent pas à de simples droits subjectifs mais expriment également un ensemble de principes objectifs, un *ordre objectif du monde*, inséparables des devoirs, ils doivent permettre de préserver la cohésion sociale, de conserver les principes qui fondent l'équilibre des sociétés humaines, de garantir le *bien commun*, bref de préserver l'exercice de la *justice*, qui « est la vertu qui consiste à accomplir et à respecter le droit, non la vertu qui consiste à le créer » [\[3\]](#).

Notes

[1] S. Rials , *Oppressions et résistances*, puf, 2008, p. 19-20.

[2] S. Goyard-Fabre , *Les Embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, 2002, p. 332.

[3] J. Hervada , *Introduction critique au droit naturel* , Bière, Bordeaux, 1991, p. 25.

Bibliographie

Cabrillac R. *et al.* (dir.) *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 15^e éd., 2009.

Favoreu L. *et al.* *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 3^e éd., 2005.

Jouanjan O. , « La théorie allemande des droits fondamentaux », *ajda*, 1998, p. 44-51.

Levinet M. , *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, 3^e éd., 2010.

Mathieu B. et Verpeaux M. , *Contentieux constitutionnel et droits fondamentaux*, lgdj, 2^e éd., 2009.

Peces-Barba Martinez G. , *Théorie générale des droits fondamentaux*, lgdj, 2004.

Picard E. , « L'émergence des droits fondamentaux en France », *ajda*, 1999, p. 6-42, « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'Ordre public : ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 17-61.

Rousseau D. , *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8^e éd., 2008.

Sudre F. , *Droit européen et international des droits de l'homme*, puf, 10^e éd., 2010.

Sudre F. , *et al.* *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, puf, 5^e éd., 2009.

Viala A. , « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », « Droits fondamentaux (Notion) », in D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 287 et 303.

Wachsmann P. , *Les Droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 2008.