HAL
open science

La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel

Xavier Magnon

To cite this version:

Xavier Magnon. La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel . Politeia [Les Cahiers de l'Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel], 2016. hal-01725374

HAL Id: hal-01725374

https://hal.science/hal-01725374v1

Submitted on 7 Mar 2018

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.

La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel

Xavier MAGNON
Professeur de droit public
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Difficile de ne pas concéder un véritable désarroi face au sujet proposé[1] : *la prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel*. Un désarroi tiré de ce que, à titre personnel, et selon une première approche intuitive que l'on peut avoir du sujet, jamais la question de l'existence de lacunes ou de prise en compte inaboutie des droits et libertés par le droit constitutionnel formel ne s'était posée. Ce manque de réflexivité invite à s'interroger de manière profonde sur son conservatisme scientifique. Il convient donc de vivement remercier les organisateurs de me permettre de me pencher sur le caractère inabouti de mon questionnement critique sur mes objets de recherche. Peut-être aussi qu'un certain conservatisme institutionnel m'avait fait considérer comme acquises et incontestables les conclusions du rapport Comité de réflexion du le Préambule de la Constitution présidé par Simone Veil : « le vice principal de l'arsenal constitutionnel des droits fondamentaux n'est pas d'être insuffisant, mais d'être méconnu »[2].

Cet aveu (doublement) conservateur prononcé, il importe de rapidement établir des précisions terminologiques sur ce qu'il faut entendre par droits fondamentaux et par droit constitutionnel, même si ces deux objets peuvent partiellement se recouvrir. Les droits fondamentaux seront considérés, selon une acception minimale, que l'on supposera comme étant relativement commune, comme des droits et des libertés consacrés par des normes supra-législatives, constitutionnelles (DFConst.) ou conventionnelles (DFConv.) et qui sont justiciables, c'est-à-dire qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant un juge afin que leur protection soit garantie, même si cette définition peut être plus précise à partir d'une définition théorique substantiellement équivalente[3].

Le droit constitutionnel peut être entendu comme la discipline « droit constitutionnel », c'est-à-dire le *discours* de la doctrine constitutionnelle, et comme *objet* de cette discipline à savoir le droit constitutionnel positif, sans qu'il nous soit besoin ici d'entrer plus précisément dans la définition du droit et du droit constitutionnel. Sous l'angle de la doctrine constitutionnelle, le caractère

---

1 … et qui était intitulé d'ailleurs, à l'origine, *les lacunes constitutionnelles des droits fondamentaux*.

2 *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport du comité présidé par Simone Veil, La documentation française, 2008, p. 98.

3 Voir en particulier : O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie [formelle et normativiste] des droits fondamentaux », in *Droit des libertés fondamentales*, sous la direction de L. Favoreu, Dalloz, Précis, Droit public - Science politique, 3ème édition, 2005, p. 82, § 86.

inabouti de la prise en compte des droits et libertés proviendrait de l'éventuelle non prise en compte par la discipline des DFConv. ou encore par la non prise en compte des concrétisations législatives des DF en général. La réduction de l'objet d'étude par la doctrine constitutionnelle marquerait le caractère inabouti de leur réflexion. Sur cette question, la doctrine constitutionnelle est concurrencée par d'autres disciplines, qu'il s'agisse des doctrines européanistes et internationaliste, pour les DF en général, ou de toutes les disciplines du droit interne qui ont pour objet les concrétisations législatives des DF, des civilistes aux administrativistes. Les questions que pose le sujet dans cette perspective sont tout à fait pertinentes mais elles ne relèvent pas d'une étude immédiatement juridique, dans le sens d'une étude portant sur les normes juridiques, mais plutôt d'une étude des discours sur le droit sous l'angle de l'histoire et de la sociologie des savoirs, de la science administrative et de l'épistémologie.

Ce sera donc dans un autre sens, dans le sens de *droit constitutionnel positif formel*, que l'expression de droit constitutionnel sera entendue. Au regard de l'intitulé, il est alors possible de s'interroger sur la manière dont le droit constitutionnel formel prend en compte les DF, aussi bien constitutionnels que conventionnels. Intégrer les DFconv. dans la prise en compte par le droit constitutionnel formel des DF en général peut surprendre, ce choix n'en permet pas moins d'inclure dans la réflexion la source concurrentielle majeure des DFconst., à savoir les DFconv. Il convient alors de voir comment la gestion des DFconv., en elle-même et dans sa concurrence avec les DFconst., est organisée par le droit constitutionnel formel.

L'objet ainsi explicité, demeure la question de savoir en quoi la prise en compte des DF par le droit constitutionnel formel est « inaboutie ». Le sujet s'inscrit dans une démarche critique et laisse entendre qu'il pourrait exister une prise en compte aboutie ou, pour le moins, meilleure des DF par le droit constitutionnel formel. D'un discours critique à un discours prescriptif, le sujet proposé semble comporter d'autant plus de risques que la critique des droits fondamentaux en général s'oriente autour de trois dimensions différentes, qui parfois se recoupent : idéologique, scientifique et technico-juridique.

Sous l'angle *idéologique*, la critique des DF s'oriente autour de ce que l'on pourrait appeler la *civilisation des DF*, l'idéologie des DF, et la primauté axiologique accordée aux DF dans l'appréhension du droit et par rapport aux autres valeurs sur lesquelles reposent nos sociétés contemporaines occidentales et, en particulier, la valeur démocratique. Sous cet angle, la valeur DF l'emporte sur la valeur démocratique en conférant, par ailleurs, au juge, sous l'effet du développement combiné de la justice constitutionnelle et des juridictions européennes supranationales, un rôle moteur dans le développement et la promotion des DF. La valeur « bon juge », combinée à celle de la « primauté des DF », conduisent à accepter que les choix de sociétés sur des sujets sensibles ne soient plus déterminés à partir de processus démocratiques mais juridictionnels. La promotion des DF et des juges supranationaux en particulier dans leur défense fait apparaître une dimension *counter majoritarian* des DF. Toujours sous l'angle idéologique, d'autres critiques des DF portent sur leur universalité, leur indétermination, conférant aux DF

une dimension naturaliste, ou encore leur multiplication, qui rendrait illisible, illusoire voire contradictoire leur potentielle protection satisfaisante.

Cette dimension idéologique se retrouve d'une certaine manière sous l'angle *scientifique* avec une tendance doctrinale particulière consistant à réduire l'étude du droit à l'étude des DF ou, du moins, à survaloriser la place des DF dans le droit. Le « tout DF », en termes de valeurs, se doublerait ainsi d'un « tout DF » en tant qu'objet d'étude juridique. L'étude de ce qu'il est désormais convenu d'appeler les « rapports de systèmes » semble par exemple se concentrer sur les DF, quand les explications théoriques de ses rapports ne retiennent pas les droits fondamentaux comme clés d'articulation entre les différents systèmes normatifs, ce qui est le cas du pluralisme ordonné, du droit global ou de la théorie des réseaux[4]. Cette domination de l'objet est en lien avec la dimension institutionnelle qui l'accompagne, de la production scientifique (articles, ouvrages et manuels), aux revues et aux cours de licence et master et aux master spécialisés en DF. Comme sous l'angle idéologique, cette surreprésentation des DF est renforcée par la surévaluation de la place du juge dans le droit.

Cette question de la place du juge a des répercussions décisives dans l'appréhension du sujet proposé. Il faut en effet distinguer ceux qui, dans l'appréhension du caractère inabouti de la prise en compte des DF, l'envisageront du côté des normes de DF et ceux qui l'envisageront du côté de leur interprétation par le juge. Les premiers, les *juristes*, seront soucieux d'une appréhension satisfaisante des DF par les énoncés textuels des DF ; ce qui sera parfaitement indifférent aux seconds, les *politiques*, le juge étant toujours en mesure de rectifier les insuffisances des textes. En conséquence, il semble que la question soulevée par le sujet ne saurait être envisagée que sous l'angle juridique et non pas politique, à moins de devoir développer une éthique du juge pour une prise en compte aboutie des DF, chemin qui ne sera pas emprunté ici, faute de compétences pour le faire.

D'un troisième et dernier point de vue, *technico-juridique*, la critique des DF semble devoir se porter sur la qualité des énoncés de DF, le caractère évolutif de ces normes, le niveau et les modalités de protection. Ce dernier angle d'approche sera retenu dans la mesure où il apparait comme présentant, sans doute, le moins de dimension subjective. Il permet de mettre en évidence, moins des comportements qui devront être suivis pour une meilleure appréhension des DF, que des comportements ou des conséquences possibles en fonction de différents choix techniques retenus. Les réflexions susceptibles d'être menées sur la question de la prise en compte inaboutie des DF par le droit constitutionnel formel sont susceptibles d'être organisées autour de deux question : celle de l'énoncé des normes de DF et celle des normes de sanction du respect des DF. Que peut-on attendre du droit constitutionnel formel dans les énoncés de normes de DF et dans

---

4 Voir sur cette question : « Appréhender le droit et les ordres juridiques : entre renoncement à une explication normative de la divergence (théorie des réseaux) et mythe de la convergence (droit global), faut-il renoncer à une approche normativiste ? », in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 455-470.

leur modalité de protection ? Telles seront les deux questions successivement abordées. Il s'agira moins de prescrire ce qu'il convient de faire pour que la prise en compte soit « aboutie » que de mettre en évidence les enjeux techniques dans l'appréhension constitutionnelle des DF dans leur formulation et dans leur modalité de protection.

§ I – La consécration des DF : les énoncés des normes de droits fondamentaux

Si l'on s'en tient à une appréhension critique des énoncés des normes de droits fondamentaux deux questions semblent devoir se poser, l'une quantitative, celle de la complétude des énoncés de DF (A), l'autre qualitative, relative à la qualité des énoncés des normes de DF (B).

A – La complétude

La question de la complétude des énoncés de DF porte en premier lieu sur le choix des droits et libertés consacrés dans les textes constitutionnels. Un tel choix relève du constituant ou du pouvoir de révision constitutionnelle et présente une dimension politique. Il s'agit moins, ici, de dire quel choix retenir que d'éclairer sur les conséquences de ces choix. Ainsi, tout droit ou liberté qui ne sera pas constitutionnalisé sera, non seulement à la discrétion du législateur dans sa concrétisation législative en particulier, mais sera, d'un point de vue normatif, comme hiérarchiquement inférieur par rapport aux droits et libertés constitutionnalisés. En l'absence de consécration constitutionnelle, une consécration conventionnelle pourra néanmoins exister et prendre le relai de la première. Selon les mécanismes de protection prévus par l'ordre juridique en question, ce relai conventionnel pourra souffrir ou non d'une protection, si ce n'est moindre, au moins différente de la protection attachée aux DFconst. L'existence « concurrente » de catalogues de DFconv. permet, certes, de compenser les éventuelles incomplétudes du catalogue de DFconst. sur le plan de la reconnaissance, sans toutefois garantir, sauf si le système de protection est le même, une protection équivalente à celle reconnue aux DFconst.

Sous l'angle de l'incomplétude, c'est sans doute la question du domaine d'application ou des contextes d'application qui soulève le plus de discussions en ce qu'elle renvoie, ce qu'il nous appartiendra d'expliciter, à toute une rhétorique soulignant « l'évolution » des DF « en tant qu'instrument vivant » de protection des DF et au débat classique aux Etats-Unis entre les partisans du « living constitution » et ceux du « originalism ». En effet, les énoncés dispositionnels de DF ne permettraient pas, dans certains cas, de couvrir de nouveaux domaines d'application, supposés comme devant être nouvellement couverts par ces énoncés, car ces domaines n'ont jamais été envisagés par les auteurs de ces énoncés, soit de manière accidentelle, soit parce que ces derniers ne pouvaient pas le faire. Une telle formulation du problème conduit en substance à discréditer le recours à la volonté de l'auteur de l'énoncé pour en éclairer le sens et à y préférer une intervention libre de l'interprète pour pallier les insuffisances supposées de l'énoncé de DF.

L'illustration la plus significative et peut-être la plus caricaturale peut être recherchée dans l'article 11 de la DDHC aux termes duquel « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminées par la Loi ». Une interprétation historique simplificatrice de cette disposition conduirait à considérer qu'elle ne saurait s'appliquer à des domaines insusceptibles d'être appréhendés par ses auteurs, tels que l'audiovisuel et *a fortiori* internet, et qu'il serait ainsi nécessaire que le juge consacre, *au-delà* de la lettre du texte, une liberté de communication audiovisuelle[5] ou la liberté d'accéder aux services de communication en ligne[6]. Il semble pourtant que la formule « parler, écrire, imprimer librement » et le libéralisme qu'elle sous-tend soient suffisantes pour couvrir la liberté de communication quels qu'en soient les supports. Ce ne sont pas les supports qui sont décisifs, ce ne sont que des instruments, mais bien la liberté de parler, écrire et d'imprimer. La protection de la liberté de communication n'exige donc aucun activisme particulier du juge.

Dans le prolongement, le degré d'indétermination des énoncés de DF garantit d'ailleurs une plasticité de ceux-ci face à la multitude des contextes d'application. « Parler, écrire, imprimer librement » permet, en l'occurence, de couvrir n'importe quel support sur lequel on parle, on écrit et on imprime et donc internet. De même, la protection de la propriété, en ce qu'elle porte sur la protection des droits d'une personne sur un bien, peut concerner n'importe quel type de bien, y compris des biens immatériels, non envisagés en 1789. Ce ne sont pas les biens qui sont protégés, mais les droits dont dispose une personne sur un bien.

B – La qualité

La qualité des énoncés de DF constitutionnel peut être appréciée à plusieurs titres.

Si l'on s'inscrit dans une perspective démocratique et de sécurité des situations juridiques, il faut défendre la consécration textuelle des droits fondamentaux plutôt qu'une simple concrétisation jurisprudentielle. Le peuple et ses représentants doivent se réapproprier les droits fondamentaux constitutionnels face au pouvoir créateur du juge. Le même mouvement est d'ailleurs transposable pour les DFconv. A titre d'illustration, quelle que soit la plasticité de l'énoncé de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui dispose que « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi », il paraît pour le moins audacieux d'y ranger, de manière exclusive ou combiné avec d'autres dispositions constitutionnelles : la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, le principe de responsabilité et de réparation, la liberté personnelle, le respect de la vie privée, le secret des correspondance, la

---

5 CC, n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 8.

6 CC, n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 12.

liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de propriété des créanciers et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité[7]. Quelles que soient les difficultés d'ordre symbolique qu'une telle entreprise emporte, ne serait-il pas plus satisfaisant qu'une intervention du pouvoir de révision constitutionnelle puisse inscrire ces droits et libertés dans la Constitution ? Peut-on également se satisfaire de la création de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République alors que le fondement textuel d'une telle habilitation, à savoir l'alinéa 1er du Préambule du 27 octobre 1946, ne visait en réalité, aux yeux des constituants, ou du moins d'une partie d'entre eux, qu'une seule liberté, la liberté d'enseignement, qualifiée comme telle, de manière accidentelle, par l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, aux termes duquel : « Sous réserve du maintien de la liberté d'enseignement qui est un des principes fondamentaux de la République… »[8]. A tous ceux qui se félicitent de la souplesse du juge qui adapte les exigences constitutionnelles aux évolutions de la société, il faudra rappeler les exigences démocratiques et le respect du droit qui imposent une modification de la Constitution par le biais de la mise en œuvre d'une procédure de révision de la Constitution.

Les exigences de l'Etat de droit imposent un minimum de précisions quant à la formulation des énoncés normatifs. Si cette exigence de précision, pour des raisons déjà évoquées, est nécessairement plus souple pour les énoncés constitutionnels relatifs aux droits fondamentaux, elle ne saurait être totalement absente de la réflexion sur la rédaction de tels énoncés, que les énoncés soient des énoncés de DF ou qu'il s'agisse d'énoncés relatifs aux DF[9]. Plus précisément, l'on peut préférer des énoncés constitutionnels explicites sur le droit ou la liberté reconnu, qu'il s'agisse d'une permission d'agir ou d'une obligation de prestation[10], sur les bénéficiaires de ces droits et libertés et sur ceux qui sont contraints par ces énoncés (Etats et/ou personnes privées). Ainsi, il suffit d'opposer l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence », à l'article 59 § 1 de la Constitution portugais : « Tout travailleur, sans distinction d'âge, de sexe, de race, de nationalité, de territoire, d'origine, de religion, de convictions politiques ou idéologiques, a droit :
a) à la rémunération de son travail, selon la quantité, la nature et la qualité, en observant le principe selon lequel « à travail égal, salaire égal », de façon à lui assurer une existence digne ;

---

7 Voir sur cette question, en particulier sous l'article 4 de la Déclaration de 1789 : T.S. Renoux, M. de Villiers, X. Magnon, *Code constitutionnel*, LexisNexis, 2017, 1772 p.

8 Voir sur cette question : V. Champeil-Desplat *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica, PUAM, 2001, spécialement p. 57 et s.

9 Un énoncé qui explicite l'effet direct des DF n'est pas un énoncé qui pose un DF mais qui concerne les effets des DF. Nous supposons ici qu'une meilleure qualité des énoncés de DF passe non seulement par une meilleure explicitation de ces énoncés que par une meilleure explicitation des énoncés qui concernent les DF.

10 Voir sur cette distinction : « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in *Le droit d'accès à la justice en droit de l'environnement*, sous la direction de Julien Bétaille, LGDJ-lextenso PUT1C, 2016, p. 32.

b) à l'organisation du travail dans des conditions qui lui assurent une dignité sociale, qui concourent à sa réalisation personnelle et lui permettent de concilier son activité professionnelle avec sa vie de famille ;
c) à travailler dans des conditions d'hygiène, de sécurité et de santé ;
d) au repos, aux loisirs, à une amplitude maximale de la journée de travail, aurepos hebdomadaire et aux congés payés ;
e) à une assistance matérielle, lorsqu'il se trouve involontairement privés d'emploi ;
f) à une assistance et à une indemnisation juste, lorsqu'il est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ».

La Constitution peut également prévoir de manière explicite, notamment à l'égard des étrangers, s'ils sont ou non bénéficiaires des droits fondamentaux. Il faut encore se référer à la Constitution portugaise pour ce qui concerne l'explicitation des obligés par les droits fondamentaux qui prévoit dans son article 18 que « Les préceptes constitutionnels relatifs aux droits, libertés et garanties fondamentales sont directement applicables et opposables aux personnes de droit public et de droit privé ». Cette question est laissée en France à la discrétion du juge de droit commun quant à l'invocabilité de certains droits et libertés, et en particulier de dispositions du Préambule de 1946 ou de la Charte de l'environnement, et, plus précisément, au Conseil constitutionnel, dans le cadre de la QPC, et aux juges de droit commun, dans les contentieux ordinaires.

Toujours dans le sens de l'explicitation textuelle, il peut être également satisfaisant d'un point de vue qualitatif que la répartition des compétences entre le domaine constitutionnel et le domaine législatif, voire entre le domaine législatif et le domaine réglementaire, soit clairement fixée par les énoncés de DF. Par exemple, l'article 11 de la Déclaration de 1789 prévoit que les restrictions à la liberté de communication doivent être déterminées par la loi ou l'article 34 de la Constitution prévoit que le législateur est compétent pour fixer les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Les motifs en vertu desquels il est possible d'admettre une restriction à l'exercice des droits et libertés et les modalités de cette restriction peuvent également être précisés. Il faut penser ici à la Convention européenne des droits de l'homme qui distingue entre les droits absolus, insusceptibles de restrictions, et les droits auxquels il est possible de déroger dans les conditions prévues par la Convention. L'article 9 § 2 prévoit ainsi que « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Enfin, les périodes auxquelles il est possible d'admettre des restrictions exceptionnelles aux DF peuvent être formalisées. Tel est le cas de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, intitulé « dérogation en cas d'état d'urgence ».

Le degré d'explicitation des énoncés de DF et des énoncés relatifs aux DF est d'autant plus décisif qu'il emporte des conséquences sur tous les destinataires des DF qu'il s'agisse des personnes privées, de l'administration et des juges. Plus les énoncés sont précis et mieux les citoyens sont en mesure d'identifier la liberté qui leur est reconnue et d'en réclamer le respect vis-à-vis de ceux qui doivent les respecter, ces derniers sont à leur tour dans une situation de mieux connaître les limites à l'exercice de leur pouvoir et, enfin, le juge pourra exercer de manière plus aisée sa mission de contrôle de régularité des comportements comme des normes. Il faut rappeler qu'en France, le degré d'explicitation des énoncés constitutionnels, en l'absence d'une norme explicite sur cette question est une condition de leur invocabilité directe devant le juge[11].

Afin de renforcer la qualité des énoncés de DF, il est possible de manière indirecte d'indiquer les méthodes d'interprétation des DF, voire les méthodes de conciliation et/ou de résolution des conflits entre DF et, éventuellement, de hiérarchiser les DF. Concernant les méthodes d'interprétation, c'est souvent le choix d'une interprétation des DF constitutionnels à la lumière des conventions internationales qui est prévu par les dispositions constitutionnelles[12], comme par exemple l'article 10 § 2 de la Constitution espagnole aux termes duquel : « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ». La hiérarchisation des DF peut passer par une qualification particulière comme l'article 2 de la Déclaration de 1789, qui prévoit que « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression », par une opposabilité et une justiciabilité différenciée des DF comme le fait l'article 53 de la Constitution espagnole à propos en particulier « des principes directeurs de la politique sociale et économique » ou par une protection contre les révisions constitutionnelles, comme les clauses d'éternité reconnues à certains droits, à l'instar, par exemple, de l'interdiction de réviser les articles 1 (dignité humaine) et 20 (Etat de droit fédéral démocratique et social) de la loi fondamentale allemande posée par l'article 79-3 de celle-ci.

Enfin, alors qu'il existe une double source formelle des DF, constitutionnelle et conventionnelle, des normes de conciliation entre ces deux catégories méritent d'être formulées. Les énoncés sur l'interprétation des DFcons. conformément aux DFconv. peuvent être ici également rappelés. La question peut d'ailleurs se poser entre différentes sources formelles de protection des DF. L'article 53 de la Charte des DF de l'Union européenne, en vertu duquel : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties

---

11 Sur le Préambule de la Constitution de 1946, voir : CE, 27 septembre 1985, *France terre d'asile*, n° 44484 et 44485 ; sur l'effet direct des conventions internationales : CE, Ass., 11 avr. 2012, *Gisti-Fapil*, n° 32326.

12 … mais s'agit-il d'une méthode d'interprétation ?

l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres », est à cet égard significatif.

§ II – La protection des DF : les normes de sanction des normes de droits fondamentaux

Comme le suggère le rapport rédigé par le Comité dirigé par Simone Veil, le caractère « inabouti » de l'arsenal constitutionnel des droits fondamentaux réside moins dans son insuffisance que dans la méconnaissance de ses prescriptions. La question se porte alors sur les modalités de protection des DF. Si ces derniers sont « inaboutis », c'est parce qu'ils sont mal ou insuffisamment respectés et donc, plus ou moins directement, que la sanction du respect de leur violation est insuffisante. Ce constat mérite d'être éprouvé à deux niveaux : devant le juge de droit commun, ce qui renvoie à la question déjà abordée de l'applicabilité et de l'invocabilité directe des DF (A), et devant le juge constitutionnel (B).

A – La protection des DF devant l'administration et le juge de droit commun : l'applicabilité et l'invocabilité directe

La distinction applicabilité et invocabilité directes mérite d'être précisée. L'on pourra considérer qu'une norme est d'*applicabilité directe* si elle s'impose directement à ceux qui sont visés par celle-ci, sans nécessité aucune d'une autre norme de concrétisation ; elle sera d'*invocabilité directe* s'il est possible d'en réclamer directement le respect devant un juge. L'applicabilité directe concerne ainsi ceux qui doivent respecter la norme en tant que destinataires de celle-ci ; l'invocabilité directe la sanction du respect de celle-ci par ces derniers devant un juge. Les deux notions sont liées, mais dans un sens seulement. Si l'on ne peut concevoir qu'une norme soit d'invocabilité directe sans être d'applicabilité directe, une norme peut être d'applicabilité directe, c'est-à-dire s'imposer à ses destinataires, sans pour autant être invocable directement, à savoir être justiciable. Dans cette dernière situation, le respect d'une norme de ce type pourra être affecté, en pratique, par l'impossibilité de pouvoir en sanctionner le respect devant un juge. Cette distinction applicabilité directe/invocabilité directe a été retenue par le Conseil d'Etat pour la charte de l'environnement, du moins pour certaines de ses dispositions. Celui-ci considère, en effet, que l'article 1er de la Charte doit être appliqué par les autorités administratives lorsqu'elles précisent les modalités d'application de la loi qui met en œuvre cette disposition constitutionnelle, *mais* qu'il ne saurait contrôler les mesures prises pour l'application de la loi que dans la mesure où « elles ne se bornent pas à en tirer les conséquences nécessaires »[13]. L'article 1er de la Charte est d'applicabilité directe pour l'administration, mais il n'est pas d'invocabilité directe lorsque l'administration intervient pour tirer les conséquences nécessaires de dispositions législatives. Cette illustration permet de mettre en évidence la difficulté que pose l'applicabilité directe des DF pour

[13] CE, 26 février 2014, *Association Ban Asbestos France*, n° 351514.

l'administration, mais également dans un autre contexte, pour les personnes privées. Les normes constitutionnelles s'imposent-elles en dehors de toute concrétisation législative ? Il est en revanche indiscutable que les normes constitutionnelles, et en particulier les DFcons., sont, en principe, d'applicabilité directe pour le législateur et le justiciable, lorsque celui-ci est habilité à saisir le juge, lorsqu'il existe une juridiction constitutionnelle.

Les normes sur l'applicabilité et l'invocabilité des normes de DF ne sont pas directement des normes de DF, mais elles concernent les normes de DF. Il reste que si, comme il a été dit, cette question peut être directement et explicitement résolue par la Constitution, le plus souvent, et comme c'est le cas en France, rien n'est prévu. Cependant, les travaux préparatoires peuvent être explicite dans le sens d'une applicabilité et d'une invocabilité directe. Le processus d'adoption de la Charte de l'environnement révèle à cet égard la prise en compte par le pouvoir de révision constitutionnelle de ces questions. Ainsi, la Commission Coppens ne souhaitait voir reconnaître une invocabilité directe devant le juge de droit commun qu'à l'article 1er de la Charte et une applicabilité directe vis-à-vis de l'administration à l'article 7 de la même Charte[14]. Le pouvoir de révision constitutionnelle, en revanche, a entendu écarter tout effet direct à la première disposition, en raison de son indétermination[15], et a rejeté l'invocabilité directe de cette disposition, comme d'ailleurs son applicabilité directe à la lecture du rapport devant l'Assemblée nationale[16].

Cette question de l'applicabilité et de l'invocabilité directes présente une portée tout à fait significative si l'on se place du point de vue de la concurrence éventuelle entre DFcons. et DFconv. En effet, contrairement à d'autres conventions internationales, la Convention européenne des droits de l'homme bénéficie d'une invocabilité directe automatique, c'est-à-dire non conditionnée. Elle occupe ainsi, devant le juge de droit commun français, une place privilégiée et se trouve de la sorte mieux protégée que certaines dispositions constitutionnelles.

B – La protection des DF devant le juge constitutionnel

---

14 Rapport de la commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement, La documentation française, 2002, p. 47.

15 Voir en ce sens les propos du garde des sceaux lors de la discussion générale devant le Sénat du projet de loi de révision constitutionnelle : « En effet, à l'exception de l'article 5, qui consacre un principe constitutionnel d'applicabilité directe, les autres articles de la charte énoncent des objectifs de valeur constitutionnelle, dont la mise en œuvre requiert l'intervention du législateur.

C'est le cas pour l'article 1er, qui institue un droit-créance, le droit à un environnement équilibré et favorable à la santé, exigeant une action positive de la part du législateur. L'effectivité de ce droit est subordonnée à l'intervention de la loi. C'est aussi le cas des exigences posées aux articles 2 à 4. De la même manière, les nouvelles dimensions des politiques publiques ouvertes par les articles 6 à 10 invitent le législateur à intervenir pour mettre en œuvre les objectifs constitutionnels », séance du 23 juin 2004.

16 Voir en ce sens : Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi de révision constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, Assemblée nationale, n° 1595, précit., p. 125.

Ph. Prével, « La Charte de l'environnement, l'administration et le Conseil d'État : applicabilité ou invocabilité de la Charte ? », RFDA, 2014, p. 773

Il ne s'agit pas ici de revenir sur les modalités de protection des DF en elles-mêmes et, par exemple, sur la mise en place d'un recours direct, ou sur l'aménagement des contrôles existant en eux-mêmes, mais d'appréhender cette question dans le cadre de la double source des DF pour mettre en évidence les ressorts concurrentiels des deux systèmes de contrôle. Cette analyse sera guidée par un choix d'optimisation : la recherche d'une protection équilibrée des deux sources de protection afin d'assurer une complémentarité entre les deux contrôles. Il ne sera pas défendu l'exclusivité de l'un ou de l'autre des deux contrôles, mais une complémentarité entre eux en prenant en compte les différences de sources des DF et les volontés politiques à l'origine du choix de ses sources.

La protection des DF devant le juge constitutionnel impose d'intégrer deux paramètres en raisonnant dans le cadre du modèle européen de justice constitutionnelle, c'est-à-dire d'un contrôle concentré : l'intégration ou l'absence d'intégration par le juge constitutionnel des DFconv. dans les normes de référence de son contrôle et l'existence ou l'absence d'un contrôle diffus de conventionnalité, ce qui ouvre la voie à 4 situations distinctes.

Au regard de ces deux critères, il existe deux situations extrêmes sans concurrence entre les systèmes de protection et qui ne posent donc pas de difficulté.

Première situation, les DFconv. ne sont pas des normes de référence du contrôle de la régularité de la loi par le juge constitutionnel et il n'existe pas, non plus, de contrôle diffus, auprès des juges de droit commun, permettant d'en sanctionner le respect. Un tel système peut être qualifié de système fermé vis-à-vis des DF conv., aucune sanction juridictionnelle du respect des DFconv. n'étant prévue, seuls les DFconst. faisant l'objet d'une sanction juridictionnelle. Ainsi, la question de la protection des DF n'est qu'une question de protection de DFconst. qui renvoie aux modalités classiques d'organisation du contrôle de constitutionnalité.

Seconde situation extrême, les DFconv. sont des normes de référence du contrôle de la constitutionnalité de la loi, mais il n'existe pas de contrôle diffus du respect de ces mêmes DF. La Cour constitutionnelle concentre alors l'exercice du contrôle de la régularité de la loi, la protection des DFconv. est alignée sur celle des DFcons. Il n'y pas de situation de concurrence.

Deux autres situations posent des problèmes de concurrence. La première est une situation de double exclusivité, le respect des DFconv. n'est pas sanctionné devant le juge constitutionnel, mais seulement par les juges de droit commun. Le grief d'inconstitutionnalité est réservé au juge constitutionnel ; celui d'inconventionnalité aux juges de droit commun. La concurrence doit être pour le moins régulée sous peine d'éteindre ou d'affecter l'efficacité de l'un ou l'autre de ces deux voies de droit et peut-être, et surtout, la protection des DFcons. En France, cette concurrence a été résolue par une priorité d'examen du moyen d'inconstitutionnalité sur celui d'inconventionnalité lorsque les deux moyens sont invoqués de manière simultanée et un examen sans délai du premier moyen quand l'autre impose d'attendre la décision du juge au fond.

Demeure toutefois une difficulté, alors que le juge de droit commun est en mesure de soulever d'office un moyen d'inconventionnalité, quelles que soient les jurisprudences administratives et judiciaires sur cette question, rien ne lui interdit de le faire, la loi organique sur la QPC lui empêche de soulever d'office une QPC. Autre difficulté, la sanction du respect des DFcons. a une portée absolue, celle des DFconv. à un effet relatif, la disposition législative est écartée du litige.

Dernière situation, l'intégration des DFconv. dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité couplée à un contrôle diffus de conventionnalité. La protection est ici concurrentiellement avantageuse pour les DFconv. qui bénéficient d'une double protection, quand les DFconst. ne sont protégés que par le juge constitutionnel. Dans un tel système, la violation DFconst. doit pouvoir être soulevée d'office par le juge de droit commun.

La prise en compte aboutie des DF par le droit constitutionnel passe d'abord par la mise en évidence et la connaissance des différentes questions techniques et pratiques susceptibles de se poser en matière de DF. Elle renvoie ensuite par un choix du constituant ou du pouvoir de révision constitutionnelle de résoudre ces différentes questions de manière plus ou moins explicite ou de ne pas le faire. Dans cette entreprise, toute carence est source d'incertitude et conduit les organes d'application à la compenser en se substituant aux auteurs des normes constitutionnelles. L'équilibre est sans doute à trouver entre la part d'explicitation textuelle et celle de la détermination organique pour une meilleure protection des DF.