



HAL
open science

Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes

Eliette Rubi-Cavagna, Pascale Deumier, Sylvaine Laulom, Nathalie Merley, Marie-Thérèse Avon-Soletti, Marie Renée Santucci, Farida Khodri, Mathilde Julien, Fanny Jacquelot, Ingrid Maria

► To cite this version:

Eliette Rubi-Cavagna, Pascale Deumier, Sylvaine Laulom, Nathalie Merley, Marie-Thérèse Avon-Soletti, et al.. Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes. [Rapport de recherche] Centre de Recherches Critiques sur le Droit. 2004, pp.318 f. <hal-00132404>

HAL Id: hal-00132404

<https://hal.science/hal-00132404v1>

Submitted on 18 Oct 2024

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

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



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

**Les principes fondamentaux
dans la jurisprudence
des juridictions suprêmes**

Responsable scientifique : Eliette RUBI-CAVAGNA
Maître de conférences université Jean Monnet – St-Etienne

Octobre 2004

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Ont participé à la rédaction de ce rapport :

Marianne COTTIN - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID
Pascale DEUMIER - Professeur – Université Jean Monnet - CERCRID
Sylvaine LAULOM - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID
Nathalie MERLEY - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERASPE
Eliette RUBI-CAVAGNA - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID

Et plus particulièrement concernant :

• l'histoire

Marie-Thérèse AVON - Maître de conférences – Université Jean Monnet
Marie-Renée SANTUCCI - Professeur – Université Jean Monnet

• le principe de faveur

Farida KODRI-BENHAMROUCHE - Maître de conférences – IUT de Charte
Sylvaine LAULOM - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID
Nathalie MERLEY - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERASPE

• le principe de sécurité juridique

Mathilde JULIEN – Maître de conférences – Université Paris VII

• Le principe du respect des droits de la défense

Fanny JACQUELOT – Docteur en Droit
Ingrid MARIA - A. T. E. R. – Université Jean Monnet - CERCRID

Ont également participé aux recherches :

Pascal ANCEL - Professeur – Université Jean Monnet - CERCRID
Baptiste BONNET – Université Jean Monnet - CERASPE
Stéphane CAPORAL - Professeur – Université Jean Monnet - CERASPE
Sandrine CORTEMBERT – Maître de Conférences – Université Jean Monnet
Simon DREVET – Etudiant
Mouna MOUNCIF-MOUNGACHE - A. T. E. R. – Université Jean Monnet – CERASPE
Philippe SOUSTELLE - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID
Balla SEYE – Doctorant – Université Jean Monnet - CERCRID
Estelle WURTZBACHER – A. T. E. R. – Université Jean Monnet

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche financée par le groupement d'intérêt public – mission de recherche Droit et Justice (subvention n° 22.07.01.09) son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.

Toute reproduction même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP.

Table des matières

1 – Introduction	6
1. 1 - Premiers éléments d'une définition des principes fondamentaux	6
1. 1. 1 - Les apports de l'étymologie	6
1. 1. 2 - Les apports de l'histoire.....	8
1. 1. 2. 1 - La dimension constitutionnelle des lois fondamentales.....	8
1. 1. 2. 2 - L'utilisation plus diversifiée de l'expression « principes fondamentaux »	10
1. 1. 2. 3 - L'essor contemporain de l'expression « principes fondamentaux » dans le langage du droit	12
1. 2 - Les objectifs de la recherche	14
1. 3 - La méthode	15
1. 3. 1 - Les options méthodologiques dictées par les objectifs.....	15
1. 3. 2 - Les étapes de la recherche	18
2 - L'approche par l'expression « principes fondamentaux »	21
2. 1 - Une réalité numérique faible	22
2. 1. 1 - La faible utilisation des principes fondamentaux par les juridictions suprêmes.....	22
2. 1. 2 - L'absence de recrudescence dans le temps des principes fondamentaux.....	23
2. 2 - L'hétérogénéité des principes fondamentaux	26
2. 2. 1 - L'absence d'énoncés communs à l'ensemble des juridictions	26
2. 2. 2 - L'hétérogénéité des énoncés au sein de chaque juridiction	29
2. 2. 3 - La diversité des textures des énoncés.....	33
2. 2. 4 - Les origines des principes fondamentaux.....	35
3 - L'approche des principes fondamentaux par les fonctions	39
3. 1 - L'identification des fonctions communes aux « principes fondamentaux »	40
3. 1. 1 - La mise à l'écart des décisions où les « principes fondamentaux » apparaissent par citation de textes qui utilisent cette expression	41
3. 1. 2 - La méthode d'identification des fonctions communes aux principes fondamentaux.	44
3. 2 - L'analyse des trois fonctions identifiées	47
3. 2. 1 - La fonction rhétorique	47
3. 2. 2 - La fonction créatrice.....	51
3. 2. 2. 1 - La création par l'identification d'une norme.....	51
3. 2. 2. 2 - La création par l'extension d'une norme	55
3. 2. 3 - La fonction de « prévalence-éviction »	57

4 - Les équivalents fonctionnels	60
4. 1 - La recherche des équivalents fonctionnels	61
4. 1. 1 - La méthode de recherche des équivalents fonctionnels.....	61
4. 1. 1. 1 - La présentation de la méthode.....	61
4. 1. 1. 1. 1 - Les équivalents fonctionnels rencontrés lors des phases antérieures	61
4. 1. 1. 1. 2 - Les équivalents sémantiques	63
4. 1. 1. 2 - La présentation des supposés équivalents fonctionnels retenus	64
4. 1. 2 - L'existence et la diversité des équivalents fonctionnels	67
4. 1. 2. 1 - Le panorama des équivalents fonctionnels devant les juridictions suprêmes	68
4. 1. 2. 1. 1 - Les équivalents occasionnels	68
4. 1. 2. 1. 2 - L'équivalent principal : les « principes généraux »	71
4. 1. 2. 2 - L'émergence de catégories juridiques	73
4. 2 - L'analyse comparée des principes fondamentaux et des équivalents fonctionnels	75
4. 2. 1 - Les tendances convergentes au sein de chaque ordre juridique.....	76
4. 2. 1. 1 - Les principes fondamentaux devant les juridictions suprêmes de l'ordre juridique étatique : une catégorie à valeur constitutionnelle	76
4. 2. 1. 2 - Les principes généraux devant les juridictions suprêmes de l'ordre juridique international : une catégorie reconnue	79
4. 2. 2 - Les principales sources d'instabilité lexicale.....	82
4. 2. 2. 1 - L'utilisation du terme « principe » dépourvu de qualificatif	83
4. 2. 2. 2 - L'instabilité du vocabulaire utilisé par certaines juridictions	87
4. 2. 2. 2. 1 - La Cour de justice des Communautés européennes : la distinction principe fondamental/principe général	87
4. 2. 2. 2. 2 - La Cour de cassation : la constance dans la dispersion	90
5 - L'approche transversale de quelques principes fondamentaux	92
5. 1 - Le principe fondamental de faveur	95
5. 2 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions suprêmes .	106
5. 2. 1 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions européennes ..	107
5. 2. 1. 1 - La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes	108
5. 2. 1. 2 - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	117
5. 2. 2 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions françaises	122
5. 2. 2. 1 - La jurisprudence du Conseil Constitutionnel	122
5. 2. 2. 2 - La jurisprudence du Conseil d'État	124
5. 2. 2. 3 - La jurisprudence de la Cour de cassation.....	125
5. 3 – Les droits de la défense	130
5. 3. 1 - L'identification du principe	132
5. 3. 1. 1 - Fondements et terminologie	132
5. 3. 1. 1. 1 - Les droits de la défense : un principe qui existe avec ou sans texte.....	132
5. 3. 1. 1. 2 - Une terminologie propre à chaque juridiction	136
5. 3. 1. 2 - Valeur et fonction du principe.....	138
5. 3. 1. 2. 1 - La consécration du principe du respect des droits de la défense au plus haut rang des hiérarchies des normes	138
5. 3. 1. 2. 2 - Les fonctions du principe du respect des droits de la défense	140

5. 3. 2 - Le travail jurisprudentiel de délimitation du principe du respect des droits de la défense.....	144
5. 3. 2. 1 - Champ d'application (en surface).....	144
5. 3. 2. 1. 1 - Le choix des titulaires.....	144
5. 3. 2. 1. 2 - Les domaines.....	144
5. 3. 2. 2 - Contenu du principe (en profondeur).....	149
5. 3. 2. 2. 1 - Le droit d'être assisté par un avocat.....	150
5. 3. 2. 2. 2 - La communication des griefs.....	151
5. 3. 2. 2. 3 - L'accès au dossier.....	153
5. 3. 2. 2. 4 - Le droit d'être entendu.....	154
5. 3. 2. 2. 5 - Le droit de garder le silence et le droit ne pas s'auto-incriminer.....	156

6 - Conclusion	159
-----------------------------	-----

Bibliographie	162
----------------------------	-----

Annexes	169
----------------------	-----

Annexe I – Historique	170
-----------------------------	-----

Annexe II – Grille d'analyse des décisions de justice.....	185
--	-----

Annexe III – Cour Internationale de Justice	187
---	-----

Annexe IV – Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	193
--	-----

Annexe V- Cour de Justice des Communautés Européennes.....	212
--	-----

Annexe VI – Conseil Constitutionnel	234
---	-----

Annexe VII- Conseil d'Etat.....	276
---------------------------------	-----

Annexe VIII – Cour de Cassation	291
---------------------------------------	-----

1 - Introduction

Un flou conceptuel entoure l'expression « principe fondamental ». Dès l'abord l'interrogation point concernant ce qui distingue le principe fondamental, du principe essentiel, du principe général ou du principe supérieur. L'appel à projet et la programmation scientifique pour les années 2001-2003 formulés par la Mission de recherche Droit et Justice sont, à cet égard, révélateurs des incertitudes. L'appel d'offre sollicite en effet une réflexion sur les « principes fondamentaux du droit » tandis que la programmation scientifique invitait, au sein des sources et modes de formation du droit, à réaliser des investigations sur les « principes généraux du droit » en soulignant que « *L'objectif serait de s'interroger sur la notion même de « principes supérieurs du droit » auxquelles se réfèrent certaines décisions jurisprudentielles fondamentales... »*.

Cette apparente interchangeabilité des expressions amène à s'interroger tout à la fois sur ce que sont les principes fondamentaux et sur ce qui pourrait les distinguer ou les rapprocher des principes supérieurs, généraux ou essentiels. La réponse à l'appel d'offre proposée par le CERCRID et le CERAPSE a donc été structurée autour de l'expression « principes fondamentaux » avec pour objectif d'élucider le phénomène du recours à de tels principes fondamentaux par les juridictions suprêmes.

Les premiers éléments de définition des principes fondamentaux permettent de comprendre les interrogations qui surgissent aujourd'hui concernant l'éventuelle identification d'une notion de principe fondamental, le cas échéant distincte des principes autrement qualifiés.

1. 1 – Premiers éléments d'une définition des principes fondamentaux

L'identification des premiers éléments de définition impose de remonter aux sources de l'expression par des recherches étymologiques et historiques.

1. 1. 1 – Les apports de l'étymologie

Une approche étymologique permet de mieux cerner les deux termes composant la locution dont on souligne parfois le caractère pléonastique.

La notion philosophique de principe semble apparaître au VI^{ème} siècle avant J.C., dans la civilisation grecque. Le terme employé est « *archè* » alors que les philosophes commencent à spéculer sur la nature profonde des choses, sur ce qui constitue leur principe. Les Romains adoptent le mot *principium*, à l'origine du mot français principe, pour désigner ce qui est avant, au commencement, à l'origine. En Orient Ancien, le mot « principe » se trouve explicitement dans la Bible. Dans l'Ancien Testament, (Livre de la Genèse 1, 1), il est écrit : « In principio creavit Deus cælum et terram »¹. Dans le Nouveau Testament (Prologue de l'Évangile selon Saint Jean 1, 1) : « In principio erat Verbum... »².

Le terme implique une hiérarchie entre des notions, il permet de distinguer entre des notions qui sont à la source, nécessairement supérieures, et d'autres notions qui découlent de ces notions premières.

Le terme « principe » deviendra largement polysémique en ancien français signifiant non seulement le commencement mais aussi la source ou la cause première d'une chose puis la notion fondamentale d'une science et par extension la loi de portée générale relative à une science ou à une discipline.

Le substantif « fondement » dont découle l'adjectif « fondamental » connaît une évolution plus nette encore d'une acception matérielle à un sens figuré. Le terme utilisé en Grec est « *thémélion* », celui employé en latin est *fundamentum* qui a donné le mot français fondement. Ce vocable signifie exactement fondement, fondation, pierre de fondation. Le dérivé latin de *fundare*, *fundamentalis*, désignait « ce qui constitue la base de quelque chose ».

On note que le terme, dont le sens s'élargit, part toujours d'un signifié matériel pour s'élever vers un sens figuré dont n'est pas absente l'idée de construction. Il exprime ce qui est support et qui soutient l'ensemble. En ce sens d'ailleurs, le dictionnaire de la langue française rapproche l'adjectif « fondamental » d'autres adjectifs présentés comme synonymes : essentiel, constitutif, capital, crucial, basique, foncier, radical.

Les deux termes étudiés renvoient donc tous deux à l'idée de source et d'origine ce qui peut accréditer l'impression d'une expression pléonastique. Néanmoins, le « principe » exprime la source dans sa primauté et son antériorité, le « fondement » exprime la source dans sa solidité et sa stabilité. L'expression « principe fondamental » peut alors être comprise comme revêtant un double sens : ce qui est à la fois enraciné et érigé.

¹ « Au commencement, Dieu créa le ciel et la terre »

² « Au commencement était le Verbe ... ». En Grec « en *archè* è o *logos* ».

L'expression ne semble pas connaître un succès immédiat dans l'histoire française.

1. 1. 2 – Les apports de l'histoire

Si l'expression « loi fondamentale » s'impose en droit public, sous l'influence du droit canonique, pour désigner celles qui sont au fondement de l'Etat monarchique, tant en France que dans l'Allemagne du Saint Empire ou même en Grande-Bretagne, celle de « principes fondamentaux » apparaît d'un usage plus large et se développe corrélativement à la pensée moderne avant de connaître, en France, la consécration par le biais du préambule de la Constitution de 1946.

1. 1. 2. 1 – La dimension constitutionnelle des lois fondamentales

En France, l'expression « lois fondamentales » désignant la constitution non écrite du Royaume avant 1789 est apparue relativement tardivement. Sa première apparition a été repérée dans un texte rédigé en 1575; il s'agit d'un manifeste du parti des Politiques (parti de catholiques n'approuvant pas les excès de la Ligue et donc défendant le roi et ses pouvoirs traditionnels). L'expression fut en quelque sorte consacrée par l'emploi qu'en firent les Parlements dans l'Edit d'Union du 19 juillet 1588.

Auparavant on employait pour les désigner, les termes de « lois du royaume », par opposition aux « lois du roi »³. L'usage de l'expression « lois fondamentales »⁴ devient courant dans la deuxième moitié du XVII^e siècle mais ne supprime l'ancienne appellation qu'au XVIII^e.

Dans le langage juridique de l'Ancien Régime, le terme de « fondamental » est réservé à ces « lois fondamentales » et donc au domaine du droit constitutionnel⁵ et les historiens contemporains qui analysent ces lois parlent constamment à leur sujet de « principe » : principe de masculinité, d'indisponibilité etc. et même, nomment parfois leur ensemble de « principes directeurs de la monarchie ».

³ Les lois du Roi sont l'expression du pouvoir législatif.

⁴ Le terme de « lois » peut sembler surprenant puisqu'il est appliqué à des règles dont nous savons qu'elles sont essentiellement d'origine coutumière, qu'elles se sont développées progressivement pour régler les rapports entre le Roi et l'Etat. Le sens du mot loi n'est donc pas ici à relier au pouvoir législatif, mais relève plutôt du sens moral et scientifique de règle d'action que l'on doit obligatoirement appliquer.

⁵ Le terme de constitution au sens actuel n'apparaît néanmoins pour la première fois qu'en 1723, dans une déclaration royale.

La volonté des juristes du Moyen-Âge est de donner à ces règles, nées de façon empirique, un caractère d'immanence afin de les rendre supérieures au pouvoir lui-même et d'assurer la stabilité de ce pouvoir. Ce désir de stabilité est manifeste dans le deuxième terme de l'expression, le mot « fondamental ». Ces règles sont les fondements, les fondations de la royauté et toute atteinte ou dérogation sape la cohésion de l'ensemble, détruit l'ordre nécessaire à la paix et devient une menace non seulement pour la royauté mais pour l'ensemble du corps social puisque dans la théorie monarchique le roi et son peuple ne font qu'un (théorie du corps mystique).

Quant à leur contenu, les « lois fondamentales » se construisent très progressivement. Dès le XIII^{ème} siècle, les juristes qui entourent le roi bâtissent peu à peu la théorie selon laquelle il existe, à l'intérieur du royaume, des normes juridiques placées au-dessus de la volonté du roi. Pour ce faire, il convient de distinguer le roi de la couronne et les juristes réinventent alors le droit public, en s'appuyant sur le droit romain mais aussi sur la doctrine canonique: « la distinction du roi et de la couronne reprend celle du pape et de l'Eglise » (Ourliac)⁶. Ici comme là, les règles de succession, d'inaliénabilité et d'orthodoxie s'imposent au titulaire du pouvoir.

Compte tenu de leur origine coutumière et du souci de pouvoir régler un problème imprévu, les lois fondamentales constituent un ensemble ouvert qui n'a jamais connu d'énumération limitative. Toutefois, et malgré les tentatives des Etats généraux et des Parlements, les refus du Roi ont toujours limité les lois fondamentales aux dispositions qui règlent la dévolution du trône et imposent l'inaliénabilité du domaine de la couronne⁷.

Lors de la révolution française, en 1789, la majorité de l'assemblée part du principe qu'elle a pour tâche de mettre par écrit les « Lois fondamentales » de l'Etat⁸. Le titre I de la Constitution de 1791 reprend les idées révolutionnaires dans les « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution » mais le Titre 3 consacre la forme monarchique du pouvoir (article 4) et confirme la loi salique (chapitre II, Section 1, article 1). De ce fait, les notions

⁶ En dépit des apparences, il n'y a pas transmission du pouvoir de monarque à monarque, mais investiture automatique et directe du successeur par la coutume pour en continuer l'office. Les titulaires successifs sont dépersonnalisés au profit de la permanence de l'être royal. Le roi est au mieux un usufruitier ou un tuteur du royaume.

⁷ Les conflits idéologiques qui ont précédé et suivi la Révolution avaient conduit à sous-estimer la valeur juridique des lois fondamentales. Voltaire écrivait « On parle partout des lois fondamentales mais existent-elles? ». Des historiens, comme Marcel Marion, niaient même leur existence. Aujourd'hui les historiens s'accordent à leur donner valeur de lois constitutionnelles.

⁸ Cependant une minorité, reprenant les idées de Sieyès, croit que la Constitution doit reposer sur des principes juridiques neufs.

essentielles des « Lois fondamentales » du royaume se retrouvent, mises par écrit, à l'intérieur de la Constitution. La constitution devient la loi suprême comme l'affirmait déjà Thouret le 3 novembre 1789 devant l'assemblée : « Etablir la Constitution, c'est porter, au nom de la Nation, la loi suprême qui lie et subordonne les différentes parties de l'Etat au tout ... c'est-à-dire ... la Nation en corps »⁹. Pour cette raison, la Constitution - loi suprême - s'impose à la volonté des législateurs ordinaires.

Après le renversement de la Royauté, le 10 août 1792, les « Lois fondamentales » ne doivent plus exister, non seulement comme dispositions propres à un régime, mais aussi en tant que lois constitutionnelles. Le terme « fondamental » disparaît des textes pour plus de 150 ans¹⁰. Les constitutions rigides qui vont suivre poseront des « dispositions générales » ou garantiront des « droits ».

En France, l'adjectif « fondamental » va disparaître des textes constitutionnels pendant 150 ans¹¹ alors que l'expression « principes fondamentaux » connaîtra un certain développement à l'étranger ainsi que dans le vocabulaire scientifique.

1. 1. 2. 2 – L'utilisation plus diversifiée de l'expression « principes fondamentaux »

En France comme à l'étranger, si les « principes fondamentaux » revêtent parfois une dimension constitutionnelle, l'expression est le plus souvent utilisée dans un contexte plus large.

Les utilisations de l'expression « principe fondamental » dans le champ constitutionnel paraissent rares mais elles sont révélatrices. Est-ce partiellement pour rompre avec les lois fondamentales ? Est-ce, au contraire, pour ne pas s'en couper totalement ? L'année qui précède la Révolution française, un publiciste, Le Roy de Barincourt, publie un ouvrage intitulé *Principe fondamental du droit des souverains*¹² dans lequel il défend tout à la fois le principe monarchique et la séparation des pouvoirs¹³.

L'expression apparaît encore pendant l'été constituant de 1789. On relève le *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement*, d'Adrien

⁹ Archives parlementaires, Première Série, Tome 9, page 655

¹⁰ A une exception près dans la Constitution du 14 janvier 1852. Voir Annexe I.

¹¹ En 150 ans, le terme apparaît une fois en 1852. Il ne ré-apparaît ensuite que dans le préambule de la Constitution de 1946. Voir Annexe I.

¹² Le Roy de Barincourt, *Principe fondamental du droit des souverains* 2 tomes, 320 p. Genève : [s.n.], 1788

¹³ Défense d'une monarchie limitée qui formera le discours de beaucoup de monarchiens. Il en reprend les grandes lignes en 1789 dans *La monarchie parfaite ou l'accord de l'autorité d'un Monarque avec la liberté de la nation qu'il gouverne*. Genève, 292 p.

Duport et, dans les débats, une intervention de Dêmeunier. Ce dernier, critiquant le projet d'un de ses collègues, fait une observation intéressante quant à la signification qu'il accorde à cette expression : « Je ne crois pas que l'on puisse adopter le système de M. Crenière : ce système tend à confondre la Déclaration des droits et les *principes fondamentaux de la Constitution* ; c'est le système de Hobbes, rejeté de l'Europe entière »¹⁴.

En Amérique, l'expression « principes fondamentaux » semble s'être imposée plus tôt et plus nettement en particulier au moment de la rédaction de la Charte des Libertés du Massachusetts de 1641¹⁵. Elle se trouve dans le Livre des Lois et Libertés générales des habitants du Massachusetts de 1648¹⁶ et, bien entendu, dans la Constitution du Massachusetts de 1780¹⁷. On doit encore évoquer le célèbre arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis rendu en 1803, *Marbury v. Madison*¹⁸. La décision énonce, à propos de la supériorité de la Constitution fédérale sur les lois fédérales, que « cette *théorie* est essentiellement attachée à une constitution écrite et doit par conséquent être considérée par cette Cour comme un des *principes fondamentaux de notre société (fundamental principles of our society)* »¹⁹. Ici, parce que la constitution, écrite, est la *loi fondamentale* et suprême, la *théorie* de sa suprématie est un *principe fondamental de la société*.

Nonobstant ces quelques exemples illustrant un lien fort entre « constitutionnel » et « fondamental », l'expression « principes fondamentaux » apparaît d'un usage plus large. On trouve de nombreuses occurrences de cette expression, relative ou non au droit, chez les philosophes et les publicistes. Ainsi, en philosophie du droit, dès 1673, Pufendorf voit-il dans l'amour de soi-même « un des principes fondamentaux du droit naturel »²⁰. De même, la référence à des « principes fondamentaux », qui ne sont pas nécessairement juridiques, figure-

¹⁴ AP, 1ère série, t. VIII, séance du 18 août, p. 451. Cela indique clairement que pour certains constituants, les principes fondamentaux de la Constitution appartiennent au positivisme hobbesien et n'ont rien à voir avec le jusnaturalisme des Lumières ni avec les principes énoncés dans la Déclaration.

¹⁵ Massachusetts Body of Liberties. Les « principes fondamentaux » y complètent la Magna Carta de 1215.

¹⁶ Facsimilé Cambridge, 1929.

¹⁷ L'article XVIII fait référence aux *fundamental principles of the constitution*.

¹⁸ 24 février 1803, U.S. Supreme Court *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), 5 U.S. 137 (Cranch) *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*. February Term, 1803.

¹⁹ « Assurément, tous ceux qui ont élaboré des Constitutions écrites les ont conçues comme représentant la *loi fondamentale* et suprême de la nation (*fundamental and paramount law of the nation*) ; en conséquence, le principe de tout gouvernement de cet ordre doit être qu'une loi du Parlement contraire à la Constitution est nulle. Cette *théorie* est essentiellement attachée à une Constitution écrite et doit par conséquent être considérée par cette Cour comme un des *principes fondamentaux de notre société (fundamental principles of our society)* »

²⁰ « Amour de soi-même est un des *Principes fondamentaux* du Droit Naturel », Pufendorf (Samuel von), *Les devoirs de l'homme et du citoyen tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, 1673, trad. du latin de feu Mr. le baron de Pufendorf, par Jean Barbeyrac, XL-[8]-376 p. Amsterdam, H. Schelte, 1707.

t-elle, entre autres, chez le baron d'Holbach²¹, chez Antoine-Martin Roche²², disciple de Locke, chez d'Alembert dans l'Encyclopédie²³ qui l'utilise comme synonyme de « principes généraux »²⁴, et bien sûr chez Jean-Jacques Rousseau²⁵. Il s'agit d'identifier ce qui structure un concept tel que le droit, la religion, les sciences ou la raison.

Il semble que, à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, dans la littérature purement scientifique, juridique ou économique²⁶, les occurrences, relativement rares, de l'expression « principes fondamentaux », retiennent surtout le caractère systémique ce qui correspond au développement de l'esprit scientifique²⁷. C'est la raison pour laquelle, ici encore, les auteurs préfèrent parfois employer l'expression « principes généraux », qui figure notamment dans le cours de droit administratif de Ducrocq²⁸.

1. 1. 2. 3 – L'essor contemporain de l'expression « principes fondamentaux » dans le langage du droit

En France, l'essor de l'expression dans le langage du droit semble conséquent à l'adoption de la constitution de 1946.

L'histoire est connue. C'est au début de l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931 qu'apparaît l'expression : « Sous réserve du maintien de la liberté d'enseignement qui est un des principes fondamentaux de la République... »²⁹. Cette affirmation conduira à des

²¹ Holbach (Paul Henri Dietrich, baron d'), *Le christianisme dévoilé, ou Examen des principes et des effets de la religion chrétienne* (par feu M. Boulanger) Londres : [s.n.], 1756 (en réalité Nancy 1766). in-8, Amsterdam, 1767.

²² Roche, Antoine-Martin, *Traité de la nature de l'âme et de l'origine de ses connaissances* Volume 1, 570 p. Paris : Vve Lottin, 1759. in-12, Gourlin (Pierre-Sébastien).

²³ Alembert (Jean Le Rond D'), *L'encyclopédie*, Tome 3, 1754, éd. Stuttgart, F. Fromann, 1966.

²⁴ Discours préliminaire de l'*Encyclopédie*, les expressions « principes généraux » ou « fondamentaux » des sciences sont employées indifféremment.

²⁵ « Je me suis toujours dit tout cela ne sont que des arguties et des subtilités métaphysiques qui ne sont d'aucun poids auprès des *principes fondamentaux* adoptés par ma raison, confirmés par mon cœur et qui tous portent le sceau de l'assentiment intérieur dans le silence des passions » Rousseau (Jean-Jacques), *Les rêveries du promeneur solitaire*, 1776-1778, publication posthume 1782. Le même auteur évoque également les « principes fondamentaux du christianisme dans les *Lettres écrites de la Montagne*, Amsterdam, 1764, M.-M. Rey, in 8°.

²⁶ Say (Jean-Baptiste), *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*, 3^{ème} édition accompagnée d'un épilogue des *principes fondamentaux de l'économie politique*, après le remaniement de l'édition de 1814, Paris, Deterville, 1817.

²⁷ V. par exemple, Foelix (Jean Jacques Gaspard), *Traité du droit international privé ou Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Tome premier, 4^e éd. rev. et augm. par Charles Demangeat, VIII-510 p., Paris : Marescq, 1866 ; Fiore, Pasquale, *Le droit international codifié et sa sanction juridique* ; nouv. éd. complètement ref. et complétée, en tenant compte des Conférences de la Haye de 1899 et de 1907, trad. de l'italien par Ch. Antoine, XX-893 p. Paris : A. Pedone, 1911 ; *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye 1924 – 1938, 1934 -III, t. 49 de la collection, Paris, Sirey 1934, 890 pp, E.-M. Meijers : « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Age, spécialement dans l'Europe occidentale ».

²⁸ Ducrocq (Théophile), *Cours de droit administratif*, Tome second, 848 p., Paris : E. Thorin, 1881 : « principes généraux de l'assistance publique ».

²⁹ Il n'est pas inintéressant de noter que l'amendement à l'origine de cette insertion présentait la liberté d'enseignement comme « une des lois fondamentales de la République » et qu'un débat s'en est suivi sur l'existence ou non d'une loi, les parlementaires ayant finalement préféré le terme de principe pour éviter notamment l'éventuelle confusion ou distinction entre des lois fondamentales et des lois qui ne le seraient pas alors que la législation ne procédait pas à cette distinction. Voir

débats passionnés lors de l'élaboration du préambule de la constitution de 1946 qui « réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de République »³⁰.

La Constitution de la Vème République, en proclamant, dans son préambule, son attachement au préambule de la constitution de 1946 et en créant le Conseil constitutionnel lequel reconnaîtra valeur constitutionnelle au dit préambule, contribuera à l'essor de ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Cette référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de République ainsi que la mention, dans l'article 34 de la Constitution de 1958, de la compétence législative pour fixer les principes fondamentaux de certaines matières, peuvent amener à percevoir le droit constitutionnel comme le détenteur d'un monopole en la matière : seraient fondamentaux, les principes à valeur constitutionnelle, sous la réserve du choix de cette qualification par le Conseil constitutionnel, seul organe apte à reconnaître une telle valeur.

Cette perception des principes fondamentaux, qui semble fortement liée à la tradition française ne rend pas compte de la variété actuelle des recours aux principes fondamentaux. Le Conseil constitutionnel n'a pas l'exclusivité de l'expression et aujourd'hui toutes les juridictions que l'on peut qualifier de suprêmes, au sens où leurs décisions ne peuvent être soumises à l'appréciation d'une autre juridiction, utilisent l'expression. Le principe fondamental est un instrument mobilisé par les juridictions suprêmes nationales (le Conseil d'État³¹ et la Cour de cassation³²), européennes (la Cour européenne des droits de l'homme³³ et la Cour de justice des Communautés européennes³⁴) et internationale (la Cour

V. Champeil-Desplat Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques, Economica, PUAM, 2001 et E. SAID Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Mémoire, Université de Rennes I. 1992.

³⁰ Voir V. Champeil-Desplat, préc. et E. SAID préc.

³¹ C.E., Ass., 3 juillet 1996, Koné, G.A.J.A., n° 113 : « que ces stipulations doivent être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République (...) »

³² Cass. Soc. 27 mars 2001, Bull., : « Vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application »

³³ C.E.D.H., 22 mars 2001, Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, § 49 : « La Cour rappelle tout d'abord les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'interprétation et l'application du droit interne »

³⁴ C.J.C.E., 9 octobre 2001, Flemmer. Affaires jointes C 80/99 à C 82/99 : « en ce qui concerne le principe de la confiance légitime invoqué par la juridiction nationale, il y a lieu de rappeler que les exigences découlant de la protection des droits et des principes fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire dont la Cour assure le respect lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires »

internationale de justice³⁵). Ces juridictions suprêmes se partagent désormais l'usage des principes fondamentaux avec pour points communs une même absence d'indication sur leur nature exacte et une égale diversité dans les fonctions attribuées.

Le langage du droit s'est saisi de l'expression. Les textes et les juridictions semblent aussi enclins à y recourir que peu disposés à en préciser les contours exacts.

La littérature en la matière est d'un secours relatif : si elle est très fournie concernant des termes et expressions voisines, notamment sur les principes généraux du droit et les droits fondamentaux, elle ne traite pas directement des principes fondamentaux³⁶. La distinction des différentes expressions reste, dans ce contexte, très malaisée.

Tenter de préciser au mieux ce que recouvre cet instrument se présente dès lors comme un défi nécessaire que le CERCRID, engagé depuis sa création dans une réflexion sur les « outils » du droit³⁷ – la règle (légale ou jurisprudentielle), la décision, le contrat –, a tenté de relever en collaboration avec le CERAPSE dont les compétences en droit public étaient indispensables.

1. 2 - Les objectifs de la recherche

La recherche se propose d'élucider le phénomène du recours aux principes fondamentaux par les juridictions suprêmes. Il ne s'agit pas de construire une définition dans le cadre d'une démarche théorique, il s'agit de percevoir l'éventuelle unité du phénomène (ou la dispersion du phénomène) à partir de la comparaison des contentieux des juridictions produisant de la jurisprudence.

Comprendre la mobilisation des principes fondamentaux par les juridictions a conduit à fixer deux objectifs complémentaires pour la recherche. En premier lieu, il s'agissait d'identifier le phénomène et en second lieu de tenter de le comprendre.

- Identifier le phénomène devait permettre de vérifier l'existence d'un recours aux principes fondamentaux et de mesurer son ampleur en ayant égard, non pas seulement à ce que les juridictions qualifient de « principe fondamental » mais également aux instruments

³⁵ C.I.J. arrêt du 27/06/86, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis (le principe de la légitime défense) ; CIJ, arrêt du 3/02/94, Différend territorial Jamahiriya Arabe Libyenne c. Tchad (le principe de l'effet utile des frontières).

³⁶ Hormis des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

³⁷ La réflexion engagée a pour objectif de mieux comprendre la construction de tels outils, leur structure, leur fonctionnement en liaison avec les actions et leurs interactions.

autres qui relèvent d'une logique de principes fondamentaux. L'identification du phénomène devait donc être réalisée selon une double approche, une approche par les termes et une approche par les fonctions, cette dernière permettant l'identification d'expressions équivalentes à celle de « principe fondamental ».

- Comprendre le phénomène devait conduire, par une analyse comparée des résultats, à percevoir des phénomènes de convergences ou de divergences entre les juridictions concernant tant les contenus que la terminologie afin d'en estimer les conséquences en terme d'élaboration du droit ou de diffusion des normes.

1. 3 - La méthode

La recherche est construite sur des méthodes de sociologie juridique qui permettent d'observer, dans le cadre contentieux, comment les juridictions mobilisent l'outil « principe fondamental » et les expressions équivalentes. Nous préciserons donc les options méthodologiques retenues pour réaliser l'observation contentieuse puis nous exposerons les différentes étapes de la recherche.

1. 3. 1 - Les options méthodologiques dictées par les objectifs

Les principes fondamentaux appellent une étude transversale. En premier lieu parce qu'étant fondamentaux, ils prétendent contenir des règles transversales au droit, ou à un ordre juridique, et se placent d'eux-mêmes sur une grande échelle. En second lieu parce que, si l'on veut, au-delà de l'étude des manifestations de ces principes, tenter de percevoir l'unité ou la dispersion du phénomène et l'étudier du point de vue des sources du droit, seule une analyse transversale apparaît pertinente.

Sans doute, la pensée juridique publiciste est-elle très en avance sur la question mais elle ne permet pas d'explicitier l'ensemble des manifestations contemporaines des principes fondamentaux, l'utilisation de tels principes par le juge judiciaire ne pouvant être seulement analysée comme un emprunt d'un instrument juridique appartenant exclusivement au droit constitutionnel. La recherche n'a pu se passer des analyses de droit privé comme de droit public. La collaboration, sur ce projet de recherche, de membres du CERCRID. et de

membres du CERAPSE a permis de surmonter la *summa divisio* et d'intégrer des chercheurs spécialisés dans différentes matières.

Le droit international, qu'il soit public ou privé, et le droit européen ayant également recours à des principes fondamentaux, ont également fait l'objet d'investigations.

Les champs d'investigation déterminés, l'objet principal de l'étude (les principes fondamentaux) devait, au moins provisoirement, être précisé. Le choix fut de refuser d'adopter une définition doctrinale *a priori* et d'approcher le phénomène en se fondant sur le langage du droit³⁸, plus précisément sur le langage des juridictions elles-mêmes, afin de tenter de rendre compte du phénomène en se préservant des constructions théoriques ou doctrinales. Cette démarche a conduit à l'examen des décisions de juridictions nationales (Conseil constitutionnel³⁹, Conseil d'État et Cour de cassation) ainsi que de juridictions supranationales (Cour de justice des Communautés européennes, Cour européenne des droits de l'homme, Cour internationale de Justice).

L'utilisation d'un outil informatique s'est imposée dans la mesure où lui seul permet d'une part l'exhaustivité (la recherche peut porter sur toutes les décisions rendues et non pas sur les seules décisions publiées) et d'autre part l'identification des décisions utilisant une expression donnée.

Parmi les bases de données juridiques proposées, la base Lamyline a été retenue car elle autorise, en effet, l'accès à l'ensemble des décisions rendues par les juridictions qui font l'objet de la recherche et permet également une interrogation en ligne de ces décisions. L'interrogation « full text » ou en texte intégral conduit à isoler toutes les décisions utilisant l'expression recherchée. Une limite de la base est cependant apparue. Les bases de données de Lamyline ne comprennent pas les décisions de la Cour internationale de Justice, dont il était par ailleurs impératif d'assurer le traitement. La sélection des décisions de cette juridiction a donc été réalisée par d'autres moyens. Certes, le site internet de cette juridiction autorise une interrogation en ligne par mots clefs et le serveur propose l'ensemble des décisions rendues

³⁸ Voir notamment Z. Ziembinski « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement », Archives de philosophie du droit. 1974. *Le langage du droit*. p.25 et 26

³⁹ Le débat sans fin se nouant autour de la question de savoir si le Conseil constitutionnel, assurément « suprême », peut ou ne peut pas être qualifié de « juridiction », n'a pas lieu d'être dans ce travail. Tout d'abord, la question, réservée aux spécialistes de la matière, déborde largement le cadre de cette recherche. Ensuite, l'accord semble aujourd'hui se dégager largement autour de l'admission de sa nature de juridiction. Enfin, au-delà de cette controverse, une saine compréhension de la jurisprudence des autres juridictions suprêmes ne saurait se dispenser de la connaissance des décisions du Conseil constitutionnel, lieu privilégié du contrôle des normes « fondamentales » et dont les décisions « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

par cette juridiction mais le moteur de recherche s'étant révélé très insatisfaisant, l'identification a dû reposer en partie sur la lecture des décisions.

Une précision doit être apportée concernant le terme de « décision ». Les décisions de certaines des juridictions étudiées, notamment de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme, s'accompagnent de la publication de documents tels les conclusions des avocats généraux ou encore les opinions dissidentes, qui font corps avec la décision⁴⁰. Après réflexion, ces « annexes » des décisions ont été exclues de nos investigations, d'une part car la publication exhaustive de ces « annexes » aux décisions ne concerne que quelques juridictions, leur analyse exclurait donc une approche harmonisée des différentes juridictions, d'autre part car l'objectif poursuivi par cette recherche est d'élucider le phénomène du recours aux principes fondamentaux du droit par les juridictions *produisant de la jurisprudence*⁴¹. Dès lors, seul le produit de l'activité juridictionnelle nous intéressait.

Les interrogations ont été construites de façon à permettre le repérage de décisions utilisant les expressions au pluriel et au singulier, que les termes soient accolés ou non. Par exemple, afin de tenir compte de ces différents éléments, et après quelques essais, l'interrogation suivante a été définie pour isoler les décisions utilisant l'expression « principe fondamental » ou « principes fondamentaux » : principe* s/5 fundamenta*. Dans cette dernière hypothèse, certaines décisions sélectionnées n'entrent pas dans le champ de notre recherche, mais elles sont très minoritaires et ne justifient pas d'une interrogation plus restrictive.

Quant à la période d'observation, il a été décidé d'exploiter les décisions sur l'ensemble de la période couverte par la base exploitée, quoique pour les juridictions les plus anciennes telles le Conseil d'État ou la Cour de cassation, la restitution ne soit pas intégrale puisque la base Conseil d'État de Lamyline remonte à 1964 et la base Cour de cassation (hors chambre criminelle) à 1959. Cette solution a été retenue car elle permet, le cas échéant, de retracer l'évolution de l'utilisation de l'expression « principe fondamental » pour chaque juridiction étudiée. Les périodes de référence sont donc les suivantes :

- Conseil constitutionnel : depuis 1958

⁴⁰ La question du traitement de ces « annexes » s'est posée avec une acuité d'autant plus grande que, pour certaines juridictions telles la Cour de justice des Communautés européennes, l'interrogation réalisée sur les décisions complétées par des « annexes » donnait un résultat numérique très supérieur au résultat obtenu suite à une interrogation portant sur la seule partie juridictionnelle de la décision (pour la Cour de justice des Communautés européennes, la première interrogation débouche sur 1223 décisions et la seconde sur 451 décisions).

⁴¹ C'est la raison pour laquelle il a été décidé d'inclure les avis rendus par les juridictions suprêmes, en raison de leur rôle dans la production de jurisprudence.

- Conseil d'État : depuis 1964
- Cour de cassation (hors chambre criminelle) : depuis 1959
- Cour de cassation, chambre criminelle : depuis 1970
- Cour européenne des Droits de l'Homme : depuis 1960
- Cour de justice des Communautés européennes : depuis 1954.
- Tribunal des conflits : depuis 1964
- Cour internationale de Justice : depuis 1945

Il a enfin été décidé que la recherche inclurait les décisions rendues jusqu'à la fin de l'année 2002.

1. 3. 2 - Les étapes de la recherche

La recherche s'est déroulée en quatre étapes.

1^{ère} étape : l'analyse des décisions des juridictions suprêmes utilisant les termes de « principe(s) fondamental(aux) ».

L'objectif de la première étape de la recherche était de recenser toutes les décisions des juridictions suprêmes utilisant l'expression « principe fondamental » ou « principes fondamentaux », les deux termes devant impérativement figurer dans les décisions. Un dépouillement systématique des décisions des juridictions suprêmes utilisant l'expression a été opéré.

La méthode de recherche des décisions nous a permis d'identifier un total de 2493 décisions. Néanmoins toutes les décisions n'ont pas été retenues pour l'analyse. Ont été écartées :

- les décisions non pertinentes c'est à dire celles qui ne faisaient pas apparaître l'expression « principes fondamentaux » ou « principe fondamental ». le plus souvent, il s'agissait de décisions dans lesquelles l'adjectif « fondamental » ne se rapportait pas au substantif « principe ». Ainsi pour la Cour de justice des Communautés européennes, ont été écartés les arrêts qui affirment que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux de droit dont la Cour assure le respect ».

- les décisions dans lesquelles l'expression est utilisée par un requérant ou une partie ou encore par une juridiction ayant statué précédemment mais n'est pas reprise par la juridiction suprême.

Ont été analysées 1140 décisions selon la répartition suivante :

- Cour internationale de Justice : 20 décisions
- Cour européenne des droits de l'homme : 109 décisions
- Cour de justice des communautés européennes : 299 décisions
- Conseil constitutionnel : 253 décisions
- Conseil d'Etat : 344 décisions
- Cour de cassation : 115 décisions

Aux fins de procéder à l'analyse des décisions selon une méthode commune, une grille d'analyse a été élaborée aux regards des objectifs de la recherche. Dans cette première phase d'identification du phénomène, il était essentiel de collecter les énoncés des principes fondamentaux, de situer leur origine et surtout de cerner leur fonction dans la décision. La grille d'analyse élaborée⁴² permet ainsi d'identifier précisément la décision et de recueillir la formulation exacte du principe fondamental par la juridiction. Par ailleurs, elle impose aux chercheurs de situer l'origine du principe fondamental (texte, jurisprudence, coutume...) et surtout de cerner la fonction que le principe fondamental joue dans la décision. Il s'est agi là de la question la plus difficile mais afin de ne pas réduire artificiellement les différences entre les juridictions, la question était posée de façon ouverte laissant aux membres de l'étude la latitude de proposer des fonctions.

Les fiches d'analyses comportant des questions ouvertes n'ont évidemment pas fait l'objet d'un traitement automatisé par le biais d'un outil informatique. Elles ont été synthétisées sous forme de tableaux concernant les statistiques et les énoncés et ont servi de support à la réflexion sur les fonctions des principes fondamentaux.

2ème étape : la détermination des fonctions des principes fondamentaux et des supposés équivalents fonctionnels

⁴² Plusieurs grilles ont été élaborées puis testées pour les différentes juridictions. La grille retenue figure en Annexe II.

A partir des différentes fonctions repérées dans les décisions des différentes juridictions, un schéma d'analyse commun des fonctions a été élaboré. Trois fonctions ont été identifiées : la fonction rhétorique, la fonction créatrice et la fonction de prévalence-éviction. Elles ont été testées afin de contrôler qu'elles permettaient de rendre compte de la réalité du raisonnement devant les différentes juridictions.

Les fonctions identifiées, une nouvelle interrogation des bases de données juridiques a été préparée. Un certain nombre d'expressions ont été isolées qui semblaient susceptibles de constituer des équivalents fonctionnels devant les différentes juridictions. Ces expressions ont été choisies sur la base des constatations réalisées dans la 1^{ère} étape de la recherche, des équivalents utilisés par la doctrine et d'une étude sémantique des termes proches. Ont été retenues les locutions : principe essentiel, principe supérieur, principe général, règle fondamentale ainsi que le terme principe.

3ème étape : l'identification des équivalents fonctionnels par juridiction

Cette étape a eu pour but d'identifier le vocabulaire effectivement utilisé par chacune des juridictions suprêmes lorsqu'elle souhaite créer du droit ou faire prévaloir une norme. Il s'est donc agi d'interroger à nouveau les bases de données juridiques à partir des possibles équivalents fonctionnels dégagés afin de vérifier pour chaque expression si elle constituait ou non un équivalent fonctionnel pour la juridiction étudiée. Néanmoins, les tests réalisés devaient être de nature qualitative (et non exhaustive) et dès lors qu'un nombre important d'occurrences est apparu, l'étude a été réalisée par sondage.

Pour compléter cette étude, des interrogations croisées ont été réalisées. Il s'agissait de procéder à des interrogations afin de contrôler si un contenu présenté comme un principe fondamental par la juridiction dans un certain nombre de décisions figurait dans d'autres décisions, comme un principe général, un principe essentiel, une garantie fondamentale ou un simple principe.

4ème étape : l'analyse transversale des résultats

La construction d'une analyse transversale a été réalisée sous deux formes complémentaires :

- une analyse générale des questions terminologiques et de leur sens dans le processus de création et de mise en œuvre du droit ;

- des analyses appliquées à un principe qualifié de fondamental par une (au moins) des juridictions étudiées mais dont le contenu figure dans les décisions d'autres juridictions suprêmes. L'objectif étant de concrétiser les processus de circulation ou de diffusion des principes et les difficultés éventuelles liées aux questions de terminologie.

A l'évidence, à chaque étape, la méthode de recherche et ses développements ont été pensés et construits à partir des résultats obtenus à l'issue de l'étape précédente. La réflexion sur les fonctions de l'expression « principe fondamental », par exemple, a permis de tester d'éventuels équivalents fonctionnels. Ce lien entre résultats obtenus et méthode de recherche explique qu'au cours du rapport, nous avons été parfois contraints, en abordant une nouvelle étape de la recherche, de préciser la méthode suivie avant d'exposer les résultats.

L'approche progressive du phénomène du recours aux principes fondamentaux que nous avons adoptée explique le lien étroit existant entre résultats précédemment obtenus et méthode et impose le plan des développements qui vont suivre. Les résultats seront exposés selon le plan de la démarche de recherche. Ainsi seront en premier lieu développés les résultats de l'approche par l'expression (2. L'approche par l'expression), en second lieu l'analyse des fonctions (3. Les fonctions des principes fondamentaux), en troisième lieu les équivalents fonctionnels (4. Principes fondamentaux et équivalents fonctionnels devant les juridictions suprêmes) et enfin les analyses transversales (5. L'approche transversale de quelques principes fondamentaux).

2 - L'approche par l'expression « principes fondamentaux »

Cette première phase de la recherche, étudie, au titre des principes fondamentaux, les normes qui sont expressément désignées par les juridictions suprêmes comme étant des principes fondamentaux. Il s'agissait donc de vérifier, d'une part, l'existence même de ce processus et, d'autre part, d'en mesurer l'ampleur. Pour se faire, une interrogation des bases de données juridiques a été faite pour chacune des juridictions⁴³ et a permis d'isoler les décisions où les juridictions mobilisaient effectivement l'expression « principe(s) fondamental (aux) ». Cette étape, indispensable pour cerner le phénomène jurisprudentiel sans subir l'influence du discours sur ledit phénomène, permet de conclure que les principes

⁴³ Voir l'exposé méthodologique dans l'introduction (1).

fondamentaux, lorsqu'ils sont ainsi nommés par les juridictions suprêmes, constituent une réalité numérique faible (2.1) et largement dominée par l'hétérogénéité (2.2).

2. 1 – Une réalité numérique faible

Toutes les juridictions suprêmes utilisent l'expression « principes fondamentaux ». L'exploitation des données statistiques nous permet alors de dégager deux observations essentielles quant à la connaissance du champ étudié. En premier lieu, les résultats chiffrés des interrogations montrent clairement que l'utilisation de l'expression « principes fondamentaux » n'est pas massive (2. 1. 1). En second lieu, l'on observe que cette utilisation est également très dispersée dans le temps et qu'il n'est donc pas possible de parler d'une recrudescence du recours, par les juridictions suprêmes, aux « principes fondamentaux » (2.2.2).

2. 1. 1 – La faible utilisation des principes fondamentaux par les juridictions suprêmes

Au total, toutes juridictions suprêmes confondues, ce sont seulement 1140 décisions qui mobilisent un ou des principes fondamentaux. Ce chiffre reste ridiculement faible si on le rapporte aux dizaines de milliers d'affaires que connaissent ces juridictions sur la période considérée. Ce premier constat mérite cependant d'être décliné et précisé pour chacune des juridictions.

Le constat est particulièrement vérifié devant les juridictions internes, judiciaire et administrative. C'est certainement devant la Cour de cassation que l'utilisation des principes fondamentaux est la plus marginale. Depuis 1959, date du début de l'interrogation pour cette juridiction, on obtient 115 décisions pour lesquelles la Cour de cassation utilise dans ses motifs ou dans un visa les termes « principe(s) fondamental(aux) », alors même que cette juridiction rend de l'ordre de 25 000 arrêts par an. Le constat est similaire devant le Conseil d'Etat. S'il rend aux environs de 10 000 décisions par an, seulement 344 arrêts contiennent notre expression. Plus encore, ces maigres résultats doivent être relativisés par l'existence devant ces juridictions de séries d'arrêts. Il peut en effet arriver qu'un même jour, les

juridictions rendent des arrêts identiques dans des contentieux identiques mais où les parties demeurent distinctes. Ainsi, devant la Cour de cassation, en 1999, 13 décisions, rendues le même jour, reprennent le même principe fondamental selon lequel « en cas de conflit de normes c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application ». Devant le Conseil d'Etat, en 1999, 21 arrêts sur 38 contenant l'expression « principe fondamental » sont relatifs aux établissements thermaux. En 1998, 16 décisions sur 29 traitent de l'application « des principes fondamentaux de la loi de 1984 aux centres de formation d'apprentissage ».

Devant les autres juridictions, l'utilisation des principes fondamentaux est moins marginale tout en représentant une faible part de leur activité contentieuse. Ainsi, devant la Cour de justice des Communautés européennes, sur plus de 5700 décisions rendues, seules 299 décisions utilisent ces termes. Pour la Cour européenne des droits de l'homme le rapport est de 3315 décisions pour 109 arrêts. Dans cette série statistique, le Conseil constitutionnel semble faire exception. En effet, 38.1 % de l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, soit 253 décisions sur un total de 665, font référence à des principes fondamentaux. Plus du tiers donc des décisions rendues par le juge constitutionnel emploie notre expression. Mais ce pourcentage relativement élevé est largement le fait de la présence des décisions L qui sont des décisions relatives à la répartition des compétences entre pouvoir réglementaire et pouvoir législatif (article 37 alinéa 2 de la Constitution). Or ces décisions font systématiquement référence aux « principes fondamentaux » de l'article 34 de la Constitution. C'est donc cette référence explicite au texte constitutionnel qui explique cette forte présence de l'expression devant la juridiction constitutionnelle. Si l'on s'en tient aux décisions DC, c'est à dire aux décisions relatives au contrôle de la constitutionnalité des lois, seules 109 décisions DC sont concernées. Mais là encore, l'apparente importance du recours à cette expression par le Conseil constitutionnel ne doit pas être surévaluée. A nouveau, c'est le renvoi alors opéré par le juge au texte même de la Constitution (article 34 et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) qui explique cette fréquence.

2. 1. 2 – L'absence de recrudescence dans le temps des principes fondamentaux

On évoque fréquemment une recrudescence du recours par les juges à des principes fondamentaux. Les juges seraient ainsi enclins à recourir à ce qui se présenterait dès lors comme une nouvelle source de règles. Les principes fondamentaux constitueraient dès lors un

instrument essentiel des ordres juridiques contemporains. Cette assertion est battue en brèche par les résultats de cette recherche. On ne peut parler de recrudescence devant aucune des juridictions suprêmes.

De prime abord, on pourrait effectivement penser que la Cour de cassation, depuis 1996, utilise plus systématiquement des principes fondamentaux. En effet, avant cette période, seules une ou deux décisions par an sont rendues sur le terrain des principes fondamentaux. Après cette date, il faut en compter plus de 10 par an. Toutefois, ces chiffres ne doivent pas conduire à surestimer le phénomène pour deux raisons principales, déjà rencontrées. D'une part, si on corrèle le nombre de décisions utilisant l'expression « principes fondamentaux » au nombre total de décisions rendues par la Cour de cassation, on ne constate pas de véritable recrudescence. Les décisions recourant aux principes fondamentaux sont donc si marginales que leur augmentation certaines années n'est pas significative. D'autre part, la plupart des arrêts concernés sont relatifs à un contentieux particulier pouvant donner lieu à des séries de décisions⁴⁴.

Devant le Conseil d'Etat, la dispersion est manifeste. Ainsi en 1964 et en 1985, 4 décisions entrent dans notre champ d'analyse. Mais en 1969, ce sont 14 décisions, et en 2002 11 décisions qui devront être traitées. De 1996 à 2001, le nombre de décisions avec l'expression « principes fondamentaux » représente environ 0,1% des arrêts rendus par cette juridiction sans que la statistique ne puisse révéler une utilisation accrue de cette expression au fil des ans.

Le même phénomène peut être constaté devant le Conseil Constitutionnel et les pourcentages sont donc fluctuants d'une année sur l'autre. L'observation de l'ensemble du contentieux constitutionnel contenant l'expression « principes fondamentaux », est particulièrement révélatrice de cette irrégularité :

- 1 seule décision pour les 3 années : 1959, 1968, 1974
- 2 décisions pour l'année 1962
- 3 décisions pour les 3 années 1961, 1963, 1981
- 4 décisions pour les 5 années 1971, 1972, 1975, 1986, 1995
- 5 décisions pour les 6 années 1964, 1966, 1979, 1984, 1987, 2001

⁴⁴ Voir *supra* et les exemples donnés en ce qui concerne les séries d'arrêts.

- 6 décisions pour les 11 années 1960, 1969, 1973, 1976, 1978, 1983, 1985, 1993, 1994, 1997, 2002

- 7 décisions pour les 5 années 1967, 1970, 1982, 1992, 1996

- 8 décisions pour les 2 années 1988, 1990

- 9 décisions pour les 4 années 1980, 1998, 1999, 2000

- 10 décisions pour l'année 1989

- 11 décisions pour l'année 1977

- 12 décisions pour l'année 1991

Certaines juridictions font apparaître une augmentation quantitative du nombre de décisions renvoyant à des principes fondamentaux. Ainsi, devant la Cour de justice des Communautés européennes, jusqu'en 1985, moins de 10 décisions par an sont concernées, tandis qu'en 1997, ce sont 24 décisions qu'il faut prendre en compte. Un même constat peut être fait pour la Cour européenne des droits de l'homme, où depuis 1998, le nombre de décisions est systématiquement supérieur à 10 et peut atteindre certaines années une vingtaine de décisions. Mais là encore, ces juridictions connaissent une augmentation parallèle de leur activité contentieuse ne permettant pas de confirmer une hypothèse de recrudescence. En ce qui concerne la Cour de justice des Communautés européennes, à partir des années 1970, les pourcentages oscillent sans régularité entre 11,1% en 1974, 1,1 % en 1982 et 1,9% en 1993. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les statistiques des six dernières années conduisent à un constat similaire. Pour 1997, 6,60% des arrêts mentionnent l'expression ; en 1998, 7,54% ; en 1999, 11,66%, en 2000, 2,20% ; en 2001, 1,58% et en 2002, 2,13%. Un recours à l'expression plus fréquent peut être constaté en 1999. Cette augmentation s'explique par une série de 18 arrêts (dont 14 décisions construites de façon identique et mettant en cause la Turquie) dans laquelle la Cour reprend la même référence aux « principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 10 ».

Cette étude infirme donc clairement l'hypothèse d'un recours massif et accru par les juridictions suprêmes à des principes fondamentaux. Sans doute, n'en aurait-il pas été de même si la recherche avait porté sur les « droits fondamentaux »⁴⁵ et ces premières analyses ont donc également pour mérite d'éviter cette confusion sémantique et juridique. Au delà de ce premier enseignement, cette recherche permet également de remettre en cause l'idée

⁴⁵ Voir par exemple, le numéro spécial de l'AJDA, « Les droits fondamentaux », 1998, 20 juillet-20 août.

communément admise d'une diffusion des principes fondamentaux, principes supérieurs qui seraient communs à l'ensemble des juridictions.

2. 2 – L'hétérogénéité des principes fondamentaux

L'analyse des décisions des juridictions suprêmes fait apparaître une extrême hétérogénéité dans l'utilisation des principes fondamentaux. Les énoncés des principes fondamentaux présentent, tout d'abord, peu de points communs entre les juridictions (2.2.1). Par ailleurs, cette hétérogénéité apparaît dans une utilisation différenciée de ces principes par chaque juridiction qui est liée à la nature du contentieux porté devant elles, à leur compétence respective et, parfois, à la formulation des textes qui fondent leurs décisions (2.2.2). Les énoncés peuvent également avoir une texture plus ou moins ouverte, et être formulés en des termes plus ou moins généraux (2.2.3). Enfin, et en revanche, si l'origine des principes fondamentaux présente également une grande variété, l'un des points communs qui ressort de l'analyse est que les juridictions, mais faut-il s'en étonner, appuient très largement la reconnaissance de ces principes fondamentaux sur des textes (2.2.4).

2. 2. 1 – L'absence d'énoncés communs à l'ensemble des juridictions

En premier lieu, on ne peut que constater une extrême diversité des énoncés des principes fondamentaux ce qui contredit très clairement l'hypothèse d'une reconnaissance commune de règles supposées supérieures.

L'inventaire exhaustif des énoncés des principes fondamentaux reconnus par les juridictions relève plutôt d'un inventaire « à la Prévert », puisqu'il faut y inclure, par exemple, « le principe fondamental du respect des frontières héritées de la décolonisation »⁴⁶, « le principe fondamental du système commun de la TVA mis en place par la législation communautaire »⁴⁷, « le principe fondamental de l'indépendance du barreau »⁴⁸, « le principe

⁴⁶ CIJ, arrêt du 11 septembre 1992, Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, El Salvador c. Honduras, CIJ, arrêt du 11 juin 1998, Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, Cameroun c. Nigeria.

⁴⁷ CJCE, 2 novembre 2003, C-497/01.

⁴⁸ CEDH Arrêt Goddi contre Italie du 9 avril 1984 (§31) ; arrêt Daud contre Portugal du 21 avril 1998 (§40)

fondamental reconnu par les lois de la République de liberté de l'enseignement supérieur »⁴⁹...

On ne trouve pas non plus d'énoncés parfaitement identiques et communs à l'ensemble des juridictions. Seuls les principes d'égalité et de procédure sont utilisés par la plupart des juridictions.

Ainsi, c'est évidemment devant la Cour européenne des droits de l'homme que les principes de procédure se voient le plus largement attribués ce qualificatif de fondamental. Une trentaine d'arrêts entrent dans ce champ qui présentent comme fondamental la publicité des débats judiciaires, le contradictoire, l'impartialité du juge ou la présomption d'innocence. Devant la Cour de cassation, le principe fondamental de procédure est l'un des deux principes fondamentaux le plus souvent mobilisés. Il est utilisé par la chambre commerciale dans 32 arrêts depuis 1996, date à laquelle apparaît pour la première fois l'expression. D'autres arrêts isolés qualifient de fondamental certains principes spécifiques de procédure (principe fondamental de la contradiction, principe fondamental de garantie des droits de la défense). 33 arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes concernent des principes fondamentaux de procédure essentiellement au travers des droits de la défense. Devant la Cour Internationale de Justice, quelques principes de procédure - le principe de l'égalité des parties, le principe de l'autorité de la chose jugée, le principe de bonne administration de la justice, selon lequel la compétence de la Cour procède exclusivement du consentement des parties - sont également reconnus. Devant le Conseil constitutionnel, le principe du respect des droits de la défense est qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il en va de même devant le Conseil d'Etat, où les droits de la défense sont qualifiés de principes fondamentaux dans deux arrêts, tandis qu'un arrêt évoque le principe fondamental de publicité des débats judiciaires.

La qualification de fondamental du principe d'égalité connaît, elle aussi, sauf devant le Cour européenne des droits de l'homme, une certaine fortune. Ainsi la Cour internationale de Justice a reconnu le « principe fondamental de l'égalité des parties »⁵⁰ ou encore « le principe fondamental de l'égalité souveraine des Etats »⁵¹. Le principe fondamental d'égalité se

⁴⁹ CC, n° 99-414 DC du 8 juillet 1999 Loi d'orientation agricole

⁵⁰ CIJ, arrêt du 4 déc. 1998, affaire de la compétence en matière de pêcheries, Espagne c. Canada.

⁵¹ CIJ, arrêt du 21 mars 1984, affaire du plateau continental, Jamahiriya arabe, libyenne c. Malte.

décline également de diverses manières devant la Cour de justice des Communautés européennes⁵². On retrouve, par le biais d'un rattachement au principe fondamental du service public, le principe d'égalité dans une décision du Conseil constitutionnel⁵³. Le Conseil d'Etat qualifie de fondamental le « principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques », et évoque également un « principe fondamental de la parité ». Enfin, un arrêt de la Cour de cassation reconnaît le « principe fondamental de l'égalité de traitement » tandis que deux autres évoquent « le principe fondamental de l'égalité de traitement reconnu par l'ordre juridique communautaire ». En revanche, aucune décision de la Cour européenne des droits de l'homme ne fait référence à un quelconque « principe fondamental d'égalité ».

Hors de ces deux champs (procédure et égalité), les principes reconnus par les juridictions ne se recoupent pas. Il serait néanmoins prématuré d'en conclure que la généralité de ces deux principes en ferait les seuls véritables « principes fondamentaux ». Cette convergence même limitée peut en effet s'expliquer. Toutes les juridictions sont susceptibles d'être confrontées à des questions de procédure. Quant au principe d'égalité, il se retrouve également dans des contentieux très divers. Par ailleurs, il faut remarquer qu'au-delà de cette convergence immédiate, ces principes de procédure ou d'égalité vont être déclinés en fonction des logiques propres à chacune des juridictions. Ainsi, les principes de procédure sont au cœur du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme sur les législations des Etats parties, ce qui explique les multiples déclinaisons de ces principes devant cette juridiction. Devant la Cour de justice des Communautés européennes, le principe d'égalité concerne la plupart du temps des questions de libre circulation et d'interdiction de discriminations entre Etats membres ce qui explique également le recours très fréquent à ce principe.

Si l'on excepte ces deux domaines de l'égalité et de la procédure, aucune autre convergence n'est repérable. Il est logique en effet que la nature du contentieux dont chacune des juridictions a à traiter dicte le champ dans lequel les principes fondamentaux vont se déployer. C'est ainsi que la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît les principes fondamentaux du traité, du marché commun, de l'ordre ou du système

⁵² 34 arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes qualifient ainsi de principe fondamental du droit communautaire, le principe d'égalité. 16 décisions retiennent, avec des formulations différentes, le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes. De nombreux arrêts reconnaissent également le principe fondamental d'égalité en matière de libre circulation des personnes, des services et des marchandises.

⁵³ CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 loi relative à la liberté de communication où est affirmé le principe fondamental du service public et notamment le principe d'égalité (...).

communautaire, du droit communautaire, de la libre circulation des personnes, des services, des capitaux, des marchandises. La Cour internationale de justice peut, elle, mobiliser des principes fondamentaux comme celui de l'effet utile des frontières, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, de l'interdiction de recourir à la force armée...

2. 2. 2 – L'hétérogénéité des énoncés au sein de chaque juridiction

Ce même constat d'hétérogénéité peut être fait si l'on se place maintenant au niveau de chacune des juridictions, même si certaines juridictions apparaissent plus constantes que d'autres.

Les juridictions les plus régulières dans leurs énoncés de principes fondamentaux sont sans conteste le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Dans l'immense majorité des occurrences devant le Conseil d'Etat, les principes fondamentaux découlent d'une référence à l'article 34 de la Constitution⁵⁴. 264 décisions sur 344 évoquent soit, d'une manière générale, « les principes fondamentaux de l'article 34 », soit tel ou tel principe fondamental, déclinant ainsi l'ensemble des alinéas de cet article 34 (ce sont les principes fondamentaux de la sécurité sociale et de la libre administration des collectivités territoriales qui sont le plus souvent évoqués). Le Conseil d'Etat peut également se référer aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Il en va ainsi, sur la période considérée en 14 occasions (principe fondamental reconnu par les lois de la République de liberté d'association, de garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, du respect des droits de la défense, de laïcité, de gratuité de l'école et, enfin, principe selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger quand celle-ci est demandée dans un but politique). Dans 49 décisions les principes fondamentaux devant le Conseil d'Etat, apparaissent par référence à des textes qui eux-mêmes utilisent cette expression, comme par exemple les « principes déontologiques fondamentaux » inscrits dans le Code de la sécurité sociale (art. L.162-2). Une seule décision, du 30 novembre 1979, fait un emploi de l'expression « principes fondamentaux » dégagé de toute référence textuelle en évoquant les

⁵⁴ Ainsi selon l'article 34 de la Constitution (...), la loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense Nationale ;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale (...).

« principes fondamentaux de l'obligation d'assurance ». Si l'on met de côté cette unique décision, force est donc de constater que pour le Conseil d'Etat, l'expression « principes fondamentaux » est toujours reprise d'un texte qui l'emploie et qu'il n'y a pas d'utilisation autonome de principes fondamentaux par cette juridiction. La variété des énoncés devant le Conseil d'Etat renvoie donc à la variété des énoncés posés par les textes utiles à son contrôle⁵⁵.

Les énoncés du Conseil constitutionnel s'inscrivent dans une logique très proche de celle du Conseil d'Etat. Les principes fondamentaux de l'article 34 de la Constitution, aussi bien que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, fournissent également le principal support à l'énoncé des principes fondamentaux. Hormis ces cas, l'expression « principe fondamental » est présente dans les décisions lorsque le Conseil constitutionnel contrôle un texte qui, précisément, utilise cette expression. Il en est ainsi par exemple du « principe fondamental de la médecine libérale »⁵⁶. Le Conseil constitutionnel peut également reprendre les termes d'une saisine qui utilise l'expression de principe fondamental comme il en va par exemple du « principe fondamental du droit des contrats »⁵⁷. Deux décisions seulement font apparaître un principe qualifié de fondamental par le Conseil constitutionnel, alors même que ni la norme de référence, ni le texte contrôlé, ni la saisine n'opéraient cette qualification. Il s'agit du « principe fondamental d'équilibre budgétaire »⁵⁸. Le Conseil constitutionnel, dans ces deux décisions, précise que l'article 40 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances⁵⁹ ne fait que tirer les conséquences, au plan de la procédure législative, du « principe fondamental d'équilibre budgétaire ». Certes la notion d'équilibre budgétaire est bien présente à l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1959 qui énonce que « *les lois de finances déterminent la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'Etat, compte tenu d'un équilibre économique et financier qu'elles définissent* »⁶⁰. Mais c'est bien le Conseil constitutionnel lui-même qui va qualifier de fondamental le principe d'équilibre dont il est question. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ces décisions sont très atypiques comme l'était, d'ailleurs, le statut

⁵⁵ Pour plus de précisions, Cf. annexe VII.

⁵⁶ CC, n°98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999.

⁵⁷ CC, n°99-419 DC, Loi relative au PACS.

⁵⁸ CC, n° 79-110 DC du 24 décembre 1970, Loi de finances pour 1980 – « Vote du budget I », CC, n°92-309 DC du 9 juin 1992, Résolution modifiant l'article 47 bis du règlement du Sénat.

⁵⁹ Cet article énonce que « *la seconde partie de la loi de finances de l'année ne peut être mise en discussion devant une assemblée avant le vote de la première partie* ».

⁶⁰ On remarquera par ailleurs que dans cette Ordonnance la question de l'équilibre apparaît de nombreuses autres fois à l'occasion de diverses dispositions.

de cette ordonnance portant loi organique de 1959. Il est alors permis d'imaginer que cette qualification permet au Conseil constitutionnel d'asseoir la valeur supra-législative de cette règle d'équilibre budgétaire.

Les autres juridictions sont moins régulières dans leurs énoncés. En ce qui concerne la Cour internationale de justice, presque chaque décision utilise un énoncé propre⁶¹. Mais il est vrai qu'elle rend un faible nombre de décisions par comparaison aux autres juridictions étudiées et que les litiges qu'elle connaît sont rarement similaires ce qui peut expliquer qu'elle soit peu souvent amenée à réitérer un principe fondamental. Devant la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation on peut constater que deux énoncés reviennent très fréquemment dans la bouche de ces juges ce qui ne les empêchent pas de consacrer d'autres principes fondamentaux dont les énoncés apparaissent alors beaucoup plus isolés. C'est ainsi que dans 46 décisions, sur un total de 109, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle « les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence » et, dans 26 décisions, la Cour consacre le « principe fondamental de la prééminence du droit ». Pour le reste, les énoncés sont variés même s'ils renvoient la plupart du temps, pour les décliner, aux principes fondamentaux de l'article 6 de la Convention. Cette diversité semble d'ailleurs se réduire. Dans les premières années, les hypothèses dans lesquelles la Cour européenne utilisait l'expression « principe fondamental » étaient plus diversifiées. Au fil des années, les termes en question apparaissent dans des contextes souvent identiques. L'utilisation de ces termes semble ainsi s'être cristallisée au travers de formules qui deviennent standards.

Devant la Cour de cassation, deux énoncés constituent la grande majorité des principes fondamentaux rencontrés : il s'agit du principe dit de faveur (54 arrêts) et du principe fondamental de procédure (32 arrêts). De manière plus isolée, la Cour de cassation a fait référence aux « principes fondamentaux de la profession d'avocat », au principe fondamental selon lequel « il ne peut exister de droits sans sujets de droits », au principe fondamental de « libre exercice d'une activité professionnelle », au principe fondamental selon lequel « la cour d'assises doit juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie »⁶².

⁶¹ Cf. annexe III.

⁶² Cf. annexe VIII.

C'est devant la Cour de justice des Communautés européennes que l'hétérogénéité est la plus manifeste⁶³. Cette juridiction a le plus largement recours à cette expression et c'est donc devant elle que l'on va trouver le plus grand nombre de principes fondamentaux. Beaucoup de décisions concernent la libre circulation des marchandises, des personnes, des services ainsi que la liberté d'établissement. Le principe d'égalité, les droits de la défense, les principes fondamentaux du traité, le principe de sécurité juridique, de confiance légitime constituent les autres principes les plus utilisés par la Cour de justice des Communautés européennes. Elle peut parfois utiliser des formules standards. Ainsi, 23 décisions font référence « à la libre prestation de services en tant que principe fondamental du traité », 7 décisions évoquent « le principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée législative », 22 décisions reconnaissent « le principe fondamental de la libre circulation des marchandises ». Mais le plus souvent les formulations restent disparates et varient au fil des décisions. Ainsi concernant la libre circulation des personnes, la Cour de justice des Communautés européennes parlera tantôt de « principe fondamental de la libre circulation des personnes ou des travailleurs » ou indiquera que « la libre circulation des travailleurs constitue un des principes fondamentaux de la communauté » ou encore, que « les dispositions du traité qui mettent en œuvre un principe fondamental ». Par ailleurs, un même principe peut recevoir différentes qualifications, parfois dans une même décision. Ainsi un même principe peut être rattaché à une famille de règles (« la libre circulation des marchandises fait partie des principes fondamentaux du droit communautaire »), mais il peut être qualifié lui-même de fondamental (« le principe fondamental de la libre circulation des marchandises ») ; il peut également recevoir une autre qualification, notamment celle de principe général. L'exemple le plus topique de ces variations est celui du principe d'égalité. Celui-ci est le plus souvent qualifié de principe général, mais il peut être qualifié de fondamental comme nous l'avons vu, ou de simple principe. Enfin, on ne peut qu'être frappé par le très grand nombre de principes reconnus de manière isolée : comme le « principe fondamental de la reconnaissance réciproque des contrôles », ou le « principe de préférence en faveur des viandes de production communautaire », ou encore « le principe fondamental de la solidarité entre les différentes entreprises »...

⁶³ Cf. annexe IV.

2. 2. 3 – La diversité des textures des énoncés.

Au-delà de la diversité des énoncés pour les juridictions, leur texture est souvent ouverte, comme le principe de prééminence du droit déclamé par la Cour européenne des droits de l'homme, les principes fondamentaux du Traité reconnus par la Cour de justice des Communautés européennes ou encore les principes fondamentaux de procédure admis par l'ensemble des juridictions. Ces énoncés renvoient ainsi à des formulations générales. Deux cas de figure se présentent alors. Les juridictions peuvent tout d'abord se contenter d'évoquer un principe sans plus de précision. Il peut ainsi arriver à la Cour de justice des Communautés européennes de se référer aux principes fondamentaux du Traité, sans indication complémentaire, et sans que l'on puisse toujours déterminer quels principes sont véritablement en cause. C'est également le cas devant la Cour de cassation avec les principes fondamentaux de procédure. Si 32 arrêts font référence à ces principes, la Cour de cassation en précise rarement le contenu. Trois raisons peuvent être avancées. Tout d'abord, il en est ainsi parce que le moyen tendant à l'ouverture du recours est rarement accueilli par la Cour de cassation (notamment parce que le requérant n'a à aucun moment invoqué la violation d'un principe fondamental de procédure). Ensuite, une autre explication réside dans le fait que la Cour de cassation accole à la violation d'un principe fondamental de procédure, la commission d'un excès de pouvoir, toutes deux entraînant l'ouverture d'un recours exceptionnel. Dans bon nombre d'arrêts, il est ainsi question d'un excès de pouvoir et non de la violation d'un principe fondamental de procédure. Enfin, la dernière raison est que, la règle ayant été rappelée par la Cour de cassation, la question posée peut porter sur les modalités du recours ainsi ouvert (ex : effet dispositif de l'appel, délai du recours, etc.⁶⁴) ; le contenu du principe n'étant pas l'enjeu, il n'est pas mentionné dans la décision. On peut cependant déduire des arrêts de la Cour de cassation que font partie des principes fondamentaux de procédure la motivation des décisions de justice⁶⁵, ainsi que le principe du contradictoire⁶⁶. Dans deux arrêts – non publiés cependant - la Cour de cassation a même identifié deux règles elles-mêmes qualifiées de fondamentales : le principe fondamental de la contradiction⁶⁷, le principe fondamental de garantie des droits de la défense⁶⁸. Toujours dans ces principes auxquels la Cour de cassation ne donne aucun contenu précis, on peut aussi citer les principes

⁶⁴ Voir par exemple, Cass. com., 17 juil. 2001, pourvoi n° 98-15963.

⁶⁵ Cass. com. 15 mai 2001, pourvoi n° 99-11609.

⁶⁶ Cass. com. 15 mai 2001, pourvoi n° 98-15106.

⁶⁷ Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 94-19.732, arrêt non publié.

⁶⁸ Cass. com., 31 mai 1994, pourvoi n° 92-11.980, arrêt non publié.

fondamentaux de la profession d'avocats. Le constat n'a d'ailleurs rien de surprenant dans la mesure où le principe n'a été rencontré que dans un seul arrêt⁶⁹.

Dans la plupart des hypothèses toutefois, la malléabilité des textures des énoncés permettra aux juges d'en déduire des règles plus précises qui n'épuisent pas le contenu de ces principes fondamentaux. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que faisaient partie des principes fondamentaux de l'article 6 de la Convention, « la publicité des débats judiciaires », « la garantie d'un procès équitable », « le principe du contradictoire », « le droit à un tribunal ». L'affirmation d'un « principe fondamental de libre exercice de l'activité professionnelle » va également permettre à la Cour de cassation de régler le régime de la clause de non-concurrence dans le contrat de travail.

Dans ce schéma, les termes sont le plus souvent au pluriel (« les principes fondamentaux du droit communautaire », « les principes fondamentaux de la démocratie », « les principes fondamentaux de l'article 34 », « les principes fondamentaux de procédure ») quoique le singulier puisse être employé alors même qu'aucun contenu précis n'est attaché au principe fondamental ; l'exemple le plus net étant à cet égard le « principe de la prééminence du droit » affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme. L'analyse des décisions a permis de constater que les juridictions identifient souvent, au sein de la famille de règles, plusieurs règles identifiées qui peuvent elles-mêmes recevoir le qualificatif de fondamental. Pour la Cour de justice des Communautés européennes, les principes fondamentaux de la Communauté renvoient à la libre circulation des personnes, des marchandises, au principe de non-discrimination. Et certaines décisions peuvent attribuer la qualification de fondamental à certains des principes présentés comme découlant de principes fondamentaux plus généraux comme il en va par exemple de la libre circulation des personnes qui est un principe fondamental parmi les principes fondamentaux du Traité des communautés européennes.

Enfin, les énoncés peuvent également avoir une texture plus fermée. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le « principe fondamental de la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » et la Cour de justice des Communautés européennes, « le principe fondamental de préférence en faveur des viandes de production communautaire », ou encore « le principe fondamental de l'agrément des

⁶⁹ Cass. 1^o civ., 21 janv. 1997, pourvoi n^o 95-13036

établissements de crédit, ou « le principe fondamental selon lequel la décision rendue dans l'Etat d'origine ne peut en aucun cas faire l'objet d'une révision au fond par les juridictions de l'Etat requis ».

Ces différents énoncés, et notamment ceux à texture ouverte, révèlent très clairement le pouvoir créateur du juge⁷⁰, et ce d'autant que la qualification de « fondamental » est rarement sollicitée par les parties aux litiges⁷¹. Et pourtant, la plupart des principes fondamentaux sont rattachés par les juridictions suprêmes à des sources textuelles.

2. 2. 4 - Les origines des principes fondamentaux

Le recoupement des investigations réalisées sur les textes et sur les décisions fait clairement apparaître que l'expression n'est pas réservée à des normes de création jurisprudentielle. La plupart du temps, les principes fondamentaux trouvent leurs origines dans un texte, qui peut ou non inclure l'adjectif « fondamental ».

En de rares occasions, ces textes peuvent être communs à plusieurs juridictions. La Constitution de 1958 en est le meilleur exemple. Son article 34 et ses principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont mobilisés tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'Etat. De manière assez surprenante, c'est le seul exemple significatif de textes communs qui servent de support à l'énoncé de principes fondamentaux⁷². On aurait pu penser que la Constitution, ou encore la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puissent également constituer une source d'énoncés pour la Cour de cassation ; ou encore que la Convention européenne des droits de l'homme soit utilisée par les juridictions nationales voire par la Cour de justice des Communautés européennes aux fins d'énoncer des principes fondamentaux. Cela ne signifie évidemment pas qu'il n'y ait pas d'influences des textes conventionnels ou constitutionnels sur les différentes juridictions. Simplement, notre analyse montre que les textes servant de support à

⁷⁰ Voir infra, partie 3 sur les fonctions.

⁷¹ Il faut ici rappeler que les nombreuses décisions où les principes fondamentaux étaient invoqués par les parties au litige, mais non repris par les juridictions ont été écartées de l'analyse. L'étude des décisions montre que lorsque les juridictions suprêmes retiennent cette qualification, c'est rarement à l'instigation des parties.

⁷² En de rares occasions, la Cour de cassation se réfère néanmoins à l'article 34 de la Constitution. Ainsi dans un arrêt de 2001, pour écarter l'application d'un Traité ratifié par un acte du pouvoir exécutif, la Cour relève que le traité touchant aux « principes fondamentaux du régime de la propriété... » il devait, par application de l'article 53 de la Constitution, être ratifié par le Parlement.

l'expression de principes fondamentaux ne sont pas communs aux différentes juridictions. En effet, comme on pouvait s'y attendre, les juridictions ont leurs propres normes de référence.

L'expression peut être reprise de textes utilisant le qualificatif de fondamental. Le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, plus rarement la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes fondent leur raisonnement sur une règle présentée comme un principe fondamental par un texte. Si l'on combine les résultats des analyses des textes et des décisions, on peut toutefois constater une utilisation assez peu fréquente, par les juridictions, à l'exception du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, des textes faisant explicitement référence à des principes fondamentaux. Deux facteurs peuvent expliquer ce résultat. Le premier facteur vient de ce que la référence à des principes fondamentaux, dans un texte, se situe souvent dans un préambule, un article préliminaire ou un article ou chapitre introductif lequel fixe, au demeurant, plutôt les objectifs de la législation ou de la convention qui suit. Le second facteur tient, sans doute, au fait que certains textes sont peu invoqués. Il n'en demeure pas moins qu'une juridiction comme le Conseil d'Etat, à une exception près, ne recourt pas à des principes fondamentaux sans support textuel exprès.⁷³

La plupart du temps néanmoins, c'est la juridiction qui va qualifier le principe inscrit dans des textes de fondamental. Les textes qui seront ainsi qualifiés peuvent eux-mêmes avoir une texture ouverte. Mais parfois, il pourra s'agir de textes plus techniques, et leur qualification de fondamental participera alors à un processus d'abstraction et de généralisation.

Qu'il s'agisse du principe de prééminence du droit qui est inscrit dans le préambule de la Convention européenne, ou de son article 6, la Cour européenne des droits de l'homme se repose le plus souvent sur le texte même de la Convention. Dans la majorité des cas, les règles qualifiées de fondamentales par la Cour de justice des Communautés européennes ont une origine textuelle dans le Traité lui-même ou dans le droit dérivé. Tous les principes de libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux, des services, inscrits dans le corps même du Traité des communautés européennes, vont ainsi recevoir le qualificatif de fondamental. Le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes est également

⁷³ CE, 6 et 2 SSR, n° 15 935 et 17 366, Recueil Lebon.

qualifié de fondamental, alors même que c'est une simple directive qui l'institue. Devant la Cour de cassation, le principe de faveur est clairement relié dans certains arrêts à l'article L 132-4 du Code du travail⁷⁴. Comme nous l'avons vu, ce même mécanisme est à l'œuvre dans deux décisions isolées du Conseil constitutionnel relatives au « principe fondamental d'équilibre budgétaire ». La Cour internationale de justice peut qualifier de principes fondamentaux certaines dispositions d'un traité international ou des règles coutumières de droit international. Ainsi sont issus de la Charte des Nations Unies, les principes de règlement pacifique des différends ou d'interdiction de recourir à la force armée ; le principe de l'autorité de la chose jugée résulte, quant à lui, du statut de la Cour internationale de justice. Le principe fondamental de l'assistance consulaire ou le principe fondamental de non recours à la force armée sont en revanche d'origine coutumière.

Notre étude met en lumière une autre hypothèse qui doit être évoquée même si elle reste circonscrite au seul Conseil d'Etat. Il s'agit du cas dans lequel c'est la jurisprudence d'une autre juridiction qui est à l'origine de l'énoncé du principe fondamental. Ainsi, dans deux arrêts, le Conseil d'Etat à propos de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », s'appuie explicitement sur les principes dégagés à ce titre par le Conseil constitutionnel. Encore faut-il préciser que, le plus souvent, le Conseil d'Etat ne passe pas par cette référence, préférant indiquer que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République se déduisent des préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et du 4 octobre 1958 (5 arrêts) ou de la loi du 1er juillet 1901 (un arrêt relatif à la liberté d'association) ou s'abstenant même, dans bon nombre d'occurrences, de préciser l'origine du principe fondamental reconnu par les lois de la République (8 arrêts)⁷⁵.

De façon très rare, les principes fondamentaux sont évoqués par les juridictions sans qu'on puisse les rattacher à une source textuelle ou coutumière identifiée. Ils apparaissent alors comme une véritable création jurisprudentielle. La Cour de cassation emprunte fréquemment cette voie. Ainsi, elle peut faire apparaître dans ses visas mêmes, des principes fondamentaux comme le principe fondamental dit de faveur ou le « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle ». Le visa institue le principe comme une véritable règle de droit autonome. Il peut également arriver devant la Cour de justice des Communautés européennes que le principe fondamental n'ait pas une origine textuelle

⁷⁴ Cf. infra partie 5.

⁷⁵ Cf. annexe VII.

(« principe démocratique fondamental », « principe de confiance légitime », « principe de sécurité juridique », « principe de procédure »). Le principe apparaît alors *sui generis*. Dans ces hypothèses, la Cour de justice des Communautés européennes utilise souvent une technique que l'on peut retrouver devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le premier arrêt qui utilise l'expression de « principe fondamental » fait référence à un arrêt antérieur qui lui ne qualifiait pas le principe de fondamental⁷⁶.

Enfin la référence aux « principes fondamentaux » peut avoir pour finalité de renvoyer à la jurisprudence de la juridiction. La Cour européenne des droits de l'homme utilise fréquemment ce processus puisque près de la moitié des décisions retenues utilise la formule standardisée suivante : « la Cour rappelle les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence ». Cela n'exclut pas un fondement textuel dans la mesure où cette jurisprudence est relative à divers articles de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois dans ces arrêts, l'expression introduit le raisonnement théorique de la cour. Le raisonnement, construit sur des fondements textuels mais tels qu'éclairés par la jurisprudence développée dans de précédents arrêts, sera ensuite utilisé pour résoudre le litige. Ainsi dans l'arrêt *Sunday Times* du 26 novembre 1991, la Cour présente t-elle sa jurisprudence de la manière suivante :

« La controverse se concentre sur le point de savoir si l'immixtion incriminée pouvait passer pour « nécessaire » dans une société démocratique. En la matière, les arrêts de la Cour relatifs à l'article 10 énoncent les principes fondamentaux suivants :

a) La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique

b) Ces principes revêtent une importance particulière pour la presse :

c) L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ».

d) La Cour a pour tâche (...) de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. »

La diversité des contentieux soumis aux juridictions étudiées et la différence des corpus des règles applicables conduisent ainsi à la consécration de principes fondamentaux fort distincts. Mais l'analyse des énoncés montrent également des points de convergences. Ainsi, la texture des énoncés est souvent ouverte et va permettre aux juridictions de décliner à partir

⁷⁶ Voir 3. L'approche des principes fondamentaux par les fonctions (et plus particulièrement 3. 2. 1 – la fonction rhétorique).

de ces principes reconnus comme fondamentaux, des « sous-principes » au contenu *a priori* indéterminé. La convergence apparaît également dans les sources de ces principes fondamentaux. Certes ces sources sont loin d'être uniques. Mais une convergence peut être identifiée dans le recours que font les juridictions à des sources textuelles pour asseoir les principes fondamentaux qu'elles vont reconnaître. Ces convergences sont révélatrices d'une convergence plus importante encore : l'existence de fonctions communes qui peuvent être identifiées. En d'autres termes, même si le contenu de ces principes est extrêmement varié, la qualification par les juridictions d'une règle de « principe fondamental » leur permet d'exprimer leur pouvoir créateur.

3 - L'approche des principes fondamentaux par les fonctions

Le repérage systématique de l'utilisation des principes fondamentaux par les juridictions suprêmes a montré l'extrême diversité de ces principes. Il était pourtant permis de penser que cette première interrogation ferait émerger un certain nombre de principes communs à l'ensemble des juridictions manifestant ainsi qu'ils méritaient le qualificatif de « fondamental ». L'extrême variété des énoncés dément clairement cette hypothèse.

L'hétérogénéité des origines et des contenus des principes fondamentaux ainsi que du vocabulaire des juridictions renforce la nécessité de comprendre les fonctions dont est investie l'expression dans le raisonnement des juridictions pour mieux cerner l'éventuelle notion. En effet, le recours à cette expression par le juge n'est, dans la très grande majorité des cas, pas innocent. La plupart de ces décisions font apparaître un élément commun qui n'est pas dans le contenu de ces principes ou dans une valeur hiérarchique qui leur serait attribuée par les juridictions, mais dans l'utilisation qui en est faite par le juge. Dans un très grand nombre d'occurrences, les « principes » qualifiés de « fondamentaux » par les juges suprêmes peuvent être caractérisés par des fonctions communes. L'analyse de ces fonctions nous permettra donc de prendre l'exacte mesure du sens du recours aux « principes fondamentaux » par les juridictions, au-delà des spécificités de chaque juridiction suprême (3.1). Mais auparavant, il convient d'explicitier la méthode retenue pour identifier ces fonctions communes aux principes fondamentaux (3.2).

3. 1 - L'identification des fonctions communes aux « principes fondamentaux »

L'analyse en termes de fonctions communes des « principes fondamentaux » n'a d'intérêt que dans les hypothèses où les juges suprêmes qualifient eux-mêmes un certain nombre de règles de « principes fondamentaux ». Il convient donc d'isoler les décisions où la présence de cette expression ne provient pas d'un véritable choix des juges mais découle de textes qui eux-mêmes utilisent cette expression (3.1.1). Le corpus de décisions ainsi délimité, il faut encore justifier et préciser le recours à cette méthode d'analyse en termes de fonctions communes dont nous verrons qu'elle permet de caractériser l'emploi de l'expression « principes fondamentaux » par les juridictions (3.1.2).

3. 1. 1 - La mise à l'écart des décisions où les « principes fondamentaux » apparaissent par citation de textes qui utilisent cette expression

Dans un certain nombre de décisions, l'expression « principes fondamentaux » est suscitée par un texte. Par exemple, il en est ainsi lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 janvier 2002, affirme que « *le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire* »⁷⁷. Elle ne fait ici que reprendre l'article L.1110-8 (ancien article L.710-1) du Code de la santé publique qui utilise lui-même le terme « fondamental ». De la même manière, le Conseil d'Etat cite le « *principe déontologique fondamental du libre choix du médecin par le patient* », repris de l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale⁷⁸. Dans ces hypothèses, la qualification de la règle comme « principe fondamental » résulte d'un choix du rédacteur du texte. Cela ne nous donne aucune information certaine quant à la fonction que le juge entend faire jouer au « principe fondamental ».

Sur ce schéma là, il convient de noter que la Constitution française de 1958 qui utilise l'expression « principes fondamentaux » se trouve à l'origine d'un nombre important de références dans les décisions des juridictions nationales. Pour ne citer qu'un exemple, il en est ainsi lorsque la Cour de cassation, dans un arrêt de 2001, pour écarter l'application d'un traité ratifié par un acte du pouvoir exécutif, relève que, le traité touchant aux « principes fondamentaux du régime de la propriété... », devait par application de l'article 53 de la Constitution, être ratifié par le Parlement⁷⁹. Il est tout à fait net que la Cour de cassation ne formule pas elle-même un « principe fondamental » mais se borne à faire application d'un texte qui se réfère explicitement à cette expression, en l'occurrence l'article 34 de la Constitution de 1958. Ici la référence au « principe fondamental » n'a d'autre fonction que celle que lui donne la disposition textuelle appliquée elle-même.

Le cas des juridictions administrative et constitutionnelle est à cet égard remarquable. En effet, pour ces juridictions, l'expression de « principes fondamentaux » relève, dans la très

⁷⁷ Cass. soc., 31 janv. 2002, pourvoi n° 00-14117, P+B+R.

⁷⁸ CE, 10 nov. 1999, publié au Recueil Lebon. On peut faire remarquer que ce principe du libre choix du médecin se trouvait également dans le code de déontologie médicale, aujourd'hui abrogé, mais sans le qualificatif de fondamental.

⁷⁹ Cass. 1^{er} civ., 29 mai 2001, pourvoi n° 99-16673, P+B+R.

grande majorité des occurrences, d'une simple citation de textes renvoyant à des catégories définies en dehors d'elles.

En premier lieu, pour le Conseil constitutionnel comme pour le Conseil d'Etat, l'expression « principes fondamentaux » apparaît dans la bouche des juges par référence à l'article 34 de la Constitution de 1958⁸⁰. En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, et comme nous l'avons déjà vu⁸¹, la référence au texte même de l'article 34 est le plus souvent très explicite particulièrement lorsque le juge constitutionnel utilise des guillemets avec une formulation du type « *considérant qu'au titre de principes fondamentaux de l'article 34 il y a lieu de ranger le principe suivant lequel (...)* ». Il peut également être plus implicite mais tout aussi net en considérant que les dispositions soumises à son contrôle ne mettent en cause « *aucun des principes fondamentaux (...) placés par la Constitution dans le domaine de la loi* ». Quant au Conseil d'Etat, la référence au texte même de l'article 34 est également claire et expresse : « *Considérant que la détermination des modalités d'exercice de la police de la chasse relève du pouvoir réglementaire, dès lors qu'elles ne mettent en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi* »⁸² ; « *qu'eu égard à la composition de ladite commission et à ses attributions, les règles de consultation de cette commission, qui ne mettent pas en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété non plus qu'aucune des règles que l'article 34 de la Constitution a placées dans le domaine de la loi, ont un caractère réglementaire* »⁸³

Comme on le sait, l'article 34 de la Constitution distingue entre les matières pour lesquelles « *la loi fixe les règles* » et les matières pour lesquelles elle « *détermine les principes fondamentaux* ». Quoiqu'il en soit des évolutions qu'ait pu connaître cette distinction⁸⁴, les « principes fondamentaux » sont présents dans l'énoncé constitutionnel dans une perspective de répartition des compétences entre législateur et pouvoir réglementaire. En toute logique,

⁸⁰ Pour le Conseil constitutionnel il en est ainsi pour l'ensemble des décisions L et des décisions FNR, soit 144 décisions. Environ 2/3 des décisions DC sont également concernées, soit plus de 36 décisions. Au total, c'est donc plus de 70% des décisions du Conseil constitutionnel utilisant l'expression « principes fondamentaux » qui renvoient à l'article 34 de la Constitution.

⁸¹ Cf. supra, partie 2.

⁸² CE, 30 juin 2003, n° 236571, cons. 6 et 4.

⁸³ CE, 23 mars 1998, n° 181893, cons. 10 & 7.

⁸⁴ Longtemps en effet l'idée a prévalu qu'il existait des matières pour lesquelles le législateur devait être précis (« le législateur fixe les règles ») et d'autres pour lesquelles il pouvait être plus général (« la loi détermine les principes fondamentaux »). Pour ces dernières, le législateur devait donc se contenter de fixer les principes fondamentaux de la matière tandis que « le détail » pouvait relever du pouvoir réglementaire. Il n'est plus aujourd'hui contesté qu'une telle lecture de l'article 34 est erronée (voir notamment L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, et leurs commentaires sous la décision de 1959 du Conseil constitutionnel (CC, L du 27 novembre 1959, R.A.T.P). En effet, l'analyse des jurisprudences constitutionnelle et administrative relatives à la compétence du législateur montre que ces juridictions n'opèrent pas une telle distinction. En revanche, elles se livrent à un autre partage : le législateur est compétent chaque fois qu'il est question de mise en cause des principes fondamentaux (et/ou des règles), laissant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre de ces principes fondamentaux (et/ou des règles).

les décisions qui emploient cette expression sont des décisions où les juges (administratif ou constitutionnel) apprécient la validité de la compétence de l'auteur d'un acte⁸⁵. Pour ce faire, les juges peuvent être amenés à se prononcer sur le caractère « fondamental » (déterminant) ou pas des dispositions soumises à leur contrôle mais dans l'unique but de dire si l'auteur de l'acte était bien compétent au regard de l'article 34 de la Constitution. Autrement dit, dans ces circonstances, si les juges s'intéressent bien à l'objet de la norme soumise à leur contrôle afin de déterminer qui est compétent pour l'édicter, ils n'emploient pas l'expression de « principes fondamentaux » afin de qualifier la norme elle-même. Ils se contentent alors de préciser le contenu d'une catégorie de principes fondamentaux fixée par un texte.

En second lieu, l'expression « principes fondamentaux » apparaît également dans bon nombre de décisions des juges constitutionnel et administratif, par référence à un autre énoncé du texte constitutionnel : celui de son Préambule et de ses fameux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁸⁶. Comme on le sait également, ces principes sont dégagés par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité⁸⁷ ou de façon plus exceptionnelle par le Conseil d'Etat⁸⁸. Là encore, comme nous l'avons déjà dit⁸⁹, l'utilisation de cette expression est induite par sa présence dans le texte constitutionnel que les juges mobilisent. Ici néanmoins la particularité de ces juridictions s'estompe. En effet, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République n'ont pas de contenu déterminé *a priori*. L'utilisation de cette expression peut être l'occasion d'une définition du contenu de cette catégorie et ainsi être révélatrice du pouvoir créateur des juges. On retrouve alors, comme nous allons le voir, une des fonctions identifiées pour les autres juridictions.

L'utilisation de l'expression « principes fondamentaux » devant les juges constitutionnel et administratif renvoie donc le plus souvent au travers de l'article 34 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République à des notions présentes dans un texte et déjà largement identifiées. Ce n'est que très marginalement, dans quatre décisions seulement, que le Conseil constitutionnel fait référence à des principes fondamentaux sans s'appuyer sur l'article 34 ou les principes fondamentaux reconnus par les lois de la

⁸⁵ En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, on remarquera que, bien souvent, l'expression « principes fondamentaux de l'article 34 » est simplement « visée » par le juge et ce alors même que la question de la compétence du législateur ne fait pas problème. Ce « visa » opéré, le juge constitutionnel va contrôler si le législateur respecte ou ne respecte pas le texte constitutionnel.

⁸⁶ Pour le Conseil constitutionnel, il en est ainsi pour plus de 23% des décisions récoltées.

⁸⁷ Voir par exemple CC, DC du 16 juillet 1971 dite « Liberté d'association ».

⁸⁸ Voir CE, 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris ou encore CE, 3 juillet 1996, Moussa Koné.

⁸⁹ Cf. supra, partie 2.

République⁹⁰. Quant au Conseil d'Etat, il n'utilise jamais cette expression en dehors de son renvoi par un texte qu'il a la charge d'appliquer et, dans plus de 80% des décisions, la référence est faite aux principes fondamentaux de l'article 34 de la Constitution. Une telle situation contraste singulièrement avec les autres juridictions où l'emploi de l'expression « principes fondamentaux » est totalement dégagé de ces références. C'est une évidence pour les juridictions internationales qui ne connaissent pas de ces catégories nationales. C'est également largement le cas pour la Cour de cassation dont le rôle ne la met que très rarement en position de connaître de l'application de ces dispositifs⁹¹. Au total donc, la grande majorité des décisions que nous avons récoltées utilisent l'expression « principes fondamentaux » sans que cette utilisation soit dictée par un quelconque texte, clairement identifiable. C'est à elles que nous nous intéresserons pour comprendre les raisons et les enjeux de l'emploi de cette expression par les juridictions.

3. 1. 2 - La méthode d'identification des fonctions communes aux principes fondamentaux.

Confrontés à une absence d'unité dans l'emploi de l'expression « principe fondamental » par les juridictions, tant en ce qui concerne le contenu de ces principes que leur place dans une hiérarchie formelle des normes, nous avons donc tenté de dégager des fonctions communes à l'emploi de cette expression sur l'ensemble des décisions repérées.

Cette méthode d'analyse en terme de « fonctions des principes fondamentaux » est empruntée aux méthodes mises en œuvre dans le cadre de recherches menées en droit comparé. En droit comparé, en effet, une analyse fondée sur une terminologie ou sur des institutions communes est vouée à l'échec d'une part car des dénominations identiques ne renvoient pas nécessairement à des outils, des catégories ou des institutions juridiques identiques et d'autre part car, à l'opposé, des dénominations différentes entre les Etats peuvent renvoyer à des outils, des catégories ou des institutions similaires. La seule démarche pertinente consiste alors à identifier une fonction au sein d'un ordre juridique et de voir comment le système organise le traitement de cette fonction. Ainsi, par exemple, en matière de droit du travail, il n'est pas pertinent de comparer les juridictions spécialisées en la matière : elles peuvent d'ailleurs ne pas exister dans certains pays et n'auront, de toute façon,

⁹⁰ Cf. supra, partie 2.

⁹¹ Cf. infra pour un exemple de référence à l'article 34 de la Constitution.

pas les mêmes compétences. En revanche, il est tout à fait possible de comparer le traitement juridictionnel des litiges du travail⁹².

Dans le cadre de cette étude, une analyse en termes de fonctions communes doit nous permettre de dépasser l'hétérogénéité constatée des principes fondamentaux, pour mieux comprendre ce qui peut amener les juridictions à utiliser cette terminologie. En d'autres termes, cette méthode doit nous permettre de comprendre quel est le rôle joué par cette expression dans le raisonnement juridique des Cours suprêmes. Cette entreprise s'est, toutefois, avérée délicate tant au plan de l'observation empirique que de la conceptualisation de la fonction, compte tenu de la diversité des modes de raisonnement des juridictions et des types de contentieux, nous conduisant à affiner nos hypothèses et à éviter des confusions quant aux sens possibles de la fonction des principes fondamentaux.

Nous avons tout d'abord procédé, par sondage, à l'analyse d'un nombre significatif mais non exhaustif de décisions. Ce premier travail nous a conduit à envisager deux fonctions possibles du recours à l'expression « principes fondamentaux ». Le principe fondamental pouvait être utilisé comme ligne directrice de l'interprétation du juge (en justifiant par exemple d'une interprétation restrictive des exceptions au principe fondamental). Le principe fondamental semblait également pouvoir se présenter comme une norme supérieure et apparaissait alors comme une règle d'éviction permettant aux juges d'écarter l'application d'une règle. Cette hypothèse devait être testée sur l'ensemble des décisions récoltées. Un premier rapport d'analyse a donc été demandé aux chercheurs qui devaient établir les fonctions propres dégagées pour la juridiction dont ils avaient la charge et vérifier si notre première hypothèse était valide. Les rapports ont alors fait apparaître que les deux fonctions initialement proposées ne rendaient pas compte des fonctions réelles des principes fondamentaux dans les décisions des juridictions. La première fonction identifiée semblait beaucoup trop générale pour permettre une analyse pertinente : n'est-il pas toujours possible de percevoir le principe fondamental comme une règle d'interprétation ? Par ailleurs, si l'expression pouvait être utilisée pour désigner la supériorité de la règle, cette fonction était également insuffisamment définie. La référence à une norme supérieure renvoie, en effet, à une hiérarchie des normes qui n'a pas le même sens selon les juridictions étudiées. Les rapports dégageaient également des utilisations qui s'inséraient mal dans les deux fonctions pressenties.

⁹² SCHREGLE J., « Comparative industrial relations : pitfalls and potential », *International Labour Review*, 1981, p. 15.

Cette première étape a également, et peut-être surtout, permis d'éviter un écueil : celui d'une confusion possible entre la fonction de la décision elle-même, ou plus généralement la fonction de la juridiction, et la fonction du principe au sein de la décision, même si ces deux facettes sont parfois difficilement dissociables. Une confusion était également possible entre le contenu du principe lui-même et sa fonction dans la décision.

Ainsi, les décisions préjudicielles de la Cour de justice des Communautés européennes ont bien évidemment pour fonction de donner une interprétation du droit communautaire, c'est l'objet même de cette technique. Pour autant, les principes fondamentaux contenus dans ces décisions n'ont pas uniquement pour fonction d'interpréter une norme. Dans le même esprit, les décisions du Conseil constitutionnel ont forcément pour objet d'apprécier la question de la conformité des textes déferés au texte constitutionnel et l'utilisation d'un « principe fondamental » est difficilement détachable de ce contexte juridictionnel. Mais la fonction de l'expression ne se résumera pas forcément à une fonction de prévalence d'une règle sur une autre. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel évoque les « principes fondamentaux du droit des contrats »⁹³, il le fait pour apprécier la conformité de la loi déferée à ces principes, et ainsi les faire éventuellement prévaloir. Mais telle n'est pas l'unique fonction de cette évocation, elle permet au juge constitutionnel également et peut-être avant tout de créer une norme de référence pour son contrôle.

Une autre difficulté nous est fournie par le « principe de faveur » qui représente l'essentiel des arrêts de la Cour de cassation sur les principes fondamentaux. Par son contenu, ledit principe vise à régler un conflit de normes, en faisant systématiquement prévaloir la plus favorable au salarié, fût-elle inférieure dans la hiérarchie des normes. Il serait donc permis de penser que l'on est ici dans le cadre de la fonction « règle d'éviction » des principes fondamentaux. Mais une analyse plus précise doit conduire à ne pas confondre le contenu du principe posé (qui pourrait d'ailleurs tout aussi bien résulter d'un texte exprès) et la fonction qui résulte du caractère « fondamental » qui lui est attribué. Si on place le débat sur ce terrain, on s'aperçoit que la fonction est moins de faire prévaloir la norme qualifiée de fondamentale, en l'espèce le principe de faveur, que d'étendre le champ d'application d'une norme déjà présente dans le code du travail. Il s'agit donc, à partir de textes épars du Code du travail (et

⁹³ CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité.

notamment de l'article L 132-4 qui fait jouer le principe de faveur dans l'hypothèse d'un conflit entre une convention collective et une loi ou un règlement) de tirer une règle d'application générale susceptible d'être mise en œuvre dans les cas les plus divers.

La confrontation de ces différents résultats a alors permis de dégager et d'analyser trois fonctions pouvant se rattacher à l'emploi de l'expression « principe fondamental » par les juridictions.

3. 2 - L'analyse des trois fonctions identifiées

Trois fonctions ont été dégagées de l'analyse des décisions contenant l'expression « principe fondamental » : une fonction que nous qualifierons de « rhétorique », une fonction « créatrice » et une fonction « d'éviction ». Ces trois fonctions ne sont pas exclusives les unes des autres. Bien au contraire, elles sont très souvent présentes de façon cumulative dans les décisions.

3. 2. 1 - La fonction rhétorique

Il s'agit là certainement de la fonction la plus immédiate. Elle est d'ailleurs inhérente à l'emploi même de cette expression. Dans cette hypothèse, les juridictions ne créent pas de règle. Elles mobilisent une règle textuelle en la qualifiant de « principe fondamental » sans que cette qualification soit indispensable à la résolution du litige en cause. En effet, la règle mobilisée est exactement la règle prévue par le texte sans que la juridiction cherche à écarter la règle textuelle ou à l'interpréter de façon extensive. Les juridictions pourraient, dans ces décisions, tout aussi bien mobiliser la règle textuelle évoquée sans pour autant la qualifier de fondamentale.

On trouve ce processus à l'œuvre devant la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle est notamment amenée à se prononcer dans des affaires mettant en cause les quatre libertés de circulation (liberté de circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes). Dans ces hypothèses, la Cour de justice des Communautés européennes ne crée pas de principe fondamental, elle qualifie simplement certaines règles inscrites dans le Traité de « fondamentales ». Cette qualification ne semble en aucun cas

indispensable à la résolution des litiges car ces règles sont bien inscrites dans les Traités et peuvent être appliquées sans recevoir le qualificatif de principe fondamental. D'ailleurs les formulations retenues par la Cour sont souvent purement déclaratives : « *La libre circulation des marchandises constitue l'un des principes fondamentaux du traité, ce principe est mis en œuvre par les articles 30 et suivants du traité* »⁹⁴ ou encore « *l'article 48 énonce le principe fondamental de la libre circulation des travailleurs, ..., la Cour a constaté à maintes reprises que cette disposition met en œuvre un principe fondamental consacré par l'article 3 sous c) du traité* »⁹⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme qualifie également certaines règles de « fondamentales » sans que cela paraisse indispensable à son raisonnement, un résultat similaire pouvant être atteint par la simple évocation de la règle. Ainsi, dans l'affaire Lavents c/ Lettonie du 28 novembre 2002, la Cour conclut « *Mme Steinerte suggéra aux accusés de prouver au Tribunal qu'ils n'étaient pas coupables. Vu sa nature générale, une telle indication va à l'encontre du principe même de présomption d'innocence, l'un des principes fondamentaux de l'Etat démocratique* ». Le constat d'une violation de l'article 6 §2 de la convention suffisait ici à justifier la condamnation de la pratique exposée.

De la même façon, dans sa décision n°99-412 DC du 15 juin 1999 « Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », le juge constitutionnel après avoir cité *in extenso* l'article 1er de la Constitution, puis réaffirmé la valeur constitutionnelle du principe d'unicité du peuple français, « *dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale* », considère que « *ces principes fondamentaux 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* »⁹⁶. L'utilisation de l'expression est ici purement rhétorique car un résultat similaire pouvait être obtenu sans cette qualification dans la mesure où ces dispositions sont très directement issues des articles 1^{er} et 2^{ème} de la Constitution.

Enfin, on retrouve cette même logique à l'œuvre devant la Cour de cassation. Dans deux arrêts, la Cour de cassation fait état d'un « *principe fondamental selon lequel la Cour d'assises doit juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie* », alors que la solution de l'affaire pouvait s'appuyer directement sur l'article 350 du Code de procédure pénale⁹⁷. On peut faire la même constatation à propos des arrêts relatifs au principe de faveur, qui utilisent l'expression de

⁹⁴ Par exemple, CJCE, 9 décembre 1997, C-265/95.

⁹⁵ Par exemple, CJCE, 15 juin 2000, C-302/98.

⁹⁶ CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

⁹⁷ Cass. crim., 14 juin 1989, pourvoi n° 88-83348, Cass. crim. 12 mai 1970, Bull. crim. n° 158.

« principes fondamentaux » dans des cas explicitement visés par un texte (et notamment par l'article L 132-4), sans même nécessairement viser celui-ci⁹⁸.

Dans chacun de ces exemples, la qualification de principe fondamental ne s'imposait pas. Néanmoins, ce choix du qualificatif de « principe fondamental » n'est pas neutre. Il met en évidence « l'éminence » de la règle ainsi qualifiée et participe de la force persuasive de la décision. Cette force persuasive du recours à l'expression « principes fondamentaux » prend toute son ampleur si l'on raisonne à partir de séries de décisions se référant à une même règle. Le principe fondamental peut alors servir une ligne jurisprudentielle et être utilisé de diverses manières dans l'argumentation de la juridiction. Deux cas de figure peuvent être distingués.

En premier lieu, le « principe fondamental » peut présager d'une utilisation postérieure plus active de la règle ainsi qualifiée. Si, dans l'arrêt Lavents contre Lettonie de la Cour européenne des droits de l'homme précédemment exposé, la présentation de la présomption d'innocence comme « l'un des principes fondamentaux de l'Etat démocratique » n'a pas d'incidence, on peut songer que la juridiction européenne des droits de l'homme pourrait reprendre dans l'avenir une telle assertion pour continuer la construction de la catégorie des « principes démocratiques fondamentaux », catégorie créée par la Cour pour y ranger les garanties constituant le noyau dur de la démocratie.

En second lieu, l'expression principe fondamental intervient pour qualifier une règle qui n'avait pas été ainsi qualifiée dans des arrêts antérieurs. Ainsi, devant la Cour de justice des Communautés européennes, assez fréquemment, le premier arrêt où l'on trouve les termes de « principe fondamental » fait référence à un arrêt antérieur qui lui n'utilisait pas cette qualification. La fonction de création initiale de la règle s'est donc faite sans recours à l'expression « principe fondamental » mais cette création sera légitimée *a posteriori* par le recours à l'expression. Le principe de confiance légitime est très significatif de ce procédé. Dans le premier arrêt où ce principe est qualifié de fondamental⁹⁹, la Cour de justice des Communautés européennes indique « *qu'ainsi que la Cour l'a récemment confirmé dans son arrêt du 16 mai 1979, le principe du respect de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la communauté* ». Or l'arrêt cité¹⁰⁰ ne retenait pas cette qualification et précisait simplement : « *dans le cadre d'une réglementation économique telle que celles des organisations communes des marchés agricoles, le principe du respect de la*

⁹⁸ Cf. 5. 1 – le principe de faveur.

⁹⁹ CJCE, 5 mai 1981, 112/80.

¹⁰⁰ CJCE, 19 mai 1979, 84/78.

confiance légitime interdit aux institutions communautaires..., de modifier cette réglementation sans l'assortir de mesures transitoires si un intérêt public péremptoire ne s'oppose pas à l'adoption de pareille mesure ». Le troisième arrêt cristallisera ensuite la formulation qui restera identique : « *il est de jurisprudence constante que si le principe du respect de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la communauté, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires* »¹⁰¹.

Concernant la Cour européenne des droits de l'homme, on peut constater le même phénomène. Le principe de la prééminence du droit est présenté comme un principe fondamental pour la première fois en 1978 dans l'arrêt Klass¹⁰². Cependant la lecture de l'arrêt Golder, rendu en 1975, enseigne qu'il est déjà, dans cette décision, la clé de la motivation même s'il n'apparaît pas comme un principe fondamental¹⁰³.

Au-delà de ces analyses en terme de technique d'argumentation du juge, il est permis de voir, dans le recours aux « principes fondamentaux », une fonction quasi idéologique : elle permet de mettre en évidence des valeurs, des représentations souhaitables de l'ordre juridique et, au delà, des rapports sociaux¹⁰⁴. L'exemple de la Cour de justice des Communautés européennes est particulièrement révélateur lorsqu'elle qualifie de fondamentales les quatre libertés (libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes) qui fondent l'Union européenne et la Cour Internationale de Justice indique par ce même adjectif la valeur particulière qu'elle attache à certains principes s'agissant particulièrement des principes issus du droit humanitaire et du règlement pacifique des différends. La Cour affirme la valeur fondamentale de ces principes en les fondant sur des justifications de morale sociale, d'ordre public, afin d'expliquer la gravité de leur méconnaissance (par exemple le principe du non recours à la force armée).

¹⁰¹ CJCE, 14 février 1990, C-350/88 ; CJCE, 7 mai 1992, C-258/90 et C-259/90 et CJCE, 14 juillet 1994, C-353/92.

¹⁰² CEDH Arrêt Klass et autres du 6 septembre 1978.

¹⁰³ CEDH Arrêt Golder du 21 février 1975, §34 et 35.

¹⁰⁴ Jeammaud, A., « Les principes dans le droit français du travail. », *Droit social*, 1982, p. 626.

3. 2. 2 - La fonction créatrice

L'utilisation de l'expression « principe fondamental » est l'instrument par excellence du pouvoir créateur de droit du juge. Cette création peut se faire *ex-nihilo* : la qualification de « principe fondamental » permettra aux juges de créer une norme qui n'était pas jusqu'alors formulée comme telle dans le contentieux considéré. Cette création peut également se faire par extension : la qualification de « principe fondamental » permettant alors au juge d'étendre le champ d'application de la règle ainsi qualifiée.

3. 2. 2. 1 – La création par l'identification d'une norme

Le principe fondamental permet parfois au juge de créer une règle en l'absence de tout rattachement textuel explicite ou, plus fréquemment lui offre, par le biais d'un renvoi à un principe ou à une famille de règles dont le contenu est *a priori* indéterminé, la possibilité d'identifier une norme. L'utilisation de l'expression « principes fondamentaux » peut d'ailleurs servir à masquer cette création prétorienne.

Cette opération se fait souvent par le recours à des formules très génériques, donnant à penser qu'existe un corps de règles que le juge ne fait qu'appliquer alors qu'il est, en réalité, en train de l'énoncer, de façon plus ou moins précise. En effet, les décisions se présentent comme la simple application de « principes fondamentaux » formulés dans des termes très généraux comme il en va des « principes fondamentaux du traité », du « principe fondamental d'égalité » ou encore du « principe fondamental de sécurité juridique ». Le recours à cette expression dote ces principes d'une valeur particulière. Mais leurs énoncés très généraux les dispensent de tout contenu précis et c'est bien le juge qui énoncera, au cas par cas, les règles positives qui seront appliquées dans les litiges en cause. Quatre exemples illustrent bien le recours à cette technique d'argumentation.

Ainsi la Cour internationale de justice peut recourir à l'expression pour poser une solution qui n'est pas prévue par un texte ou en cas de règle imprécise ou en cours de formation. Dans cette dernière hypothèse, la Cour internationale de justice mettra en évidence un principe qu'elle qualifiera de fondamental pour accélérer la formation d'une règle qui est au moment de sa saisine de la *soft law* tel fut le cas pour le principe de la sauvegarde de

l'environnement¹⁰⁵. Utilisant une autre technique de création, la Cour internationale de justice est parvenue, à partir du principe de souveraineté des Etats, à tirer plusieurs conclusions. Elle a extrait, de ce principe, des conséquences logiques : un Etat ne saurait être engagé sans son consentement¹⁰⁶ ou encore la limitation de souveraineté ne se présume pas¹⁰⁷.

La Cour de justice des Communautés européennes utilise également l'expression comme un instrument créateur. Dans l'arrêt Francovich¹⁰⁸, le recours aux principes fondamentaux permet à la Cour de justice des Communautés européennes de poser un véritable régime juridique de la responsabilité de l'Etat. La motivation de la Cour de justice des Communautés européennes est à cet égard particulièrement éclairante : « *Ce problème (de l'existence et de l'étendue d'une responsabilité de l'Etat pour des dommages découlant de la violation des obligations lui incombant en vertu du droit communautaire)- doit être examiné à la lumière du système général du Traité et de ses principes fondamentaux* ». De ces principes fondamentaux est tiré le principe inédit de la responsabilité des Etats : « un Etat membre est obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers d'une non-transposition d'une directive ». Dans l'affaire Factortame¹⁰⁹, la Cour précisera ce régime de responsabilité, et sa motivation sera encore plus explicite « *en l'absence dans le traité de dispositions réglant de façon expresse et précise les conséquences des violations du droit communautaire par les Etats membres, il appartient à la Cour dans l'exercice de la mission que lui confère l'article 164 du traité d'assurer le respect du droit (...) de statuer sur une telle question selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours aux principes fondamentaux du système juridique communautaire (...)*. Tout est dit dans cette motivation, les principes fondamentaux du traité sont bien à la source de principes spécifiques non prévus par les textes. La Cour de justice des Communautés européennes évoque d'ailleurs expressément ces lacunes. On trouve, par ailleurs, dans ces arrêts des références textuelles¹¹⁰ sur lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes appuie son interprétation, mais ces références sont plutôt des alibis qui ne masquent pas la part créative du raisonnement du juge communautaire. La Cour sera ensuite amenée, dans les arrêts postérieurs, à définir les conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, et elle posera trois conditions : que la

¹⁰⁵ Avis de la Cour internationale de justice du 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

¹⁰⁶ CPJI, arrêt du 17 août 1923, Wimbledon, France c/. Allemagne.

¹⁰⁷ CPJI, arrêt du 7 juin 1932, Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex, France c/. Suisse.

¹⁰⁸ CJCE, 19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90.

¹⁰⁹ CJCE, 5 mars 1996, C-46/93 et C-48/93.

¹¹⁰ Notamment à l'article 5 du Traité, selon lequel les Etats membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières pour assurer l'exécution du droit communautaire, et qui implique pour la Cour, d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire.

règle violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité directe entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées. C'est bien un véritable régime de la responsabilité de l'Etat du fait d'une violation de ses obligations communautaires qui est ainsi défini par la Cour de justice des Communautés européennes.

La Cour européenne des droits de l'homme, qui s'était référée en 1961 aux principes fondamentaux de la convention, n'a pas persisté dans cette voie. Face aux lacunes de la Convention, auxquelles la Cour fait parfois allusion¹¹¹, la juridiction européenne des droits de l'homme va consacrer le principe de la prééminence du droit en 1975 dans l'arrêt Golder, principe qualifié de fondamental, pour la première fois, en 1978 dans l'arrêt Klass. De ce principe fondamental de la prééminence du droit¹¹², la Cour déduit, dans l'arrêt Klass, que l'article 6 de la convention contient un droit d'accès au juge¹¹³. La juridiction strasbourgeoise affirmera ensuite que le principe innerve l'ensemble de la Convention¹¹⁴ et interprétera tous les renvois du texte de la Convention à la légalité « *au regard des impératifs du principe fondamental de la prééminence du droit* »¹¹⁵.

La référence au principe fondamental de prééminence du droit va ainsi permettre à la Cour européenne de dégager des exigences présentées comme sous-jacentes aux termes de la Convention. Au nombre de ces exigences, on peut mentionner : le droit d'accès à un tribunal¹¹⁶, l'exigence d'une « loi » qui réponde à des critères qualitatifs¹¹⁷, le contrôle judiciaire des atteintes portées par l'exécutif¹¹⁸, le devoir de l'Etat ou des autorités publiques de se soumettre à un jugement ou à un arrêt¹¹⁹.

¹¹¹ Voir L'arrêt Klass du 1978, §28, dans lequel la Cour admet que le droit d'accès au juge n'est pas proclamé « en termes exprès » par la Convention.

¹¹² La cour européenne des droits de l'homme a trouvé un fondement textuel au principe de la prééminence du droit dans le préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que dans le statut du Conseil de l'Europe (Cf. 2. 2. 4 – Les origines des principes fondamentaux).

¹¹³ De nombreux arrêts suivront : par exemple, CEDH, 25 août 1994, Fayed c/ Royaume-Uni.

¹¹⁴ CEDH Arrêt Brogan du 28 octobre 1988.

¹¹⁵ CEDH Arrêt Kruslin et Huvig contre France du 27 mars 1990. L'exigence conventionnelle de la légalité des mesures étatiques est pour la Cour un moyen d'assurer la prééminence du droit : art. 5§3 dans les affaires Brogan et autres (CEDH, 28 oct. 1988), Altay c/ Turquie (CEDH, 22 août 2001), Gunay et autres c/ Turquie (CEDH, 22 août 2001) ; art. 8§2 dans Klass et autres c/ Allemagne, (CEDH, 4 juillet 1978), Huvig et Kruslin c/ France (CEDH, 27 mars 1990), Lambert c/ France (CEDH, 24 août 1998), Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c/ Moldova (CEDH, 13 déc. 2001) ; art.1 du protocole n° 1 dans Ex-roi de Grèce et autres c/ Grèce (CEDH, 23 nov. 2000), Katsaros c/ Grèce (CEDH, 13 nov. 2003), Zvolsky et Zvolska c/ République Tchèque (CEDH, 12 nov. 2002).

¹¹⁶ CEDH, 21 fév. 1975, Golder c/Royaume-Uni ; CEDH, 28 oct. 1998, Osman c/ Royaume-Uni.

¹¹⁷ CEDH, 2 août 1984, Malone c/ Royaume-Uni, CEDH, Kruslin et Huvig c/ France, préc., CEDH, Ex-Roi de Grèce et autres c/ Grèce, préc., CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie c/ Moldova, préc., CEDH, Katsaros c/ Grèce, préc.

¹¹⁸ CEDH, Brogan et autres c/ Royaume-Uni, préc., CEDH, 26 mai 1993, Brannigan et Mac Bride c/ Royaume-Uni, 26 mai 1993 ; CEDH, 26 nov. 1997, Sakik et autres c/ Turquie ; CEDH, 11 juill. 2000, Dikme c/ Turquie

¹¹⁹ CEDH, 25 mars 1999, Iatridis c/ Grèce ; CEDH, 14 déc. 1999, Antonakopoulou c/ Grèce ; CEDH, 28 mars 2000, Georgiadis c/ Grèce ; CEDH, 30 mai 2000, Carbonara et Ventura c/ Italie ; CEDH, 30 mai 2000, Belvedere Alberghiera S.R.L. c/ Italie.

On peut retrouver une démarche semblable devant le Conseil constitutionnel lorsqu'il évoque les « principes fondamentaux du droit des contrats »¹²⁰. A l'évidence aucune norme textuelle du bloc de constitutionnalité ne fait de référence directe au droit des contrats et encore moins à quelques principes fondamentaux du droit des contrats que ce soit. On sait cependant que le Conseil constitutionnel a rendu un certain nombre de décisions, pas toujours très explicites, intéressant ce droit des contrats¹²¹ et il peut être permis d'admettre l'existence d'un droit constitutionnel des contrats d'origine jurisprudentielle¹²². Mais, dans la décision qui nous préoccupe, l'expression « principes fondamentaux du droit des contrats » est utilisée par le Conseil constitutionnel pour renvoyer à un corps de règles aux contours mal définis, sinon indéfinissables et qu'il est, en réalité, par voie purement jurisprudentielle en train d'énoncer.

Si cette fonction créatrice attachée à des principes fondamentaux peut ainsi être repérée devant toutes les juridictions, des différences peuvent exister dans le recours à cette technique suivant les juridictions et le rôle qui leur est attribué.

Ainsi, l'office de la Cour européenne des droits de l'homme est d'interpréter une déclaration de droits fondamentaux, lesquels sont, par nature, indéfinis, et il revient précisément à la Cour de Strasbourg d'établir les contours de ces normes standards. Cette technique qui consiste donc à élaborer des règles précises à partir de règles générales et floues est ainsi consubstantielle à la fonction juridictionnelle qui lui est propre. Parce que le Conseil constitutionnel est également dans une logique de contrôle de conformité de normes, il est possible de dégager des points communs avec la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, les énoncés du Conseil constitutionnel peuvent rester encore plus généraux car il lui suffit de déclarer que telle disposition législative litigieuse est (ou n'est pas) conforme avec le principe énoncé de façon bien vague. A nouveau l'exemple des « principes fondamentaux du droit des contrats » est frappant, alors même que la saisine était plus précise évoquant un principe d'immutabilité des contrats, le Conseil constitutionnel reste au niveau plus général d'un supposé principe fondamental de droit des contrats dont il se dispense de

¹²⁰ CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité.

¹²¹ Au titre essentiellement des articles 4 et 5 de la Déclaration de l'homme et du citoyen de 1789 lesquels posent un principe de liberté - article 4 - et évoquent le rôle de la loi en matière d'aménagement des libertés, en général. Ainsi, par exemple, en se fondant sur l'article 4 de cette déclaration, le Conseil constitutionnel vérifie qu'il n'est pas apporté une atteinte telle à l'exécution des contrats en cours qu'elle dénature la liberté contractuelle (CC, décision n°99-416DC du 23 juillet 1999, CMU) et que la connaissance suffisante des normes applicables ne dénature pas cette liberté (CC, décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, Codification). De façon vraiment peu claire le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de liberté contractuelle n'a pas « *en lui même* » valeur constitutionnelle (CC, décision n° 97-388 DC, 20 mars 1997) tout en précisant que sa méconnaissance ne « *saurait être invoquée (...)* que dans les cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ». D'autres exemples pourraient être fournis.

¹²² Cette affirmation peut tout à fait être critiquée si l'on considère que le Code civil est en réalité la source de ce droit constitutionnel, mais tel n'est pas notre débat.

préciser l'exacte teneur pour conclure à l'absence de contrariété à ce principe des dispositions de la loi déferée¹²³.

Comme le montre la jurisprudence issue de l'arrêt Francovich, la Cour de justice des Communautés européennes peut, elle, être amenée à énoncer des règles relativement précises.

3. 2. 2. 2 – La création par l'extension d'une norme

L'expression «principe fondamental» peut-être utilisée pour étendre la sphère d'application d'une règle, en la présentant comme n'étant que «l'expression» ou la «traduction» d'un principe fondamental. Le pouvoir créateur du juge est ici également sans conteste même si, dans ces hypothèses, il peut apparaître comme masqué par la référence textuelle avancée. Il s'agit d'un procédé relativement fréquent même s'il n'est pas utilisé par l'ensemble des juridictions. Logiquement les juridictions comme le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme qui peuvent se fonder sur des énoncés très généraux n'utilisent pas ce procédé.

Devant la Cour de justice des Communautés européennes cette méthode apparaît surtout dans le contentieux de l'égalité. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes¹²⁴ a pu accepter d'appliquer les dispositions de la directive de 1976 sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes à un transsexuel. Le premier tribunal saisi avait, quant à lui, considéré qu'un transsexuel quel que soit son sexe aurait été traité de la même manière et que l'on ne pouvait donc pas considérer qu'il y avait discrimination sexuelle. Pour la Cour de justice des Communautés européennes, « *La directive n'est que l'expression dans le domaine considéré, du principe d'égalité qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire* ». « *Dans ces conditions, le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée* ».

Dans deux arrêts, la Cour de cassation voit dans l'article 906 du Code civil, qui subordonne la capacité de recevoir à titre gratuit à la conception au moment de l'acte, la traduction d'un « *principe fondamental selon lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droit* »¹²⁵. Cette référence permet par exemple à la Cour de cassation de considérer comme nul le legs fait à une personne morale non encore créée au moment de l'acte. L'article 906, ne

¹²³ « *Considérant que sous cette réserve le grief tiré d'une atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats doit être écarté* ».

¹²⁴ CJCE, 30 avril 1996, C-13/94.

¹²⁵ Cass. 1^o civ., 22 juillet 1987, pourvoi n^o 85-14507 et Cass. 1^o civ., 31 mars 1992, pourvoi n^o 90-11574.

visant évidemment que les personnes physiques, n'aurait pas permis, à lui seul, d'atteindre ce résultat. Dans la même logique s'inscrit un arrêt de 1991, qui étend au procès pénal pour faux témoignage lié au divorce, la prohibition du témoignage des descendants formulée par l'article 205 du nouveau Code de procédure civile pour le procès en divorce, au nom d'un « principe fondamental inspiré par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille » dont l'article 205 ne serait que « l'expression »¹²⁶.

La Cour de cassation tire également de textes épars du Code du travail, et notamment de l'article L 132-4, un principe fondamental de faveur ; elle pose ainsi une règle d'application générale susceptible de s'appliquer dans les cas les plus divers et surtout évidemment ceux qui n'étaient pas pris en compte par le code du travail.

Sans que la technique soit rigoureusement la même, la Cour internationale de Justice peut qualifier un principe de fondamental pour étendre une règle issue d'une convention à un nombre plus étendu de destinataires. Elle démontre, ce faisant, leur autonomie par rapport à des conventions internationales, contraignant de ce fait les Etats non signataires des conventions à les respecter tels les principes généraux de base du droit humanitaire¹²⁷.

Le recours à l'expression « principes fondamentaux » est donc bien une technique permettant aux juges suprêmes de créer des normes utiles à leurs contrôles. Comme nous le verrons, l'expression « principes fondamentaux » n'a pas l'exclusivité de cette fonction ; bien d'autres locutions qui participent de cette même technique, et particulièrement celle de « principes généraux du droit », peuvent être utilisées par les juges. Comme eux, les « principes fondamentaux » permettent « *au juge de pallier l'interdit que lui fait l'article 5 du Code civil de créer lui-même du Droit* »¹²⁸. « *Ces « principes » sont des règles de fond, habituellement très importantes (les droits de la défense, le principe de non-rétroactivité, etc.) que le juge met au monde lui-même en justifiant cette attitude théoriquement illicite au moyen d'une rhétorique subtile, mais pas forcément convaincante. En fait et quoi qu'il en dise, cela revient toujours à apporter une norme générale nouvelle dans le système (même si l'opération ne prend presque jamais la forme d'une pure création ex nihilo, le juge ne pouvant donner l'impression de se comporter comme le ferait le législateur). Il faut voir là l'expression la plus manifeste du pouvoir normatif du juge ou plus précisément de son pouvoir de créer des normes générales* »¹²⁹.

¹²⁶ Cass. Crim., 4 févr. 1991, pourvoi n° 89-86575.

¹²⁷ CIJ, arrêt du 27/06/86, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Nicaragua c. Etats-Unis.

¹²⁸ De Béchillon D., *Qu'est ce qu'une règle de Droit ?*, ed. Odile Jacob, 1997, p. 49.

¹²⁹ Ibid, p. 30.

Mais cette fonction de création n'est pas exclusive d'une autre fonction repérée de l'expression « principe fondamental » laquelle peut également être amenée à assumer une fonction de « prévalence-éviction ».

3. 2. 3 - La fonction de « prévalence-éviction »

Le recours à l'expression de « principes fondamentaux » permet à la règle ainsi qualifiée de prévaloir dans le litige en cause. On pourrait ainsi parler d'une fonction de prévalence, le qualificatif de « fondamental » justifiant de « hisser » la norme à un niveau supérieur. Mais le terme de prévalence est ambigu car il peut laisser croire que le juge cherche alors à positionner la règle qualifiée de « principe fondamental » dans une hiérarchie formelle des normes. Dans une telle conception des sources du droit, la qualification de « principe fondamental » par le juge reviendrait à attribuer à la règle en cause une valeur juridique hiérarchiquement supérieure. Telle n'est pourtant pas l'opération à l'œuvre. En qualifiant telle règle de « principe fondamental », le juge cherche simplement à évincer l'application d'une autre règle laquelle peut très bien être formellement de même rang juridique.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet de bien illustrer ce propos. Ainsi en qualifiant de « principes fondamentaux », certains traits de la société démocratique évoquée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Cour européenne assure leur prévalence sur d'autres règles, de même niveau hiérarchique, également protégées par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la Cour s'appuyant sur l'idée que la « *démocratie est un élément fondamental de l'ordre public européen* » admet l'ingérence d'un Etat dans le cadre de la liberté d'association appliquée à un parti politique (article 11). Elle exprime ainsi les limites posées pour les partis politiques : « *un parti politique peut mener campagne en faveur d'un changement de législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'Etat à deux conditions : (1) les moyens utilisés à cet effet doivent être à tous points de vue légaux et démocratiques ; (2) le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux* »¹³⁰. La Cour européenne accepte donc qu'un Etat puisse prononcer des interdictions à l'égard d'un

¹³⁰ CEDH, 31 juill. 2001, Refah partisi (parti de la prospérité) c/ Turquie (§47) ; CEDH, 9 avril 2002, Karatas et Aksoy (§49) ; CEDH, 10 déc. 2002, Dicle pour le parti de la démocratie c/ Turquie, (§46).

parti politique prônant des idées contraires aux principes fondamentaux de la démocratie au rang desquels figure la non-discrimination¹³¹.

Le même type de raisonnement est à l'œuvre devant la Cour de cassation. Il en va ainsi très clairement de tous les arrêts qui se réfèrent aux principes fondamentaux de procédure ou à l'un de ces principes identifiés (« principe fondamental de la contradiction », « principe fondamental de garantie des droits de la défense ») pour ouvrir une voie de recours (pouvoi, appel ou opposition) à fin d'annulation d'une décision violant un tel principe. Ainsi, de façon classique, dans un arrêt du 13 novembre 2002¹³², la chambre commerciale de la Cour de cassation, admet, à l'encontre même des termes du 2° de l'article L 623-4 du Code de commerce, qu'un appel est possible à l'encontre de certaines ordonnances rendues par le juge-commissaire dès lors que sont en jeu des principes fondamentaux de procédure¹³³. Il faut toutefois remarquer que si cette référence aux principes fondamentaux de procédure est fréquente, rares sont les décisions qui reconnaissent une violation des dits principes.

On peut retrouver certains aspects de cette fonction de prévalence devant la Cour de justice des Communautés européennes qui va faire primer le principe fondamental sur une norme nationale qui lui serait contraire. On trouve ce cas de figure dans le domaine de la libre circulation des personnes et des marchandises. La qualification de « principe fondamental » va jouer un rôle dans la reconnaissance de l'effet direct et de la primauté de la norme ainsi qualifiée. Ainsi par exemple « *les articles 48 à 66 du traité et les actes de la communauté pris en leur application mettent en œuvre un principe fondamental du traité, confèrent aux personnes qu'ils concernent des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder et priment tout norme nationale qui leur serait contraire* »¹³⁴.

La Cour internationale de justice paraît, à cet égard, quelque peu discordante. En effet, l'expression ne semble pas utilisée pour assurer la prévalence-éviction de la norme ainsi qualifiée. Certes, il a été constaté que la juridiction peut mettre l'accent sur la qualification « fondamental » pour marquer la valeur particulière d'un principe, pour marquer son attachement à certains principes dont la méconnaissance lui semble particulièrement grave.

¹³¹ CEDH, *Refah partisi c/ Turquie*, préc., (§70).

¹³² Pourvoi n° 99-18218.

¹³³ La Cour de cassation ajoute que la commission d'un excès de pouvoir par le juge ouvre le même type de recours, mais ce n'est pas notre sujet.

¹³⁴ CJCE, 7 juillet 1976, 118/75.

Pour autant les principes fondamentaux ne constituent pas un instrument d'identification des règles de *jus cogens*.

On pouvait en effet s'interroger sur une éventuelle convergence entre « principes fondamentaux » et règles de *jus cogens* (au sens de l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) que la Cour est la seule autorité habilitée à reconnaître. Elle a isolé quelques principes du droit international qui constituent des règles impératives et elle les a qualifiés de principes fondamentaux. Ainsi le principe du respect du droit diplomatique, qualifié de fondamental, constitue une règle de *jus cogens*¹³⁵. Il en est de même des principales règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés¹³⁶. Toutefois, nous avons pu constater que l'utilisation par la Cour du qualificatif « fondamental » pour faire prévaloir une catégorie de principes n'est pas systématique. Si certains principes fondamentaux ont été considérés comme formant des règles de *jus cogens*, tous les principes fondamentaux du droit international ne constituent pas pour autant des règles impératives¹³⁷.

C'est cette même fonction de « prévalence-éviction » qui est à l'œuvre lorsque les juridictions entendent justifier une interprétation restrictive d'une règle confrontée à une autre règle qualifiée de fondamentale. La qualification de « principe fondamental » conduit à réorganiser la lecture des normes en conflit en terme de principe/exception et à impulser une interprétation restrictive du texte non fondamental qui pose l'exception. Les exemples sont nombreux devant la Cour de justice des Communautés européennes et la terminologie est relativement stable. Ainsi, pour la Cour de justice des Communautés européennes, « *La libre prestation des services en tant que principe fondamental du traité ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général* »¹³⁸ ou « *justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général* »¹³⁹. « *En tant qu'il apporte une exception à l'un des principes fondamentaux du marché, l'article 36 n'admet, en effet des dérogations à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété* »¹⁴⁰. On peut donner une dernière citation encore plus explicite : « *L'exception d'ordre public comme toutes les dérogations*

¹³⁵ CIJ, ordonnance du 15 déc. 1979 et arrêt du 24/05/80, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Iran c/ Etats-Unis

¹³⁶ Avis de la CIJ du 8 juillet 1996 sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

¹³⁷ Pour construire les normes de *jus cogens*, la Cour utilise plutôt les termes « supérieurs » et « impératifs ».

¹³⁸ CJCE, 17 décembre 1981, 279/80 ou CJCE, 23 novembre 1999, C-369/96 et C-376/96.

¹³⁹ CJCE, 13 juin 2002, C-340/99 et C-431/99 ou encore CJCE, 7 février 2002, C-279/00.

¹⁴⁰ Voir par exemple CJCE, 10 novembre 1992, C-3/91 ; CJCE, 9 juillet 1997, C-316/95.

possibles à un principe fondamental du traité doit cependant être interprétée de manière restrictive »¹⁴¹.

On retrouve ce même type de raisonnement devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle qualifie des règles posées par l'article 6§1 de principe fondamental (comme le principe de publicité des débats, le principe du contradictoire, le principe d'impartialité du juge) afin de justifier une appréciation restrictive des exceptions au dit principe. Depuis longtemps, la Cour pose des conditions restrictives pour admettre toute renonciation à la publicité des débats. Ainsi, dans l'arrêt *Hakansson et Stureson*¹⁴², la Cour énonce « *La publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental, consacré par l'article 6-. Ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite (...) mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* ». Et elle développe une jurisprudence assez similaire s'agissant du principe fondamental du contradictoire¹⁴³.

Enfin, on peut remarquer que cette fonction de « prévalence-éviction » peut se confondre avec la fonction créatrice du recours à l'expression « principe fondamental ». Le juge identifie un principe fondamental dans le but de le faire prévaloir. Ainsi les principes fondamentaux de procédure devant la Cour de cassation ou les principes démocratiques fondamentaux reconnus par la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, il y a bien là deux fonctions qu'il faut distinguer sur un plan conceptuel.

4 - Les équivalents fonctionnels

Au-delà de la diversité des résultats de l'interrogation par l'expression « principe fondamental », on a pu constater une certaine concordance dans les fonctions remplies par les principes fondamentaux lors de leur mobilisation par les différentes juridictions suprêmes. L'identification de ces fonctions a permis de s'interroger sur les termes et locutions utilisées par les juridictions pour des fonctions identiques. Les trois fonctions identifiées à l'étape précédente ne donnent pas d'emblée les termes des interrogations à mener : « rhétorique », « créatrice » ou « prévalence-éviction » sont des concepts intellectuels découlant d'une

¹⁴¹ CJCE, 10 février 1990, C-340/97 ou CJCE, 19 janvier 1999, C-348/96.

¹⁴² CEDH, 21 févr. 1990, §66. Voir également, CEDH 6 févr. 2001, *Beer c/ Autriche*, §18

¹⁴³ CEDH, 6 févr. 2001, *Beer c/ Autriche*, §18.

analyse mais n'appartenant pas au langage judiciaire. Il fallait donc identifier les équivalents pouvant être utilisés par les juridictions suprêmes pour ces différentes fonctions (4.1). Les équivalents fonctionnels identifiés, une analyse comparée de l'outil « principe fondamental » et des équivalents fonctionnels a été réalisée (4.2).

4. 1 - La recherche des équivalents fonctionnels

Une méthode d'identification a permis de dresser une liste d'équivalents fonctionnels supposés (4.1.1) qui ont été recherchés devant les différentes juridictions (4.1.2).

4. 1. 1 - La méthode de recherche des équivalents fonctionnels

Les équivalents fonctionnels ont été déterminés au moyen du cumul de différentes techniques. Se recoupant ou se complétant, elles ont permis d'élaborer une série d'équivalents fonctionnels supposés.

4. 1. 1. 1 – La présentation de la méthode

La détermination de supposés équivalents fonctionnels a reposé en premier lieu sur des observations réalisées lors de phases antérieures de la recherche complétées en second lieu par la détermination d'équivalents sémantiques.

4. 1. 1. 1. 1 - Les équivalents fonctionnels rencontrés lors des phases antérieures.

A mesure du dépouillement des décisions utilisant l'expression exacte « principes fondamentaux », des équivalents fonctionnels ont pu apparaître par trois voies :

- par le contenu du principe
- par le recours à la doctrine
- par la généralisation des synonymes trouvés à l'ensemble des juridictions

- Par le contenu du principe :

Comment savoir si une juridiction, qui recourt au « principe fondamental de faveur », n'utilise pas cette même norme sous d'autres termes, considérés équivalents ? La démarche qui s'impose d'emblée consiste à mener l'interrogation par le contenu de la règle et de rechercher si elle apparaît jointe à d'autres adjectifs. Par exemple, le principe de la présomption d'innocence ayant été qualifié de fondamental par la Cour européenne des droits de l'homme, l'interrogation « Principe* pre/3 présomption d'innocence » permettait de faire ressortir toutes les formulations utilisées par cette Cour pour ce même principe.

Cette interrogation présente également l'avantage de permettre une approche de la question de la stabilité du vocabulaire : le principe fondamental est-il toujours présenté comme tel par cette juridiction ? Sinon, quels sont les termes équivalents pour la juridiction ? Dans cette même logique, mais cette fois pour cerner au mieux l'utilisation de l'équivalent semblant le plus souvent utilisé, celui de « principe général », l'interrogation fut menée sur l'interrogation sur principe général croisée avec le contenu d'un principe fondamental (ex : Cour européenne des droits de l'homme : principe* pre/3 généra* pre/3 impartialité).

- Par le recours à la doctrine :

Les fonctions ont été identifiées devant chaque juridiction. Or, il est apparu au cours des réunions collectives que certaines fonctions du principe fondamental devant une ou des juridictions n'étaient pas remplies par cette expression devant les autres. Par exemple, la fonction créatrice du « principe fondamental », apparue devant les Cours européennes ainsi que devant la Cour de cassation, ne se retrouvait pas devant le Conseil d'Etat. Or, la juridiction administrative était nécessairement confrontée, elle aussi, à l'hypothèse de lacunes et devait donc recourir à un instrument ayant des fonctions similaires pour leur comblement. Les ouvrages de droit administratif ont permis dès lors d'identifier les outils utilisés à cet égard, enseignant sans hésitation que « les principes généraux du droit » remplissaient une telle fonction.

- Par la généralisation des synonymes :

Lors de l'analyse des décisions mentionnant les seuls « principes fondamentaux », les différents groupes de travail avaient relevé, au hasard des lectures, des expressions similaires utilisées par la juridiction, objet de leur étude, comme équivalent fonctionnel. Par exemple,

les termes de « principe essentiel » étaient apparus dans les arrêts de la Cour de cassation, ceux de « principes généraux » devant la Cour de justice des Communautés européennes ou devant la Cour Internationale de Justice, celui de « principe » devant le Conseil d'Etat ou devant la Cour européenne des droits de l'homme, celui de « règle » devant le Conseil constitutionnel. Il a été supposé que les équivalents fonctionnels ainsi repérés pour une juridiction pouvaient remplir le même rôle d'équivalent fonctionnel devant les autres juridictions et l'interrogation a été généralisée.

La liste ainsi obtenue était, certes, toujours susceptible de se révéler incomplète. Les équivalents fonctionnels pouvaient ne pas apparaître par le contenu : ainsi, par habitude linguistique, une juridiction peut systématiquement baptiser un principe de « fondamental » et un autre d' « essentiel », sans jamais permuter ces qualificatifs, et ce bien qu'ils partagent la même fonction. Le recours à la doctrine, s'il garantissait l'identification des catégories les plus fiables des sources utilisées, n'assurait pas pour autant une représentation parfaitement exacte du contentieux, pour deux raisons : d'une part, parce que la systématisation scientifique laisse nécessairement à l'écart des décisions tenues pour d'espèce ; d'autre part, parce que la matière des principes fondamentaux est souvent le lieu de requalifications par les auteurs ; ainsi, lorsqu'une juridiction utilise un équivalent fonctionnel, par exemple de « principe général », dans une fonction spécifique au « principe fondamental », du moins selon l'auteur, l'étude présentera souvent la décision comme mettant en œuvre un « principe fondamental »¹⁴⁴.

Pour tenter de limiter les risques d'omettre un équivalent fonctionnel, la liste a été complétée par des équivalents sémantiques.

4. 1. 1. 1. 2 - Les équivalents sémantiques

Des recherches sémantiques ont été faites à plusieurs niveaux.

Une première recherche avait été faite à l'origine du projet collectif, afin de mieux cerner les questions soulevées par les « principes fondamentaux ». L'existence d'expressions proches était donc un phénomène connu de l'équipe et avait d'ores et déjà permis de repérer leur utilisation au gré des décisions « principes fondamentaux ».

¹⁴⁴ Cf. 4.2.2.2 – L'instabilité du vocabulaire utilisé par certaines juridictions.

Une nouvelle recherche pouvait permettre de vérifier l'équivalence de certains termes obtenus par la première méthode. Surtout, elle permettait de voir dans quelle mesure les équivalents étaient effectivement synonymes ou si le glissement terminologique emportait un glissement de sens, et, au-delà, un glissement de fonction. Enfin, la démarche sémantique pouvait suggérer une vérification sur des termes jusqu'alors non rencontrés mais pressentis comme pouvant constituer des équivalents fonctionnels : par exemple, les « principes fondamentaux » utilisés dans une fonction de « prévalence-éviction » étaient-ils désignés comme « principes supérieurs » ?

Le travail purement sémantique a été filtré par la culture juridique de l'équipe : des termes pouvant paraître équivalents à « fondamental » dans le langage courant étaient en revanche étrangers au langage juridique. Par exemple, si dans le langage courant « fondamental » est équivalent à « capital » ou « éminent », les concepts de « principe capital » ou « principe éminent » sont apparus trop éloignés du langage juridique pour être retenus de manière pertinente¹⁴⁵. Pour limiter les confusions, et ne pas s'égarer sur des pistes peu pertinentes du point de vue juridique, les éclaircissements se sont par conséquent souvent faits sur la base d'ouvrages juridiques, au premier rang desquels le Vocabulaire juridique¹⁴⁶.

4. 1. 1. 2 - La présentation des supposés équivalents fonctionnels retenus

« Principe » : le terme de principe recouvre différentes significations. Le Vocabulaire juridique en dénombre 7. Mais la lecture de ces définitions fait apparaître, au-delà des nuances, deux caractéristiques majeures du principe : dans toutes ses définitions, le « principe » est lié à un caractère de généralité, permettant de « déduire »¹⁴⁷ ou « d'inspirer »¹⁴⁸. Parce qu'il est en lui-même porteur de généralité, le « principe » nu, sans qualificatif, est à même de remplir la fonction complémentaire. Il est en effet classiquement considéré comme source de « création, application ou interprétation »¹⁴⁹. Cette fonction complémentaire est largement confirmée par la doctrine, selon une présentation née en droit international public puis répandue dans toutes les disciplines¹⁵⁰ : de textes épars ou de valeurs supérieures, les principes sont dégagés à un haut degré de généralité, suffisamment élevé

¹⁴⁵ Une très rapide vérification a été réalisée pour les juridictions internes à partir de Légifrance.

¹⁴⁶ Cornu G. (dir.), Association Capitant, PUF, Quadriège, 4^e éd., mai 2003.

¹⁴⁷ Définition 1 : « Règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques ».

¹⁴⁸ Définition 2 : « Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure ».

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK: