

**Recueil Dalloz 2006 p. 748****La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique** (1)**Emmanuel Dreyer, Professeur à l'Université de Franche-Comté****L'essentiel**

Il est devenu usuel de présenter un droit comme fondamental. Cette formule exprime-t-elle autre chose que la subjectivité de celui qui l'emploie s'agissant du droit en cause ? L'on peut sans doute y voir une qualification juridique dès lors que ce droit tend à protéger la dignité de l'homme et que cette fonction particulière a été reconnue dans un texte de valeur supra-légale permettant au juge d'écarter toute disposition contraire. Mais l'on ne peut exclure également que l'adjectif fondamental serve d'alibi à celui qui l'utilise et permette spécialement au juge d'asseoir son pouvoir créateur de droit. Il y a de bonnes et de mauvaises raisons au succès des droits fondamentaux.

1 - *Accidentalialia, naturalia, essentialia* : il existe des obligations essentielles dans un contrat et d'autres qui ne le sont pas. Les obligations essentielles, celles qui servent à qualifier le contrat, sont dites « fondamentales » (2). La distinction remonterait à Pothier, c'est-à-dire à une époque où la constitution coutumière de la France était également constituée des « lois fondamentales du Royaume » (3). L'adjectif fondamental était donc d'usage courant dans l'Ancien Droit. Mais il a commencé par désigner des règles de droit objectif avant de s'appliquer à des prérogatives individuelles.

2 - En effet, l'expression « droit fondamental » n'a, elle, qu'une soixantaine d'années. Elle apparaît, pour la première fois, dans le préambule de la Charte des Nations unies du 26 juin 1945. On la retrouve ensuite furtivement dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, de 1948, qui préfère toutefois parler des « droits de l'homme et libertés fondamentales ». C'est d'ailleurs cette expression-là qui figure dans la Convention européenne du 4 novembre 1950. La formule « droit fondamental », au singulier ou au pluriel, est ignorée par ce texte. Enfin, l'expression « droits fondamentaux » apparaît ponctuellement dans les deux Pactes internationaux du 16 décembre 1966. Mais ils n'en font, pas davantage, un concept central (4).

C'est donc peu dire que la référence aux droits fondamentaux n'a pas connu immédiatement le succès. En France, elle est étrangère à notre « bloc de constitutionnalité ». A la différence d'autres pays européens qui ont réformé leur constitution dans la seconde moitié du XXe siècle, l'expression « droits fondamentaux » a été prudemment évitée dans les textes de 1946 et 1958.

Il faudra attendre le début des années 1980 pour que le législateur (5) puis le juge (6) s'en emparent.

3 - Au début des années 90, l'on est encore frappé par l'absence des « droits fondamentaux » dans le vocabulaire du Conseil constitutionnel et de la Cour de Strasbourg.

La première décision du Conseil constitutionnel faisant référence à ces droits remonte au 22 janvier 1990 (DC 89-269). Elle fut suivie d'une autre décision, le 13 août 1993, confirmant que le législateur doit respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle, reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République, lorsqu'il se dote d'éléments nouveaux de lutte contre l'immigration (DC 93-325). Les droits fondamentaux seraient ainsi les droits reconnus à toute personne, française ou étrangère, résidant sur notre territoire. Mais le Conseil n'est jamais allé au-delà de cette affirmation.

La Cour de Strasbourg a, elle-même, attendu longtemps avant de déclarer « fondamentaux » les droits figurant dans la Convention européenne. Elle s'y est convertie, à la fin des années 90, sans doute sous la pression des plaideurs qui ne manquaient pas de souligner, dans leurs requêtes, le caractère fondamental des droits dont ils dénonçaient la violation (7).

Cette reconnaissance coïncide avec le développement des droits fondamentaux au niveau communautaire. En effet, en 1989, une Charte des droits sociaux fondamentaux a été adoptée, qui ne

constitue toutefois qu'une déclaration solennelle. L'expression « droits fondamentaux » est également apparue en 1992, dans le traité sur l'Union européenne, avant d'être remplacée, en 1997, par l'expression « droits de l'homme et des libertés fondamentales », *a priori* plus large. Mais l'on doit le plus beau catalogue à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce texte fut adopté à Nice, le 7 décembre 2000. Il était promis à un grand avenir en tête de la défunte Constitution européenne. Malgré l'échec de celle-ci, il conserve une portée symbolique importante (8). Il comporte en effet cinquante articles, chacun divisé en plusieurs paragraphes, consacrant presque autant de droits prétendument fondamentaux. Et, même si certains ont été oubliés - tels que le droit au travail, au logement et à un revenu équitable -, cette énumération inspire un sentiment de profusion inquiétant.

4 - Le juriste a désormais l'impression que les « droits fondamentaux » sont partout, ce qui le plonge dans l'expectative. Que penser d'un tel succès ?

Les droits fondamentaux se sont développés d'autant plus librement que la démarche n'avait, à sa base, aucune prétention juridique. L'adjectif fondamental était, le plus souvent, tenu pour synonyme d'essentiel. Il introduisait une dose de subjectivité dans le langage juridique pour souligner l'importance de certains droits. La multiplication des sources est sans doute responsable de ce phénomène : concurrentes, elles ont affirmé l'importance de leurs droits respectifs pour justifier chacune leur existence.

Ces démarches disparates expliquent aussi pourquoi les droits fondamentaux ne semblent pas exister au singulier. Certes, chacun est un droit fondamental particulier, mais l'on peine à savoir en quoi consiste le droit fondamental d'une manière générique. C'est pourtant ce qu'il nous faut rechercher.

5 - Tout d'abord, il semble vain d'opposer les droits et libertés au sens strict. Dès lors que l'on qualifie de fondamental le « droit » à certaines libertés, l'on prive de tout enjeu la distinction (9). Tout devient « droit », au moins des droits défensifs, impliquant une obligation d'abstention de la part de ceux à qui leur titulaire les oppose.

Ensuite et précisément, les droits fondamentaux s'avèrent opposables *erga omnes* : ils peuvent être exercés non seulement à l'encontre de l'Etat mais aussi à l'encontre des particuliers, l'Etat étant alors tenu de les faire respecter dans les rapports interindividuels. Le dénominateur commun des différents droits fondamentaux semble être ainsi la protection de la personne, contre toute atteinte grave qui peut lui être portée, quelle qu'en soit la cause.

Peu importe la formulation de ces droits : « nul ne pourra... », « chacun à droit... », « les Etats s'engagent à reconnaître... ». C'est toujours de droits subjectifs dont il est question. L'on a voulu mettre en effet la personne au coeur du dispositif de protection. Il s'agit d'adopter une éthique du droit prenant essentiellement en compte l'intérêt de ses destinataires (10).

6 - Il y a, sans aucun doute, une part de naïveté dans cette approche. Elle ressort notamment des termes employés dans le préambule de la Convention européenne : les droits fondamentaux reposeraient sur « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ». Le rapprochement du droit naturel et du droit positif est ici flagrant.

Mais l'Enfer également est pavé de bonnes intentions : il n'est pas certain que la seule prise en compte de la personne suffise à pallier les carences de notre système politique ou économique. Plus gravement encore, l'on peut s'interroger sur les valeurs retenues à sa base et les conditions dans lesquelles un droit est déclaré fondamental. En l'absence de contrôle exercé sur celui qui proclame de tels droits, les risques d'abus sont réels.

Il y a donc de l'idéalisme dans la référence aux droits fondamentaux ; mais il peut y avoir aussi du cynisme dans leur utilisation.

### **I - L'idéalisme dans la référence aux droits fondamentaux**

7 - Les données positives ne suffisent pas à décrire le droit fondamental. Décrire ses manifestations extérieures, c'est-à-dire ses effets, ne renseigne pas immédiatement sur l'intérêt protégé. Pour justifier leur statut particulier, il faut interroger leurs causes aux limites du droit. Il faut faire apparaître les valeurs qui le sous-tendent. Le risque est alors celui d'un mélange des genres. Cet effort de définition est néanmoins nécessaire ; peu importe que le résultat auquel il aboutit se révèle dangereux dans la sphère juridique.

Evoquons d'une part la nécessité de cette définition puis le danger qu'elle présente d'autre part.

## A - La nécessité d'une définition

8 - Deux éléments permettent de justifier le caractère fondamental attribué à un droit. D'abord, il faut que ce droit ait pour objet de protéger la dignité de l'homme. C'est cet objet particulier qui lui donne son importance. C'est parce que cette valeur « fonde » l'ensemble de notre système juridique que les droits, qui la protègent, méritent une telle qualification. Ensuite, pour réduire le champ de cette notion, il faut que le caractère fondamental de chaque droit ait été officiellement reconnu par une norme de valeur supra-législative. En d'autres termes, le droit fondamental relève du droit positif et non du droit naturel parce qu'il a donné lieu à cette reconnaissance officielle. Cette exigence est nécessaire pour leur permettre de se réaliser pleinement.

### 1° Le critère tiré de l'objet du droit : la dignité

9 - La dignité reste une notion suspecte. Il n'est plus guère contestable qu'elle est entrée depuis une dizaine d'années dans la sphère juridique. Des incertitudes importantes subsistent néanmoins quant à sa signification (11).

La dignité en question ne peut être la *dignitas* romaine, celle qui s'attache à une fonction ou à une profession. Il ne peut s'agir davantage d'une extension de l'ordre public permettant d'opposer à autrui sa propre dignité pour l'empêcher d'agir. La dignité en question correspond au respect qu'une personne peut exiger des autres en sa seule qualité d'être humain (12).

Les droits fondamentaux ont ainsi pour objet d'éviter qu'une personne perde son statut et soit ravalée au rang de chose. Peu importe que ces droits relèvent de la catégorie des droits civils et politiques ou de la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels. Leur indivisibilité, attestée par la Déclaration universelle des droits de l'homme, oubliée par la division des deux Pactes de 1966, restaurée par la Charte des droits fondamentaux, confirme que l'homme doit être protégé aussi bien dans sa liberté et son intégrité corporelle qu'à l'encontre de l'ignorance et de la misère. Sa dignité peut être en cause dans ces différentes hypothèses. Néanmoins, on le verra, les droits fondamentaux constituent une catégorie ultime : la qualification ne s'applique pas chaque fois qu'une personne se voit refuser un droit auquel elle pouvait légitimement prétendre (V. *infra*, n° 21), il faut que, à cette occasion, sa qualité de personne humaine soit remise en cause.

10 - De surcroît, la référence à un texte supra-légal s'impose : il faut que le caractère fondamental de ces droits soit reconnu par une norme supérieure qui confirmera la première appréciation que l'on peut en faire et apportera ainsi un élément d'objectivité.

### 2° Le critère tiré de la source du droit : la supra-légalité

11 - Un droit fondamental ne peut émaner d'une norme ordinaire. Une reconnaissance supra-légale est nécessaire pour attribuer directement à son objet des conséquences juridiques particulières. Cela étant, cette référence à un texte ne doit pas abuser. La norme supérieure ne consacre pas un droit fondamental : elle le constate. La « fondamentalité » d'un droit ne tient donc pas à la valeur supra-légale du texte qui lui sert de support : il s'ensuivrait que toutes les normes supra-légales contiennent des droits fondamentaux, ce qui n'est guère envisageable.

Cette valeur supra-légale permet, en revanche, de placer les droits fondamentaux hors de portée de l'exécutif et du législateur. Voilà l'enjeu d'une telle qualification. Peu importe la place de la norme supérieure qui les consacre dans l'ordre juridique. Elle peut être constitutionnelle comme elle peut émaner de traités européens ou internationaux (13). L'essentiel est que le juge puisse prendre appui sur cette norme pour écarter toute disposition réglementaire ou législative qui empêcherait l'exercice d'un droit fondamental.

L'effet juridique des droits fondamentaux réside dans cet ordre de priorité. Il est tout d'abord garanti par un contrôle de constitutionnalité dont l'intérêt pratique reste néanmoins limité : parce que les conditions de la saisine sont étroitement définies ; parce que le Conseil envisage la loi dans l'abstrait. La protection des droits fondamentaux repose essentiellement sur un contrôle de conventionnalité qui peut, lui, être exercé à tout moment en prenant en compte, non seulement la loi contestée, mais aussi la façon dont elle est appliquée.

12 - Ainsi, la notion, d'abord éthique, acquiert une portée juridique. Mais, on l'a vu, la fondamentalité du droit tient à son objet et non au texte qui la constate, ce qui rend une telle approche particulièrement dangereuse.

## B - Les dangers de la définition

13 - Ils sont doubles. Souvent, il est reproché aux droits fondamentaux d'exalter le sujet de droit dont les revendications incessantes risquent de menacer l'équilibre social. Cet argument tiré d'un individualisme excessif n'est sans doute pas déterminant. Plus inquiétante est l'objection tirée de l'incompatibilité de ces droits avec d'autres systèmes de valeurs auxquels ils sont confrontés par l'effet de la mondialisation.

### 1° L'individualisme des droits fondamentaux

14 - L'esprit libéral et individualiste des droits fondamentaux n'est pas une nouveauté. La critique est récurrente depuis que l'on admet le principe de droits subjectifs. Elle trouve sa cause dans la philosophie des Lumières et la Déclaration de 1789. Avant de dénoncer la multiplication des « droits à », il serait donc judicieux de se souvenir que la promotion de la volonté individuelle est l'objet même du droit moderne.

Il est vrai, en revanche, que les droits fondamentaux interviennent désormais dans des domaines préservés jusqu'alors des revendications individuelles  (14). Le droit de la famille, reposant sur un certain nombre de règles purement objectives, a été durement éprouvé par la revendication du droit au respect de la vie privée et familiale : la logique individualiste semble désormais l'emporter sur celle propre à des institutions comme l'adoption ou le mariage. L'influence de Bonaparte, sur cette partie du code civil, n'est plus ce qu'elle était ! Cependant, il y a moins là une rupture qu'une évolution inéluctable  (15). Et, elle est beaucoup plus modérée qu'on ne le laisse parfois entendre.

Le droit moderne tente en effet de concilier les droits fondamentaux au lieu de favoriser leur conflit. Ces droits, malgré leur objet et leurs reconnaissances multiples, sont rarement absolus. Ils sont, pour la plupart d'entre eux, indissociables de leurs limites. La Convention européenne a notamment établi des degrés de protection. Bien peu de ces droits sont indérogables. Ils sont en outre gouvernés par une exigence générale de proportionnalité.

Certes, la hiérarchie des valeurs s'est inversée puisque le principe est désormais la protection de la personne et non plus de l'ordre public. Cependant, l'existence même de cette exception d'ordre public, opposable à l'exercice des droits fondamentaux, suffit à combattre l'idée apocalyptique d'une personne « prisonnière de ses droits »  (16) que véhiculent les pourfendeurs du « droit-de-l'hommisme »  (17). Les droits fondamentaux supposent tout au plus la recherche d'un nouvel équilibre.

15 - Le vrai danger est ailleurs, dans la vision moraliste qui accompagne parfois la défense de ces droits.

### 2° Le moralisme des droits fondamentaux

16 - Dans la mesure où ils sont fondés sur la dignité humaine, les droits fondamentaux tentent de préserver ce qui est essentiel dans l'homme. Or, cette approche, qu'il faut bien qualifier de morale, est susceptible de poser des difficultés dès lors qu'elle n'est pas acceptée par tous. En effet, avec les droits fondamentaux, l'on se situe, tout autant, dans le domaine du « donné » que du « construit ». A l'origine, il y a un postulat culturel, si ce n'est religieux.

Trahissant cette origine mystique, le préambule de la Charte des Nations unies proclame à nouveau « la foi » des peuples « dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine... ». Inquiétante, cette référence n'est pas reprise à leur compte par les textes ultérieurs mais l'on peut tout de même s'interroger sur la portée de l'accord dont ils ont fait l'objet. Si la Charte des Nations unies trouve son origine dans le second conflit mondial, elle ne fait pas suite à des interrogations mondialisées. Il s'agit au contraire d'un texte historiquement daté. De la même façon, lorsque la Déclaration universelle des droits de l'homme a été proclamée, les Etats étaient deux fois moins nombreux qu'aujourd'hui et bon nombre d'entre eux étaient encore sous dépendance coloniale. Cette Déclaration a été faite pour eux au nom d'une mission civilisatrice ; leur accord a été plus ou moins acheté par la promesse d'indépendance que cette Déclaration contenait. Son universalisme est très occidental  (18)...

17 - Mais, ce qui est plus grave, dans le contexte actuel, c'est de voir quelques-uns transformer cet universalisme symbolique en un universalisme militant. Alors que les conflits de valeurs restaient jusqu'à présent théoriques, ils se concrétisent aujourd'hui avec le développement d'un islamisme qui met les droits fondamentaux à rude épreuve.

La question de leur conciliation fut posée à la Cour de Strasbourg lorsque les membres du « Parti de la prospérité », Refah Partisi, ont dénoncé devant elle la dissolution de ce parti décidée par les autorités turques. Le parti en question prônait l'instauration de la *charia*, c'est-à-dire d'une loi d'inspiration divine, impensable dans un Etat laïque. Or, pour une fois, la Cour européenne n'a pas éludé la difficulté. Dans une décision du 31 juillet 2001 , c'est-à-dire antérieure aux attentats de New York du 11 septembre, elle a jugé que le programme de ce parti « était incompatible avec la démocratie ». En conséquence, elle a refusé d'admettre que la dissolution de ce parti politique constituait une atteinte injustifiée à la liberté d'association (art. 11). Le 13 février 2003, cette décision a été confirmée par la Grande Chambre de la même Cour qui a rappelé qu'en vertu de l'article 17 de la Convention : « nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique ». Le pluralisme et l'esprit d'ouverture, à la base du système européen, sont fortement éprouvés par cette affirmation. Leur pertinence se trouve nécessairement remise en cause lorsque la clause de sauvegarde est ainsi invoquée. La tolérance finit par se nier elle-même ; l'idéal européen est obligé de se contredire pour survivre. Cette logique de confrontation permet au « choc des civilisations » d'apparaître là où on l'attendait le moins.

Peut-on vraiment condamner une démarche qui consiste à se doter démocratiquement d'une loi anti-démocratique ? La Cour a peut-être répondu un peu vite à cette question. Mais, à l'inverse, pour acheter la paix mondiale, les Etats occidentaux doivent-ils renoncer à leur système de valeurs ? Ce serait déplorable alors que l'on a, aujourd'hui, plus que jamais besoin des droits fondamentaux. En l'état de ces contradictions, il faut sans doute repenser la dignité humaine au XXIe siècle et reformuler les préambules des différents textes internationaux. Le paradigme des droits fondamentaux est à réinventer  (19).

18 - En attendant, le risque est que, dans un souci d'apaisement, l'on ne fasse perdre aux droits fondamentaux, peu à peu, leur substance, qu'ils se réduisent à la norme qui les consacre et se prêtent à toutes les manipulations. D'ores et déjà, l'on ne peut nier en effet qu'il existe parfois du cynisme dans l'invocation de ces droits.

## **II - Le cynisme dans la référence aux droits fondamentaux**

19 - En même temps que la pensée s'épuise à tenter de redéfinir la base des droits fondamentaux, ceux-ci se développent en perdant leur signification. Ils n'assument plus leur fonction de « médiation » entre l'éthique et le droit  (20). Leur ambition est moindre. L'adjectif fondamental n'est utilisé qu'à raison de l'effet juridique qu'il engendre. Il s'inscrit dans un processus de légitimation et permet de cautionner des démarches qui devraient pourtant rester étrangères à la protection de ces droits.

Vérifions-le en évoquant, d'une part, cet affaiblissement des droits fondamentaux et, d'autre part, la trahison de ceux qui les appliquent.

### **A - L'affaiblissement des droits fondamentaux**

20 - Pour mieux les manipuler, il faut les affaiblir. Il faut que leur substance disparaisse pour que le détournement s'avère moins évident. Un tel résultat est atteint de deux façons. D'abord, grâce à la démultiplication des droits prétendument fondamentaux ; ensuite, grâce à l'élargissement du nombre de leurs bénéficiaires.

#### **1° L'émiettement des droits**

21 - Il existe un mouvement, pernicieux, consistant à galvauder les droits fondamentaux. Il consiste à qualifier de la même façon le droit et ses démembrements. Il en résulte une augmentation du nombre des droits concernés qui ne méritent pas toujours leur qualification. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en fournit la meilleure illustration. A titre d'exemple, au lieu de rattacher la protection des données à caractère personnel au droit au respect de la vie privée, l'article 8 de cette Charte lui consacre des développements spécifiques. Les droits d'accès aux fichiers et de rectification sont, bien entendu, essentiels mais constituent-ils, pour autant, des droits fondamentaux ? Dans un autre registre, était-il bien nécessaire d'affirmer, dans la même Charte, que « toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement » (art. 29) ? Là aussi, ce droit est important parce qu'il rend effectif le droit au travail, mais il ne constitue pas un droit « fondamental » pour autant. Enfin, l'affirmation, parmi d'autres, selon laquelle « la propriété intellectuelle est protégée » se justifie-t-elle vraiment  (21) ? Dire que tous ces droits sont fondamentaux revient à dire que ce sont des droits comme les autres, qui peuvent être invoqués largement et restreints sans hésitation.

Le même constat s'impose au regard de la multiplication du nombre de bénéficiaires.

## 2° La multiplication des bénéficiaires

22 - Compte tenu de l'intérêt protégé par les droits fondamentaux (la dignité humaine), seules les personnes physiques devraient être concernées. L'assimilation des personnes morales aux personnes physiques n'est *a priori* pas concevable.

Mais cette affirmation est contredite par un ensemble de décisions qui s'inscrivent dans un mouvement général de perte de substance des droits fondamentaux. C'est tout d'abord le Conseil constitutionnel qui, en 1983, a implicitement reconnu aux personnes morales un droit au respect de leur domicile pour les protéger contre certaines mesures d'investigation  (22). En 2002, la Cour de Strasbourg a consacré la même solution dans une affaire *Colas Est c/ France* (§ 41)  (23). Et, en 2003, notre Cour de cassation est allée plus loin encore en admettant, notamment au visa de l'article 11 de la Convention européenne, le « droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association » d'une personne morale  (24).

Il y a donc là une évolution d'importance. Elle consomme la rupture des droits fondamentaux et du droit naturel. Cela participe, encore une fois, d'une banalisation des droits fondamentaux dont la dimension éthique s'efface derrière l'intérêt technique. Le pragmatisme semble l'emporter sur le dogmatisme initial.

23 - Or, cette perte de substance permet, parfois, à ceux qui les appliquent de détourner les droits fondamentaux.

## B - La trahison des droits fondamentaux

24 - Parler de trahison peut sembler excessif. Il s'agit néanmoins de souligner la distorsion entre certaines pratiques actuelles et l'idéalisme d'origine. Il existe en effet un usage fort opportuniste des droits fondamentaux. Dans certains cas, l'on peut même parler d'une véritable manipulation.

### 1° L'opportunisme des droits fondamentaux

25 - Comment déterminer les choix d'ordre éthique qui s'imposent dans l'exercice des droits fondamentaux ? La méthode retenue par la Cour européenne est singulière. La loi sociologique semble avoir remplacé toute loi morale lorsqu'il s'agit de déterminer quel sens donner à une notion floue. L'enjeu est celui de la marge d'appréciation laissée aux Etats. Au lieu de définir elle-même les concepts à utiliser en fonction des valeurs à défendre, la Cour se demande s'il existe une convergence entre les Etats membres lui permettant de prendre position. Lorsque les Etats paraissent très divisés, elle leur abandonne une marge d'appréciation importante en se contentant d'un contrôle formel sur les conditions dans lesquelles ils appliquent la Convention. En revanche, lorsqu'elle estime qu'une tendance se dessine, elle y voit un signe de l'interprétation à donner et se croit, en conséquence, autorisée à exercer un contrôle plus étroit sur les décisions nationales pour éviter que les Etats ne s'en écartent. C'est une logique statistique, et non plus une démarche éthique, qui est alors à l'oeuvre  (25).

Cette méthode ne s'imposait nullement. Elle a été systématisée par la Cour de Strasbourg  (26). Or, à supposer qu'elle soit légitime, l'on se demande bien sur quels éléments objectifs de comparaison elle repose. En pratique, la Cour prétend déduire l'évolution des attentes des Européens de l'observation des systèmes juridiques nationaux qu'il s'agit d'éclairer... Ce qui confère au raisonnement un caractère circulaire ! En effet, le juge de Strasbourg n'est pas en mesure d'effectuer lui-même, au sein des populations, les études nécessaires pour asseoir ses convictions. La crédibilité de sa démarche en est compromise. D'autant qu'elle se double d'un autre paramètre d'appréciation aussi peu scientifique. Il tient au caractère évolutif des concepts utilisés dans la Convention. La Cour de Strasbourg ne cesse ainsi de rappeler qu'elle « est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »  (27). Mais, là encore, elle fait dépendre le degré de protection des droits fondamentaux de données factuelles et non éthiques, perçues au terme d'une démarche dont la rigueur sociologique n'apparaît guère évidente.

En d'autres termes, au lieu de développer une autorité morale certaine, la Cour européenne prétend enregistrer les évolutions des peuples d'Europe et faire évoluer son droit en conséquence : elle ne les guide pas ; elle les suit, avec plus ou moins de bonheur. Ainsi, il n'est pas certain qu'elle ait été totalement clairvoyante dans sa défense des transsexuels  (28). Les opinions publiques ne sont pas forcément aussi tolérantes qu'elle à leur égard. Inversement, l'on aurait pu attendre de sa part une réponse sur la délicate question du commencement de la vie. L'être humain est-il protégé, avant sa naissance, par l'article 2 de la Convention ? Au lieu de fixer un cap, la Cour a estimé, dans la célèbre affaire *Vo c/ France*, « que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des

Etats » en constatant précisément « qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie » (8 juill. 2004 , § 82) (29).

26 - Il y a une sorte de renoncement à statuer de la sorte, un aveu d'impuissance. La Cour de Strasbourg se révèle incapable d'imaginer les solutions d'avenir inscrites dans l'héritage de valeurs dont elle est pourtant la gardienne. Que signifient les droits fondamentaux dans ces conditions (30) ? L'on ne peut manquer d'y voir des attrape-nigauds destinés à faire patienter leurs destinataires et à légitimer, par un effet de façade, un système qui multiplie par ailleurs les injustices. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne conforte ce soupçon. Ne serait-elle pas tout simplement un alibi, un texte qui consolide le système économique libéral plus qu'il ne le menace ? Des droits fondamentaux sans âme lui confèreraient-ils une fausse modernité ?

La question mérite d'autant plus d'être posée que l'on constate par ailleurs une véritable manipulation de ces droits.

## 2° La manipulation des droits fondamentaux

27 - Il arrive aux juges, notamment aux juges nationaux, de commettre des abus dans l'usage des droits fondamentaux. L'affirmation du caractère fondamental de ces droits leur permet d'asseoir bon nombre de décisions.

Cet effet de légitimation ne pose pas de difficulté lorsque le juge national inscrit sa démarche dans celle de la Cour de Strasbourg, en se soumettant lui aussi au principe de prééminence du droit. L'invocation des droits fondamentaux s'avère, en revanche, beaucoup plus contestable lorsqu'elle est faite au mépris de la jurisprudence européenne. Les droits fondamentaux ne remplissent plus, alors, leur fonction idéale. Ils sont un instrument au service de juges qui s'en servent pour asseoir leur autorité sur le droit.

28 - Un exemple frappant peut être tiré de la jurisprudence qui évince l'article 1382 du code civil du champ de la liberté d'expression. En effet, la responsabilité et la procédure civiles ne sont plus applicables aux médias qui ne répondent des contenus exprimés que dans les conditions de fond et de forme prévues par la loi, pénale, du 29 juillet 1881. Cela signifie que les propos, qui ne sont pas assez graves pour être incriminés par cette loi, ne peuvent donner lieu à réparation (31). Cela signifie aussi que les propos, incriminés par cette loi, ne peuvent donner lieu à réparation devant le juge civil qu'en respectant un délai de prescription abrégé (32) et en observant, à peine de nullité, des exigences de pure procédure pénale telles que la mention du texte édictant la peine encourue dans l'assignation et la signification d'une copie de cette assignation au ministère public (33). Même en référé, ce formalisme doit être respecté (34) !

Comment en est-on arrivé là ? Tout simplement en invoquant les droits fondamentaux et en les détournant de leur objet. En effet, cette jurisprudence s'est imposée au visa des articles 6 et 10 de la Convention européenne. C'est au nom du fameux « droit fondamental à la liberté d'expression » que la Cour de cassation a soudain décidé que la responsabilité et la procédure civiles doivent céder le pas devant la loi du 29 juillet 1881 (35). Il est difficile de ne pas parler de manipulation dans une telle hypothèse. Un droit fondamental est directement invoqué pour justifier une politique jurisprudentielle et tenter de l'imposer à des juridictions de fond qui, malgré l'intervention de l'Assemblée plénière, continuent à résister (36). Cette manipulation est d'autant moins légitime qu'elle est contraire à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. En effet, dans une affaire *Thoma c/ Luxembourg* (37), la juridiction européenne a condamné l'argument selon lequel l'article 1382 du code civil serait un texte trop général pour fonder une ingérence dans la liberté d'expression. Le 29 mars 2001, elle a jugé « que, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, le requérant pouvait prévoir, à un degré raisonnable, que les propos diffusés au cours de son émission ne le mettaient pas à l'abri de toute action à son encontre, de sorte que l'ingérence peut être considérée comme étant « prévue par la loi »... » (§ 53). Ainsi, notre Cour de cassation invoque un droit fondamental, en visant la Convention européenne, contre la volonté même de l'organe qui est chargé d'en délivrer une interprétation authentique... J'ai parlé de trahison, tout à l'heure : la preuve est faite !

### Mots clés :

**DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX** \* Ordre juridique \* Droit fondamental \* Place \* Fonction \* Détournement

(1) Cette chronique est le texte d'une intervention lors d'un séminaire organisé, à Nice, le 3 février 2006, par le Groupe de recherche en droit, économie et gestion, à l'initiative du Professeur F. Siirinen, directeur du CREDECO. Nous le remercions vivement pour son invitation.

(2) V. not. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 2002, 8e éd., p. 592, n° 610.

(3) V. V. Champeil-Desplats, *La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français*, D. 1995, Chron. p. 324 .

(4) Pour un accès facile aux textes, V. not. *Libertés et droits fondamentaux*, dir. M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, Seuil, Points-essais, 2e éd., 2002.

(5) Une loi n° 82-526 du 22 juin 1982, relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, qualifia de « droit fondamental » le droit à l'habitat (art. 1er). Ce texte a été formellement abrogé en 1986.

(6) CA Rennes, 5e ch., 31 janv. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, Somm. p. 385 ; T. corr. Paris, 11e ch., 18 avr. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, Jur. p. 85, note J.-M. Darrois et A. Tiraqueau.

(7) V. par ex. CEDH 25 nov. 1997, *Zana c/ Turquie*, § 55 ; 5 juill. 2001, *Erdem c/ Allemagne*, § 65 ; 10 nov. 2005, *Mlle Sahin c/ Turquie*, § 152 et 153, D. 2005, IR p. 2899.

(8) V. not. A. Gruber, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un message clair hautement symbolique*, LPA 22 janv. 2001, n° 15, p. 4.

(9) V. par ex. CEDH 1er juill. 2004, *Vito Sante Santoro c/ Italie*, § 42 ; 20 févr. 2003, *Djavit an c/ Turquie*, § 56.

(10) M.-L. Pavia, *Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental*, LPA 6 mai 1994, n° 54, p. 6.

(11) V. *La dignité de la personne humaine, recherche sur un processus de juridicisation*, dir. C. Girard et S. Henneville-Vauchez, PUF, coll. *Droit et justice*, 2005, 318 p.

(12) Sur cette dignité-liberté, opposée à la dignité-humanité, V. E. Dreyer, *Les mutations du concept juridique de dignité*, RRJ-Droit prospectif, PUAM, 2005-1, p. 19-44.

(13) Comp. E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA 1998, p. 8 .

(14) V. not. Y. Lequette, *Le droit est la semence des moeurs*, in *Le discours et le Code*, Litec, 2004, p. 391-398.

(15) V. E. Dreyer, *Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental*, CCE mai 2005, chron. n° 18, p. 21.

(16) Expression de R. Libchaber : *Réflexions sur le « désordre juridique français »*, in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 415.

(17) Mépris communément partagé, V. par ex. F. Terré, *Destinée du Code civil*, JCP 2004, I, 193, p. 2358 ; P. Conte, *Les silences de la loi et du juge en matière pénale, selon Portalis*, in *Le discours et le Code*, Litec, 2004, p. 34, n° 9.

- (18) V. également : M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 223.
- (19) V. A. Supiot, *Homo juridicus*, Seuil, 2005, p. 289 s.
- (20) Selon l'expression de M. Delmas-Marty : *Le flou du droit - Du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, coll. Voies du droit, 1986, p. 295.
- (21) Tout ne mérite, sans doute pas, d'être mis sur le même plan dans « la » propriété intellectuelle : V. not. E. Dreyer, *Le dépôt légal, essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, LGDJ, *Bibl. droit privé*, t. 371, 2003, avant-propos G. Cohen-Jonathan, préf. B. Beignier, p. 236, n° 477.
- (22) DC 83-164, du 29 déc. 1983, *Loi de finances pour 1984*, JCP 1984, II, 20160, note R. Drago et A. Decocq, § 29.
- (23) D. 2003, *Somm.* p. 527 , obs. C. Birsan, et p. 1541, obs. A. Lepage.
- (24) Cass. 3e civ. 12 juin 2003, *Bull. civ.* III, n° 125 ; *RTD civ.* 2003, p. 771 , obs. J. Raynard. ; D. 2004, *Jur.* p. 367 , note C.-M. Bénard, et 2003, *AJ* p. 1694, obs. Y. Rouquet ; *AJDI* 2003, p. 663 , obs. J.-P. Blatter.
- (25) *Comp. CEDH* 20 sept. 1994, *Otto Preminger Institut*, § 50, et 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ RU*, § 52.
- (26) V. not. B. de Lamy, *La légitimité du juge européen des droits de l'homme*, in *La légitimité des juges*, IFR Mutation des normes juridiques, PUSST, 2004, p. 166.
- (27) V. encore : *CEDH* 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, § 121 ; D. 2006, *Jur.* p. 346 , note D. Roets ; *RTD civ.* 2005, p. 740 , obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2005, p. 1886 , obs. J.-F. Flauss.
- (28) V. par ex. *CEDH* 11 juill. 2002, *Goodwin c/ RU*, § 100, D. 2003, *Somm.* p. 525 , obs. C. Birsan, et p. 1935, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. Hauser, et p. 862 , obs. J.-P. Marguénaud.
- (29) D. 2004, *Jur.* p. 2456 , note J. Pradel ; *RTD civ.* 2004, p. 794 , obs. J.-P. Marguénaud.
- (30) V. aussi : Y. Lequette, *D'une célébration à l'autre (1904-2004)*, in *Le Code civil*, Dalloz, 2004, p. 24.
- (31) V. Cass. 2e civ. 9 oct. 2003, D. 2004, *Jur.* p. 590  , note E. Dreyer.
- (32) V. Cass. 2e civ. 2 oct. 2003, *Légipresse* 208-III, janv. 2004, p. 1, note E. Dreyer.
- (33) V. cependant : Cass. 2e civ. 22 janv. 2004, *JCP* 2004, II, 10104, note E. Dreyer ; D. 2004, *IR* p. 609 .
- (34) Cass. 2e civ. 7 mai 2002, *Légipresse* 191-III, juill. 2002, p. 121, et D. 2002, *Somm.* p. 2771 , obs. C. Bigot.
- (35) Cass. 2e civ. 5 févr. 1992, D. 1992, *Jur.* p. 442, note J.-F. Burgelin, et 1993, *Jur.* p. 53 , note P.

Wachsmann ; 14 nov. 2002, Bull. civ. II, n° 253 ; D. 2002, IR p. 3244 .

(36) V. aussi : E. Dreyer, L'assimilation par le juge judiciaire de la Convention européenne des droits de l'homme, RRJ-Droit prospectif, PUAM, 2004/2, p. 861-901.

(37) N° 38432/97.

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.