

# LES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX EN FRANCE : GENESE D'UNE QUALIFICATION

Véronique Champeil-Desplats\*

## RÉSUMÉ

Il s'agit ici d'analyser le caractère « fondamental » de certains droits et libertés et de découvrir les nuances et enjeux de cette qualification. Pour cela, il a fallu parcourir la doctrine, la jurisprudence et le droit positif français.

**Mots-clés:** Qualification. Fondamental. Droit. Liberté.

Le recours à l'adjectif « fondamental » pour qualifier des droits et libertés s'est profondément développé, en France, ces dix dernières années. Le constat est indéniable au sein des différentes formes de méta-discours juridiques qu'ils soient théoriques, dogmatiques ou tournés vers les prétoires. En revanche, il mérite d'être nuancé s'agissant des discours des producteurs de normes juridiques. En d'autres termes, il existe un décalage sensible entre les discours méta-juridiques souvent séduits par le « chic » des droits fondamentaux, et les discours des acteurs juridiques plus timides et, sans doute, plus prudents à l'égard d'une notion, qui contrairement à d'autres systèmes juridiques, n'est pas d'usage traditionnel en droit positif français.

L'observation suscite plusieurs interrogations. Comment comprendre ce décalage ? Pourquoi des droits et libertés longtemps appréhendés par les catégories de « libertés publiques » ou de « droits de l'homme » l'ont progressivement été par celle des « droits fondamentaux » ? Autrement dit, pourquoi des droits et libertés ont été qualifiés de fondamentaux alors qu'ils ne l'avaient pas été jusqu'à présent ?

La première question peut être abordée sous l'angle de l'autonomie des méta-discours sur leur discours-objet. La construction d'un méta-discours exige de ne pas s'en tenir aux mots du langage-objet et, ainsi, de forger des concepts spécifiques qui s'expriment par des termes dont l'usage ne coïncide pas toujours avec celui du langage-objet. L'existence d'un décalage de dénomination entre les niveaux de langage est donc un phénomène normal. Aussi, comme le souligne O. Pfersmann<sup>1</sup>, « la présence des mots « droits fondamentaux » ne constitue [...] pas un test suffisant pour révéler la présence ou l'absence de l'objet *droits fondamentaux* ». Il est donc possible que certains phénomènes correspondent à un concept « de droits fondamentaux » sans

\* Professeur à l'Université Paris X – Nanterre.

être ainsi dénommés dans les discours des acteurs juridiques. Réciproquement, certains droits ou libertés peuvent être qualifiés de fondamentaux par le langage-objet sans qu'ils entrent dans un concept prédéterminé de droit fondamental<sup>2</sup>.

Il reste que le décalage observé concernant les références faites aux droits et libertés fondamentaux appelle des attentions particulières. En effet, bien souvent cette référence intervient dans les méta-discours sans définition explicite et il peut y être procédé au sein d'un même discours dans des sens différents. Une appréciation intuitive de l'adjectif « fondamental » n'est sans doute pas étrangère à cela : ce qui est fondamental n'a pas besoin d'être défini. Chacun présuppose une connaissance partagée de ce qui constitue, « au fond », le fonds commun du fondamental. Le locuteur peut éprouver de l'indécence à devoir spécifier ce qui est fondamental et, l'interlocuteur, à avouer l'ignorer. Des réserves sont alors possibles concernant le degré de contrôle du décalage des références aux droits et libertés fondamentaux dans les méta-discours et les discours juridiques. Le risque encouru par ce décalage incontrôlé est de méconnaître les ressorts et les conceptions propres des références effectuées dans les discours des acteurs juridiques. Aussi, après avoir pris la mesure du décalage entre les méta-discours et les discours juridiques (I), ce contexte d'usages ni homogènes, ni stabilisés rend nécessaire de mettre en évidence la pluralité des conceptions véhiculées par la qualification de « fondamental » afin de confronter leurs mobilisations respectives dans les différents types de discours (II).

Demeure la seconde interrogation : pourquoi des droits et libertés ont été qualifiés de fondamentaux alors qu'ils ne l'avaient pas été jusqu'alors ? Un premier niveau de réponse peut être trouvé sur le terrain de l'évolution idéologique et du changement de contexte socio-historique. Comme D. Lochak le rappelle, « les mots ne sont, on le sait, jamais neutres, et il est difficile de faire abstraction des symboles et des connotations qui leur sont attachés. Les 'droits de l'homme' renvoient à une tradition, à des idéaux, à des combats politiques [...] ; les droits de l'homme ne sont ni éternels, ni immuables »<sup>3</sup>. Autre époque, autre terminologie, les « droits fondamentaux », en tant qu'ils renvoient à un fondement, à un caractère inhérent et structurel symboliseraient une pacification et une consolidation (illusoires ?) des droits, effaceraient les combats. Aux luttes politiques et collectives pour la reconnaissance des droits de l'homme répondrait l'invocation communautariste<sup>4</sup> ou individualiste<sup>5</sup> de la garantie d'exercice des droits fondamentaux de la personne devant les prétoires. Un second niveau de réponse peut, dans le cadre d'une décomposition analytique du recours à la qualification du caractère fondamental des droits ou libertés, être recherché dans les spécificités des effets et des fonctions de ce recours. Ceux-ci varient selon les types de discours et peuvent offrir une clé de compréhension de l'engouement des uns et de la prudence des autres (III).

## I DECALAGE

L'expression « droits et libertés fondamentaux » s'est diffusée avec engouement ces quinze dernières années dans les discours méta-juridiques (A). Celle-ci demeure, en revanche, d'usage variable et prudent dans les discours constituant le droit positif (B).

## L'ENGOUEMENT POUR LES DROITS FONDAMENTAUX AU SEIN DES DISCOURS META-JURIDIQUES

Bien que tardive, la diffusion de l'adjectif fondamental pour qualifier des droits et libertés dans les discours méta-juridiques ne s'en est pas moins généralisée rapidement. Presque inexistante des articles, manuels ou essais jusqu'au milieu des années 1980, les auteurs adoptant plus volontiers les notions de « droits de l'homme », de « libertés publiques », ou de « droits individuels ou sociaux constitutionnels », la référence à des droits ou libertés fondamentaux gagne progressivement les discours à la fin des années 1980. Elle connaît une diffusion accélérée à partir du milieu des années 1990. Plusieurs éléments illustrent cette évolution.

Tout d'abord, les traditionnels cours de « Libertés publiques » dispensés en Licence sont progressivement rebaptisés « Libertés Fondamentales ». Parallèlement, depuis l'art. 8 al. 2, 1<sup>o</sup>) de l'arrêté du 29 janvier 1998, l'épreuve d'exposé-discussion de l'examen d'entrée aux Centres régionaux de formation professionnelle d'avocats est constituée d'un sujet relatif à la protection des libertés et droits fondamentaux. Les titres des ouvrages relatifs à la matière impriment le mouvement, aux récalcitrants de justifier leur résistance<sup>6</sup>. Puis, l'expression « droits fondamentaux » devient une catégorie éditoriale de classification des articles de doctrine et de la jurisprudence. La revue *A.J.D.A.*, par exemple, y intègre ce qui auparavant apparaissait sous les rubriques autonomes de « libertés publiques », de « convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ou de « droit des étrangers ». De même, l'expression « droit fondamental » constitue un mot-clé pour atteindre certains arrêts de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat sur leur site respectif de ces juridictions, alors même que les références expresses au caractère fondamental de droits et libertés dans les textes jurisprudentiels restent mesurées (*infra*). Enfin, les thèses de doctorat dédiées aux aspects les plus divers des droits fondamentaux abondent depuis la fin des années 1990 ; elles produisent une nouvelle génération de discours *sur* et, surtout, *avec* les droits fondamentaux.

Ces références aux droits et libertés fondamentaux sont d'une grande variété. Aux discours initiaux très largement dogmatiques et louangeurs se sont adjoints, de façon plus tardive et moins nombreux que dans d'autres États<sup>7</sup>, des discours théoriques d'ordre aussi bien descriptif et explicatif de la présence et des fonctions des droits et libertés fondamentaux dans les systèmes juridiques<sup>8</sup>, qu'évaluatif et critique<sup>9</sup>.

## LES USAGES VARIABLES ET PRUDENTS DU DROIT POSITIF

Le recours à l'adjectif fondamental pour qualifier des droits et libertés est, en droit positif, plus tardif et moins systématisé que dans les discours méta-juridiques. Contrairement aux États qui disposent d'une liste de libertés et droits expressément qualifiés de fondamentaux dans les constitutions (Allemagne, Espagne, Portugal, Brésil...) ou dans des lois (Italie), aucune qualification de ce genre n'existe en droit français. La qualification a émergé au début des années 1990 dans des contextes discursifs variés. Il est possible d'en distinguer cinq.

## LES « DROITS FONDAMENTAUX » ET LA CONSTITUTION

Aucun droit ou liberté n'est qualifié de fondamental dans la Constitution du 4 octobre 1958, ni dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel elle renvoie. En 1946, on peut en rechercher l'explication dans le contexte de l'élaboration du préambule. Les préoccupations des constituants portent sur la nécessité de compléter la Déclaration de 1789 par des droits collectifs et sociaux. Les droits sont ainsi abordés dans une terminologie classique - droits individuels et droits sociaux - sous la forme de catégories d'inspiration idéologique distincte mais auxquels il s'agit de conférer une consécration juridique semblable. La référence à des « droits fondamentaux » demeurait dès lors très improbable. Non seulement, une telle expression était extrêmement peu usitée à l'époque, mais surtout, les constituants n'avaient aucune raison déterminante pour distinguer l'une des deux catégories et reléguer l'autre à un second rang ou, à l'inverse, les unifier sous le label commun « droits fondamentaux » et gommer ainsi leurs spécificités historiques et idéologiques. En 1958, le choix de se reporter au préambule de 1946 a donné peu de place à un éventuel changement de dénomination des droits et libertés. Hors l'hexagone, la qualification n'avait d'ailleurs que faiblement gagné le vocabulaire des constitutions nationales (Allemagne) et du droit international (Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales adoptée le 4 novembre 1950, non encore ratifiée à cette époque par la France).

La référence à des droits fondamentaux aurait pu faire son entrée dans notre ordre constitutionnel au moins à deux occasions : la première, en 1990, avec la tentative avortée d'introduire une exception d'inconstitutionnalité pour « les dispositions de loi qui concernent les droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution » ; la seconde lors de la dernière révision constitutionnelle du 18 mars 2003. Dans ce dernier cas, les constituants auraient pu se référer à des « droits fondamentaux » pour limiter le pouvoir expérimental accordé aux collectivités territoriales, comme l'avait fait la loi du 17 janvier 2002 relative à la Corse qui exige que la collectivité territoriale de Corse respecte dans la mise en œuvre des pouvoirs qui lui ont été dévolus « l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental » (actuel art. L. 4422-16 du Code général des collectivités territoriales). Le texte retenu préfère interdire que l'exercice du pouvoir des collectivités territoriales remette

en cause « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti » (art. 72 et 73 révisés).

Bien que la référence aux droits fondamentaux n'ait pas fait école auprès des constituants, elle a été ensuite effectuée par les soixante sénateurs qui ont demandé au Conseil constitutionnel d'examiner la loi de révision constitutionnelle. Ils faisaient en l'occurrence valoir que « la réserve classiquement fixées en matière de libertés publiques et de droits fondamentaux »<sup>10</sup> n'était pas rappelé à l'art. 37-1 nouveau de la Constitution ; celui-ci se borne à préciser que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités des dispositions à caractère expérimental ». Se déclarant incompétent pour contrôler les lois de révision constitutionnelle, le Conseil constitutionnel n'a livré aucune considération particulière sur la formule.

## LES « DROITS FONDAMENTAUX CONSTITUTIONNELS » DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Les références à des droits ou libertés fondamentaux se sont effectuées progressivement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La première apparaît dans la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur les nationalisations qui affirme « le caractère fondamental du droit de la propriété ». En 1984, est qualifiée de « liberté fondamentale » la liberté de communication des pensées et des opinions (décision n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984) puis, en 1994, les libertés d'écrire, d'imprimer et de parler (décision n° 94-345 DC, 29 juillet 1994). Dans le prolongement de ces décisions, le Conseil bâtit une catégorie spécifique de normes constitutionnelles, celle des « droits fondamentaux constitutionnels »<sup>11</sup>, qui se singularise par le fait que les droits et libertés concernés bénéficient d'un régime spécial de protection : le législateur ne peut réduire leur niveau de garantie. Les droits fondamentaux constitutionnels se présentent comme une catégorie ouverte dont le Conseil constitutionnel livre le contenu au cas par cas. Après avoir fait référence aux « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » sans préciser les libertés et droits dont il s'agit (décision n° 89-259 DC du 22 janvier 1990), le Conseil y a inclus les droits de la défense, le droit d'asile, la liberté individuelle et la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale, (décision n° 93-325 DC du 13 août 1993), puis les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés parmi lesquels figurent notamment, la liberté proclamée par l'art. 4 de la Déclaration de 1789, dont découle « la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises » (décision du n° 98-401 DC du 10 juin 1998 relative à la loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail).

Cette dernière décision appelle quelques observations. Elle consacre le

caractère fondamental de droits sociaux et prend ainsi parti dans le débat qui s'était posé, surtout au niveau international, sur la possibilité de conférer un tel caractère à ces droits. Toutefois, la consécration ne semble qu'indirecte. Les droits évoqués sont présentés comme découlant de la liberté proclamée par l'art. 4 de la Déclaration de 1789 seule à bénéficier directement de la qualification de fondamental. En outre, le Conseil consacre des droits et libertés fondamentaux, non pas de toute personne, mais d'employeurs et de salariés. Il cède ainsi à une tendance à la catégorisation des titulaires de ces droits et libertés (*infra*). Enfin, le Conseil constitutionnel se réfère aux « droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine » dans le contexte particulier de la décision examinant la constitutionnalité du traité qui institue la Cour pénale internationale (décision n° 98-408 du 22 janvier 1999). L'expression constitue ici une reprise terminologique de la fonction assignée par le traité à cette Cour.

Au total, les références faites par le Conseil constitutionnel aux droits ou libertés fondamentaux sont peu nombreuses au regard, d'une part, de la diffusion de la notion dans le vocabulaire des constitutionnalistes et, d'autre part, des références de plus en plus fréquentes par les auteurs des saisines ces cinq dernières années. Les modalités d'invocation de l'expression par ces derniers sont diverses. L'invocation peut s'effectuer de façon générique, en contestant en toute généralité les atteintes susceptible d'être portées « aux droits et libertés fondamentaux »<sup>12</sup>, de façon particulière pour conférer cette qualité à un droit, comme la dignité<sup>13</sup>, ou encore de façon catégorielle pour demander la protection des droits fondamentaux de groupes d'individus, comme les contribuables<sup>14</sup>. Elle peut servir à revendiquer le bénéfice de l'effet cliquet spécifiquement accordé par le Conseil constitutionnel aux « droits et libertés fondamentaux constitutionnels »<sup>15</sup>. Elle peut également servir à justifier une égalité de traitement. Ainsi au cours de la saisine contestant la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen d'avril 2003<sup>16</sup>, les sénateurs ont soutenu que « s'agissant d'un droit fondamental, il est tout simplement impossible d'envisager que les femmes soient moins bien traitées en Corse que dans les autres régions françaises ». Autrement dit, les droits fondamentaux doivent être appliqués de façon identique. De même, concernant la loi relative à la sécurité intérieure de mars 2003, les députés mettaient en garde contre le fait que les certains délits ne concerneraient que des prostituées d'un genre « nouveau » de nationalité étrangère et non les prostituées « classiques » de nationalité française. Or, cette situation « se heurte au principe d'égalité aux termes duquel on ne saurait discriminer entre les français et les étrangers lorsque sont en cause les droits et libertés fondamentaux »<sup>17</sup>.

## LA PROCLAMATION LEGISLATIVE DE DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

Six lois font jusqu'à ce jour référence à des droits fondamentaux, selon deux modalités. La première consiste à proclamer « fondamental » un droit

précis, le plus souvent dans les premiers articles, exprimant ainsi une volonté politique de conférer au droit en question une distinction particulière. Tel est le cas de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs en vertu de laquelle « le droit au logement est un droit fondamental » (art. 1<sup>er</sup>), de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité selon laquelle « la sécurité est droit fondamental, et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelle et collective » (art. 1<sup>er</sup>), et de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui proclame « le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous les moyens disponibles au bénéfice de la personne » (art. 3).

La seconde modalité consiste à faire référence à des droits ou libertés fondamentaux de façon générique, c'est-à-dire en tant que dénomination d'une catégorie d'objets non préalablement identifiés. Les références génériques effectuées jusqu'à présent orientent vers des extensions différentes de la catégorie.

En premier lieu, l'art. L. 521-2 Code de Justice administrative issu de loi 30 juin 2000 reformant les procédures d'urgence devant les juridictions administratives prévoit que « le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale... ». Saluée quant à l'objectif visé, cette référence n'a pas tardé à susciter des interrogations sur les libertés concernées. Son caractère épineux ou délicat<sup>18</sup> tient, d'une part, à ce que la notion de liberté fondamentale ne correspond littéralement à aucune dénomination de catégorie utilisée jusque là par le droit positif et, d'autre part, à ce que le caractère opératoire de la catégorie se révèle étroitement lié à sa signification et son contenu. Comme le souligne les commentateurs des *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, « une conception trop stricte limiterait » la protection des libertés fondamentales ; « une acception trop large risquerait de dénaturer, voire d'engorger la nouvelle procédure »<sup>19</sup>. La signification qu'il est invité à donner à l'expression dépend donc moins d'une interprétation littérale, qui s'avère délicate, que d'une interprétation fonctionnelle présidée par des considérations opératoires : il faut protéger les libertés mais, l'efficacité du mécanisme en dépend, sans démesure<sup>20</sup>.

En deuxième lieu, l'art. L. 4422-16 du Code général des collectivités territoriales issu de la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse prévoit que : « sans préjudice des dispositions qui précèdent, dans le respect de l'art. 21 de la Constitution, et pour la mise en œuvre des compétences qui lui sont dévolues en vertu de la partie législative du présent code, la collectivité territoriale de Corse peut demander à être habilitée par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsque est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental ». De quels droits fondamentaux s'agit-il ? La formulation oriente vers une réponse différente de celle apportée s'agissant de la référence faite à la « liberté fondamentale » à l'art. L. 521-2 du Code de Justice administrative. Tandis que cet article laisse en suspens la question de l'extension de la notion de liberté (inclut-elle ou exclut-elle la notion de droit?),

la rédaction de l'art. L. 4422-16 du Code général des collectivités territoriales dissocie au moins un type de libertés de la notion de droit fondamental, à savoir les libertés individuelles. Certes, « libertés individuelles » et « droits fondamentaux » remplissent une même fonction juridique, et cela est sans doute le plus important au regard de l'objectif visé par l'article. Il n'en demeure pas moins que ces notions sont appelées à désigner des ensembles distincts, ou alors l'art. L. 4422-16 comporte une redondance. Par conséquent, s'il reste possible de se demander si, conceptuellement, le *droit* fondamental du Code général des collectivités territoriales inclut ou non la notion de liberté (de la même façon que, symétriquement, la notion de *liberté* fondamentale du Code de Justice administrative inclurait celle de *droit*), à s'en tenir à la structure du texte, il existe un type de libertés qu'il n'inclut pas : les libertés individuelles.

Enfin, la dernière référence aux droits fondamentaux est offerte par l'article premier de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, selon lequel cette loi « tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous les droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture ». Dans ce cas, comme dans les cas précédents, les droits dont il s'agit restent indéfinis. La référence aux droits fondamentaux a toutefois pour singularité de présenter des droits relatifs à des domaines déterminés. Elle invite donc à prendre en considération la dimension structurelle de la référence au fondamental (*infra*).

## LA REFERENCE AUX DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX PAR LES JUGES JUDICIAIRES <sup>21</sup>

Il existe une indéniable ascension des références faites à des droits et libertés fondamentaux dans le texte des arrêts et des jugements des juridictions judiciaires. Celle-ci n'est toutefois significative que depuis la toute fin des années 1990, et se trouve bien davantage dans les moyens soulevés par les parties que dans l'argumentation des motivations des juridictions.

Du côté des parties, la qualification de fondamental intervient en s'appuyant sur les termes de textes juridiques, ou en procédant par auto-qualification. Les textes juridiques qui servent le plus fréquemment de support à la qualification sont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier en matière de procédure pénale<sup>22</sup>, et l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 juillet 1989 proclamant le caractère fondamental du droit au logement<sup>23</sup>. En outre, la récente affaire du port du bermuda dans l'entreprise a introduit une référence textuelle inédite car le texte invoqué ne comportait pas de mention expresse à des droits ou libertés fondamentales. Ainsi, pour justifier le caractère fondamental de la liberté de se vêtir à sa guise, le requérant a pris appui sur l'art. L. 120-2 du Code du travail selon lequel « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restriction qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à

accomplir, ni proportionnées au but recherchés »<sup>24</sup>. Hormis ces cas, le caractère fondamental d'un droit ou d'une liberté est invoqué spontanément, c'est-à-dire sans référence à un texte précis, ce qui ne saurait surprendre compte tenu du faible nombre de textes consacrant l'expression. L'auto-qualification intervient soit au bénéfice d'un droit ou d'une liberté spécifique de la personne ou du citoyen (liberté de manifestation<sup>25</sup>, droit de réponse<sup>26</sup>, droit à la sûreté<sup>27</sup>, droit au travail<sup>28</sup>), soit de façon générique (droits fondamentaux de la personne)<sup>29</sup>, soit encore dans le but de désigner des droits de catégories de personnes : droits fondamentaux des consommateurs<sup>30</sup> ou des salariés<sup>31</sup>.

Il est rare que les juges reprennent à leur compte la qualification invoquée par les parties exceptées, d'une part, les références faites aux droits et libertés protégés par la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour lesquels la qualification de « fondamental » est désormais consacrée (droit à un procès équitable, principe du contradictoire, présomption d'innocence, droit de la défense, respect de la vie privée<sup>32</sup>), et, d'autre part, l'intégration de réponses à un renvoi préjudiciel adressé à la Cour de Justice des Communautés Européennes se référant aux « droits fondamentaux comme partie intégrante des principes généraux du droit »<sup>33</sup>. Dans les autres cas, les références au caractère fondamental de droit ou liberté s'effectuent soit à l'appui d'un texte, soit spontanément. Puisque les textes nationaux n'abondent pas, ces références demeurent exceptionnelles. Elles ont longtemps concerné uniquement le droit au logement, dans des termes qui révèle une faible considération pour la qualification de « fondamental ». En effet, d'un côté, les formations de jugement la reprennent rarement dans leur motivation lorsqu'elle a été invoquée à l'appui de la loi du 6 juillet 1989; de l'autre, lorsqu'elles la reprennent, elles donnent peu satisfaction à la partie qui s'en prévaut<sup>34</sup>. Un arrêt récent de la Cour de cassation pourrait augurer une évolution en la matière. Jusqu'à présent, la Cour n'avait jamais expressément reconnu le caractère fondamental du droit au logement.<sup>35</sup> La troisième chambre civile, le 22 octobre 2003 l'effectue dans un arrêt de cassation partielle. Toutefois, cette qualification n'intervient que sous la forme d'un *obiter dictum*, et ne joue aucune fonction particulière au sein des motifs qui ont conduit à la cassation, fondés sur l'absence de contrôle de l'intention des bailleurs délivrant un congé à des locataires<sup>36</sup>.

Depuis le 28 mai 2003, la Chambre sociale de la Cour de cassation ajoute un nouveau contexte de référence à des libertés fondamentales par les juridictions. Si elle ne donne pas satisfaction au requérant sur le fond en estimant que « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales »<sup>37</sup>, elle consacre la terminologie que celui-ci avait introduit (*supra*). Elle augure la formation d'une nouvelle catégorie juridique dont le contenu se précisera très vraisemblablement au cas par cas, à l'instar de l'attitude qu'adopte le Conseil d'Etat à l'égard de la catégorie des libertés fondamentales instituées par l'art. L. 521-2 du Code de Justice administrative (*infra*).

A côté de ces rares références faites à l'appui de textes, les formations judiciaires ont fait également usage de l'expression « droits et libertés fondamentaux » par auto-qualification. Souvent la référence est générique. Ainsi la Cour d'appel de Paris a pu estimer que le pouvoir de sanction de la Commission des Opérations de Bourse respecte la sauvegarde des droits et libertés fondamentales<sup>38</sup> et la Cour de cassation que « la possibilité dont dispose les personnes auxquelles l'ordonnance du juge-commissaire doit être notifiée d'offrir un prix supérieur permettant un meilleur apurement du passif » ne porte atteinte « à aucun droit fondamental »<sup>39</sup>. Plus occasionnellement, les formations judiciaires font référence à des droits plus précis relatifs à certains champs juridiques : droits fondamentaux des familles<sup>40</sup>, droit fondamental de l'accusé à recourir à recourir à un détective privé pour mettre en cause les accusations portées les parties civiles<sup>41</sup>, droits fondamentaux du mineur lors de sa garde à vue<sup>42</sup>.

## LA REFERENCE AUX DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX LES JUGES ADMINISTRATIFS <sup>43</sup>

De façon comparable aux juridictions judiciaires, la mention faite à des droits ou libertés fondamentaux est davantage l'œuvre des parties que des formations de jugement. Les parties procèdent parfois par qualification spontanée. Dans ce cas, elles peuvent alléguer la violation de droits et libertés fondamentaux de façon générique<sup>44</sup>, ou qualifier comme tels des droits et libertés spécifiques : droits fondamentaux des administrés au nombre desquels figureraient le droit de propriété, la vie privée, le respect de la dignité humaine, le droit à un procès équitable, la santé<sup>45</sup>, droit fondamental de la personne à être inscrite sur une liste électorale<sup>46</sup>, droits et libertés fondamentaux de la personne en matière d'extradition<sup>47</sup>. Les références aux droits et libertés fondamentaux peuvent également prendre appui sur des textes internationaux (cas fréquent de la Convention Européenne des droits de l'Homme<sup>48</sup> et des conventions bilatérales relatives à l'extradition et à la circulation des personnes<sup>49</sup>), ou sur des textes nationaux, tout particulièrement depuis l'adoption de la réforme sur les procédures d'urgence instituant le référé-liberté.

Les juridictions évoquent des droits ou libertés fondamentaux soit par auto-qualification, soit à l'appui de textes. Le premier cas est peu fréquent. Le Conseil d'Etat y a procédé jusqu'à présent de façon générique. Ainsi, à l'encontre de l'argumentation d'un requérant qui estimait que le film « Que la vie est amère » portait atteinte à sa personne, le Conseil d'Etat valide l'accord ministériel concernant le visa d'exploitation de film au motif qu'il n'y décèle aucune atteinte des « droits fondamentaux des personnes mises en causes dans le film »<sup>50</sup>). Ou encore, le Conseil d'Etat a pu estimer que, contrairement aux allégations des requérants, le système judiciaire des Etats-Unis respecte les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine<sup>51</sup>. Mais, le plus souvent, le Conseil d'Etat se réfère à des droits et libertés fondamentaux en prenant appui sur un texte.

Pendant longtemps, ce texte avait exclusivement une origine internationale : la Convention Européenne des droits de l'Homme, des conventions bilatérales ou, beaucoup plus occasionnellement, l'article 6§2 du Traité de l'Union Européenne. Depuis l'institution du référé-liberté par la loi du 30 juin 2000 (précité), les références aux libertés fondamentales sont beaucoup plus nombreuses. La détermination des libertés fondamentales s'effectue au cas par cas, et s'exprime aussi bien dans le langage des libertés (liberté d'aller et venir<sup>52</sup>) que des droits (droit de propriété<sup>53</sup>, droit d'asile<sup>54</sup>). Les juges des référés ne se montrent liés ni par les qualifications de « droits fondamentaux constitutionnels » opérées par le Conseil constitutionnel -bien que, sur ce point, aucune divergence n'ait pu être relevée –, ni par les qualifications législatives<sup>55</sup>. Le Conseil d'Etat a ainsi refusé par deux fois de considérer comme liberté fondamentale des droits qualifiés de fondamentaux par le législateur. Ainsi, alors que la loi du 21 janvier 1995 affirme que « la sécurité est droit fondamental », le Conseil d'Etat a, pour sa part, estimé que « si l'autorité a pour obligation d'assurer la sécurité publique, la méconnaissance de cette obligation ne constitue pas par elle-même une atteinte grave à une liberté fondamentale »<sup>56</sup>. La Haute juridiction ne condamne pas totalement le caractère fondamental de la sécurité publique mais le relativise, en considérant que la méconnaissance de la sécurité publique n'est pas en « elle-même » contraire à une liberté fondamentale.

La qualification du droit au logement offre un exemple plus intéressant encore. Alors que la loi du 6 juillet 1989 proclame solennellement le caractère fondamental de ce droit, le Conseil d'Etat prend appui sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour considérer qu'au niveau constitutionnel, ce droit n'est pas un droit mais un simple objectif en vertu duquel toute personne a la possibilité d'accéder à un logement décent. Puis en se référant à son statut international, il tire la conséquence que le droit au logement n'est pas « une liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 du code de justice administrative »<sup>57</sup>. D'un point de vue matériel, il existe une contradiction patente entre la loi de 1989 et l'interprétation donnée à l'art. L. 521-2 du code de justice administrative par le Conseil d'Etat. La contradiction ne peut être surmontée qu'en adoptant certains présupposés. Le raisonnement du Conseil d'Etat se fonde sur une indépendance stricte des législations : ce qui est un droit fondamental pour le législateur de 1989, n'est pas une liberté fondamentale pour celui de 2000. Toutefois, s'il établit une étanchéité « horizontale » des qualifications législatives, le juge des référés consacre une perméabilité « verticale » selon laquelle ce qui n'est pas garanti au plus haut niveau de la hiérarchie des normes ne l'est pas non plus au plus bas. Le *droit* au logement n'existe pas constitutionnellement, il n'a aucun effet direct en droit international, donc il n'est pas fondamental au niveau législatif. Le Conseil d'Etat livre ainsi des éléments d'identification de ce qu'il considère être « fondamental » au sens du Code de Justice administrative : un statut constitutionnel et un degré de protection internationale.

Cette ordonnance du Conseil d'Etat permet de tirer des conséquences précieuses sur le caractère fondamental des droits et libertés au sein des dis-

cours juridiques français. Celui-ci est relatif, contextuel, polysémique et pluri-fonctionnel. Si ce qui est fondamental pour le législateur de juillet 1989, ne l'est pas pour le Conseil d'Etat de mai 2002 interprétant une loi de juin 2000, l'explication tient à ce que les qualifications ont des significations et des fonctions différentes. A l'approche essentiellement axiologique du législateur de 1989 répond la prévalence de considérations formelles de la part du Conseil d'Etat.

## II PLURALITE DES CONCEPTIONS

Si le caractère fondamental prêté à certains droits ou libertés devient peu à peu explicité dans les discours méta-juridiques<sup>58</sup>, nombre de références s'effectuent encore de façon péremptoire. On peut toutefois dégager quatre types essentiels de conceptions de la fundamentalité : les conceptions axiologique, formelle, structurelle et commune<sup>59</sup>. Ces conceptions ne sont ni entièrement compatibles entre elles, ni, à l'inverse, exclusives les unes des autres : certains usages peuvent en mêler plusieurs ou prendre appui sur l'une d'entre elle pour revendiquer les attributs et conséquences d'une autre. Enfin, chacune d'elles se retrouve à intensité variable dans les discours méta-juridiques et juridiques.

### LA CONCEPTION AXIOLOGIQUE

Qualifier un droit ou une liberté de « fondamental » le ou la situe parmi les valeurs inhérentes à l'humanité<sup>60</sup>, à « l'homme en tant qu'il est homme »<sup>61</sup>, qu'il soit citoyen ou étranger. La fundamentalité est ici liée à l'universalité : les droits fondamentaux appartiennent et bénéficient à tous sinon ils ne sont pas fondamentaux. A ce titre, ils s'opposent tout particulièrement aux pouvoirs publics qui doivent les respecter (dimension libérale négative) et assurer leur garantie (dimension solidaire positive).

Cette conception axiologique est extrêmement répandue dans les discours dogmatiques, théoriques ainsi que dans celui des parties au procès. Elle est davantage mobilisée dans un registre prescriptif que descriptif. Il s'agit en effet moins de constater que cette conception préside la reconnaissance du caractère fondamental de certains droits et libertés dans un ordre juridique particulier que de préconiser que ceux auxquels les auteurs ou les parties sont attachés, bénéficient d'un statut particulier en droit positif. Cette approche présente une dimension jusnaturaliste en vertu de laquelle « la fundamentalité ne s'épuise dans aucune norme formelle »<sup>62</sup>. Ce qui est fondamental selon une approche axiologique l'est donc indépendamment de sa reconnaissance comme tel dans le droit positif.

Bien que très peu explicites sur les motifs de leurs références aux droits et libertés fondamentaux, les discours juridiques véhiculent également fréquemment cette conception. Celle-ci sous-tend les débats législatifs qui ont conduit à proclamer le caractère fondamental du droit au logement (la loi du 6 juillet

1989), du droit à la protection de la santé (loi du 4 mars 2002) ou les plaidoyers des parties en faveur de tel ou tel droit. Elle ne semble pas étrangère au refus de la Chambre sociale de la Cour de cassation de consacrer la liberté de se vêtir à sa guise dans l'entreprise. Ce refus laisse présager, qu'implicitement, pour la Cour de cassation, il existe des libertés qui occupent une place importante dans une échelle présumée de valeur pour lesquelles il ne peut y avoir de restriction d'exercice, et des libertés subalternes ou accessoires pour lesquelles des arrangements et des compromis sont permis.

## LA CONCEPTION FORMELLE

Des droits et libertés peuvent être qualifiés de «fondamentaux» en considération de leur position dans la hiérarchie des normes ou au sein des sources du droit. Pour certains, le caractère fondamental de droits et libertés est lié à leur inscription dans un droit naturel<sup>63</sup>. Toutefois, le plus souvent, les auteurs cantonnent leur appréciation au droit positif. Les droits fondamentaux sont alors ceux qui expriment des normes du plus haut degré d'un système juridique ou qui font l'objet de mécanismes de garanties spéciales : majorité qualifiée pour les modifier ou les supprimer, voire impossibilité de les abolir, bénéfice de recours spéciaux, interdiction d'abaisser leur niveau de garantie ou d'effectivité.

La conception formelle de la fundamentalité se développe principalement sur un mode descriptif : les auteurs apprécient la qualité d'un droit ou d'une liberté à partir d'un critère préétabli d'identification des droits fondamentaux, fondé sur le degré et les mécanismes de protection. Toutefois, cette conception n'interdit pas toute considération normative ou prescriptive, notamment lorsqu'elle est liée à une dimension axiologique. Parce que les auteurs ou les parties sont attachés à certains droits et les situent parmi les valeurs fondatrices de l'humanité, ceux-ci doivent être reconnus et garantis par les normes les plus solennelles de la hiérarchie d'un ordre juridique.

Qu'elle soit utilisée de façon descriptive ou prescriptive, la conception formelle des droits fondamentaux est très présente dans les discours méta-juridiques. Beaucoup d'auteurs désignent sous le label « droits fondamentaux » tous les droits et libertés de valeur constitutionnelle (tendance des «constitutionnalistes »)<sup>64</sup>. Certains y incluent, non sans discussion, des droits ou libertés issus de textes internationaux ou législatifs (tendances des privatistes et des auteurs de manuels autrefois baptisés « libertés publiques »). En revanche, la conception formelle est très épisodiquement mobilisée dans les moyens de parties au procès et se manifeste de façon variée en droit positif. La jurisprudence du Conseil constitutionnel invite à distinguer parmi les droits constitutionnels ceux qui sont fondamentaux, de ceux qui ne le sont pas, sinon la dénomination de la catégorie des « droits fondamentaux constitutionnels » serait redondante. « Droits fondamentaux » et « droits de valeur constitutionnelle » ne sont donc pas synonymes<sup>65</sup> dans les décisions du Conseil (*supra*). Du côté des juges judiciaires, la conception formelle apparaît essentiellement lors des

références aux droits et libertés issues de la Convention Européenne des Droits de l'Homme Convention. Les formations judiciaires ne semblent pas avoir encore eu l'occasion d'invoquer d'autres critères formels (statut constitutionnel, protection internationale hors Convention) pour justifier le caractère fondamental d'un droit. La situation diffère quelque peu s'agissant des juridictions administratives en raison du développement de la jurisprudence en matière de référé-liberté. Pour le moment, les juges administratifs n'ont refusé la qualité de liberté fondamentale à aucun droit ou liberté de valeur constitutionnelle. Par ailleurs, au regard de la motivation de l'Ordonnance précitée du 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, le statut constitutionnel et international d'un droit ou d'une liberté apparaît comme un élément important d'appréciation. En revanche, la proclamation législative du droit n'est pas déterminante (*supra*).

## LA CONCEPTION STRUCTURELLE

Les droits et libertés fondamentaux sont ici ceux sans lesquels un système juridique, un sous-système ou un élément du système perdrait ou changerait substantiellement son identité, sa cohérence ou son mode de fonctionnement. Les droits ou libertés fondamentaux sont constitutifs et au fondement d'un système ou d'un ensemble organisé. Ils sont ce sur quoi tout est édifié et de quoi tout est dérivé ou déduit. Ils sont fondateurs de l'existence et de la validité des éléments ou des normes qui leur sont rattachés<sup>66</sup>, mais ce qui est fondamental ne repose sur rien<sup>67</sup>. Cette conception suppose que les énoncés qualifiés de fondamentaux soient formulés avec un certain degré de généralité et d'abstraction. Elle ne peut, par ailleurs, totalement faire l'économie d'une appréciation du contenu du droit ou de la liberté considéré(e). Tandis que l'approche formelle déployée de façon descriptive permet une qualification sans égard à ce que prescrit matériellement la norme (il suffit, par exemple, que le droit soit constitutionnel pour être fondamental), la conception structurelle suppose une détermination de la signification sémantique du droit ou de la liberté pour conclure à son caractère fondateur.

Lorsque le point de référence est l'homme, la conception structurelle du « fondamental » entretient un lien étroit avec la conception axiologique. Toutefois, ces deux conceptions peuvent aussi se dissocier. D'un côté, il n'est en effet pas nécessaire de prendre appui sur des valeurs pour décrire ou évaluer la qualité structurellement fondamentale d'un droit ou d'une liberté : cette qualité s'apprécie relativement à un système ou un ensemble organisé. D'un autre côté, la conception structurelle est susceptible de heurter l'exigence d'universalité dont est porteuse la conception axiologique, car elle peut être associée à des catégorisations de sujets de droits et libertés et être relative à certains domaines d'un système juridique<sup>68</sup>.

Cette tendance à invoquer des droits et libertés fondamentaux propres à des catégories de sujets est assez forte au sein des moyens soulevés par les parties

: droits fondamentaux des consommateurs, des fonctionnaires, des salariés, des mineurs, des accusés et prévenus, des contribuables<sup>69</sup>. Les discours formant le droit positif n'y échappent pas même si les références demeurent plus marginales. Le Conseil constitutionnel s'est ainsi référé aux droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés (Décision précitée du 10 juin 1998) ; la Cour d'appel de Douai a reconnu l'existence de droits fondamentaux des familles<sup>70</sup>. Particularisant non plus les sujets de droit mais des domaines juridiques, la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions se donne pour objectif de garantir « les droits fondamentaux *dans les domaines* de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture ».

On peut objecter que ces catégorisations ne produisent une réelle contradiction entre la conception axiologique et la conception structurelle que si on les conçoit de manière ontologique, c'est-à-dire si on les rapporte à une qualité intrinsèque et non à un état contingent. Les deux conceptions ne s'opposent plus si l'on admet que le sujet de droit reste la personne humaine en tant qu'elle se situe dans un contexte ou dans un ensemble de relations (état et non qualité) susceptibles d'être éprouvés par tous.

## LA CONCEPTION COMMUNE

Le caractère fondamental des droits et liberté est ici dérivé des similitudes de qualification ou de statut dans plusieurs systèmes juridiques nationaux ou internationaux, par exemple ceux de l'Espagne, la France, l'Allemagne ou du Conseil de l'Europe. L'approche de la fundamentalité s'inscrit dans une démarche constructive : elle prend essentiellement appui sur les deux dernières conceptions précédentes des droits fondamentaux pour extraire des systèmes juridiques un ensemble de valeurs communes constitutif d'un *jus commune* européen ou universel. Cette conception est en France essentiellement développée dans les discours méta-juridiques, tout particulièrement dans le cadre de la promotion des droits et libertés au sein de l'Union<sup>71</sup>. Les juges peuvent être conduits à l'adopter pour identifier les droits fondamentaux mentionnés à l'art. 6§2 du traité de l'Union, définis comme étant ceux « garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (...) et résultant « des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Toutefois on connaît les réticences des juges français pour développer une jurisprudence autonome en la matière.

La présentation de ces conceptions conduit à formuler quelques observations conclusives sur les spécificités de ce que peuvent désigner ou conceptualiser les termes « droits fondamentaux » par rapport à la terminologie classique des « droits de l'homme » ou des « libertés publiques ». Ces spécificités apparaissent différemment selon les conceptions. S'agissant de la conception axiologique, la principale distinction concerne l'étendue des droits visés. La catégorie des droits fondamentaux peut apparaître plus restrictive que celles des droits de l'homme

ou des libertés publiques car elle invite à procéder à un tri au sein ces dernières. Pour le reste, les catégories de « droits de l'homme » et « droits fondamentaux » reposent sur une même approche « externe » ou « hétéro-intégrative »<sup>72</sup> des droits et libertés : elles désignent des droits et libertés qui sont supposés appartenir aux êtres humains indépendamment de leur reconnaissance par le droit positif ; celui-ci n'est qu'un réceptacle, certes précieux, permettant d'obtenir une garantie particulière des droits. On rejoint ici l'analyse idéologique des choix terminologiques suggérée par D. Lochak (*supra*) selon laquelle les « droits de l'homme » se sont battis par combat politique : le combat des « droits de l'homme » est d'obtenir l'intégration et la garantie, dans les systèmes juridiques, de « droits » attribués aux êtres humains, indépendamment de ces systèmes, au nom de valeurs libérales ou jusnaturalistes.

A l'inverse les trois dernières conceptions de la fundamentalité creusent la différence entre les « droits de l'homme » et les « droits fondamentaux » car ces derniers s'apprécient par rapport à des systèmes ou des sous-systèmes posés. Ils s'inscrivent dans une approche interne ou « auto-intégrative » des droits. Ils ne s'agit pas d'intégrer de nouveaux droits mais d'octroyer des garanties spécifiques à des droits déjà reconnus par les systèmes juridiques, puisque c'est cette reconnaissance préalable qui est à la base de l'appréciation du caractère fondamental. L'appréciation du « fondamental » s'effectue au sein de droits qui bénéficient déjà d'un statut juridique consolidé. En ce sens, le combat s'est déplacé.

## PARTICULARITES DES FONCTIONS ET DES EFFETS

La séduction née d'un registre de discours proposant de revitaliser la thématique des droits de l'homme et des justifications de l'action publique<sup>73</sup> ne saurait suffire pour expliquer de façon précise la variété des contextes et des formes de diffusion de la référence au caractère fondamental des droits et libertés. Les explications peuvent alors être orientées vers la spécificité de la façon dont la référence remplit certaines fonctions et produits certains effets dans les discours juridiques. Trois principaux types d'effets et de fonctions peuvent être évoqués : la justification d'un régime juridique distinctif, l'octroi et la légitimation d'un pouvoir, la persuasion du bien-fondé de prétentions ou de décisions.

Ces fonctions peuvent opérer séparément ou simultanément, et varient selon les contextes discursifs. Tandis que l'invocation du caractère fondamental des droits et libertés se situe principalement dans des registres de persuasion et de justification d'un régime distinctif pour les avocats, elle revêt cette dernière fonction éventuellement associée à celle de légitimation ou d'octroi d'un pouvoir pour les organes juridictionnels. L'arrêt de la Cour de cassation de juin 2003 se référant à la notion de liberté fondamentale pour refuser cette qualité au port du bermuda dans l'entreprise l'illustre particulièrement. Enfin, ces fonctions et effets ne marquent pas forcément une instrumentalisation de la qualification. Ils opèrent que l'on croit ou non sincèrement au caractère fondamental des droits et libertés, quel que soit le sens donné à l'adjectif.

## DROITS FONDAMENTAUX ET JUSTIFICATION D'UN REGIME DISTINCTIF

De la même manière que la création de toute catégorie juridique est destinée à le produire, celle des droits et libertés fondamentaux a un effet « discriminatoire » : la référence nouvelle et spécifique à de tels droits et libertés invite à les distinguer d'autres qui deviennent « ordinaires » ou « accessoires ». Cette distinction permet alors de justifier des différences de régime entre les droits et libertés, ce qui peut paraître problématique d'un point de vue libéral, d'autant plus que la détermination de ce qui est fondamental reste mouvant<sup>74</sup> et grandement lié à l'appréciation discrétionnaire des juges. Les régimes distinctifs sont de plusieurs sortes.

### L'IDENTITE DE TRAITEMENT DES DROITS FONDAMENTAUX

La référence au caractère fondamental de certains droits et libertés peut, tout d'abord, permettre d'exiger, en leur seul bénéfice, une identité de traitement, et donc, *a contrario*, d'en priver les droits et libertés non fondamentaux. L'art. L. 4422-16 du Code général des collectivités territoriales en fournit une première illustration en refusant que la collectivité territoriale de Corse fixe des règles adaptées aux spécificités de l'île lorsque est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental. Une visée semblable préside également la saisine contre la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen d'avril 2003 qui relève que s'agissant d'un droit fondamental, il est impossible que « les femmes soient moins bien traitées en Corse qu'ailleurs »<sup>75</sup>; *a contrario*, on peut l'admettre des droits non fondamentaux. Il en va de même lorsque les auteurs de la saisine contre la loi de sécurité intérieure de mars 2003 conteste la distinction entre prostituées « classiques, évidemment de nationalité française » et les prostituées d'un genre « nouveaux de nationalité étrangère ». Une telle distinction heurte le « principe d'égalité aux termes duquel on ne saurait discriminer entre les français et les étrangers lorsque sont en cause les droits et libertés fondamentaux »<sup>76</sup>. *A contrario*, pour les droits et libertés non fondamentaux, une discrimination est envisageable.

### LA RESERVE DE PROTECTIONS SPECIFIQUES

La réserve de protection spécifique peut consister en l'institution de procédures juridictionnelles destinées à protéger exclusivement des droits ou libertés considérés comme fondamentaux. Cette fonction constitue l'objet même de l'art. L. 521-2 Code de Justice administrative qui prévoit que « le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale... ». Le Conseil d'Etat n'a pas manqué de le rappeler en évoquant dans l'arrêt du 18 janvier 2001 précité, Commune de Venelles, les « libertés fondamentales auxquelles le législateur a entendu accorder une protection juridictionnelle particulière ».

L'invocation du caractère fondamental des droits et libertés peut également soutenir une demande de protection exceptionnelle lorsque ces droits et libertés sont en cause. Les parties ont ainsi pu demander à la Chambre criminelle de la Cour de cassation d'exonérer de toute responsabilité pénale «la dénonciation par une déléguée du personnel de faits susceptibles de recevoir une qualification pénale lorsqu'ils portent atteinte aux droits fondamentaux des salariés et spécialement le harcèlement sexuel»<sup>77</sup>.

Enfin, l'invocation du caractère fondamental peut avoir pour fonction de protéger spécifiquement des droits et libertés contre les restrictions apportées à leur niveau de garantie. Cette fonction préside nettement la création de la catégorie des « droits constitutionnels fondamentaux » à laquelle le Conseil constitutionnel accorde le bénéfice de « l'effet cliquet ». Si, selon le Conseil, les droits fondamentaux ne sont pas absolus parce qu'ils peuvent être conciliés avec d'autres principes constitutionnels et avec l'ordre public, le législateur ne saurait intervenir que pour les rendre plus effectifs<sup>78</sup>. Les droits et libertés constitutionnels ordinaires peuvent, à l'inverse, voir leur degré de protection affaibli.

Cette fonction ressort également de l'évocation de libertés fondamentales par la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt précité du 28 mai 2003. La Chambre sociale établit une distinction entre des libertés fondamentales et de libertés accessoires ou ordinaires qui lui permet de réserver des protections spécifiques au bénéfice des premières. Tandis que les libertés ordinaires se trouvent soumises à un contrôle de la proportionnalité et doivent être conciliées avec les intérêts de l'entreprise, les libertés fondamentales bénéficient d'une protection absolue<sup>79</sup>. La Cour de cassation paraît ici s'écarter du Conseil constitutionnel ou des juges administratifs qui admettent, pour le premier, que les droits fondamentaux constitutionnels, pour les seconds que « les libertés fondamentales » fassent l'objet d'une conciliation<sup>80</sup>. En outre, l'atteinte à une liberté fondamentale « permettra d'ordonner la réintégration des salariés »<sup>81</sup> et donc de prononcer la nullité du licenciement, ce qui n'est pas le cas pour les libertés ordinaires.

## LA JUSTIFICATION D'UNE PRIORITE DE MISE EN ŒUVRE

La référence au caractère fondamental de certains droits et libertés permet de justifier une priorité de mise en œuvre, notamment au sein des politiques publiques. Cela ressort par exemple des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002 au bénéfice du droit de la santé - « le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous les moyens disponibles au bénéfice de la personne » - ainsi que de ceux de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité et collectives proclamant la sécurité comme « droit fondamental ».

## DROITS FONDAMENTAUX ET POUVOIR

La référence au caractère fondamental de droits et libertés peut s'analyser à la fois comme une manifestation, un accroissement et une légitimation d'un pouvoir normatif.

Elle manifeste tout d'abord un pouvoir normatif comme toute création de catégorie juridique ou toute opération de qualification par un acteur du droit. Quand bien même on refuserait de concevoir l'interprétation comme un pur acte de volonté, on ne peut mésestimer le caractère constructif de la référence à une catégorie qui n'apparaît explicitement ni, s'agissant du Conseil constitutionnel, dans la Constitution, ni, s'agissant de la Cour de cassation dans l'art. L. 120-2 du Code travail. De même, qualifier tel droit ou telle liberté de fondamental et, inversement refuser cette qualité à d'autres, ne constitue rien de moins que l'expression d'un pouvoir d'appréciation.

Produire une catégorie nouvelle de droit ou liberté fondamentale est également de nature à octroyer voire, le cas échéant, s'auto-octroyer du pouvoir. Lorsque le législateur fait référence sans précision à des droits ou libertés fondamentaux pourvus d'un régime de protection spécifique, il confère aux interprètes futurs le pouvoir de décider les droits ou libertés à considérer comme tel. Lorsque la catégorie est produite par les instances de type juridictionnel, celles-ci s'octroient le pouvoir d'identifier les droits et libertés en question et d'opposer le régime qu'elle leur assortit. Ainsi, la catégorie des droits et libertés fondamentaux constitutionnels permet au Conseil constitutionnel d'imposer un nouveau régime de protection au bénéfice des droits qu'il qualifie de fondamentaux, contre la volonté qu'aurait le Parlement d'en restreindre l'exercice. De même, lorsque la Chambre sociale de la Cour de cassation distingue des libertés fondamentales au sein des libertés individuelles et collectives protégées par l'art. L120-2 du Code du travail, elle s'octroie un pouvoir nouveau de sélection qu'elle impose aux formations juridictionnelles qui lui sont subordonnées ainsi qu'aux employeurs et salariés.

Enfin, la référence au « fondamental » remplit une fonction de légitimation du pouvoir qui peut s'apprécier sous deux aspects. En premier lieu, la référence à des droits et libertés fondamentaux s'inscrit dans le cadre d'un rapprochement terminologique avec les principaux ordres juridiques européens et avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ceci prend un relief particulier dans le contexte européen d'harmonisation des systèmes juridiques. Ce rapprochement est en effet très précieux notamment pour le Conseil constitutionnel qui peut ainsi se prévaloir de catégories de référence utilisées par des juridictions nationales (Allemagne, Espagne, Portugal) ou européenne dont l'existence a pu susciter plus d'adhésion que lui. Surtout, en second lieu, dans les Etats de droit, s'ériger en protecteur de droits et libertés fondamentaux constitue un but légitime en soi. Opposer le caractère fondamental de certains droits ou libertés à ceux qui tenteraient d'y porter atteinte renforce inévitablement l'image légitime de gardien des droits et libertés. L'audace de la

production de catégories juridiques nouvelles se trouve justifiée par l'appel à des valeurs suprêmes et objectives, constitutives du « Pacte social », dont le juge se présente comme que le relais, le garant et le serviteur. Les droits fondamentaux légitiment un pouvoir qui ne vient pas de celui qui l'exerce, mais d'ailleurs. Ils perpétuent l'idée selon laquelle « *veritas non auctoritas facit jus* »<sup>82</sup>. Cette vérité ne provient plus seulement d'un ordre de valeurs extérieures au droit comme cela serait le cas d'un point de vue strictement axiologique ; elle s'appuie aussi sur les hiérarchies établies à l'intérieur même des systèmes juridiques (approche formelle, structurelle, commune).

## L'EFFET RHETORIQUE DE LA REFERENCE AU FONDAMENTAL

S'il apparaît que la référence au caractère fondamental de droits et libertés remplit d'indéniables fonctions de justification et légitimation, on peut s'interroger sur les raisons de cette aptitude. Pourquoi l'appel au « fondamental » est-il susceptible de persuader ou d'emporter la conviction ? Il semble que la force rhétorique du qualificatif est qu'il opère sur le double registre de valeurs supposées partagées et du fondement ultime. Ce qui est fondamental n'a pas besoin d'être justifié ni expliqué<sup>83</sup>. La qualification est donc auto-justificative ; elle arrête un cadre commun de discussion et de débats au-delà duquel il n'est plus nécessaire d'aller, ni même, implicitement, possible d'aller. Ainsi, invoqué de façon péremptoire, l'appel au fondamental fait office d'argument de clôture des débats et d'argument d'autorité : il n'existe (encore) rien de plus fondamental que le fondamental .

Il n'est alors pas étonnant que l'invocation du « fondamental » émerge tout particulièrement dans les situations de controverses et de revendications de prétention. Les argumentaires des parties au procès comportent de plus en plus fréquemment de références, péremptoires, au caractère fondamental de droits et libertés, en comptant sur l'effet d'annonce et d'autorité propre à cette qualification. En effet, dans les contextes de controverses, les acteurs sont contraints de faire appel à des formulations qui font référence à des ordres de grandeurs plus élevés que leurs contradicteurs. L'enjeu devient alors de trouver des méta-arguments qui emportent la conviction sans sortir du champ d'argumentation acceptable par les autres acteurs du système juridique. L'appel au « fondamental » prend place dans cette logique ascensionnelle de l'argumentation<sup>84</sup>. Lorsque la qualification est consacrée par un producteur de norme juridique, elle permet de modifier le statut des droits en cause (niveau de protection, priorité d'application...), sans nécessairement leur conférer une valeur supérieure dans la hiérarchie des normes. Le Conseil constitutionnel, on le sait, ne confère pas aux droits fondamentaux constitutionnels une valeur hiérarchique supérieure, ni n'interdit que ceux-ci soient conciliés avec des droits constitutionnels « ordinaires ». La seule exigence à respecter est que le processus de conciliation ne conduise pas à réduire le niveau de garantie d'exercice des droits fondamentaux. De même, si la Chambre sociale de la Cour de cassation

dans l'arrêt précité du 28 mai 2003 semble s'opposer au Conseil constitutionnel en exemptant du contrôle de proportionnalité les libertés fondamentales, elle ne confère pas, formellement, à celles-ci une valeur juridique supérieure aux libertés ordinaires.

Pour conclure, il semble que les fonctions et les effets de la référence à l'adjectif fondamental pour qualifier certains droits et libertés fournissent des facteurs explicatifs de leur diffusion, mais portent également en germe les bornes de celle-ci. Que l'on croit sincèrement à la qualité fondamentale des droits et libertés ou qu'on l'instrumentalise, et quelle que soit la signification qu'on attribue à l'adjectif, le caractère opératoire de son invocation reste lié à un usage modéré et contrôlé supposant la préservation d'une réserve conséquente de droits et libertés ordinaires. En cela, cette qualification peut, d'un point de vue libéral, être aussi bien promue que critiquée. Elle peut être saluée car elle renforce la protection des certains droits et libertés ; elle peut être décriée car ce surcroît de protection se réalise aux détriments d'autres droits et libertés, au terme d'une sélection délicate à justifier.

Ainsi, pour parodier un adage célèbre cher aux fiscalistes, « trop de fondamental tue le fondamental ». L'affirmation vaut certes pour beaucoup de qualifications mais elle se manifeste de façon toute particulière pour l'adjectif « fondamental ». Toutefois, elle mérite quelques nuances selon les effets et les fonctions envisagées, ainsi que les types de discours dans lesquels l'adjectif est mobilisé.

Concernant, tout d'abord, la justification d'un régime spécifique, si la qualification de fondamental s'ouvre à tous les droits, on peut se réjouir d'un niveau de protection renforcé, mais la qualification ne remplit plus sa fonction de sélection. Lorsqu'elle justifie une priorité, la qualification généralisée devient absurde : tous les droits ne peuvent être prioritaires. Ensuite, un surcroît de qualification réduit aussi nombre d'effets relatifs au pouvoir. Si tous les droits et libertés sont fondamentaux, cette référence ne manifeste, ni n'octroie aucun pouvoir nouveau ; elle épuise sa fonction. En revanche, le pouvoir continue d'opérer à l'égard des acteurs auxquels les droits et libertés fondamentaux particuliers sont opposés. De même, l'effet de légitimation peut résister à l'extension de la qualification car celui-ci repose essentiellement sur l'adhésion à des valeurs. Il importe peu (et il peut même paraître préférable) que ses valeurs soient très étendues ; la seule limite proviendrait d'un effet de banalisation d'une invocation répétée des arguments légitimes. Enfin, les effets attendus d'un usage rhétorique de la qualification de fondamental présentent le risque d'être atténués au fur et à mesure que le nombre de droits et libertés qui en bénéficient s'accroît et que les références se multiplient. Si tout est fondamental, l'invocation de l'adjectif ne produit plus d'effet spécifique.

La préservation de la majeure partie des effets et des fonctions liés à l'invocation du caractère « fondamental » des droits et libertés exige de résister à ses charmes. A défaut, il deviendrait nécessaire de quitter l'ordre du fondamental

et d'en appeler à un nouveau superlatif ou adjectif exprimant la dimension du « plus fondamental que fondamental »<sup>85</sup>. La référence au caractère fondamental des droits et libertés s'analyse alors comme la trace historique d'un déplacement terminologique du vocabulaire juridique résultant de la capacité d'un adjectif à exprimer des valeurs dominantes d'un moment (sans doute long), et de répondre aux ressorts et aux contraintes de l'argumentation juridique.

## REFERÊNCIAS

ALEXU, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traduit par E. Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ASSOCIATION DE REINSERTION SOCIALE DU LIMOUSIN ET AUTRES. Conseil d'Etat, Paris, n. 11, 3 mai. 2002.

BOBBIO, N. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994.

BOBBIO, N. *Letà dei diritt*. Turin: Einaudi, 1990.

BORDEAUX. Cour administrative d'appel de Bordeaux, 14 février 2002, *Mme Doucède et Mlle Missonie*, req. 01BX02441.

CASS. Civ. 2ème, 14 décembre 2000, req. 98-22427.

CASS. Civ. 3ème, 2 octobre 2002, req. 01-00589.

CASS. Civ. 3ème, 19 mars 2003, req. 01-03730.

CASS. Civ. 3ème, 22 octobre 2003, req. 02-14702.

CASS. Com., 7 mars 2000, req. 98-30389.

CASS. Com., 20 mars 2001, req. 98-14125.

CASS. Crim., 7 juin 2000, req. 00-81791.

CASS. Crim., 15 juin 2000, req. 99-50030.

CASS. Crim., 25 juillet 2001, req. 01-83400.

CASS. Crim., 3 avril 2001, req. 00-86515.

CASS. Crim., 23 octobre 2001, req. 00-97385.

CASS. Crim., 22 janvier 2002, req. 01-87452.

CASS. Crim. 19 mars 2002, req. 01-82598.

CASS. Crim., 26 mars 2002, req. 02-80211.

CASS. Crim., 3 avril 2002, req. n° 01-86730.

CASS. Crim. 22 mai 2002, req. 99-46306.

CASS. Crim., 25 sept. 2002, req. n° 02-84738.

CASS. Crim., 23 octobre 2002, req. 02-85147.

CASS. Soc. 10 juillet 2001.

CASS. Soc. 28 mai 2003.

CHALON-EN-CHAMPAGNE. Tribunal administratif de Châlon-en-Champagne, 28 janvier 2004, M. Ahmed B. contre Office public d'HLM de Saint-Dizier, AJDA., n. 5, 2004.

CHAMPEIL-DESPLATS, V. *La notion de droit «fondamental» et le droit constitutionnel français*. Paris: Dalloz, 1995.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Saisines*. Disponible dans: <[www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)>. Accès dans: avril 2010.

CONSEIL D'ETAT, 20 mai 1997, M. Bonansea, req. 96-LYO1676.

CONSEIL D'ETAT, 27 octobre 1989, M. Picabea Burunza, req. 107711.

CONSEIL D'ETAT, 10 mars 1989, M. Aldazabal Goizueta, req 97226.

CONSEIL D'ETAT, 10 novembre 1997, Mme Kagni, req. 172400.

CONSEIL D'ETAT, 9 mai 1990, M. de Bénouville, req. 73681.

CONSEIL D'ETAT, 6 novembre 2000, M. Nivette, req. 214777.

CONSEIL D'ETAT, 9 janvier 2001, *Deperthes*, AJDA., 2001.

CONSEIL D'ETAT, 23 mars 2001, *Lidl*, req. 154.

CONSEIL D'ETAT, 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, A.JDA, 2001.

CONSEIL D'ETAT, 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-La-Napoule*, req. 236196.

CONSEIL D'ETAT, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*. AJDA., n. 11, 2002.

CONSEIL D'ETAT, 16 février 2004, M. Ahmed B., req 264314.

DALLOZ. 13. éd. Paris: Dalloz, 2001.

DECISION 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984.

DECISION 93-325 DC, 13 août 1993.

DECISION 94-345 DC, 29 juillet 1994.

DEJEANT-PONS, M. L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, [s.l.], 30 novembre 1991.

DELMAS-MARTY, M. *Pour un droit commun*. [S.l.]: Seuil, 1994.

- DOUAI. Cour d'appel de Douai, 19 septembre 2000, req. 2000-3585.
- FAVOREU. L. et alii. *Droit des libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2000.
- FAVRE, J.; TARDIVEL, B. Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de «libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle». *R.D.P.*, [s.l.], n. 5, 2000.
- FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2001.
- FERRAJOLI, L. Fundamental rights. *International Journal for the Semiotics of Law*, [s.l.], v. 14, n. 1, 2001.
- GLENARD, G. Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'art. L.521-12 du Code de justice administrative. *AJDA*, [s.l.], n. 38, 2003.
- GOGUEL, R. Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. *COURS constitutionnelles et droits fondamentaux*. Aix-Marseille: Economica, 1982.
- GUASTINI. I principî di diritto. Il diritto dei nuovi mondi. In: CONVEGNO DALL'ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO DELLE FACOLTA DI GIURISPRUDENZA, Genova, 1992. *Annales...* Padova: CEDAM, 1994.
- LOCHAK, D. *Les droits de l'homme*. Paris: La Découverte, 2002. (Collection Repères).
- LYON. Cour administrative d'Appel de Lyon, 14 juin 2001, Mme Chalabi, req. 99LY02010.
- LYON-CAEN, A. V. *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*. Paris: Dalloz, 2001. (Collection Thèmes et commentaires).
- LYON-CAEN, A. VACARIE, I. *Droits fondamentaux et droit du travail*. Mélanges Verdier. Paris: Dalloz, 2001.
- MARCHESINI, G. Droit à l'aide juridictionnelle. Réflexions sur l'effectivité d'un droit fondamental. *RRJ*, [s.l.], 2003.1.
- MATHIEU, M. ; VERPEAUX, M. *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*. [S.l.]: LGDJ, 2002.
- MEYRAT, I. Droits fondamentaux et droit du travail: réflexions autour d'une problématique ambivalente. *Droit Ouvrier*, Paris, juillet 2002.
- MEYRAT, I. *Droits fondamentaux et droit du travail*. 1998. Thèse, Paris X-Nanterre, Paris, 1998.
- MOULY, C. La propriété, droit fondamental. *Droits et libertés fondamentaux*. Paris: Dalloz, 1994.
- PARIS. Cour d'Appel de Paris, 7 mars 2000, req. 1999/15862.

PECES-BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoria general*. Sevilla: Eudema, 1991.

PFERSMANN, Otto. Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux. In: DROIT des libertés fondamentales. Paris: Dalloz, 2000.

PICARD, E. L'émergence des droits fondamentaux en France. In: AJDA. *Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?*. [S. n.: s.l.], 1998. n° spécial.

PROVENCE. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 20 septembre 2001, req. 01-01833.

TOUVET, L. CE 18 janvier 2001. *Commune de Venelles*. CE 19 janvier 2001. *Confédération nationale des radios libres*, [s.l.]: RFDA, 2001.

TROIANIELLO, A. Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme? *Débats*, Paris, n. 124, mars-avril 2003.

WACHSMANN, P. *Libertés publiques*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2000.

1 O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000, p. 92. Voir également, L. Ferrajoli, « Fundamental rights », *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 14, n° 1, 2001, p. 2. L'auteur justifie sa définition des droits fondamentaux en ces termes : "This definition is *theoretical* because, although it is stipulate in reference to the fundamental rights positively sanctioned by statues and constitutions in contemporary democracies, it does not require that these rights be actually formulated in constitutions or fundamental laws and even the facts that they be actually contained in norms of positive law".

2 Le « droit au logement » offre un bon exemple des décalages possibles entre les méta-discours et les discours-objet. Ce droit se trouve dans la situation paradoxale d'être l'un des premiers et rares à avoir été expressément qualifiés de « fondamental » par le législateur (art. 1 de la loi du 6 juillet 1989), et, pourtant, de se voir refuser cette qualité par le Conseil d'Etat, au motif que le droit au logement n'a ni valeur constitutionnelle - constitutionnellement, il n'existe qu'un « objectif » d'accès à un logement décent -, ni de protection suffisante en droit international. (Conseil d'Etat, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, A.J.D.A., 2002, n° 11, p. 818). Par conséquent, si ce droit peut être considéré comme fondamental d'un point de vue axiologique ou structurel en faisant valoir qu'il conditionne la mise en œuvre d'autres droits comme la santé ou l'accès à l'éducation, en revanche, il ne peut l'être d'un point de vue formel que si l'on adopte une conception large de la notion de « droit fondamental » qui inclut les droits à simple statut légal. Or cela est l'objet de débats. Une conception restrictive, adoptée en l'occurrence par le Conseil d'Etat, réservant la qualité de droits fondamentaux à ceux de valeur constitutionnelle ou bénéficiant de garanties internationales particulières exclut le droit au logement. Un arrêt récent de la Cour de cassation renforce les divergences d'appréciation sur ce droit puisque, après avoir visé la loi, la Cour affirme explicitement pour la première fois, sous la forme d'un *obiter dictum*, sa qualité de droit fondamental sans autre justification toutefois que le visa effectué à la loi, Cass. civ. 3ème, 22 octobre 2003, req. 02-14702 : « Vu l'article 15-I, ensemble les articles 1er et 2 de la loi du 6 juillet 1989 - Attendu que, lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux ; que le droit au logement est un droit fondamental ; que les dispositions d'ordre public de la loi s'appliquent aux locations de locaux à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel et d'habitation principale ».

3 D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Editions La Découverte, collection Repères, 2002, p. 6. Sur l'historicité des droits de l'homme, voir également, N. Bobbio, *Letà dei diritti*, Einaudi, 1990.

4 Voir par exemple, A. Troianiello, « Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Débats*, n° 124, mars-avril 2003, p. 58. Selon l'auteur « alors que les droits de l'homme et, dans leur sillage les libertés

- publiques véhiculaient un imaginaire collectif, un projet politique auquel tous pouvaient souscrire, les droits fondamentaux font saillir les intérêts contradictoires et les dissensions inhérents à toute société ».
- 5 On peut interpréter en ce sens l'analyse de I. Meyrat sur le recours à la catégorie des droits fondamentaux en droit du travail. I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Droit Ouvrier*, juillet 2002, p. 343. L'auteur fait valoir que « l'invocation des droits fondamentaux vise moins l'obtention ou la consécration de droits sociaux nouveaux au profit des travailleurs que la garantie du respect de la personne au travail face aux pratiques de flexibilisation des conditions d'emploi de la main d'œuvre » (p. 345) ; elle ajoute plus loin « Dans un contexte où l'on est pressé d'abandonner 'les rassurantes catégories grâce auxquelles le droit social a construit sa description du monde', il convient de partir à la quête d'autres repères normatifs. Les droits fondamentaux sont-ils aptes à assumer cette fonction ? On peut en douter ».
- 6 Voir D. Lochak, *op. cit.*, p. 5 ; P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2000, p. 3. Les raisons des choix de chaque auteur diffèrent. D. Lochak préfère « les droits de l'homme » en hommage aux combats politiques dont ils marquent l'héritage ; par ailleurs, l'expression « droits fondamentaux » introduit une distinction peu saisissable entre les droits ainsi qualifiés et ceux qui ne le sont pas. P. Wachsmann écarte l'intitulé de « Libertés fondamentales » au profit de celui de « Libertés publiques » car ce premier anticipe « le développement de la justice constitutionnelle » et « laisse dans l'ombre tous les droits ne bénéficiant pas (ou pas encore) de la constitutionnalisation. Les 'droits fondamentaux' ne constituent donc qu'une partie des libertés publiques ».
- 7 Voir notamment le numéro spécial dédié à la discussion italienne de la théorie des droits fondamentaux de L. Ferrajoli, *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 14, n° 1, 2001 et l'ouvrage L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Editori Laterza, 2001. Voir, en Allemagne, l'ouvrage de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, publié en 1986 et traduit en espagnol par E. Garzon Valdés, *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 ; cf en Espagne, G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoria general*, Eudema, 1991.
- 8 Voir par exemple E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », in *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 6 ; O. Pfersmann, *op. cit.*, pp. 97 et s.
- 9 Voir notamment A. Troianiello, « Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *op. cit.* ; I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Droit Ouvrier*, *op. cit.*
- 10 Saisine du 19 mars 2003, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). Toutes les références faites aux décisions du Conseil constitutionnel, aux saisines et aux conclusions du secrétariat général du gouvernement sont accessibles sur ce site.
- 11 Voir V. Champeil-Desplats, « La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, chr. 323 ; J. Favre, B. Tardivel, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de 'libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle' », *R.D.P.*, n° 5, 2000, p. 1420.
- 12 Voir par exemple les saisines précitées relatives à la loi sur la sécurité intérieure de mars 2003 ou à la loi constitutionnelle sur la décentralisation de mars 2003
- 13 Saisine précitée contre la loi relative à la diversité de l'habitat
- 14 Les droits fondamentaux des contribuables ont été invoqués non par les auteurs de saisine mais par le secrétariat général du gouvernement (27 décembre 1999) à propos de la loi de finances rectificative pour 1999.
- 15 Saisine des députés du 13 décembre 1994 qui invoque le caractère fondamental de la dignité de la personne humaine contre la loi relative à la diversité de l'habitat de janvier 1995 (décision n° 94-359, 19 janvier 1995).
- 16 Saisine du 3 avril 2003.
- 17 Saisine des députés du 19 février 2003.
- 18 Voir les conclusions L. Touvet, sous CE 18 janvier 2001, *Commune de Venelles* et CE 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *R.F.D.A.*, 2001, (2), p. 378 au cours desquelles le commissaire du gouvernement reconnaît que « la notion de liberté fondamentale inscrite à l'art. L. 521-2 du code est une des plus délicates de celles issues de la loi du 30 juin 2000 ».
- 19 *Dalloz*, 13<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 877
- 20 Pour l'interprétation des juges des référés, voir *infra*.
- 21 Les conclusions suivantes sont tirées à partir d'une recherche systématique des occurrences « droit(s) », « liberté(s) », « fondamental(e)(s) », « fondamentaux » sur le site « Légifrance ».
- 22 Voir par exemple Cass. Crim. 22 janvier 2002, req. 01-87452 ; Cass. Crim. 19 mars 2002, req. 01-82598

- 23 Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 20 septembre 2001, req. n° 01-01833 ; Cass. civ. 3, 2 octobre 2002, req. 01-00589; Cass. Civ. 3, 19 mars 2003, req. n° 01-03730.
- 24 Cass. Soc. 28 mai 2003, D., jur. 2718, commentaire F. Guiomard ; P. Lokiec, « Tenue correcte exigée . Des limites de la liberté de se vêtir à sa guise », *Droit Social*, 2004, p. 132. Un tel usage de l'art. L. 120-2 avait été suggéré par J.-M. Verdier dans un article portant « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail. En marge de Cass. Soc. 10 juillet 2001, SPPTERP c./EDF... », *Droit social*, 2001, p. 1038. L'auteur estimait qu'« il y a donc là pour les juges une occasion à saisir : exploiter les notions de 'droits de personnes' et de 'libertés individuelles ou collectives', c'est-à-dire de droits fondamentaux, pour attacher à cette qualification, dès qu'elle peut être retenue pour un droit lésé, l'application de la sanction civile de la nullité ».
- 25 Cass. Crim., 3 avril 2001, req. 00-86515.
- 26 Cass. Civ. 2ème, 14 décembre 2000, req. 98-22427.
- 27 Cass. Crim., 7 juin 2000, req. 00-81791.
- 28 Cass. Crim., 26 mars 2002, req. 02-80211.
- 29 Cass. Crim., 15 juin 2000, req. 99-50030.
- 30 Cass. Crim., 23 oct. 2001, req. 00-97385.
- 31 Cass. Crim. 22 mai 2002, req. 99-46306.
- 32 Par exemple Cass. Crim., 22 janvier 2002, req. 01-87452 ; Cass. Crim. 19 mars 2002, req. 01-82598
- 33 Cass. Com., 7 mars 2000, req. 98-30389.
- 34 Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 20 septembre 2001, req. 01-01833. Le droit au logement est un droit fondamental au terme de la loi de 1989, mais il ne justifie pas les squats : « Les occupants sans titres ne peuvent se prévaloir du droit au logement dès lors que, bien qu'étant un droit fondamental, il ne peut dispenser ses titulaires des règles posées pour son exercice dans l'intérêt collectif... »
- 35 Cass. Civ. 3ème, 2 oct. 2002, req. 01-00589 : le droit fondamental au logement est invoqué, en vain pour que Mme Y, femme, malade, à faibles ressources et solitaire, mais causant des troubles excessifs de voisinages, ne soit pas congédiée ; Cass. Civ. 3ème, 19 mars 2003, req. 01-03730, à propos d'un étranger qui estimait faire l'objet d'une discrimination après le rejet de sa demande d'accès à un logement.
- 36 Cass. civ. 3ème, 22 octobre 2003, req. 02-14702, voir *supra* note 2.
- 37 Arrêt précité.
- 38 Cour d'Appel de Paris, 7 mars 2000, req. 1999/15862.
- 39 Cass. Com., 20 mars 2001, req. 98-14125.
- 40 Cour d'appel de Douai, 19 septembre 2000, req. 2000-3585.
- 41 Cass. Crim., 25 juillet 2001, req. 01-83400.
- 42 Cass. Crim., 23 octobre 2002, req. 02-85147.
- 43 Les conclusions suivantes sont tirées à partir d'une recherche systématique des occurrences « droit(s) », « liberté(s) », « fondamental(e)(s) », « fondamentaux » sur le site « Légifrance ».
- 44 Cour administrative d'Appel de Lyon 14 juin 2001, *Mme Chalabi*, req. 99LY02010. La requérante conteste son éventuelle extradition en raison de « l'atteinte aux droits fondamentaux » dont elle pourrait être la victime dans son pays d'origine.
- 45 Cour administrative d'appel de Bordeaux, 14 février 2002, *Mme Doucède et Mlle Missonie*, req. 01BX02441
- 46 Conseil d'Etat, 20 mai 1997, *M. Bonansea*, req. 96-LYO1676
- 47 Conseil d'Etat, 27 octobre 1989, *M. Picabea Burunza*, req. n° 107711; Conseil d'Etat, 10 mars 1989, *M. Aldazabal Goizueta*, n° 97226
- 48 Voir parmi de très nombreux exemples, Conseil d'Etat, 10 mars 1989, *M. Aldazabal Goizueta*, précité.
- 49 Par exemple, Conseil d'Etat, 10 novembre 1997, *Mme Kagni*, req. n° 172400 (invocation des accords sur les droits fondamentaux des nationaux et sur la circulation des personnes passés les 1<sup>er</sup> janvier 1974 et 17 juin 1978 entre la République française et la République populaire du Congo).
- 50 Conseil d'Etat, 9 mai 1990, *M. de Bénouville*, req. n° 73681
- 51 Conseil d'Etat, 6 novembre 2000, *M. Nivette*, req. n° 214777
- 52 Conseil d'Etat, 9 janvier 2001, *Deperthes*, A.J.D.A., 2001, p. 589
- 53 Conseil d'Etat, 23 mars 2001, *Lidl*, rec. 154
- 54 Conseil d'Etat, 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, A.J.D.A., p. 589
- 55 Pour une étude concernant la difficulté d'établir des critères d'identification, voir G. Glénard, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'art. L.521-12 du Code de justice administrative », A.J.D.A., 2003, n°38, p. 2008

- 56 Conseil d'Etat, 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-La-Napoule*, req. 236196
- 57 Conseil d'Etat, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, A.J.D.A., 2002, n° 11, p. 818
- 58 Voir par exemple, E. Picard, op. cit., O. Pfersmann, op. cit. ; I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse, Paris X-Nanterre, 1998 ; A. Lyon-Caen, I. Vacarie, *Droits fondamentaux et droit du travail*, Mélanges Verdier, Dalloz, 2001, p. 421 ou concernant le droit particulier de l'aide juridictionnelle, G. Marchesini, *Droit à l'aide juridictionnelle. Réflexions sur l'effectivité d'un droit fondamental*, R.R.J., 2003-1, p. 77
- 59 Pour des développements complémentaires sur ces conceptions, voir V. Champeil-Desplats, op. cit.
- 60 Au sujet du droit à l'environnement et à l'existence, voir M. Dejeant-Pons, « L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme », *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 30 novembre 1991, p. 461 : « il ne semble pas contestable que le droit à l'environnement soit un des droits de l'homme majeur du XXI<sup>e</sup> siècle, dans la mesure où l'humanité se voit menacée dans le plus fondamental de ses droits, celui à l'existence ».
- 61 R. Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Economica, 1982, p. 236
- 62 E. Picard, op. cit., p. 10
- 63 A propos du droit de propriété, C. Mouly, « La propriété, droit fondamental », *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 1994, p. 195
- 64 Sur ce point, très caractéristiques sont les manuels de L. Favoreu et alii. *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000 et de M. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002
- 65 V. Champeil-Desplats, op. cit. ; J. Favre, B. Tardivel, op. cit.
- 66 Voir P. Picard, op. cit., p. 37 : « Les droits fondamentaux sont fondateurs de ce que nous connaissons déjà, l'Etat de droit », p. 37.
- 67 R. Guastini, « I principî di diritto », *Il diritto dei nuovi mondi*, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza, Genova, 5-7 novembre 1992, Padova, CEDAM, 1994, p. 195
- 68 Voir A. Troianiello qui dénie même toute prétention universaliste à la notion de droit fondamental. Il estime que « le communautarisme et les droits fondamentaux (...) sont en définitive les produits dérivés du même phénomène », op. cit., pp. 64 et s.
- 69 Références récitées.
- 70 Arrêt précité.
- 71 Voir par exemple, M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil 1994
- 72 Selon la terminologie de N. Bobbio concernant les conceptions des principes généraux du droit, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 266
- 73 Voir A. Lyon-Caen, V. Champeil-Desplats (ed.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2001.
- 74 D. Lochak, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 5
- 75 Précitée.
- 76 Précitée.
- 77 Cass. Crim., 3 avril 2002, req. n° 01-86730
- 78 Décision 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984 ; décision 93-325 DC, 13 août 1993 ; décision 94-345 DC, 29 juillet 1994. Voir V. Champeil-Desplats, op. cit.
- 79 Voir F. Guiomard, op. cit. ; P. Lokiec, op. cit.
- 80 Tribunal administratif de Châlon-en-Champagne, 28 janvier 2004, *M. Ahmed B. contre Office public d'HLM de Saint-Dizier*, l'A.J.D.A., 2004, n° 5, p. 237. Tout en reconnaissant le caractère fondamental de la liberté de culte et l'atteinte grave que constitue le refus d'une autorisation d'absence par l'employeur pour la pratiquer, le tribunal relève que l'octroi de cette autorisation doit être compatible, et donc conciliée, avec les nécessités de fonctionnement normal du service public. « Le refus d'autorisation d'absence pour se rendre à la mosquée, fondé sur les règles d'organisation définies dans l'intérêt du service public, n'est dès lors, pas manifestement illégal ». Solution confirmée en appel par ordonnance du Conseil d'Etat, 16 février 2004, *M. Ahmed B.*, n° 264314, www.ajda.fr
- 81 F. Guiomard, op. cit., p. 2721
- 82 Voir en ce sens, A. Troianiello, op. cit.
- 83 Illustre parfaitement ces effets attendus de l'invocation du caractère fondamental des droits et libertés, la conclusion de J.-M. Verdier, dans son article « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail. En marge de Cass. Soc. 10 juillet 2001, SPPTERP c./EDF... », op. cit., p. 1038. L'auteur

fait ainsi valoir que « La qualification ‘fondamentaliste’ justifierait à elle seule l’annulation des actes ou mesures contraires ».

84 Parmi de nombreux exemples, peut être relevée la présentation par les avocats du Club de l’Horloge du droit de réponse comme droit fondamental ; général et absolu afin de répondre à l’affirmation selon laquelle figureraient au sein de ce Club des membres de l’extrême droite, Cass. Civ. 2, 14 décembre 2000, précité.

85 Procède peut-être déjà d’une telle démarche l’arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui fait allusion en matière de procédure pénale « aux droits les plus fondamentaux de Philippe X... », Cass. Crim., 25 sept. 2002, req. n° 02-84738.

## OS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS NA FRANÇA : GÊNESE DE UMA QUALIFICAÇÃO

### RESUMO

Trata-se de artigo acerca da qualificação de “fundamental” atribuída a determinados direitos e liberdades. Percorre-se a doutrina, a jurisprudência e o direito positivo franceses na busca da justificativa de tal adjetivo.

**Palavras-chaves:** Qualificação. Fundamental. Direito. Liberté.

## FUNDAMENTAL RIGHTS AND LIBERTIES IN FRANCE: ORIGINS OF A QUALIFICATION

### ABSTRACT

This paper examines the qualification of “fundamental” assigned to certain rights and liberties. For explaining the birth of such qualification, the author resorts to doctrine, case law and French positive law.

**Keywords:** Qualification. Fundamental. Right. Liberty.