

Université de La Réunion
Faculté de Droit et d'Économie
Centre de Recherches Juridiques

Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit public

Présentée et soutenue publiquement le 1^{er} décembre 2012

Par Nirmal NIVERT

INTÉRÊT GÉNÉRAL
ET
DROITS FONDAMENTAUX

Doctorat de droit dirigé par Monsieur le Professeur **Laurent SERMET**

Membres du jury :

Monsieur le Professeur **Xavier Bioy**, Université Toulouse I Capitole, *rapporteur*

Monsieur le Professeur **Mathieu Maisonneuve**, Université de La Réunion, *suffragant*

Monsieur le Professeur **André Roux**, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, *rapporteur*

Monsieur le Professeur **Laurent Sermet**, Université de La Réunion, *directeur de thèse*

Monsieur le Professeur **Frédéric Sudre**, Université Montpellier I, *Président*

AVANT-PROPOS

À mon père et aux articles 343 et suivant du Code civil, preuves que si le droit ne peut pas tout, il permet néanmoins nombre d'accomplissements.

Je souhaite remercier, en premier lieu, le professeur Laurent Sermet d'avoir accepté de diriger cette thèse de droit public. Je lui suis également gré de la relation de confiance réciproque qui s'est installée dès le début de cette recherche et qui ne s'est jamais démentie. Sa confiance et l'intérêt manifeste porté à cette étude m'ont toujours conduit à persévérer. Enfin, ses conseils et son attention ont été constamment féconds et m'ont permis de mener à son terme ce travail de recherche.

J'adresse, en deuxième lieu, mes remerciements appuyés à celles et ceux qui, de près ou de loin, m'ont soutenu tout au long de cette recherche. Je pense, en particulier, à Jocelyne Brizou, Carine Marguerite, Céline Marguerite, Fabienne Mulot, Jonathan Robertson, Audrey Sineux et Nicolas Toucas. Leurs réflexions et leur patient travail de relecture m'ont été d'un très grand secours.

Je tiens, en troisième lieu, à témoigner à Céline ma profonde reconnaissance pour les sacrifices qu'elle a accepté d'accomplir. Je mesure combien sa liberté fut restreinte, sans doute au-delà du nécessaire, au nom de mon intérêt général à poursuivre cette thèse.

La présente thèse est une version remaniée et réduite de celle soutenue le 1^{er} décembre 2012 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et qui tient compte des remarques formulées par le jury de soutenance.

La présente étude a bénéficié du soutien financier du Conseil régional de La Réunion et de l'Union européenne.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : De l'intérêt général aux droits fondamentaux

Titre I^{er} : L'intérêt général, source du système de droit libéral :

Chapitre I^{er} : La vocation structurante de l'intérêt général :

Chapitre II : La vocation constituante de l'intérêt général :

Titre II : L'intérêt général, origine des droits fondamentaux :

Chapitre I^{er} : La définition des droits fondamentaux par l'intérêt général :

Chapitre II : La légitimation des droits fondamentaux par l'intérêt général :

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

SECONDE PARTIE : De la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général

Titre I^{er} : Une conciliation par les normes :

Chapitre I^{er} : Les fondements constitutionnels de la conciliation :

Chapitre II : Une conciliation conditionnée par la hiérarchie des normes :

Titre II : Une conciliation par le juge :

Chapitre I^{er} : Une interprétation téléologique des restrictions d'intérêt général :

Chapitre II : Une validation *a posteriori* des restrictions d'intérêt général :

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

CONCLUSION GENERALE

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique, Droit administratif</i>
al.	alinéa
art.	article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
Ass. gén.	Assemblée générale du Conseil d'État
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin</i> des arrêts de la Cour de cassation
C	Constitution du 4 octobre 1958
c.	contre
c/	contre
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CDH	Comité des droits de l'Homme des Nations unies
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm EDH.....	Commission européenne des droits de l'Homme
cons.	considérant
Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
déc.	décision de recevabilité ou d'irrecevabilité de la Cour européenne des droits de l'Homme/ décision du Conseil constitutionnel
dir.	sous la direction de
éd.	édition
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
<i>GAJA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> (Dalloz)
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>GDCC</i>	<i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel</i> (Dalloz)
<i>Gr. Ch.</i>	Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme
JCP	Jurisqueuseur périodique (La semaine juridique)
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	numéro

<i>ord.</i>	ordonnance de référé
PIDCP.....	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
préc.	précité(e) (s)
<i>R.</i>	<i>Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>Rec.</i>	- après un arrêt du Conseil d'État, <i>Recueil Lebon</i> - après une décision du Tribunal des conflits, <i>Recueil Lebon</i> - après une décision du Conseil constitutionnel, <i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
req.	requête
<i>Rev. trim. dr. h.</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l'Homme</i>
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
t.	tome
TPICE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
vol.	volume

INTRODUCTION

1. Aussi vieille que l'humanité, la recherche de la Liberté demeure d'une redoutable modernité. C'est en effet l'une des préoccupations de la société internationale exprimée lors du Sommet du millénaire, c'est-à-dire à l'occasion de la réunion extraordinaire des Chefs d'État et de gouvernement tenue au siège des Nations Unies (New York) du 6 au 8 septembre 2000 : parmi « les valeurs fondamentales [que] doivent sous-tendre les relations internationales au XXI^e siècle » figure « la liberté »¹. La valeur « liberté » intéresse autant les générations actuelles, futures que passées². Avec Maurice Agulhon admettons dès maintenant que « la liberté, réduite à son principe simple, à sa définition élémentaire, est une valeur à peu près unanimement reconnue »³. Dans ce combat millénaire pour notre liberté, la bataille pour son affirmation – et elle seule – en tant qu'attribut de l'être humain semble gagnée⁴. Joint à la liberté, c'est alors un ensemble plus vaste, celui des droits de l'Homme, qui se trouve placé au centre des discussions politiques et juridiques. « Les droits de l'homme bénéficient depuis quelques décennies d'une promotion considérable et d'une spécificité corrélative. Sans parler de leur médiatisation par l'action des très nombreuses ONG, le droit leur réserve une place privilégiée. L'encombrement du prétoire de la Cour [européenne des droits de l'Homme] ainsi que les procédures de filtrage que plusieurs Cours constitutionnelles ont instituées en disent long sur la popularité de la matière »⁵. Les droits de l'Homme « constituent désormais un idéal susceptible d'être atteint, sinon une exigence normale »⁶. Ils « s'exigent ; ils ne se marchandent pas »⁷. Intérêt considérable pour la liberté mais *quid* de son effectivité ?

¹ Voir la Déclaration du 8 septembre 2000 des Chefs d'État et de gouvernement adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, 13 septembre 2000, résolution n° A/RES/55/2, texte disponible sur le site de l'ONU, <http://www.un.org>, p. 2, I-§ 6.

² Voir I. POIROT-MAZERES, « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénisation », *Droit administratif*, juillet 2006, p. 6-12, spéc. p. 8.

³ M. AGULHON, « La conquête de la liberté », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 5-13, spéc. p. 6.

⁴ Elle l'aurait été, en France, spécialement « au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine (...) » selon l'introduction du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁵ C. GREWE, « Interprétation (Méthodes d') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 540-543, spéc. p. 540.

⁶ F. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, choix de textes et présentation par Frédéric ROUVILLOIS, Paris, Le Monde – Flammarion, coll. « Les livres qui ont changé le monde », n° 9, 2009, p. 18.

⁷ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. « U », 7^{ème} éd., 2005, p. 131. Rappelant néanmoins que la liberté n'est pas une réalité dans un certain nombre de pays, D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 15-30, spéc. p. 15. Rappelant également que la France peut parfois prendre quelques libertés avec la liberté... Voir M. MAISONNEUVE, « Les Roms, les ultra-marins et la Constitution », *AJDA* 2010, p. 2017 : « La circulaire du ministre de l'intérieur du 5 août 2010, aujourd'hui abrogée, sur l' "évacuation des campements illicites", "en priorité ceux des Roms", était moralement choquante et manifestement inconstitutionnelle. Selon l'article 1^{er} de la Constitution, la France "assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion". Est-il besoin d'en dire plus ? ».

2. Dans l'une de ses plus célèbres assertions, Rousseau constate que « l'homme est né libre, et partout il est dans les fers »⁸. Cette symbolique très forte de l'enchaînement a même traversé les océans. Laurent Sermet, à propos des Seychelles et d'une statue représentant le coup d'État du 5 juin 1977, s'interroge sur les limites de l'incantation en matière de liberté : « Aux côtés du bâtiment des Archives nationales (...), un homme de fer a cassé les chaînes qui l'entravent : une belle représentation révolutionnaire. Mais qu'en est-il de la libération du peuple seychellois aujourd'hui ? »⁹. Cette interrogation sur la réalisation effective de la liberté montre que le concept nous échappe et qu'il est difficile de le définir. Or, selon Paul Ricœur, le succès de sa compréhension indique « le chemin même de la libération »¹⁰. La définition de la liberté constitue un objectif politique. « La compréhension véritable des droits de l'homme n'est pas seulement une démarche théorique écrit Gregorio Peces-Barba. Elle a aussi une grande portée pratique, que ce soit du fait de sa fonction de régulation de la légitimité des systèmes politiques et des ordres juridiques ou parce qu'elle représente, pour de nombreuses personnes, une garantie de leur dignité, et un chemin, le chemin principal, vers la liberté et l'égalité »¹¹. Préoccupation politique et sociale majeure de notre temps, cette aspiration à la liberté chute dans le formidable gouffre de perplexité que l'idée génère. *Qu'est-ce que la Liberté ?*

3. La définir, c'est d'abord esquisser quelques clarifications sémantiques. Comme l'a souligné Paul Ricœur, les nuances ne manquent pas, révélant au passage la richesse du langage courant et, par suite, toute la complexité de cerner sémantiquement la liberté¹². La philosophie a aussi posé puis amélioré sa définition en énonçant que la liberté est une action qui, réalisée par un sujet libre, n'est pas limitée : « caractère indéterminé de la volonté humaine ; libre arbitre »¹³. « La liberté, ajoute Ricœur, n'est

⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, présentation B. BERNARDI, Paris, GF-Flammarion, 2001, p. 46 (paru en 1762).

⁹ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, préface d'Abdou DIOUF, postface de David ANNOUSSAMY, Paris, Éditions des archives contemporaines – Agence universitaire de la Francophonie, 2009, p. 208. Voir, également, la représentation d'un esclave (*L'esclave à genoux*) pieds et poings liés et enchaînés sur la couverture de l'ouvrage collectif (précité) de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008.

¹⁰ P. RICOEUR, « Liberté », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n° 9, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 1980, p. 979-985, spéc. p. 979. « Les droits de l'Homme, c'est d'abord l'affranchissement de l'individu de l'ignorance ». Cf. D. MOUSSOKI, « Quels droits de l'homme ? », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 57-66, spéc. p. 65 ; dans le même ordre d'idées, « c'est par un enseignement des droits de l'homme dès l'école et une éducation à leur pratique que l'on peut espérer faire advenir un monde où ces droits puissent passer de la proclamation à la réalisation ». Cf. P. WACHSMANN, « Enseignement des libertés et des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 371-372, spéc. p. 372.

¹¹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, traduction L. A. PELE, présentation S. NAÏR, préface d'André-Jean ARNAUD, Paris, L.G.D.J., coll. Droit et Société, n° 38, 2004, p. 21.

¹² P. RICOEUR, préc., p. 980 : « le langage habituel, à cet égard, en sait plus long que toute la philosophie ; il dispose de toute une batterie d'expressions pour dire non seulement l'opposition du libre et du non-libre, mais les innombrables nuances qui marquent les degrés de la liberté ; il est intéressant, à cet égard, d'ausculter le langage des excuses ; dire que l'on a fait quelque chose intentionnellement, par inadvertance, sans le faire exprès, malgré soi – autant d'expressions qui modulent la signification de l'action du point de vue des degrés de liberté ». Sur cette « polysémie » du vocable, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, doctorat de droit, Université de Caen Basse-Normandie, imprimé, 2010, p. 76-77.

¹³ Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert – SEJER, 2009, p. 1452 (l'acception philosophique naît au IV^{ème} siècle).

aucunement une entité, une espèce d'être ; c'est un caractère, exprimé par un adjectif, qui s'attache à certaines actions humaines »¹⁴. La liberté est une action qui ne connaît donc pas non plus de limite extérieure. Elle serait une capacité d'agir totale que ni l'entendement humain, ni l'environnement physique ne seraient en mesure de borner. Sous réserve de ce que l'homme est physiquement capable de faire et intellectuellement apte à concevoir et à faire, la liberté lui ouvre un champ des possibles infini et indéterminable¹⁵.

4. Mais déjà on pressent un premier hiatus : l'homme n'est-il pas « libre » d'asservir autrui, de détruire la liberté du genre humain ? Cela n'est pas improbable. Car s'il y a « une véritable permanence de l'aspiration humaine à la liberté, qui traverse allègrement les époques et réunit les courants de pensée les plus divers », c'est « *en justifiant les actes les plus opposés* » (nous soulignons)¹⁶. Cependant, l'évolution du sens du mot *liberté* semble nuancer la contradiction selon laquelle la liberté, en se réalisant, se retournerait contre elle. Au milieu du XIV^{ème} siècle, le concept de liberté semble limiter l'action du sujet : il devient un « pouvoir d'agir, au sein d'une société organisée, selon sa propre détermination, dans la limite de règles définies »¹⁷. La novation sémantique, introduite par la suite au cours du XVI^{ème} siècle, ne doit pas masquer cette réalité : si la liberté est « absence de contrainte », autrement dit, une « possibilité », un « pouvoir d'agir sans contrainte »¹⁸, c'est que les limites – qui pourraient paraître au premier abord supprimées par l'adjonction des termes « sans contrainte » – sont intégrées aux vocables « possibilité » et « pouvoir »¹⁹. Une action libre peut ontologiquement tout faire – possibilité et pouvoir – sauf nier la liberté car l'alternative est la suivante : soit cette action libre nie la liberté et recrée une contrainte et, ainsi, contrarie sa propre définition sous l'angle de « l'absence de contrainte » ; soit elle peut nier la liberté et, pour ne pas

¹⁴ P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 979-980. Ce n'est que bien plus tard (début du XIV^{ème} siècle) que le sens commun est venu compléter cette définition de la liberté-action par une liberté-état : la liberté est alors définie comme l'« état d'une personne physiquement libre » ou la « situation d'une personne qui n'est pas sous la dépendance absolue de quelqu'un » (cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1452).

¹⁵ « Sa conscience et sa volonté [distinguent l'Homme] invinciblement de son environnement et lui permettent, dans une certaine mesure, d'agir délibérément sur ce dernier comme sur lui-même ; et ce sont elles qui fondent sa liberté ». Cf. É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* n° spécial, 1998, p. 6-42, spéc. p. 30.

¹⁶ Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Paris – Limoges, PUF, coll. Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Limoges, 1995, p. 5.

¹⁷ Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1452.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Les deux vocables, s'ils ont une portée commune du point de vue de la définition de la liberté, ne sont pas synonymes ici. La possibilité (« caractère de ce qui peut se réaliser ») est le champ des possibles ouvert au sujet libre considéré indépendamment de lui. Ce champ d'action lui interdit seulement l'impossible. Le pouvoir (« le fait de pouvoir, de disposer des moyens naturels ou occasionnels qui permettent une action ») est un autre champ des possibles ouvert, cette fois, en considération du sujet libre. Ai-je la capacité, la faculté ou l'aptitude, de réaliser telle action. Dans le premier cas, la liberté est bornée en raison d'une impossibilité physique liée à notre environnement extérieur. Dans le second cas, cette même liberté est bornée par notre incapacité – qui nous est propre – à réaliser l'action envisagée. Sur ces précisions sémantiques, voir *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., respectivement p. 1975-1976 et p. 1990-1991.

contredire sa définition, la « possibilité » ou le « pouvoir » d'agir sont les manifestations lexicales de l'inhérence de limites à la liberté²⁰.

5. Dans ce contexte, la conceptualisation de la liberté pose un premier paradoxe sémantique : une action libre n'est jamais totalement libre. Aussi pour concrétiser la liberté convient-il de lever ce paradoxe. Nous pouvons suggérer son dépassement à la condition, d'abord, de rendre compte de ce que la liberté est à l'origine²¹ d'un conflit – ce que nous appelons le conflit originel – qui oppose la liberté du sujet à la liberté de tous (Section 1^{ère}). La résolution de ce conflit, ensuite, – par la préférence donnée à la coordination de la liberté du sujet et de la liberté de tous – passe par un arbitrage que l'on peut confier à l'intérêt général (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : Liberté du sujet *contre* liberté de tous : le conflit originel

6. Le siècle des Lumières²² a permis de redécouvrir et d'affirmer que l'homme est né libre²³. Aussi reconnaître à tous les hommes qu'ils sont des sujets libres suppose qu'ils peuvent chacun agir à leur guise. Cette liberté d'action postulée conduit inévitablement à un conflit ; elle en est la prémisse (§1.). On peut alors en déduire l'inéluctabilité du conflit originel en tirant une conclusion qui s'impose : la nécessité de la liberté de tous (§2.).

²⁰ En ce sens, cet éclairage de P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 980 : « pour le langage ordinaire, liberté et contrainte ne sont pas des absolus séparés par un fossé infranchissable, ce sont deux pôles auxquels nous référons tous les degrés du "libre" et du "moins libre", du "contraint" et du "moins contraint" ».

²¹ Nous l'employons dans le sens que François Rangeon en donne très précisément : « Le concept d'origine, même employé au pluriel, évoque quant à lui l'idée d'un commencement absolu, d'une cause première qui, par dérivations et transformations successives, aurait donné naissance à une réalité présente. En histoire des idées, le retour aux origines a souvent joué un rôle méthodologique et explicatif comparable à celui joué par "l'état de nature" dans les philosophies politiques des XVII^e et XVIII^e siècles. La recherche des origines tend souvent à réduire l'explication du divers à une cause unique et déterminante ». Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, préface de Georges VEDEL, Paris, Economica, coll. Politique comparée, 1986, p. 34.

²² Car « si l'on ne peut dater la naissance de la revendication des droits, on peut en relever des manifestations fort anciennes, balbutiements plus que systématisation » laisse entendre le professeur Mourgeon, exemples historiques à l'appui dont le plus ancien est la « préoccupation de Hammourabi, fondateur de Babylone il y a trente-six siècles, de "faire éclater la justice pour empêcher le puissant de faire tort au faible" (...) ». Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 8^{ème} éd., 2004, p. 21. Estimant pour sa part qu'il n'est guère possible de remonter au-delà de l'Antiquité, Laurent Fonbaustier indique que « les sociétés grecque et romaine [constituent], pour qui souhaite reconstruire une histoire des droits fondamentaux, la référence première où s'entrelacent l'histoire et le mythe ». Cf. L. FONBAUSTIER, « Antiquité (Apports de l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 13-19, spéc. p. 13.

²³ Il n'est sans doute pas non plus fortuit que « l'intérêt général ne [soit] devenu d'un usage courant qu'à partir du XVIII^e siècle » (cf. F. RANGEON, *op. cit.*, p. 32).

§1. – Le postulat de la liberté du sujet : la prémisse du conflit originel

7. Le fait que la liberté soit « souvent présentée » à la fois comme un « objet de conquête » et « une réalité "inaliénable" »²⁴ suscite l'étonnement voire un certain malaise. Frédéric Laupies estime en effet que la liberté prétendument donnée demeure discutée. « Si elle est à conquérir, elle n'est pas déjà donnée ; si, en revanche, elle est inaliénable, elle est toujours déjà là. Ces deux pôles induisent à leur tour des contradictions : si on la tient pour inaliénable, sa défense apparaît inutile et contradictoire ; si on la défend, elle peut être tenue pour une réalité fragile, voire contingente et relative »²⁵. N'est-il pas dès lors prudent de tenter de lever cette double contradiction puisque le consensus à peine énoncé est déjà fragilisé ?

8. Selon Philippe Ségur, « au commencement étaient les devoirs et non les libertés (...). L'histoire des libertés s'écrit alors en creux, à partir de leur négation »²⁶. La liberté est le résultat d'une conquête de l'homme sur l'homme : « l'histoire des droits de l'Homme est dominée par l'écartèlement de la personne entre l'obéissance et la délivrance. Mais dans cette histoire, le devoir précède le droit. L'homme, soumis à des devoirs envers l'autorité, conquiert progressivement ses droits »²⁷. Dans cette mesure, 1789²⁸, en France, constitue une rupture théorique – ou « le point de départ symbolique »²⁹ – avec l'Ancien Régime dès lors qu'en plaçant l'individu au cœur de la société, on inverse la logique précédente pour postuler la liberté. Avancer cette date pourrait paraître arbitraire si nous ne redisons pas qu'elle procède d'héritages multiples. Laurent Fonbaustier introduit la présentation de la Déclaration des droits de 1789 en soulignant les multiples héritages qu'elle recueille : « l'esprit de 1789 n'en est pas moins le résultat d'un subtil mélange où s'entremêlent, outre un héritage antique déjà revisité par la Renaissance, la pensée chrétienne, le droit naturel et le droit des gens, le tout retravaillé par la philosophie des Lumières »³⁰. Imposer cette date pourrait aussi sembler péremptoire si nous ne rappelions qu'il s'agit de vérifier, à l'aune de cet événement, une première intuition et que

²⁴ F. LAUPIES, *La liberté*, Paris, PUF coll. Que sais-je ?, 2004, p. 5.

²⁵ F. LAUPIES, *op. cit.*, p. 6.

²⁶ P. SEGUR, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2005, p. 7-26, spéc. p. 7. Quant à l'émergence des droits de l'homme dans l'espace social, J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 21-29.

²⁷ P.-G. POUGOUE, « Lecture de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, *op. cit.*, p. 31-45, spéc. p. 36.

²⁸ Confirmant le propos, voir M. AGULHON, « La conquête de la liberté », *préc.*, p. 7 : selon l'auteur, l'avènement de la liberté remonte, en France, à la Révolution française : « C'est de cette dernière que nous, Français, sommes les descendants, ou les élèves, ou les produits, comme on voudra dire » ; même datation pour J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 29 ; Étienne Picard, enfin, voit dans la Déclaration de 1789 « l'acte fondateur de notre ordre juridique » (cf. É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *préc.*, p. 30).

²⁹ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, doctorat de droit, Université Robert Schuman – Strasbourg III, imprimé, 2008, p. 21.

³⁰ L. FONBAUSTIER, « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 196-206, spéc. p. 197.

1789 constitue « un moment devenu l'instrument historique d'un discours sur les origines, transformé en point de condensation de diverses tentatives de "fondation" »³¹. La liberté devient un caractère propre de l'Homme grâce, notamment, à la large publicité dont a bénéficié la théorisation des penseurs du XVIII^{ème} siècle dont nous nous réclamons pour expliquer politiquement le saisissement de la liberté par le droit. *La liberté, c'est naïvement une faculté positive, la capacité d'agir sans contrainte*. Si « en appeler à une évidence intrinsèque des droits de l'Homme est une solution paresseuse qui relève d'une illusion culturelle »³², pour autant, entreprendre de proposer une ou plusieurs significations de la liberté est un exercice éminemment philosophique et telle n'est pas l'ambition de ce paragraphe³³.

9. Il reste néanmoins que de ne pas parvenir à poser une définition exacte de la liberté n'est pas un obstacle insurmontable pour mener notre analyse, comme nous l'indique Michael Freedon : « Si "liberté" est un terme indéterminé et contestable, il faut alors abandonner la recherche d'une définition correcte. Mais si l'on rejette une telle approche essentialiste et universelle, notre compréhension peut s'en trouver améliorée »³⁴. Par conséquent, la liberté ne saurait être résumée à sa seule essence. Se borner à proposer une définition essentielle de la liberté aboutirait, à vrai dire, à paradoxalement nier son existence puisque faute de trouver une définition à un objet, il faudrait conclure que cet objet n'existe pas. Pour constater qu'elle existe, il faut pouvoir s'attacher à ses manifestations empiriques, lesquelles traduisent son essence. C'est la liberté relative, celle de notre monde, « s'exprimant par rapport aux autres hommes et au sein d'une société (...) »³⁵. C'est la liberté dont seul le Droit peut s'occuper : « le droit est une discipline *sociale*. Seuls relèvent de lui les rapports de l'homme avec les autres hommes et la société. Dès lors, il abandonne au philosophe les aspects du problème de la liberté étrangers à son objet propre » (italique dans le texte)³⁶. La réflexion en droit ne peut porter que sur l'existence de la liberté perceptible en tant qu'objet social : « réfléchir sur la liberté, c'est réfléchir sur les conditions de sa réalisation dans la vie humaine, dans l'histoire, au plan des institutions »³⁷.

³¹ L. FONBAUSTIER, « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux, op. cit., op. cit.*, p. 196.

³² A. LE GUYADER, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale, op. cit.*, p. 249-265, spéc. p. 259.

³³ Denis Maugenest prévenait de l'ampleur de la tâche en citant Paul Valéry dissertant sur la liberté, « un de ces détestables mots qui chantent plus qu'ils ne parlent, qui demandent plus qu'ils ne répondent ; un de ces mots qui ont tous les métiers... Mots très bons pour la dialectique, l'éloquence, aussi propres aux analyses illusoire qu'aux fins de phrase qui déchainent le tonnerre ». Cf. D. MAUGENEST, « Ouverture », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale, op. cit.*, p. 7-10, spéc. p. 9. Mais « en tant que réflexion sur l'homme, son action et son essence, la *philosophie* ne peut être ignorée des juristes » (italique dans le texte) rappelle Jean-Luc Aubert dans J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « U », 7^{ème} éd., 1998, p. 48. Précisément, pour un travail en ce sens, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 206 et s.

³⁴ M. FREEDEN, « Entre libéralisme et socialisme », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 45-59, spéc. p. 45-46.

³⁵ F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 3-6, spéc. p. 3.

³⁶ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, Paris, PUF, coll. Thémis, 9^{ème} éd., 2003, p. 5-6.

³⁷ P. RICŒUR, « Liberté », *préc.*, p. 979.

10. Il s'agit de vérifier l'existence du concept de liberté en interrogeant la réalité observable. Nous effectuons un acte de connaissance cherchant la liberté le plus objectivement qu'il nous soit possible de le faire. On opère alors un retour à la première conception historique de la liberté : la liberté est-elle une réalité sensible ? Mais ce retour à une conception fondée sur l'expérience de la liberté ne prétend pas, non plus, s'inscrire dans une forme de déterminisme puisque l'observation tend uniquement à attester l'existence de la liberté, et non son essence³⁸. Pour percevoir la liberté, il faut donc admettre qu'elle est une réalité sensible, que l'on peut en faire l'expérience empirique³⁹, soit qu'elle soit éprouvée, en tant qu'elle ordonne nos actions, par l'être pensant : « c'est là le premier degré de la liberté soutient Paul Ricœur : être capable, non seulement de "souffrir", de "subir" ses désirs, mais de les *porter au langage* en énonçant le caractère de désirabilité qui leur est propre et en soumettant au calcul des moyens et des fins l'enchaînement de l'action » (italique dans le texte)⁴⁰ ; soit que la liberté soit un « fait social », au sens durkheimien⁴¹, en tant qu'elle participe à un phénomène observable situé à l'extérieur de « la conscience individuelle » de chacun sans pour autant être considéré comme un « phénomène organique » propre aux lois de la physique⁴². La définition existentielle de la liberté est alors le fruit d'un faisceau d'indices qu'ont révélé et synthétisé les deux théories du droit naturel⁴³, l'une dite classique, l'autre moderne⁴⁴. C'est toutefois la liberté de la théorie moderne du droit naturel que retiendront les Révolutionnaires de 1789 en déclarant que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit »⁴⁵. En somme, nous prenons acte d'une réalité, la réalité de la liberté.

11. Elle est là telle une évidence : « Sans conteste, "l'homme est né libre", dans une liberté évidente, identifiable comme naturelle puisque se manifestant dès le premier geste, dès le premier son signifiant un oui ou un non »⁴⁶. Frédéric Laupies énumère ainsi les trois conditions d'existence de la liberté,

³⁸ Nous l'avons dit, avec Paul Ricœur, « appeler une action libre, c'est exclure une certaine sorte d'explication qui ferait vibrer un autre réseau, celui de l'événement observable dans la nature ». Cf. P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 981.

³⁹ Ce que Gilles Lebreton identifie à « la définition politique » de la liberté. Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 12-13. On s'est référé à la synthèse un « peu arbitraire », selon les mots mêmes de son auteur, de Jean-Luc Aubert dans J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 19-20.

⁴⁰ P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 981.

⁴¹ « Est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure » (italique dans le texte). Cf. É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 9^{ème} édition, 1997, p. 14 (première parution en 1937).

⁴² Sur cette précision du fait social, É. DURKHEIM, op. cit., p. 5.

⁴³ Nous nous sommes reporté : à la synthèse de J. KISSANGOULA, « Jusnaturalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 570-573, spéc. p. 571-572 ; ainsi qu'à l'analyse critique de G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 24-26.

⁴⁴ Et sans doute un peu dogmatique et ethno-centrée : « L'expression "droits naturels", quand elle est utilisée au sens moderne, n'a, il faut l'avouer, qu'un caractère purement incantatoire : mythique et mystique. Il est par ailleurs assez facile de voir que toutes ces déclarations sont d'origine occidentale et véhiculent avec elles, *volens nolens*, toute une vision historiquement datable et géographiquement localisable de la nature humaine et de la politique. La difficulté de leur "réception" par d'autres cultures est bien connue ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Ellipses, 1998, p. 15.

⁴⁵ Article 1^{er} de la Déclaration des droits de 1789. Sur ce point, faisons état de la remarque de M.-P. DESWARTE, « Intérêt général, bien commun », *RDP* 1988, p. 1289-1313, spéc. p. 1301, qui voit dans la même parenté latine (*natura*) qu'entretiennent les termes de *naissance* et de *nature* une illustration du lien extrêmement étroit entre liberté et nature humaine.

⁴⁶ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 61.

conditions étrangères à toute filiation théologique, en proposant une définition immanente : « Le sujet est assez identique à lui-même dans le devenir pour être apte à se projeter ; le déterminisme de la nature n'a pas une extension telle qu'il rende impossible toute action délibérée ; enfin, l'acte par lequel le sujet *se* détermine ne peut être assimilé à une cause contraignante » (italique dans le texte)⁴⁷. Cependant, qu'elle soit immanente ou transcendantale, que l'Homme saisisse la liberté ou que la Liberté saisisse l'homme, il demeure ce fait constant : la relation conceptuelle entre l'Homme et la Liberté est établie. Puisqu'elle est le propre de l'Homme, qu'il ne peut y renoncer, sauf à renoncer à son existence, « la défense de la liberté comme forme de l'humain doit donc être sans condition »⁴⁸.

12. « Mais son usage ne peut pas être lui-même absolutisé »⁴⁹ à moins de vouloir compromettre l'existence de la liberté. Dans la perspective logique ainsi créée par la liberté, pourvu que la prémisse soit acceptée, il faut admettre l'égale liberté humaine. « Comment douter alors que nous ne soyons [pas] tous naturellement libres, puisque nous sommes tous égaux ? »⁵⁰. Autrement dit, les conditions du conflit originel sont désormais posées puisque la liberté du sujet conduit à reconnaître la liberté de tous.

§2. – La nécessité de la liberté de tous : l'inéluctabilité du conflit originel

13. Le postulat de départ – la liberté du sujet – conduit inexorablement à la conséquence que la liberté de tous est nécessaire. Mais cette nécessité d'ordre logique aggrave le contexte conflictuel dans lequel se meut l'exercice de la liberté. L'égale liberté de tous rend ce conflit inéluctable. Peut-on le résoudre ? Doit-on le résoudre ? Être contraint de résoudre ce conflit suppose, en premier lieu, qu'on ne peut s'y soustraire. Précisément, les caractères de la liberté humaine, sa définition acceptée, montrent qu'admettre la liberté implique l'égalité entre les individus. C'est à cette double condition, liberté-attribut et égalité-corrélat, que se trouve confirmé le conflit inéluctable. Il naît du télescopage de l'exercice de leurs libertés par des êtres égaux.

14. L'homme isolé, et dans son droit d'agir comme il l'entend, est libre. La liberté, entendue philosophiquement – autrement dit comme un pur fait – est théoriquement illimitée. Cependant, sitôt

⁴⁷ F. LAUPIES, *La liberté, op. cit.*, p. 94.

⁴⁸ F. LAUPIES, *op. cit.*, p. 125. Également, É. DE LA BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, traduction (français moderne) et postface Séverine AUFFRET, Paris, Mille et une nuits, 1995, p. 16-17, spéc. p. 17 : « La liberté est donc naturelle ; c'est pourquoi, à mon avis, nous ne sommes pas seulement nés avec elle, mais aussi avec la passion de la défendre ». Publié en 1576, son manuscrit fut rédigé vraisemblablement à dix-huit ans, soit en 1548 selon S. AUFFRET, dans sa postface à l'œuvre, « Comète », in É. DE LA BOETIE, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁹ F. LAUPIES, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁰ É. DE LA BOETIE, *op. cit.*, p. 17.

qu'est admise la liberté de l'Homme, sont admises, *de plano*, les libertés des hommes, la liberté de tous. Cela tient à l'énoncé même⁵¹. Si tous les hommes sont libres, alors ce sont des êtres également libres. Leur égalité découle de leur liberté dès l'état de nature⁵². Symétriquement on comprend qu'« une liberté totale tuerait l'égalité au profit des plus forts (...) »⁵³. On peut s'appuyer sur le propos de Kant pour expliciter les conséquences de la liberté⁵⁴. L'auteur de la *Doctrine du droit* rappelle qu'« *il n'y a qu'un seul et unique droit inné* » (italique dans le texte)⁵⁵ : « La liberté (comme indépendance vis-à-vis de l'arbitre contraignant d'un autre individu), dans la mesure où elle peut coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle, est cet unique droit originaire qui appartient à tout homme en vertu de son humanité »⁵⁶. Mais il ajoute immédiatement que cette liberté s'accompagne de « l'égalité innée, c'est-à-dire l'indépendance qui consiste à ne pas être obligé par les autres à davantage que ce à quoi on peut aussi réciproquement les obliger, par conséquent la qualité de l'être humain qui réside dans le fait d'être *son propre maître (sui juris)*, en même temps que celle d'un homme *intègre (justus)*, parce que, avant tout acte juridique, il n'a rien fait d'injuste, enfin aussi la faculté de faire envers d'autres ce qui en soi n'amoindrit en rien ce qui leur revient, pourvu qu'ils ne veuillent pas l'admettre (...) : toutes ces facultés d'agir sont déjà inscrites dans le principe de la liberté innée et n'en sont pas réellement distinctes (...) » (italique dans le texte)⁵⁷. C'est une illustration de ce que chez Kant liberté et égalité sont logiquement associées, l'égalité découlant nécessairement de la liberté. Si tous les hommes sont libres, alors ils sont forcément égaux. Il n'existe qu'un seul droit à la liberté, lequel inclut nécessairement le principe d'égalité. « En d'autres termes, l'équilibre social, fondé sur un principe moteur individuel et inné, la liberté, est compensé par un principe régulateur social, l'égalité. La doctrine réactualise la pensée de Kant en se référant à une contraction sémantique inédite : "l'Égaliberté"⁵⁸ »⁵⁹. L'état de nature, état de liberté pour l'homme disait Locke⁶⁰, « est aussi un état d'égalité ; en sorte que tout pouvoir et toute juridiction est réciproque, un homme n'en ayant

⁵¹ Mais pas exclusivement puisque les apports sont disparates. Ainsi le christianisme rend compte de l'égalité sans faire immédiatement appel à la liberté. En effet, il « n'admet aucune différence de nature entre les hommes. Il peut y avoir des diversités accidentelles de fonction, de situation, de nationalité, de race ; il n'y en pas quant à l'humanité. Tout homme est également fils de Dieu » (nous soulignons). Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 14^{ème} éd., 2001, p. 121.

⁵² Cet état théorique, concept élaboré par les théoriciens contractualistes, où l'Homme se serait trouvé avant l'instauration d'une contrainte socialement organisée.

⁵³ D. TRUCHET, *Le droit public*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 72.

⁵⁴ Voir en particulier E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., in *Métaphysique des mœurs*, t. II, présentation et traduction A. RENAUT, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 25-27 (paru en 1797).

⁵⁵ Kant définit ce qu'est un « droit inné » comme étant « le droit qui appartient à chacun par nature, indépendamment de tout acte juridique (...) ». Cf. E. KANT, op. cit., p. 25-26.

⁵⁶ E. KANT, op. cit., p. 26.

⁵⁷ E. KANT, op. cit., p. 26-27.

⁵⁸ Dont la paternité revient à Étienne BLIBARD, « Une philosophie des droits du citoyen est-elle possible ? Réflexions sur l'Égaliberté », *RUDH* 2004, p. 2-6, évoqué par L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 198.

⁵⁹ L. SERMET, *ibid.* Voir également, H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, traduction C. EISENMANN, Paris, Sirey, 1932, p. 2 (première édition, en allemand, en 1929), rappelant « de la façon la plus catégorique » que l'égalité dont il s'agit, ici, est forcément une égalité formelle (p. 104-105).

⁶⁰ Après avoir qualifié l'état de nature d'« état de parfaite liberté » (p. 143 § 4), Locke souligne aussi que « tous les hommes sont naturellement dans cet état ». Cf. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, traduction D. MAZEL, présentation S. GOYARD-FABRE, Paris, GF-Flammarion, 1992, p.154 § 15 (paru en 1690).

pas plus qu'un autre. Car il est très évident que des créatures d'une même espèce et d'un même ordre, qui sont nées sans distinction, qui ont part aux mêmes avantages de la *nature*, qui ont les mêmes facultés, doivent pareillement être égales entre elles, sans nulle subordination ou sujétion (...) » (italique dans le texte)⁶¹. L'égalité, comme limite inhérente à la liberté, est cependant, faute de règle commune garantissant cette limite, source de conflits.

15. Ainsi Hobbes a-t-il pu souligner que l'égalité naturelle, c'est-à-dire « cette égalité des aptitudes engendre l'égalité dans l'espérance que nous avons de parvenir à nos fins. Et donc, si deux humains désirent la même chose, dont ils ne peuvent cependant jouir l'un et l'autre, ils deviennent ennemis et, pour parvenir à leur fin (qui est principalement leur propre conservation et parfois seulement leur jouissance), ils s'efforcent de s'éliminer ou de s'assujettir l'un l'autre »⁶². Plus près de nous, le penseur américain John Rawls remarque de la même manière que dans une société « il y a conflit d'intérêts puisque les hommes ne sont pas indifférents à la façon dont sont répartis les fruits de leur collaboration, car, dans la poursuite de leurs objectifs, ils préfèrent tous une part plus grande de ces avantages à une plus petite »⁶³. Résumons : « Égaux dans la capacité d'agir toujours pour soi et de réclamer toutes choses pour soi, les hommes sont nécessairement égaux aussi dans la capacité de s'infliger les uns aux autres des maux égaux, jusqu'au plus grand de tous, la mort (...) »⁶⁴. L'égalité liberté consacre l'inéluctabilité du conflit de libertés. Au-delà de la façade, il y a donc un désaccord sur la manière d'introduire la liberté dans le réel. La liberté du sujet – attribut ou qualité de l'homme – ne peut être qu'incertaine ou précaire ; la liberté effective doit être un projet social. « L'expérience humaine révèl[e] que les Droits de l'homme ne sont pas inhérents à la nature humaine ; ils sont le fruit d'une longue prise de conscience car rien n'est moins naturel que le respect d'autrui, du plus faible et de sa dignité... N'est-ce pas bien souvent la discrimination, l'exclusion, la prédation qui caractérisent les rapports humains ? »⁶⁵.

16. Dorénavant identifiée, l'origine du conflit va peu à peu être appréhendée par l'homme. Ce n'est au fond qu'au prix du respect mutuel de la liberté de chacun que l'on parvient à respecter la liberté de tous. Impliquant l'égalité de jouissance, la *vraie liberté*, c'est-à-dire une liberté effective pour tous, ne

⁶¹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 143 § 4. Cette lecture est sensiblement la même lorsque sont évoqués les fondements du droit international des droits de l'Homme : « Issu du postulat général de l'égalité de dignité de tous les êtres humains, posé par l'article 1 de la [Déclaration universelle des droits de l'Homme], le principe de non-discrimination est un principe matriciel de la protection internationale des droits de l'homme (...) ». Cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 9^{ème} éd., 2008, p. 269.

⁶² T. HOBBS, *Léviathan*, présentation et traduction G. MAIRET, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 2000, p. 222 (paru en 1651). « Une obligation sans retour est une éternelle servitude, ce qui, entre égaux, suscite la haine » (p. 190).

⁶³ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, traduction C. AUDARD, Paris, Éditions Points, coll. Essais, 2009, p. 30 (paru en 1971).

⁶⁴ M. PECHARMAN, « Droit naturel (Doctrines modernes du) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p.313-318, spéc. p. 314.

⁶⁵ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 18.

peut s'exercer que « dans le respect du droit d'autrui »⁶⁶. Il faut pour cela trouver un équilibre entre deux réalités en conflit. Toute la difficulté est effectivement que « l'égalité (...) et la liberté sont à la fois opposées et complémentaires »⁶⁷. Cela est résumé par ce chiasme évocateur : « Trop de liberté tue l'égalité, trop d'égalité tue la liberté »⁶⁸. De l'équilibre dépend l'avènement de la vraie liberté. Or, pour parvenir à trouver cette vraie liberté, elle doit être respectée par chacun. « Si l'idée de la liberté était absolue, et s'il n'existait aucune limite à l'exercice de la liberté, celle-ci risquerait de s'autodétruire »⁶⁹. La liberté du sujet entre en conflit avec la liberté d'autrui et empêche la réalisation de la liberté de tous. Car, *fondamentalement*, la liberté est impuissante à se définir elle-même ; elle ne peut « s'auto-définir » car elle est de même valeur. La liberté ne peut par conséquent être pensée sans recourir à d'autres concepts. Conscient de cette spirale destructrice de sa propre liberté dans laquelle ce conflit le fait entrer inexorablement, l'homme va s'attacher à trouver des solutions aux conflits de liberté, en particulier, en cherchant un concept ou une notion suffisamment large pour rendre compte de cette coordination entre liberté du sujet et liberté de tous. En somme, un élément extérieur susceptible d'arbitrer – pour le résoudre – le conflit entre liberté du sujet *et* liberté de tous.

Section 2^{ème} : Liberté du sujet *et* liberté de tous : l'arbitrage de l'intérêt général

17. Avancer l'idée d'intérêt général, cette « très vieille idée »⁷⁰, c'est proposer une notion⁷¹ capable de repenser l'articulation entre liberté du sujet *et* liberté de tous. C'est aussi constater, avec Rousseau, que les conditions de l'affrontement des intérêts particuliers sont réunies pour *penser* l'intérêt général. « S'il n'y avait point d'intérêts différents, à peine sentirait-on l'intérêt commun qui ne

⁶⁶ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, traduction H. CHRETIEN, K. HORN, préface de Alain LAURENT et Karen HORN, Paris, Les Belles Lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2004, p. 165 (rédigé entre 1791 et 1792, il paraît pour la première fois en 1850 avant d'être traduit de l'allemand vers le français et réédité en 1857).

⁶⁷ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 74-85, spéc. p. 75.

⁶⁸ R. FRAISSE, préc., p. 75.

⁶⁹ W. SABETE, « Limitations aux droits », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 656-662, spéc. p. 656. Dans le même ordre d'idées, J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 251 : « La limitation de la liberté n'est justifiée que quand elle est nécessaire à la liberté elle-même, pour éviter une atteinte à la liberté qui serait encore pire ». C'est la définition de « la priorité de la liberté », concept que Rawls développe pour justifier les limites imposées à la liberté (p. 279 et s.). Enfin, c'est la troisième voie défendue par Beccaria entre « ceux qui, par un amour mal entendu de la liberté, voudraient introduire l'anarchie, [et] ceux qui prétendraient imposer aux hommes une régularité de couvent ». Cf. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduction M. CHEVALLIER, présentation D. ROCHEFORT, Paris, Le Monde – Flammarion, coll. « Les livres qui ont changé le monde », n° 22, 2010, p. 54 (première parution en 1764).

⁷⁰ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 31. Pour une présentation historique et conceptuelle de l'intérêt général, voir, dans cet ouvrage, p. 131 et s.

⁷¹ Précisons que nous ne ferons aucune distinction conceptuelle entre « l'intérêt général » ou la « notion d'intérêt général », voire le « concept d'intérêt général ». La question ne peut être tranchée ici. La réponse serait, si l'on suit la démonstration de M. Tusseau, pour le moins biaisée car elle supposerait un premier parti pris quant à ce que recouvrent les termes *intérêt général*. Voir G. TUSSEAU, « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, p. 131-155, spéc. p. 132-140.

trouverait jamais d'obstacle : tout irait de lui-même, et la politique cesserait d'être un art »⁷². L'intérêt général nous paraît, à ce stade préliminaire, suffisamment large pour refonder la résolution politique du conflit originel (§1.). En lieu et place du conflit entre liberté du sujet et liberté de tous, l'intérêt général – et son instrument opérationnel le Droit – permet d'entamer la recherche d'un équilibre et de donner des solutions socialement satisfaisantes. « Probablement, écrit François Terré, dans l'inconscient des hommes existe déjà l'idée de droit. Idée vague : que lorsque plusieurs êtres humains se trouvent ensemble, surgit aussitôt quelque besoin d'ordonner leurs conduites ; et pour cela, si éparses et informelles qu'elles puissent être, ces règles composent un ensemble : le Droit »⁷³. C'est le rôle qui est assigné au Droit. Dans cette perspective, l'intérêt général permet de refonder la résolution juridique du conflit originel (§2.).

§1. – Refonder la résolution politique du conflit originel par l'intérêt général :

18. Refonder la résolution du conflit de libertés résulte de la possibilité ouverte par la notion d'intérêt général de penser différemment la conjonction entre liberté du sujet et liberté de tous. L'intérêt général conçoit autrement le rapport entre droits et libertés. « Issu de la Raison moderne, [il] est le plus mauvais système d'organisation politique à l'exception de tous les autres »⁷⁴. En effet, l'intérêt général semble ici, là, partout, depuis toujours, sous des vocables, certes différents, lesquels n'occultant pas toutefois la prégnance d'un intérêt qui transcende les intérêts particuliers et dont celui-ci procède. « Partout, on s'accorde pour admettre qu'il existe une chose publique, la *res publica*, à côté et bien souvent au-dessus de la multitude des choses privées » annonce Élisabeth Zoller immédiatement en prélude à son ouvrage⁷⁵. Didier Truchet voit dans l'intérêt général autant « un élément régulateur de la liberté qu'un facteur d'atteinte à celle-ci. Il peut être aussi l'élément conciliateur de deux libertés antagonistes »⁷⁶. La notion d'intérêt général serait donc appropriée pour comprendre la volonté de limiter collectivement les libertés et absorber, en principe, tous les cas de conflits de libertés. La notion d'intérêt général paraît offrir, comme on va le voir, un cadre de références global à la liberté en rendant possible cette mutualisation. La définition de l'intérêt public en tant qu'objectif de l'État énoncée par le professeur Zoller corrobore notre proposition. « Cet intérêt public, on pourrait aussi dire la chose publique, ce n'est rien d'autre que l'État. L'État est fait, non pas de la somme de tous les intérêts privés, mais seulement de la somme de tous les intérêts que les

⁷² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 69 (note a.).

⁷³ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2009, p. 1.

⁷⁴ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, préface de Jean-Louis AUTIN, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2006, p. 49.

⁷⁵ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 2.

⁷⁶ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préface de Jean BOULOUIS, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 176.

hommes ont décidé, par un acte de libre volonté, de mettre en commun »⁷⁷. La notion d'intérêt général est désormais convoquée pour rendre compte de ce que la définition juridique de la liberté, ou pour le dire d'une autre manière, la restriction de la liberté pour la protéger, est l'affaire de tous. Mais ce n'est pas la simple addition de la confrontation des libertés et des enseignements tirés de celle-ci que l'on doit envisager ; la notion d'intérêt général permet d'atteindre un degré de réflexion juridique qui mutualise les résultats des conflits de libertés pour penser collectivement la définition en droit de la liberté. Comme l'écrit encore le professeur Zoller, dans son introduction à la notion d'intérêt public, « la conception républicaine de l'intérêt public forme le cœur du modèle républicain français. Son idée fondatrice est simple, c'est la suivante : tout ensemble d'hommes qui constitue une nation forme une association qui a nécessairement pour objet une chose publique. Il existe donc un intérêt public, distinct des intérêts privés, *un intérêt public en soi* » (nous soulignons)⁷⁸. Peut-on dès à présent définir cet « intérêt public en soi », c'est-à-dire donner une définition conceptuelle de l'intérêt général ?

19. Sans doute, mais le recours à la notion d'intérêt général, qui n'est certes pas non plus étranger à une forme de fidélité intellectuelle aux notions durablement installées dans le droit public français, résulterait d'un choix sémantique que l'on pourrait toujours taxé d'arbitraire. Le professeur Guillaume Tusseau conclut du reste à l'impossibilité de délivrer une définition scientifiquement exacte de l'intérêt général : « Le droit positif, ainsi que les monographies qui lui ont été consacrées, laissent apparaître des définitions variables de l'intérêt général. Il faut en tirer l'une de deux conclusions. Soit l'intérêt général véritable n'existe pas ; soit il n'est pas de moyen de le connaître avec certitude. Toute affirmation relative à ce qu'est l'intérêt général s'avère invérifiable et doit donc être bannie du discours scientifique (...) »⁷⁹. Alors il convient de faire *un* choix, fût-il arbitraire. Dans la mesure où il est établi que le discours sur les droits de l'Homme peut être assimilé, aux origines, à un discours politique, nous pensons que l'intérêt général est, d'abord, un marqueur, un symbole politique, permettant l'adhésion à l'idée d'une liberté restreinte et de se rejoindre sur cette valeur commune ou ce consensus minimal. Il faut par conséquent supposer que le droit positif et son observateur reconnaissent *a minima* l'existence d'un objet juridique lexicalement défini⁸⁰. C'est, nous semble-t-il, cet *intérêt général* que le professeur Cornu définit ainsi : « Ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous »⁸¹. C'est *cette notion* d'intérêt général qui nous semble capable d'attirer à elle tous les conflits de libertés et qui servira de base à la suite de notre réflexion. Cette définition minimaliste

⁷⁷ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 11.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ G. TUSSEAU, « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 132-136, spéc. p. 136.

⁸⁰ Le dictionnaire de langue française *Le nouveau Petit Robert de la langue française* (op. cit., p. 1353-1354) ne fait étonnamment pas grand cas de la notion d'intérêt général. Il ressort néanmoins (par déduction) que sa signification moderne naît au XV^{ème} et renvoie à « ce qui importe, ce qui convient à quelqu'un (en quelque domaine que ce soit) ».

⁸¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 9^{ème} édition, 2011, p. 561.

justifie le double emprunt à la discipline juridique d'une notion consacrée (I.). La notion d'intérêt général apparaît, du reste, comme une notion apte à réaliser cette mutualisation du conflit (II.).

I. – Une mutualisation du conflit consacrée par une notion administrative et constitutionnelle :

20. Le conflit de libertés n'est pas uniquement une juxtaposition de rapports interpersonnels, il est aussi une préoccupation collective. John Stuart Mill a parfaitement démontré que la définition de « la liberté sociale ou civile » ne peut être obtenue par auto-référence⁸². On ne peut la définir qu'en relation à des références mutualisées, c'est-à-dire en s'interrogeant sur « la nature et les limites du pouvoir que la société peut légitimement exercer sur l'individu. Cette question, poursuit-il, bien que rarement posée ou théorisée, influence profondément les controverses pratiques de notre époque par sa présence latente et devrait bientôt s'imposer comme la question vitale de l'avenir. En un certain sens, elle divise depuis toujours l'humanité ; aussi est-elle loin d'être neuve. Mais étant donné le niveau de progrès atteint aujourd'hui par les peuples civilisés, elle se présente sous des formes nouvelles et nécessite un traitement différent et plus fondamental »⁸³. Suivant le conseil de Mill, il faut accepter – comme postulat – la rénovation de la signification de l'intérêt général dans un sens *libéral*⁸⁴. « Parce qu'il n'existe aucun droit qui puisse s'exercer sans limite, aucune liberté qui soit absolue, s'interroger sur les limites de la liberté revient en fait à reposer *dans son ensemble* la question de la liberté et de ses conditions d'exercice » (nous soulignons)⁸⁵. Par l'emploi du vocable « mutualisation », dans la perspective de recourir à la notion d'intérêt général, il ne s'agit pas uniquement de résoudre les conflits de libertés. Il s'agit en effet d'aller plus loin et de concevoir une méthode globale de résolution du conflit de libertés. Le droit public français, au titre de ces deux branches que sont le droit administratif et le droit constitutionnel, a donné à la notion d'intérêt général cette consistance singulière et sans doute typiquement française. On constate, effectivement, que cette mutualisation, ainsi décrite, n'est pas si éloignée de la conception qu'a faite le droit administratif de la notion d'intérêt général (A.). Elle se trouve, de surcroît, confirmée par le droit constitutionnel (B.).

⁸² Voir J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., traduction D. WHITE, L. ENGET, préface de Pierre BOURETZ, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1990, p. 61 (paru en 1859).

⁸³ J. S. MILL, op. cit., p. 61.

⁸⁴ Nous reprenons approximativement, pour la suite de cette étude, le terme dans son sens traditionnel et qu'expose François Rangeon dans F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 155 et s. : « Au XIX^{ème} siècle, le mot libéralisme a pris un sens politique, désignant les doctrines fondées sur la primauté de l'individu dans la société, reconnaissant le droit à la propriété privée individuelle comme un droit sacré, et privilégiant la défense des libertés individuelles contre les atteintes du pouvoir étatique » (p. 155).

⁸⁵ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 15.

A. – Une mutualisation des conflits conçue par le droit administratif :

21. Jean Boulouis note que « s'interroger sur l'intérêt général est pour le juriste de droit administratif une démarche aussi naturelle que nécessaire »⁸⁶. La notion juridique d'intérêt général procède effectivement d'une systématisation de l'action administrative et de son droit. Jean-François Lachaume définit l'action administrative « comme l'ensemble des activités prises directement en charge par les personnes publiques (État, régions, départements, communes, territoires d'outre-mer, établissements publics, groupements d'intérêt public) ou assurées, sous leur contrôle, par des personnes privées et ayant pour but la satisfaction de l'intérêt général et le maintien de l'ordre public au sens large »⁸⁷. Guy Braibant et Bernard Stirn donnent de nombreux exemples d'intervention du droit administratif dans la vie sociale (sport, culture, économie, santé, etc.) attestant de l'essence collective de ce droit : « Il n'est guère de secteurs de la vie sociale qui ne trouvent, sous une forme ou une autre, un aboutissement dans le droit administratif, qui est ainsi un droit vivant et situé, profondément ancré dans la société ou, comme on disait autrefois, dans le siècle et dans la cité »⁸⁸. Si des nuances existent, elles ne remettent pas en cause la poursuite de l'intérêt général par l'Administration.

22. Certains auteurs, définissant la notion d'administration publique, soutiennent que, d'un point de vue fonctionnel, l'administration publique est un ensemble d'activités qui se caractérise à la fois par ses finalités et par ses modalités d'exercice⁸⁹. Au titre des finalités, ils insèrent l'ordre public et les services publics⁹⁰. « L'administration est donc soumise à une contrainte de but, qui exclut apparemment toute possibilité d'arbitraire. La puissance trouve à la fois son fondement et ses limites dans la volonté de satisfaire les besoins du public, les demandes des administrés »⁹¹. En outre, la fonction du droit administratif est identifiée comme devant tenter, « en permanence, la difficile conciliation entre les exigences de l'action administrative et les droits des administrés »⁹². C'est donc lui, le droit administratif, qui a ancré la notion d'intérêt général dans la Cité. « La prééminence de l'intérêt national ou général sur les intérêts particuliers est une constante dans la doctrine administrative française. Présentée, au XIX^{ème} siècle, comme une conséquence de la vie collective et

⁸⁶ J. BOULOUIS, « Préface », in D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 15.

⁸⁷ J.-F. LACHAUME, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, 13^{ème} éd., 2002, p. 5.

⁸⁸ G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif*, Paris, Dalloz – Presses de Science Po, coll. Amphi, 6^{ème} éd., 2002, p. 18.

⁸⁹ Voir P. CHRETIEN, G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, coll. U, 9^{ème} éd., 2004, p. 2 et s.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, C.U.R.A.P.P., PUF, 1979, p. 3-57, spéc p. 46.

⁹² J.-F. LACHAUME, op. cit., p. 5.

une nécessité de la pérennité de la nation, elle justifiait, et la puissance publique, c'est-à-dire les pouvoirs de l'administration, et le droit administratif »⁹³.

23. Il n'en demeure pas moins vrai que s'amoncelle un tas de difficultés pour comprendre ce que la notion d'intérêt général peut signifier, et ce qu'elle ouvre comme perspectives en droit en administratif. Ce que Dominique Rousseau avait souligné : « il fallait une certaine audace pour s'attaquer à une notion devant laquelle les plus grands juristes ont rendu les armes après l'avoir maintes fois travaillée sans jamais pouvoir parvenir à d'autres conclusions que celle de son caractère insaisissable »⁹⁴. Le Conseil d'État rapporte aussi en 1999 que « souvent invoquée, elle est rarement définie et cette imprécision qui l'entoure semble indissociable de sa nature même »⁹⁵. Son contenu se dérobe ; sa fonction en revanche serait plus aisée à saisir. « L'intérêt général se définit mal par sa substance, il se définit plus exactement par une volonté, celle de promouvoir les intérêts fondamentaux d'une société dans un cadre et une époque donnés. Il fédère des objectifs plus qu'il ne rassemble des dispositions »⁹⁶. D'après Didier Truchet, l'intérêt général « est instrument d'équilibre. Pour équilibrer quoi ? Mais tout ! »⁹⁷. Il se propage à tous les échelons de notre droit positif en dépassant le cadre étroit de la légalité administrative. « Avec la notion d'intérêt général on tient une bonne part de notre droit administratif »⁹⁸. Mais plus exclusivement. « Référence cardinale du système juridique de l'administration, *elle est un principe de lecture de l'ordre juridique tout entier*. Pour être actif, l'intérêt général n'a même pas à figurer explicitement dans la définition des notions de base du droit administratif. Il lui suffit d'être supposé. En droit français, l'action publique n'a de sens que finalisée dans et par l'intérêt général » (nous soulignons)⁹⁹. Il n'est dès lors guère surprenant que la notion d'intérêt général, et ce qu'elle signifie du point de vue de la mutualisation du conflit originel, ait trouvé sa place en droit constitutionnel.

B. – Une mutualisation des conflits confirmée par le droit constitutionnel :

24. Bien qu'il fût logique que la notion releva du droit public tout entier, cela n'est pas allé immédiatement de soi. Aucune mention de l'intérêt général n'est faite dans les textes constitutionnels,

⁹³ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, préface de Franck MODERNE, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2003, p. 379.

⁹⁴ D. ROUSSEAU, « Préface », in G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de Dominique ROUSSEAU, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, p. V.

⁹⁵ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, coll. EDCE, n° 50, 1999, p. 246.

⁹⁶ B. MATHIEU, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 5-7, spéc. p. 6.

⁹⁷ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 361-374, spéc. p. 362.

⁹⁸ J. CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 195-211, spéc. p. 205.

⁹⁹ J. CAILLOSSE, préc., p. 205.

de 1791 à aujourd'hui¹⁰⁰. Il est revenu cependant à la doctrine de systématiser l'existence de la notion d'intérêt général en droit constitutionnel et, ce faisant, de réussir à hisser l'intérêt général au sommet de l'ordre juridique pour qu'il se diffuse dans l'ensemble du droit public. « Dans notre droit, la notion, la fonction et les modes de mise en œuvre de l'intérêt général ont connu de profondes mutations auxquelles la prise de conscience d'une large convergence entre concurrence et intérêt général n'est pas étrangère. Pour autant, rien ne saurait entamer la transcendance de l'intérêt général, axiome de toute action des pouvoirs publics, services publics au premier chef »¹⁰¹. Quel que soit le domaine où il est question d'intérêt général, l'action publique suppose sa présence. Le membre honoraire du Conseil constitutionnel, Noëlle Lenoir, déclare certes que « la vision que l'on se fait de l'intérêt général est nécessairement fluctuante d'une démocratie à l'autre et d'une époque à l'autre. Pour autant, sa fonction reste la même : l'intérêt général est le fondement légitime de toute action publique »¹⁰². Le point de vue du Conseil d'État est parfaitement analogue. L'intérêt général est à la fois une « source des grandes notions fondamentales du droit public » et « une finalité supérieure de l'activité de l'État »¹⁰³. Il est, relate le conseiller du Gouvernement, « regardé à bon droit comme la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité »¹⁰⁴. Il était par conséquent logique que la notion d'intérêt général fasse son entrée dans le droit constitutionnel.

25. L'étude de Guillaume Merland – décisive – inscrit, dans le marbre de la doctrine, ce qui n'était sans doute que diffus dans celui de notre droit constitutionnel, à savoir l'existence constitutionnelle de la notion d'intérêt général¹⁰⁵. Selon lui, la notion d'intérêt général fait son apparition pour la première fois dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à compter de la décision du 12 juillet 1979 aux termes de laquelle le juge constitutionnel admet une discrimination tarifaire au nom de l'intérêt général¹⁰⁶. L'intérêt général permet de justifier des atteintes portées par le législateur à un principe de valeur constitutionnelle, ici le principe d'égalité, par ailleurs aussi un droit fondamental¹⁰⁷. M. Merland attribue « comme mission première » à la condition d'intérêt général, dans la jurisprudence constitutionnelle, celle de « protéger les droits et libertés »¹⁰⁸. La mutualisation du conflit de libertés que donne à voir la notion d'intérêt général contribue à éclaircir l'effort définitionnel de la liberté. La division entre un droit qui constitue les droits fondamentaux (matériellement constitutionnel) et un

¹⁰⁰ Cf. *infra* n°s 209-212.

¹⁰¹ L. DUBOIS, « Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 293-306, spéc. p. 293.

¹⁰² À l'occasion de la table ronde intitulée « Le Parlement, le juge et l'intérêt général » qui s'est tenue en clôture du colloque sur l'intérêt général, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 81-108, spéc. p. 82.

¹⁰³ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 246.

¹⁰⁴ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 245.

¹⁰⁵ Voir la thèse de G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

¹⁰⁶ Se référer à CC, 12 juillet 1979, déc. n° 79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec. p. 31, cons. n° 4 : « pour tenir compte soit d'une nécessité d'intérêt général ».

¹⁰⁷ Sur cet apport, G. MERLAND, op. cit., p. 23.

¹⁰⁸ Cf. G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 35-46, spéc. p. 38.

droit qui les met en œuvre, qui les « administre » (donc le droit administratif) ne tient plus¹⁰⁹. Tout le droit positif participe à la définition de la notion d'intérêt général et rend mal aisée une définition exacte. En outre, définir le contenu de la notion d'intérêt général n'est ni utile, ni pertinent, puisque c'est par sa contribution à la définition de la liberté que la notion d'intérêt général trouvera sa définition exacte. François Saint-Bonnet résume adéquatement la démarche de mutualisation que nous prôtons : « Chacun s'accorde à considérer que l'intérêt général comporte un versant politique et un autre juridique. Lorsque l'on s'attache au premier, on s'intéresse soit à la détermination de son contenu (c'est la noblesse de l'action politique ou du juge lorsqu'il lui est demandé de statuer en ce sens par le législateur), soit à sa fonction légitimante (la poursuite de l'intérêt général – qui est supposé transcender les oppositions partisans – est alors le slogan, la rhétorique justificative de l'action que tel acteur conduit ; c'est la mission du chercheur en sciences politiques). Le juriste quant à lui, parce qu'il n'est pas confronté à la prise de décision, s'attache moins au contenu d'intérêt général, fatalement incertain et contingent, et préfère mesurer l'utilité juridique de cette notion essentiellement fonctionnelle »¹¹⁰. En l'intégrant à l'effort de juridicisation de la liberté, nous pouvons donner à la notion d'intérêt général une utilité fonctionnelle, soit qu'elle aurait dû toujours l'avoir, soit qu'il faille la révéler au grand jour. Il reste, cependant, à souligner dans quelle mesure la notion d'intérêt général consacrée par le droit public français permet la mutualisation du conflit originel.

II. – Une mutualisation du conflit permise par la notion d'intérêt général :

26. Deux modalités s'offrent encore à l'observateur pour rendre compte de la mutualisation du conflit de libertés. Il peut recourir à une notion bien connue des publicistes : la notion d'ordre public. Son étroitesse substantielle biaiserait néanmoins considérablement toute réflexion sur la définition de la liberté (A.). L'observateur peut, autre modalité, recourir à la collation des cas possibles de restrictions. Outre que l'examen de cette méthode de restriction aux droits fondamentaux a été fait en

¹⁰⁹ Il faudra renoncer par conséquent à cette approche classique défendue notamment par François BŒUF (*Résumé de répétitions écrites sur le droit administratif*, Paris, Dauvin Frères, 8^{ème} éd., 1883) : selon cet auteur, écrit Norbert Foulquier, « le droit constitutionnel posait "en effet, les principes du gouvernement ; [le droit administratif] en déduit les conséquences et en fait l'application. Le premier se préoccupe surtout des *droits* garantis aux citoyens et qu'il place sous la sauvegarde des pouvoirs publics ; le second a principalement pour but de déterminer les *devoirs* des citoyens, c'est-à-dire d'indiquer les restrictions ; les limitations que l'intérêt social exige dans l'exercice des droits reconnus par les principes de notre droit public et constitutionnel. On peut dire que le droit constitutionnel consacre les droits de l'homme et du citoyen, en proclamant sa *liberté* dans les différentes manifestations de sa vie sociale, et que le droit administratif consacre les droits de la société en établissant l'*ordre*, qui n'est que le moyen d'assurer la liberté de tous par la conciliation des droits individuels avec l'intérêt collectif" » (italique dans le texte original). Propos rapporté par N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., p. 286.

¹¹⁰ F. SAINT-BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 9-21, spéc. p. 9-10.

profondeur¹¹¹, le recours à des notions voisines s'avère insuffisant pour faire état de cette mutualisation, compte tenu cette fois de l'extrême hétérogénéité des motifs susceptibles de restreindre un droit ou une liberté dont ces notions sont porteuses (B.).

A. – L'étroitesse substantielle de la notion d'ordre public :

27. L'inclination du juriste de droit public pour penser les limites aux droits et libertés est celle qui l'entraîne naturellement vers la notion d'ordre public. « À quoi sert, par exemple, la consécration de la liberté publique quand l'ordre public n'est pas assuré ? »¹¹². Le droit positif ne manque pas de faire appel à cette notion pour restreindre la liberté. Pourtant les occurrences de la notion sont paradoxalement minces. Il suffit de citer la plupart des déclarations et catalogues internationaux intéressant les droits fondamentaux pour s'en apercevoir. Seul le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 mentionne l'ordre public comme motif de restrictions aux droits et libertés de façon appuyée¹¹³. Une seule référence, en revanche, pour la Déclaration de 1789 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » déclare l'article 10. La Convention européenne des droits de l'Homme n'en fait mention que pour restreindre le principe de la publicité des audiences consacré par l'article 6 § 1¹¹⁴. Il est vrai que ce traité se réfère aussi à la notion d'« ordre » dans plusieurs stipulations. Mais il est également vrai, qu'excepté l'article 9¹¹⁵, l'ensemble de ces stipulations apparentent cet « ordre » à une notion d'ordre public encore plus stricte compte tenu de la coloration pénale des motifs de restriction retenus. Ce qu'accrédite, en outre, la rédaction même desdites stipulations : renvoyant « à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales » (article 8) ou « à la défense de l'ordre et à la prévention du crime » (articles 10 et 11). La Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, texte non contraignant de surcroît en droit français, se contente d'une seule référence, certes générale, à cette notion d'ordre public : « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique » (article 29 § 2). Enfin, fait notable, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fait aucune mention de la notion d'ordre public. Le caractère récent de ce texte semble

¹¹¹ On pense en particulier à B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, doctorat de droit, Université de Lille II, imprimé, 2005.

¹¹² V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 414.

¹¹³ À cinq reprises, dans les articles 12, 14, 19, 21 et 22.

¹¹⁴ Spécialement, ce passage de l'article : « Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, (...) » (nous soulignons).

¹¹⁵ Dans lequel il est fait mention uniquement « de la protection de l'ordre ».

prendre acte de ce que la définition des droits et libertés ne peut être pensée exclusivement par le prisme de l'ordre public. Sûrement parce qu'un tel recours exclusif à la notion d'ordre public aurait travesti la réalité des droits et libertés. De nombreuses mesures restrictives apportées à un droit ou à une liberté le sont au nom de motifs d'intérêt général qui ne s'épuisent pas, loin s'en faut, dans la notion d'ordre public.

28. Le regard porté par le professeur Picard sur la notion de police administrative est ici déterminant¹¹⁶. L'auteur montre que tout acte administratif pris dans un but de protection de l'ordre public n'est pas nécessairement un acte de police administrative en partant de l'exemple suivant : si le ministre prend un acte pour réglementer le droit de grève dans les services publics, ce n'est pas un acte de police administrative ; il n'est donc pas fondé sur la notion d'ordre public¹¹⁷. Pourtant l'acte litigieux a bien pour effet de venir limiter un droit, le droit de grève, au nom de préoccupations collectives qui intéressent mutuellement les titulaires de droits et libertés. L'intérêt général ne peut se réduire à la notion d'ordre public puisque cette dernière ne justifierait pas toutes les restrictions aux droits et libertés¹¹⁸. Comme le souligne Virginie Saint-James, la notion d'ordre public « n'est en aucun cas, pour le juge administratif, synonyme d'intérêt général »¹¹⁹. C'est pourquoi la référence à la notion d'ordre public est parcimonieuse dans la plupart des textes internationaux portant sur les droits fondamentaux et qu'elle est toujours complétée par d'autres notions voisines. Le droit positif manifeste le besoin de préciser les cas de restrictions aux droits et libertés pour établir une définition de la liberté, c'est-à-dire pour joindre liberté du sujet et libertés de tous.

B. – L'hétérogénéité excessive des notions complémentaires :

29. Tous les textes essentiels relatifs aux droits et libertés complètent la référence à l'ordre public par de multiples cas spécifiques, plus ou moins amples dans leur contenu, destinés à baliser la définition de nos droits et de nos libertés. La Déclaration de 1789 évoque, par exemple, tour à tour « tout ce qui ne nuit pas à autrui » (article 4), « les actions nuisibles à la société » (article 5), « l'abus de cette liberté » (article 11), enfin la « nécessité publique » (article 17). C'est aussi le cas des traités internationaux. La Convention européenne décline et détaille les hypothèses de définitions des droits et libertés en énonçant, en substance, qu'une ingérence de la puissance publique est conventionnelle pourvu qu'elle soit, dans une société démocratique, nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté

¹¹⁶ Voir É. PICARD, *La notion de police administrative*, préface de Roland DRAGO, Paris, L.G.D.J., 1984, t. 1, p. 222-230. Également, G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, coll. Droit public, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 363-378, spéc. p. 371 : « Selon une définition de plus en plus couramment admise, la police administrative est une activité de surveillance qui vise à maintenir la paix sociale ».

¹¹⁷ Voir É. PICARD, *op. cit.*, p. 222-230, spéc. p. 222.

¹¹⁸ Sur cet autre point, É. PICARD, *op. cit.*, p. 230.

¹¹⁹ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 184.

publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui¹²⁰. Le Pacte international de 1966 a repris à son compte cette déclinaison de motifs venant borner les droits et libertés pour certaines de ces stipulations¹²¹. Mais cette approche normative conduit à une mosaïque de restrictions dont la pertinence n'est pas discutée à condition de pouvoir en trouver le fil conducteur¹²².

30. Il est à l'évidence facile de voir que la sécurité nationale et la sûreté publique ne sont pas sans lien, l'une et l'autre protégeant la liberté des agressions extérieures pour la première, intérieures à l'État considéré pour la seconde. Mais *quid* du lien entre le respect des droits d'autrui (immédiatement compréhensible) et le bien-être économique du pays (si vaste) ? De même, si l'on comprend sans peine que la sécurité nationale a ses exigences logiques pour garantir notre liberté à tous, en quoi, en revanche, la protection de la morale, placée sur le même plan, aurait-elle vocation à limiter notre liberté ? S'achemine-t-on, de plus, vers une forme d'hygiène morale en mettant côte à côte la protection de la santé et la protection de la morale ? Rétrospectivement, l'article 29 § 2 de la Déclaration universelle de 1948 avait entrepris cette démarche d'unification en prévoyant que, « dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ». Néanmoins c'est, une fois encore, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a modernisé la synthèse des motifs présidant à la restriction et à la protection des droits fondamentaux, en vue de leur définition, en n'adoptant pas une déclinaison des cas de limitation aux droits, lui préférant une méthode globale par son article 52 § 1 (« Portée et interprétation des droits et des principes ») : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des *objectifs d'intérêt général* reconnus par l'Union ou au besoin de *protection des droits et libertés d'autrui* » (nous soulignons). Le

¹²⁰ Selon des rédactions, différentes à la marge, prévues aux paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention.

¹²¹ En particulier, les articles 12 § 3, 18 § 3, 19, 21 et 22 § 3, dont l'économie générale de la rédaction est similaire à celle des paragraphes 2 de la Convention européenne.

¹²² La proximité fonctionnelle entretenue, notamment au plan du droit européen, entre la « protection des droits d'autrui » et l'intérêt général montre que la première serait de nature à se substituer dans de multiples hypothèses au second. Néanmoins, ainsi que cela est relevé, cette clause conventionnelle aux fins de restreindre un droit fondamental est beaucoup trop instable pour ne pas être, à son tour, absorbée par une notion plus large telle que l'intérêt général. Sur ce point, nous nous référons à l'analyse de P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, doctorat de droit, Université Robert Schuman – Strasbourg III, imprimé, 2008, p. 138 et s. L'intérêt général constitue une forme anticipée de la protection des droits d'autrui : « l'État agit souvent pour anticiper la réaction d'autrui, porteur d'un droit potentiellement antagoniste à celui du requérant [le titulaire d'un droit fondamental]. Les autorités prennent ainsi conscience du lien social représenté par les droits fondamentaux et restreignent l'exercice d'un droit pour la protection des droits d'autrui et non pour la seule protection d'un intérêt étatique » (p. 142), cependant que cet intérêt étatique inclut nécessairement la protection des droits fondamentaux d'autrui.

caractère trop hétéroclite des textes mentionnés et la modernisation unificatrice de la Charte de l'Union européenne nous a conduit à retenir l'intérêt général qui, comme notion, concentre l'effort de mutualisation du conflit de libertés indispensable au dévoilement d'une méthode juridique de résolution de ce conflit. Cette diffusion autorisée de l'intérêt général dans l'ordre juridique tout entier signifie qu'elle contribue *juridiquement* à la résolution du conflit originel.

§2. – Refonder la résolution juridique du conflit originel par l'intérêt général :

31. Cette refondation juridique du conflit de libertés, à partir de la notion d'intérêt général, repose sur deux axes. D'une part, elle vise à construire une théorie générale des droits fondamentaux à partir de laquelle la définition de la liberté en droit peut être entièrement repensée (I.). Cette démarche conduit alors, et d'autre part, à la caractérisation d'une relation symbiotique entre l'intérêt général et les droits fondamentaux (II.).

I. – Construire une théorie générale des droits fondamentaux par le truchement de l'intérêt général :

32. La théorie générale des droits fondamentaux engendrée par l'intérêt général revêt deux traits caractéristiques. En premier lieu, il s'agit de rationaliser la genèse des droits fondamentaux par l'intérêt général pour rendre compte du passage de l'essence à l'existence de la liberté (A.). En second lieu, la théorie générale s'appuie, en même temps qu'elle la rend possible, sur l'homogénéisation de la définition juridique de la liberté par les droits fondamentaux (B.).

A. – Rationaliser la genèse des droits fondamentaux : de l'essence à l'existence de la liberté

33. L'essence de la liberté exige qu'elle se réalise pour être, qu'elle se concrétise dans le réel sauf à ne pas être. « Sans positivisation, les droits ne sont pas complets, ils ne sont que des idéaux moraux, des valeurs, qui n'existent pas pleinement tant qu'elles ne s'enracinent pas dans la réalité »¹²³. Une théorie générale des droits fondamentaux fondée sur la notion d'intérêt général se veut alors explicative de la juridicisation de la liberté, de ce phénomène de concrétisation juridique. Comment

¹²³ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 146.

passé-t-on de l'essence à l'existence ?¹²⁴ Gérard Cohen-Jonathan prévient que « les droits de l'homme sont d'abord des "droits", au sens plein que les juristes savent lui donner, c'est à dire qui confèrent à ceux qui en sont titulaires des possibilités d'action opposables aux autres et dont la méconnaissance appelle une sanction »¹²⁵. Rendant compte de l'existence de ces « droits », l'intérêt général participe au processus successif de mutation du conflit de libertés (1.) et à son élargissement par la fondamentalisation des droits et libertés (2.).

1. – Les mutations du conflit de libertés par la juridicisation de la liberté :

34. La genèse des droits fondamentaux trouve sa source dans les mutations que connaît la liberté pour constituer l'aboutissement d'une nouvelle forme d'effectivité juridique de la liberté. La première mutation est celle du « passage »¹²⁶ d'un conflit politique au conflit juridique. La liberté conceptualisée par les droits de l'Homme fut la première étape : l'affirmation de la nécessité de dépasser l'incantation – ou le seul discours politique – pour que la liberté devienne une réalité tangible. Les droits de l'Homme ont exigé une réponse juridique pour que se réalise l'idéal libéral (de 1789 à l'instauration de la Troisième République). L'intérêt général induirait la règle de droit. La juridicisation des droits de l'Homme est la seule façon d'atteindre leur pleine effectivité (ce que défend le positivisme). La deuxième mutation est constituée par le passage d'un conflit juridique à un conflit légal. L'arbitrage entre liberté du sujet et liberté de tous par l'intérêt général devient une question de légalité. C'est l'étape des libertés publiques¹²⁷ traversée par la liberté¹²⁸. Les libertés

¹²⁴ Sur ces deux vocables, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., dans lequel nous retenons la définition philosophique des termes : l'essence est « fond de l'être, nature intime des choses » ; « ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle et ce sans quoi elle ne serait pas ; ensemble des caractères constitutifs et invariables » (p. 932). L'existence est « le fait d'être ou d'exister, abstraction faite de ce qui est » ; « le fait d'exister, d'avoir une réalité (pour un observateur) » (p. 977).

¹²⁵ G. COHEN-JONATHAN (G.), « Hommage à Jean RIVERO (1910-2001) », *Droits fondamentaux* n° 1, juillet-décembre 2001, <http://www.droits-fondamentaux.org>, p. 5-9, spéc. p. 5.

¹²⁶ Sur la polysémie du terme « passage », S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 17 : le vocable « peut figurer aussi bien le franchissement d'une ligne ou d'une frontière que le chemin, la voie, "l'endroit par où l'on passe". La différence entre ces deux acceptions du mot "passage" ne serait sans doute pas si importante si nous ne trouvions en elles deux manières presque opposées d'envisager les choses. C'est ainsi que dans le premier cas de figure la problématique du passage des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" semble se constituer en un bref laps de temps. C'est à peu de chose près le point de vue qui est mis en avant par la doctrine majoritaire qui, comme nous le savons, tend à présenter ce passage comme une conséquence de la protection constitutionnelle des libertés ou plus largement comme une conséquence de leur protection supralégislative. A l'inverse, la seconde conception, celle qui assimile le "passage" à une voie ou à une route, tend plutôt à envisager les choses sous l'angle d'une représentation temporelle plus longue puisque plus lente. Dans ce cas le "passage" semble impliquer un processus de maturation et de transformation interne, c'est-à-dire propre à l'objet étudié et, surtout, continu ». Dans notre étude, il renverra indifféremment aux deux conceptions mentionnées.

¹²⁷ Sur l'origine juridico-textuelle de l'expression « libertés publiques » en France, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 14-15 et p. 38 et s ; voir aussi G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 28-30 ; quant à la définition du concept, nous retiendrons celle du professeur Wachsmann : « la liberté se situe entre la licence et l'oppression : la démarche est ici normative et traduit, plus ou moins ouvertement, des options subjectives quant aux limitations que doit ou peut comporter la liberté (...). Si les libertés sont qualifiées de publiques, ce n'est pas pour les opposer à des libertés privées. L'adjectif introduit une précision quant à l'origine de la contrainte sociale dont il vient d'être question : les

publiques ont constitué l'existence légale des droits de l'Homme¹²⁹. Placée sous la protection du législateur, la liberté serait définie par une notion d'intérêt général déterminée par la loi (de la Troisième République à l'avènement du contrôle de constitutionnalité au fond des lois en France en 1971)¹³⁰. Enfin, troisième et dernière mutation, le conflit devient fondamental dans la mesure où – par le processus de constitutionnalisation de la liberté – sa résolution procède de la norme la plus élevée de l'ordre juridique français au fondement duquel elle se trouve. La liberté est intégrée à un nouveau concept, les droits fondamentaux, auquel l'intérêt général est arrimé à son tour. La notion d'intérêt général voit en effet son existence encadrée par la norme suprême, c'est-à-dire fondatrice de toute règle de droit effective en France, la Constitution du 4 octobre 1958 (soit de 1971 à nos jours)¹³¹. La notion d'intérêt général accompagne par conséquent le rehaussement des droits et libertés, caractérisé par la volonté de leur donner une effectivité juridique renforcée. Toutefois, le récit du droit positif français n'est pas aussi franc que la scansion juridique de la liberté pourrait le laisser paraître¹³².

35. Pour rendre compte de cette juridicisation, tour à tour, ont donc été employées les expressions de « droits de l'Homme », de « libertés publiques », de « libertés fondamentales » ou encore de « droits fondamentaux »¹³³. Le Constituant peut recourir à l'une ou l'autre de ces expressions dans la Constitution comme « droits de l'homme », « droits civiques », « libertés publiques », et, avec la révision de 2008, « droits et libertés » et « droits et libertés que la Constitution garantit »¹³⁴. Or, à cela,

libertés sont envisagées en tant qu'objets de la réglementation juridique » (cf. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd., 2005, p. 2).

¹²⁸ Voir L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIAN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, p. 59.

¹²⁹ Cette lecture schématique est toutefois contestée. Voir, sur ce point, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 94 et s. (pour les libertés publiques) et p. 195-197 (quant aux droits de l'Homme). Pour une présentation des multiples expressions employées, et leurs définitions, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 22 et s. L'auteur, à la recherche de « l'expression idéale » (p. 32) pour définir ce qu'est le sens profond des droits de l'Homme, propose finalement la notion de *droits fondamentaux* comme étant « la plus précise et la plus pertinente des formes linguistiques disponibles » (p. 35).

¹³⁰ Évidemment, on parle de CC, 16 juillet 1971, déc. n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, Rec. p. 29, GDCC n° 19, p. 237-255.

¹³¹ Sur cette concomitance, que nous nous bornons seulement à supposer ici, entre la constitutionnalisation de la liberté et celle de l'intérêt général, voir, principalement, L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25-42, spéc. p. 27 : « ce phénomène (...) n'a véritablement démarré qu'avec le développement de la jurisprudence sur les libertés et droits fondamentaux ».

¹³² Ce qui a motivé la recherche menée par Samuel Etoa. Voir, précisément, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 9 et s. : « les choses sont plus compliquées qu'il n'y paraît » (p. 11).

¹³³ Voir S. ETOA, op. cit., déclinant, d'une part, les premières et très occasionnelles utilisations de l'expression *droits fondamentaux* par le droit positif (p. 169-173) et, d'autre part, les utilisations par la doctrine (p. 173-176).

¹³⁴ Cf. A. ROBLOT-TROIZIER, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », in *L'impact de la révision constitutionnelle de 2008 sur le droit administratif*, AJDA 2008, p. 1866-1871, spéc. p. 1871. Cependant, la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993, introduisant l'article 53-1 dans la Constitution, a également adjoint l'expression « des Droits de l'homme et des libertés fondamentales » à notre charte fondamentale. Regrettant d'une certaine manière que le Constituant n'ait pas retenu l'expression « libertés et droits fondamentaux », pour lui préférer celle de « liberté publique » ou « droit constitutionnellement garanti », lors de la révision du 28 mars 2003 (insérant un nouvel alinéa 4 à l'article 72 C), A. ROUX, « Constitution, expérimentation et décentralisation », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, préface de Pierre JOXE, Paris, Economica, 2005, p. 207-218, spéc. p. 216. Cela aurait été sans doute de nature à clarifier les termes de notre Charte. Sur le refus constant du Constituant de consacrer

il faut ajouter, *a contrario*, que l'expression « droit fondamental » n'est, elle, pas employée dans notre bloc de constitutionnalité. Employées pour la première fois dans un texte de droit¹³⁵, les expressions « droits fondamentaux » et « droits de l'homme et libertés fondamentales » sont inscrites dans la Déclaration universelle du 10 décembre 1948, en précédant de peu la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949¹³⁶. Le concept de droits fondamentaux est néanmoins l'héritier d'une évolution historique et intellectuelle trouvant ses racines outre-Rhin¹³⁷. « Après le cataclysme ravageur de la Seconde guerre mondiale, ce droit se diffuse au niveau mondial (...) »¹³⁸. Les droits fondamentaux, manifestation moderne de la réception de la liberté, sont à ce titre un concept décisif puisqu'ils connaissent un essor certain au lendemain de ce conflit. Toutefois, on n'en retrouve officiellement l'expression exacte en droit constitutionnel français qu'à travers la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1990, laquelle mentionne « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle »¹³⁹. Le droit contemporain fait une place au concept de droits fondamentaux. Mais de quels droits parle-t-on ? Que s'agit-il de représenter pour la liberté en usant de l'adjectif « fondamental » ? Comment définir le concept de droits fondamentaux ?

l'expression « droits fondamentaux », voir les explications avancées S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 347-351.

¹³⁵ Si l'on veut bien réserver le cas étonnant du projet (rédigé avant 1943) de constitution du maréchal Pétain (reproduit dans J. GODECHOT, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier Flammarion, 1979, p. 343-355) : art. 2 : « L'État reconnaît et garantit comme libertés fondamentales (...) ». Nous devons à Samuel ETOA (*Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 170) d'avoir été interpellé par cette donnée historique.

¹³⁶ Sur ces précisions et cette datation, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 12-13.

¹³⁷ Semble-t-il la première constitution à intégrer l'expression est la Constitution du 28 mars 1849 (Constitution de l'Empire allemand qui n'est jamais entrée en vigueur) en énumérant, dans sa section VI, « les droits fondamentaux du peuple allemand ». Voir le site Internet du Bundestag (spéc. http://www.bundestag.de/htdocs_f/cultureethistoire/histoire/parlementarisme/1848/index.html) et le texte reproduit (extraits) sur le site Internet de La bibliothèque Jeanne Hersch des droits de l'Homme (spéc. <http://www.aidh.org/Biblio/emergence/19.htm>). Voir également C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1997, p. 116. Soulignant toutefois les nuances entre les concepts français de droits fondamentaux et allemand de *Grundrechte* (droits fondamentaux), S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 144 et s.

¹³⁸ M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 7.

¹³⁹ CC, 22 janvier 1990, déc. n° 89-269 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec. p. 33, cons. n° 33. Sur ce point, voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », D. 1995, p. 323-329, spéc. p. 323 ; A. VIALA, « Droits fondamentaux (Notions) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 303-319, spéc. p. 305-306.

36. En la matière rien n'étant totalement arrêté avec certitude¹⁴⁰, on comprendra aisément ce que le choix d'une définition, maintenant, du concept de droits fondamentaux a de relatif. L'adjectif fondamental poserait une difficulté majeure « parce que *in fine* la détermination du caractère "fondamental" d'une liberté ne repose sur aucun critère opératoire clairement identifiable »¹⁴¹. Patrick Wachsmann était plus catégorique encore en considérant que l'étiquette « droits fondamentaux » serait « largement usurpée »¹⁴². « La thèse qui sera soutenue dans la présente contribution, affirme-t-il, est qu'il est pour le moins prématuré de parler de droits fondamentaux en France, à moins que cela ne soit pour indiquer le chemin qui reste à parcourir pour soutenir ce que ces termes impliquent »¹⁴³. Pour autant, une première définition – destinée surtout à éclaircir notre démarche plutôt qu'à trancher cette question – nous paraît possible et souhaitable. La doctrine majoritaire considère que l'expression « droits fondamentaux » désigne le dépassement des droits de l'Homme et des libertés publiques. « On proposera donc l'hypothèse suivante : le droit des droits fondamentaux de l'homme est le fruit d'un processus historique (...) »¹⁴⁴.

37. Patrick Wachsmann établit que le concept de droits fondamentaux serait l'expression des tenants de la synthèse entre la notion de droits de l'homme perçue comme une notion philosophique et politique et celle de libertés publiques correspondant à la première juridicisation des droits de l'homme. Les droits fondamentaux renvoient alors au parachèvement de la construction juridique en faisant accéder les droits de l'Homme au rang supra-législatif (international et constitutionnel)¹⁴⁵. Les

¹⁴⁰ « Depuis maintenant plus de vingt ans que le problème des contours et de l'étendue du concept de droit fondamental se trouve posé à la doctrine, on ne trouve toujours pas d'acceptions satisfaisantes de celui-ci » (cf. S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 207). Gérard Cornu est confronté à « la diversité des définitions d'un terme instrumentalisé en mot-valise fourre-tout (...) » pour proposer une définition des droits fondamentaux (cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 463). Non seulement des obstacles s'élèvent quant aux critères d'identification du concept mais également sur la satisfaction par telle liberté ou tel droit à ces critères. Voir, à titre d'exemples, parmi d'autres : L. RICHER, « Droit d'accès et service public », in *Intérêt général, concurrence et service public*, AJDA 2006, p. 73-79, spéc. p. 76 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 100 : la définition des droits fondamentaux de cet auteur exclut le droit de propriété ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 43 et s. : l'auteur fait la démonstration de ce que la jurisprudence européenne confond très facilement « droit » et « intérêt » alors même que nous serions pourtant en présence de droits fondamentaux.

¹⁴¹ M. DE VILLIERS, (dir.), J.-Y. VINCENT, H.-M. CRUCIS, T. DE BERRANGER, E. CADEAU, C. EUDES-GUIAS, A. GRABOY-GROBESCO, A. HASTINGS-MARCHADIER, Y. LE GALL, É. MONDIELLI, G. BACHELIER, *Droit public général*, Paris, Litec, coll. Manuel, 3^{ème} éd., 2006, p. 506 ; voir aussi, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 211 et s. Selon cet auteur, la définition du concept de droit fondamental est tiraillée entre deux courants, l'un normativiste (emmené par le Doyen Favoreu) et, l'autre courant, substantialiste (porté par Étienne Picard).

¹⁴² P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *RUDH* 2004, p. 40-49, spéc. p. 40.

¹⁴³ P. WACHSMANN, préc., p. 40.

¹⁴⁴ M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 6. Pour le résumé par cet auteur de « l'acclimatation française » des droits fondamentaux et ses grandes étapes (p. 8). La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, instaurant la question prioritaire de constitutionnalité, a semble-t-il ajouté une étape nouvelle dans ce long processus. En ce sens, les questionnements de S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 208 : « On peut se demander si, sans recourir au vocable, le constituant français n'a pas, sinon consacré l'existence des droits fondamentaux, du moins relancé les débats quant à cette existence ».

¹⁴⁵ En ce sens, P. WACHSMANN, préc., p. 43.

droits fondamentaux seraient la forme juridiciée la plus achevée des droits de l'Homme, les libertés publiques constituant une étape intermédiaire¹⁴⁶. « Il en ressort que la protection à un niveau normatif supralégislatif (notamment constitutionnel) des droits et libertés envisagés à la fois comme des garanties objectives et comme des droits subjectifs opposables à tous les pouvoirs (et même aux autres individus et groupe d'individus), bénéficiant des voies et mécanismes de garantie de la primauté des normes constitutionnelles et aussi de ses mécanismes, en résumé ce que l'on appelle "droits fondamentaux" comme catégorie, s'avère la plus efficace »¹⁴⁷. En cela, l'expression « droits fondamentaux » rejoint la définition des droits fondamentaux construite par le professeur Champeil-Desplats et qui atteste, de manière certaine, de l'élargissement du conflit jusqu'aux fondements du droit¹⁴⁸.

2. – L'élargissement du conflit de libertés par la fundamentalisation de la liberté :

38. Le professeur Champeil-Desplats suggère quatre types de définition pour rendre compte du concept de droits fondamentaux¹⁴⁹. Le premier type prend en considération le sujet de droit : l'homme. Les droits sont fondamentaux parce qu'ils sont inhérents à la nature humaine¹⁵⁰. « La fundamentalité au sens axiologique renvoie à l'expression de valeurs indispensables à l'humanité. Les droits fondamentaux sont inhérents à l'homme en tant qu'il est homme, et sont nécessaires à l'épanouissement individuel, à la dignité et à l'identité même de l'homme dans la société »¹⁵¹. Le deuxième type tient aux sources des droits fondamentaux ou de leur position dans la hiérarchie normative, c'est-à-dire extrajuridiques (jusnaturalisme) ou juridiques (Constitution, traité international, loi)¹⁵². « Au sens formel, les droits sont fondamentaux quand ils se situent au plus haut degré de la hiérarchie d'un ordre juridique, ou font l'objet de mécanismes de garanties spécifiques : protection constitutionnelle ou internationale, recours spéciaux, impossibilité d'affaiblir leur niveau de protection... »¹⁵³. Enfin, le troisième type apparaît particulièrement instructif¹⁵⁴. Est des droits

¹⁴⁶ L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 14. Sur cet aspect historique de l'évolution des droits de l'Homme vers les droits fondamentaux, p. 47-49. Voir, néanmoins, la classification originale des différents manuels proposée par Patrick Wachsmann, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », préc., p. 42 : l'auteur dresse la liste des manuels en fonction de leur appartenance à des « courants » idéologiques : aux « conservateurs » reviennent les libertés publiques, les « modérés » feraient usage des libertés publiques et droits de l'Homme et, enfin, les « modernes » seraient enclins à préférer le droit des libertés fondamentales ou les libertés et droits fondamentaux.

¹⁴⁷ L. FAVOREU et alii, op. cit., p. 69.

¹⁴⁸ Globalement, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », préc., p. 323-329.

¹⁴⁹ Énumérés ici : V. CHAMPEIL-DESPLATS, préc., p. 324-325. Nous n'aborderons toutefois que les trois premiers dans les développements, le quatrième sera évoqué en note.

¹⁵⁰ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, préc., p. 324. La principale difficulté, que souligne l'auteur, est que certaines personnes morales (y compris publiques) peuvent être titulaires de droits fondamentaux.

¹⁵¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT* 2007, p. 19-26, spéc. p. 20.

¹⁵² Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », préc., p. 324.

¹⁵³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », préc., p. 20.

fondamentaux « ce qui est au fondement d'un système ou d'une organisation, ce qui est constituant, ce sur quoi tout est édifié et de quoi tout est dérivé »¹⁵⁵. François Terré estime, pareillement, que le concept de droits fondamentaux s'est ajouté à ceux de libertés publiques et de droits de l'Homme sous l'influence grandissante du droit constitutionnel¹⁵⁶. Les droits fondamentaux sont alors opposables aux trois pouvoirs¹⁵⁷. Ils *fondamentalisent* la résolution du conflit originel parce qu'ils fondent l'ordre juridique à venir. Une théorie générale des droits fondamentaux se nourrit alors de cet élargissement du conflit qu'opère la fondamentalisation des droits et libertés. Elle confère aux droits fondamentaux la capacité de rendre homogène la définition de ce qu'est la liberté, – par principe plurielle.

B. – Homogénéiser la définition de la liberté par les droits fondamentaux :

39. Le but poursuivi désormais est d'homogénéiser la définition juridique de la liberté à partir de la notion d'intérêt général dans la perspective de conforter la liberté dans son statut de droit fondamental¹⁵⁸. À cet effet, il convient d'uniformiser notre approche du processus de définition dans le cadre de la relation intérêt général et droits fondamentaux. Certaines distinctions, juridiques ou doctrinales¹⁵⁹, voire les deux à la fois, seront « gommées » en raison même de l'approche dynamique de la liberté qu'implique la relation intérêt général et droits fondamentaux. Certaines distinctions se révèlent sans incidence sur cette relation (1.). D'autres seront ignorées (2.).

¹⁵⁴ Le quatrième type, faisant appel à une démarche comparative, examine ce qui est droit fondamental en Allemagne, en France, dans la Convention européenne et s'attache aux similitudes pour en extraire les valeurs communes desquelles on dégagerait un droit fondamental (Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », préc., p. 325). Étienne Picard voit dans ce type-ci de définition la préfiguration la plus ancienne de la notion de droit fondamental « mais sur un plan doctrinal. En tant que telle, elle permettait de comparer les droits positifs de plusieurs systèmes juridiques, au sein desquels la notion pouvait déjà présenter une grande importance, en particulier, en Allemagne, évidemment » (É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 2).

¹⁵⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », préc., p. 325.

¹⁵⁶ F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., p. 5.

¹⁵⁷ Voir L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 2. Cette lecture correspond en tout point aux origines allemandes du concept : « les droits fondamentaux lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable : c'est exprimer que la volonté du constituant a été que l'individu puisse y faire appel à l'encontre de la puissance publique (...) ». Cf. C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 116.

¹⁵⁸ De même, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 197 : « La liberté, en tant que valeur morale suit un parcours au fil duquel elle se complète, d'abord en passant par la valeur politique puis en arrivant à la valeur juridique, des droits fondamentaux » (nous soulignons). « D'autant que l'un des points forts du vocable "droits fondamentaux" est de gommer en tout ou partie par les difficultés rencontrées par les terminologies plus anciennes pour rendre compte de l'état du droit et de la pensée juridique en matière de libertés (...) ». Cf. S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 185.

¹⁵⁹ Par exemple, voir les trois typologies retenues selon le contenu, le mode d'exercice ou « le type de relation » que supposent les droits fondamentaux, par G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 409 et s.

1. – Les distinctions sans incidence sur la relation intérêt général et droits fondamentaux :

40. Deux sortes de distinctions entre droits fondamentaux seront écartées puisqu'elles apparaissent sans incidence sur la relation intérêt général et droits fondamentaux que nous cherchons à établir. D'une part, nous ne regarderons pas du côté des titulaires de droits fondamentaux (a.), ni ne focaliserons notre attention sur le contenu des droits fondamentaux (b.).

a) – L'indifférence à l'égard des titulaires de droits fondamentaux :

41. Nous retiendrons, à titre liminaire, la définition du sujet de droit que donne le professeur Bioy : « L'idée de sujet de droit implique celle d'un rapport, d'une relation. Le sujet de droit se présente donc comme l'acteur, l'élément actif ou passif d'un rapport de droit. Il fait valoir un droit ou supporte la charge d'une obligation »¹⁶⁰. Cette définition doctrinale, communément admise, pose sans doute quelques difficultés lorsqu'on évoque les personnes morales¹⁶¹. Que les personnes morales, y compris de droit public, puissent être titulaires de droits fondamentaux est, en effet et habituellement, un point de discorde¹⁶². François Terré estime, cependant, que si les droits fondamentaux se distinguent des notions de droits de l'Homme et de celle de libertés publiques, c'est parce qu'ils sont reconnus tout autant aux personnes physiques qu'aux personnes morales¹⁶³. Il est vrai du reste que s'agissant des personnes morales, de droit privé, par-delà la fiction juridique, elles ne sont qu'un regroupement de personnes physiques partageant un ou plusieurs buts en commun¹⁶⁴. L'attribution de droits, y compris fondamentaux, n'est pas spectaculaire. En revanche, accorder des droits fondamentaux aux personnes morales de droit public paraît nettement plus problématique¹⁶⁵. Une réponse sérieuse n'est pas envisageable dans le cadre resserré de cette étude et nous nous bornerons seulement à l'admettre

¹⁶⁰ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préface de Henry ROUSSILLON, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2003, p. 9 et s., spéc. p. 9.

¹⁶¹ D'où cette analyse des limites de la notion de sujet de droit par C. PELLUCHON, « Sujet (Philosophie du – et droits de l'homme) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 912-915 ; ou la distinction délicate qu'opère Gregorio Peces-Barba entre « destinataires » et « bénéficiaires » des droits dans G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 385-391.

¹⁶² Sur les limites de l'action en justice d'une personne morale, voir surtout CEDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce*, série A n° 301-A.

¹⁶³ Voir F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., p. 6.

¹⁶⁴ Sur cette thématique, notamment, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 189-192 ; dans le même sens, quoique l'auteur en fasse une condition (si « le collectif peut être vu comme une prolongation de l'individu »), G. PECES-BARBA MARTINEZ, op. cit., p. 198. Il reste que la plénitude des droits fondamentaux, celle des droits de l'Homme étant sémantiquement exclue, ne peut être accordée aux personnes morales pour la raison principale suivante : « Alors qu'une personne physique dirige son activité juridique à son gré (...), une personne morale est créée pour l'exercice d'une activité déterminée, la personnalité lui étant reconnue par rapport à un but particulier : elle doit se spécialiser dans son activité juridique ; elle ne doit accomplir que les actes juridiques correspondant à son objet » (F. TERRE, op. cit., p. 192).

¹⁶⁵ L'étude de Xavier Bioy, par la promotion qu'elle fait du concept de personne humaine, en particulier pour fonder l'ordre juridique et organiser l'exercice des droits fondamentaux, tend, selon nous, à amoindrir la pertinence de la thèse de droits fondamentaux au profit de personnes morales de droit public. Voir X. BIOY, op. cit., p. 631 et s.

puisqu'elle n'obère pas le rapprochement entre intérêt général et droits fondamentaux¹⁶⁶. La typologie des droits fondamentaux établie selon leur contenu ne nous retiendra guère plus.

b) – L'indifférence à l'égard du contenu des droits fondamentaux :

42. La typologie habituelle en fonction de la substance du droit fondamental ne sera pas non plus pratiquée faute de consensus¹⁶⁷. L'une d'entre elles, à savoir la distinction entre les droits fondamentaux de type procédural et ceux de type substantiel, quoiqu'opératoire, doit être expressément écartée. Il ressort, en effet et surtout, de leur rapport étroit, que ces deux types de droit ont vocation à se compléter et non à s'opposer. Il nous semble que notre société, de plus en plus procédurale¹⁶⁸, accepte de restreindre les droits fondamentaux substantiels à la condition que ceux-ci soient protégés non pas dans leur réalité mais dans leur principe. L'accroissement continu des limites aux droits fondamentaux s'est accompagné, dans nos sociétés libérales, d'un renforcement corrélatif des droits procéduraux. Parce qu'ils permettent, non pas d'empêcher toute espèce de limitation, mais d'empêcher toute limitation arbitraire et, surtout illicites, les droits procéduraux bénéficient aujourd'hui d'un régime protecteur extrêmement favorable. Ils se nourrissent des limites successives posées aux droits substantiels pour se développer. Ils apparaissent ainsi comme les contreparties inhérentes aux restrictions posées aux droits substantiels. « Que serait la liberté sans le droit au recours ? La liberté comme droit fondamental impose également de reconnaître qu'elle ne peut représenter un véritable droit que si elle se voit entourée des conditions susceptibles d'assurer son effectivité, sous la forme de ses garanties »¹⁶⁹. Cependant, ainsi que cela a été souligné, ils ne densifieraient pas immédiatement le fond du droit : « Ils n'offrent à l'individu aucun champ nouveau ou spécifique de liberté, ou aucun droit à prestation. Ils visent à lui donner les instruments propres à assurer une protection effective de ses droits »¹⁷⁰. En tant que distinction doctrinale et juridique, la

¹⁶⁶ Voir, notamment, A. POTTEAU, « L' "effet diagonal" limité de la Convention européenne des droits de l'homme en droit administratif français, (à propos des arrêts *Ville d'Annecy* et *Commune de Champagne-sur-Seine* du 29 janvier 2003) », *RFDA* 2003, p. 961-971.

¹⁶⁷ Comme le montre la classification, établie à partir de critères matériels, de G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 409-414. L'auteur distingue cinq groupes de droits fondamentaux dont le premier, en raison de son intitulé même – « droits relatifs à la personne en soi » –, peut ne pas emporter l'adhésion et nous éloigne d'un consensus. Ces droits, écrit-il, « ne concernent et ne protègent que la personne elle-même en tant que telle, indépendamment de la vie sociale et de ses rapports avec les autres individus. À la différence des quatre autres groupes où sont impulsées, protégées et encouragées des situations relationnelles, avec les autres personnes ou avec les différents pouvoirs existants au sein de la vie sociale, nous ne prenons ici en considération que l'individu isolé » (p. 410). Ce disant, M. Peces-Barba postule l'existence de *droits fondamentaux en soi*, révélant un premier parti pris idéologique, celui de concevoir des droits et des libertés en dehors de toute relation avec autrui, ce qui nous paraît douteux au stade de la définition *juridique* des droits fondamentaux. Les droits du deuxième groupe – « les droits dans la société » –, ceux concernant « l'homme [qui] n'est pas conçu comme un être isolé mais comme un individu situé dans ses rapports avec les autres » (*ibid.*), semblent plus aptes à correspondre aux « droits de la personne en soi », laquelle personne n'existe en vérité que par rapport à autrui.

¹⁶⁸ Au soutien de cette assertion, P. MARTENS, « Réflexion sur le maniérisme judiciaire », *RTDH* 2002, p. 334-344.

¹⁶⁹ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 31.

¹⁷⁰ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 20^{ème} éd., 2008, p. 139. Nous voulons être schématique ici. Il reste que des nuances sont inévitables. La protection grandissante des droits

typologie droits procéduraux et droits substantiels est selon nous sans incidence sur la relation intérêt général et droits fondamentaux. En revanche, d'autres classifications, qui ont des incidences, seront ignorées pour construire cette relation.

2. – Les distinctions ignorées dans la relation intérêt général et droits fondamentaux :

43. La relation intérêt général et droits fondamentaux devrait permettre à la fois que la frontière entre les classifications générationnelles des droits et libertés s'estompe (a.) et qu'une jonction s'opère entre la notion de droits et celle de libertés (b.).

a) – La réunion des générations de droits et libertés :

44. On peut relever avec Marie-Luce Pavia tout l'intérêt de la terminologie de droit fondamental car « au plan interne, elle réunit des droits dits de la première génération et ceux dits de la deuxième génération (...) »¹⁷¹. On peut y joindre également les droits et libertés de la troisième génération, bien qu'il y ait matière à débattre. « Beaucoup de textes nationaux ou internationaux "formulent des aspirations qui, si généreuses qu'elles soient, ne peuvent trouver place dans l'ordre juridique, soit que leur objet reste vague, voire impossible – je pense au droit à la paix internationale, hélas ! –, soit que nul ne sache à qui les opposer, de telle sorte que l'éventualité d'une sanction relève à leur égard de l'utopie. Le risque est grand, dès lors que des textes officiels qualifient de "droits" ces aspirations, pour les droits, les vrais, d'en excuser d'avance toutes violations" (...). Il faut inlassablement répéter que les droits de l'homme, dans l'esprit de 1789 et de 1948, ne définissent pas une espérance lointaine, mais des droits au sens plein du terme »¹⁷². En outre, et au-delà, Éric Sales fait la démonstration de ce que, au titre du référé-liberté de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, le Conseil d'État ne fait plus de distinction entre droits et libertés, entre droits fondamentaux et libertés fondamentales, entre droit-liberté et droit-créance, entre droit *de* et droit *à*,

fondamentaux substantiels en raison du développement des droits procéduraux se traduit par une meilleure effectivité des droits, donc à la réalisation du fond même des droits fondamentaux.

¹⁷¹ M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 9. Le professeur Pecès-Barba estime pour sa part que, si l'on tient compte d'un critère matériel (contenu des droits et libertés), nous serions arrivés à la « quatrième génération » (voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 165-166. L'auteur soutient en substance que l'assimilation – que la doctrine majoritaire française reçoit – des droits d'origine libérale et des droits d'essence démocratique en une seule génération – la première – est « discutable et peu conforme au processus historique » (p. 166). D'où le décalage qui s'opère entre la troisième génération généralement admise et la quatrième génération explicitée par M. Pecès-Barba, lesquelles sont, cependant, porteuses du même contenu : droits relatifs à l'environnement, droit au développement et droit à la paix (p. 166 et s.).

¹⁷² G. COHEN-JONATHAN, « Hommage à Jean RIVERO (1910-2001) », préc., p. 5-6 (citant Jean Rivero).

etc. : il s'agit, d'après les observations de l'auteur, d'une « distinction dépassée »¹⁷³. Cette modernité du droit ouvre la voie à une jonction entre le droit et la liberté.

b) – La jonction entre la notion de droits et la notion de libertés :

45. Nous ferons nôtre le choix doctrinal de ne pas opérer une distinction entre un droit ou une liberté. Certains auteurs ont choisi en effet de ne retenir aucune distinction entre libertés et droits fondamentaux¹⁷⁴, droits et libertés fondamentaux¹⁷⁵, ou encore en évoquant un droit des libertés fondamentales¹⁷⁶. Il ne s'agit pas, dès maintenant, d'invalidier la dichotomie notionnelle entre un droit et une liberté. Celle-ci existe à l'évidence, quoiqu'elle soit tout à fait discutée sur le plan du droit positif¹⁷⁷. On a caractérisée cette dichotomie en tenant compte du degré de latitude laissé aux titulaires de droits fondamentaux¹⁷⁸. « Les droits sont des libertés strictement préorientées (ou prédéterminées). Leur contenu n'est ni variable ni même négociable au gré des personnes en relation »¹⁷⁹. Quant aux libertés, elles « sont des droits largement préorientés (ou prédéterminés), de telle façon que leurs titulaires possèdent, au sein de cette zone préfixée, une capacité d'autodétermination »¹⁸⁰. Cependant, dans le cadre recherché d'une relation intérêt général et droits fondamentaux, cette distinction n'affecterait pas la fonction de l'intérêt général mais seulement sa consistance matérielle ; nous verrons qu'il faut porter notre attention sur l'intensité de l'intérêt général à l'égard des droits fondamentaux pour déterminer le degré de prédétermination entre un droit et une liberté¹⁸¹.

46. En conclusion de ce travail d'homogénéisation de la définition de la liberté, le fait que nous choissions de ne pas faire de distinctions, soit en les ignorant, soit en estimant qu'elles sont sans

¹⁷³ É. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP* 2004, p. 207-241, spéc. p. 230-235. Le droit contemporain offre la possibilité d'une étude « transgénérationnelle des droits de l'homme » pour reprendre le mot saisissant de Samuel Etoa (cf. S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 92). Allant encore plus loin dans l'effacement de la distinction, en assimilant directement les droits de deuxième génération au vocable « liberté », entendue comme une « liberté promotionnelle » (par opposition à la « liberté protectrice » qui renvoie aux droits civils et politiques), G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 200-202.

¹⁷⁴ Retenant ce titre-là, par exemple, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit.

¹⁷⁵ Pour cette terminologie, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit.

¹⁷⁶ Notamment, L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 2. Contra : P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », préc., p. 42 : fustigeant l'assimilation rapide entre libertés fondamentales et droits fondamentaux comme synonymes alors qu'en Allemagne, ces deux terminologies n'ont pas la même « charge subjective ».

¹⁷⁷ Pour les termes de cette discussion, sous l'angle de la liberté publique opposée au droit subjectif, notamment, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 45-62. L'auteur conclut, et nous le suivons sur ce point, que droits subjectifs et libertés publiques sont « assimilables » (p. 59). Cette première étape est complétée par une seconde, l'assimilation des libertés publiques aux droits fondamentaux (p. 186-193).

¹⁷⁸ Voir A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, op. cit., p. 7 et s ; ainsi que S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 47-48.

¹⁷⁹ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, op. cit., p. 10.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Cf. *infra*, Seconde Partie, n^{os} 675 et s.

incidence sur la relation intérêt général et droits fondamentaux ne signifie pas qu'il n'y en ait aucune. Outre les distinguos doctrinaux et les divergences de points de vue, il se comprend aisément que les modalités concrètes de mise en œuvre d'un droit ou d'une liberté ne seront pas les mêmes. Nous retiendrons, ceci dit, la définition suivante des droits fondamentaux : les droits fondamentaux au sens strict sont des « permissions d'agir déterminées »¹⁸². L'intérêt général serait, pour nous, le cadre référentiel contribuant à la définition des droits fondamentaux ; il déterminerait l'étendue des permissions d'agir. Se nouerait alors une relation extrêmement forte entre intérêt général et droits fondamentaux, une relation symbiotique.

II. – Caractériser une relation symbiotique entre l'intérêt général et les droits fondamentaux :

47. En biologie, la symbiose est « l'association durable et réciproquement profitable entre deux organismes vivants » ; au-delà de cette discipline, la symbiose renverrait à une « étroite union » que sont les deux symbiotes de la relation, intérêt général et droits fondamentaux¹⁸³. Nous tenterons de démontrer qu'intérêt général et droits fondamentaux entretiennent une relation symbiotique dans la stricte mesure où les droits fondamentaux ne peuvent se réaliser sans lui, d'une part, et, simultanément, d'autre part, que l'existence de l'intérêt général est servile : il ne doit son existence qu'au fait juridiquement à établir que les droits fondamentaux ont besoin de lui pour exister puisqu'ils ne peuvent être, guère plus que la liberté, absolus. « La structuration des droits fondamentaux implique nécessairement et en principe, leur absence de caractère absolu. Il est en effet dans la nature des droits et libertés fondamentaux d'être conciliables entre eux. Un système juridique imposant des principes "indérogeables", mais susceptibles par ailleurs d'entrer en conflit dans l'hypothèse de leur concrétisation, aboutirait nécessairement à un blocage »¹⁸⁴. Notre réflexion pose par conséquent une question globale (A.) à laquelle nous apporterons une réponse dynamique (B.).

A. – Une question globale : *quelle est l'étendue de la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux ?*

48. Il est crucial de déterminer, d'abord, l'intérêt scientifique de notre question globale (1.) et de prendre plusieurs précautions d'ordre méthodologique (2.), ensuite, pour interroger la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux.

¹⁸² L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 85.

¹⁸³ Cf., pour ces éléments de définitions, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1482.

¹⁸⁴ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 140 ; ainsi que G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 431.

1. – L'intérêt scientifique de la question :

49. L'intérêt scientifique de l'étude repose sur deux constats. Le premier est tiré de l'existence d'un questionnement ciblé sur la résolution du conflit de droits fondamentaux, affectant forcément la relation intérêt général et droits fondamentaux, sans pour autant épuiser les interrogations que cette relation soulève (a.). Le second constat tient à ce que la relation intérêt général et droits fondamentaux apparaît être une question de principe (b.).

a) – Intérêt général et droits fondamentaux : des interrogations ciblées

50. Les problématiques de l'arbitrage entre liberté du sujet et libertés de tous précèdent assurément notre réflexion¹⁸⁵. Il nous serait bien évidemment impossible d'être exhaustif sauf à discriminer trop facilement dans la littérature juridique ce qui est essentiel. Dès lors que le droit n'a pour vocation, de près ou de loin, qu'à mettre en œuvre la liberté (pourvu que ce soit *a minima* l'idéal énoncé), toute la littérature juridique ne peut qu'être une explicitation, plus ou moins détaillée, de la concrétisation des rapports entre les droits et libertés¹⁸⁶. Toutefois en indiquant que cette question de l'arbitrage entre droits et libertés n'est pas totalement neuve, nous sommes en mesure de cibler plusieurs réflexions qui ont interrogé, par des prismes différents, cette relation entre intérêt général et droits fondamentaux.

51. Tout d'abord, on songe, pour ne citer que les principales monographies, en particulier aux travaux de Virginie Saint-James portant sur *la conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français* ou de Bernadette Duarte relatifs aux *restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et*

¹⁸⁵ Notamment, pour les articles, M. AGULHON, « La conquête de la liberté », préc., p. 5-13 ; P. ARDANT, « Les constitutions et les libertés », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 61-74 ; M.-P. DESWARTE, « Intérêt général, bien commun », préc., p. 1289-1313 ; M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 1993, p. 23-58 ; B. GUILLARME, « L'individu et le groupe », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 31-43 ; D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 15-30 ; M. LOMBARD, « Irréductible intérêt général », *AJDA* 2006, p. 1809 ; P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour EDH », *RDP* 2006, p. 977-1005 ; É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 6-42 ; J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998, p. 327-333. À ces articles, il faut ajouter plusieurs contributions : A. LE GUYADER, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 249-265 ; J. RIVERO, « Les limites de la liberté », in *Libertés, Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p.189-194 ; W. SABETE, « Limitations aux droits », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 656-662 ; V. SAINT-JAMES, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 477-481 ; F. SUDRE, « Quel noyau intangible des droits de l'Homme ? », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 267-275 ; D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 361-374.

¹⁸⁶ Outre l'ensemble des manuels consacrés aux droits et libertés, il faut ajouter les nombreux articles de doctrine et autres contributions qui participent à l'explicitation juridique des droits fondamentaux (indiqués en bibliographie).

européenne des droits de l'homme¹⁸⁷. Plus récemment, on peut mentionner l'étude de Peggy Ducoulombier traitant des *conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*¹⁸⁸. Ces études ont posé le conflit de libertés et ont montré avec précision comment le droit français, européen et/ou international le conçoivent et travaillent à sa résolution. Cependant, dans un cadre légitimement positiviste, la recherche du fondement (la base ultime) du conflit de libertés est écartée¹⁸⁹. Le droit positif y est présumé libéral en ce qu'il met nécessairement en œuvre un droit destiné *per se* à résoudre le conflit originel¹⁹⁰. Or notre démarche, sans être plus ambitieuse, se veut différente. Notre recherche entend vérifier que les termes du conflit (liberté du sujet et libertés de tous) ont été assimilés dans les fondations mêmes du droit et que son développement contemporain répond, globalement, aux exigences axiologiques que postule le concept de Liberté. Par définition, aller au-delà du droit suppose que le fondement du droit ne peut être juridique¹⁹¹.

52. Cette recherche a été menée¹⁹². Plusieurs études ont évoqué la question des sources extra-juridiques du conflit originel. On pense notamment à celle consacrée à *la notion de police administrative* dans laquelle Étienne Picard mobilise un certain nombre de développements pour expliquer la légitimité (et par suite la légalité) de la contrainte « policière administrative » sur nos libertés¹⁹³. C'est, nous semble-t-il, ce type de questions que posent autant le *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif* d'Éric Desmons que *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème}*

¹⁸⁷ Respectivement, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., 1995 ; B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., 2005.

¹⁸⁸ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., 2008.

¹⁸⁹ Ajoutons que, dans l'étude de Peggy Ducoulombier (op. cit.), la confrontation directe entre un droit fondamental et un intérêt général, qui est incidemment abordé, est par principe écartée lorsque l'intérêt général s'entend des « intérêts strictement étatiques » (p. 149).

¹⁹⁰ Le constat pourrait être le même en abordant le Chapitre XVIII de l'étude du professeur Peces-Barba consacré aux « restrictions et limites aux droits fondamentaux » puisque, à ce stade final (avant dernier chapitre), la définition des droits fondamentaux est posée et la question des conflits ne s'élève que dans un État de droit établi (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 425 et s.). Mais le propos est sujet à interprétation comme le montre le passage suivant : « Nous pourrions dire, dans une perspective plus large, que les règles formelles de la norme fondamentale qui désignent les organes et les procédures de création normative, sont aussi des limites des droits fondamentaux. Nous ne serions pas ainsi en présence de droits fondamentaux, s'ils ne passaient pas par les voies indiquées par ces limites (...) » (p. 428). Autrement dit, la juridicisation qu'opère la règle de droit fondamentale s'apparenterait à une restriction originelle.

¹⁹¹ C'est l'une des limites que déplore le professeur Peces-Barba quant aux démarches scientifiques positivistes qui, selon lui, négligeraient la question des fondements des droits fondamentaux au nom de la question prioritaire de leur effectivité (protection) alors même – et nous partageons cette opinion – que la *solidité* des fondements des droits fondamentaux ne saurait être sans effet sur l'*effectivité* de leur protection. Sur cet aspect, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 49-53.

¹⁹² Gregorio Peces-Barba, en constitutionnaliste espagnol, a cherché les fondements théoriques de la définition des droits fondamentaux à travers le concept de « sécurité juridique » qui n'est pas sans rappeler, toute proportion gardée, l'intérêt général. Voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 221 et s. Il n'a toutefois pas lié ses travaux à la notion d'intérêt général – rarement évoquée *expressis verbis* (sauf p. 101, p. 302, p. 328, p. 416) ou selon d'autres formulations, « bien général » (p. 108) ou « biens constitutionnels » (p. 429 et s.) – alors même qu'il admet que « les droits [fondamentaux] impliquent la réalisation des intérêts particuliers dans le cadre de l'intérêt général » (p. 326).

¹⁹³ Voir É. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., 1984.

au XX^{ème} siècle de Norbert Foulquier¹⁹⁴. Chacune de ces études éclaire, à des degrés divers, la problématique des bornes à la liberté. Elles ouvrent la voie à une réflexion sur le fondement du droit. Néanmoins, elles ciblent suffisamment leur champ d'analyse pour autoriser une recherche nouvelle et surtout plus large aux problèmes soulevés par le conflit originel¹⁹⁵. Quelle notion paraît susceptible d'appréhender les questionnements posés si ce n'est la notion d'intérêt général ? Le nouveau tournant pris en direction de la notion d'intérêt général se justifie au regard des travaux portant principalement sur elle.

53. Nous arrivons donc à la notion d'intérêt général étudiée en droit public. Plusieurs travaux ont effectivement montré combien la notion d'intérêt général était liée à la liberté ou aux droits et libertés. Il reste ainsi à déterminer si la notion d'intérêt général peut être liée, en examinant le droit contemporain, aux droits fondamentaux. Dès 1975, Didier Truchet révèle que l'intérêt général participe, en tant qu'élément de la légalité administrative, à l'arbitrage juridique entre les libertés dans *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*¹⁹⁶. Fabienne Kauff-Gazin, à travers *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, dépeint également l'intérêt général comme une notion clé du droit de l'Union européenne destinée, notamment, à concilier les droits fondamentaux entre eux et au regard des exigences de la vie de l'Union et de ses États membres¹⁹⁷. Ce faisant, cette réflexion accentue l'intérêt scientifique en faveur de la notion d'intérêt général. L'approfondissement constitutionnel mis en lumière et développé ensuite par Guillaume Merland, à travers *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, autorise la diffusion de la question de l'arbitrage des droits, via la notion d'intérêt général, à l'ensemble du droit positif français¹⁹⁸. La circonstance que l'intérêt général est de nature à servir les droits fondamentaux, y compris au sommet de la hiérarchie des normes, permet d'adopter une approche de l'intérêt général réceptive aux droits fondamentaux¹⁹⁹. Il restait cependant à déterminer si, conceptuellement, la notion d'intérêt général était capable de supporter *a priori* une relation aussi

¹⁹⁴ Respectivement, É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, préface de Stéphane RIALS, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1999 ; N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., 2003.

¹⁹⁵ C'est un constat assez voisin que formule Mme Ducoulombier : « Les articles sur la question des conflits de droits se sont ainsi multipliés depuis le début des années 1990, bien que les études globales restent rares. La plupart des auteurs restreignent la portée de leur propos, soit en se concentrant sur un type de conflit particulier ou un arrêt spécifique, soit en diluant la question dans un sujet plus large ». Cf. P. DUCOULOMBIER, op. cit., p. 10.

¹⁹⁶ Voir D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., 1977.

¹⁹⁷ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, doctorat de droit, Université Robert Schuman – Strasbourg, imprimé, 2001.

¹⁹⁸ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., 2004.

¹⁹⁹ C'est la question que semble poser toute la thèse de M. Merland à travers la présentation que son auteur en fait dans G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », in Dossier : Le Conseil constitutionnel et les divers branches du droit, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16 – juin 2004, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Nous inscrivons alors la présente étude dans un débat que l'auteur a entendu ne pas trancher : « Il ne s'agit pas ici de contribuer au débat concernant la définition de la notion de "droit fondamental". L'auteur considère que les droits et libertés protégés par la condition d'intérêt général peuvent être qualifiés de "fondamentaux" en raison de leur valeur constitutionnelle » (spéc. introduction, note 10).

dense que peut l'être une prétention à la joindre au concept de droits fondamentaux. Or l'apport de Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, est sur ce point des plus féconds. Si les rapprochements avec les droits fondamentaux ne sont pas essentiels, la lecture croisée qu'il propose de la concurrence et de l'intérêt général revisite en profondeur la notion d'intérêt général et, à notre sens, lui confère des potentialités nouvelles voire même, serions-nous tenté d'écrire, une seconde vie²⁰⁰. Surtout, elle brise les dernières résistances face à la proposition, qui est la nôtre, de repenser l'effectivité de la liberté en associant l'intérêt général aux droits fondamentaux.

54. De l'ensemble de ces travaux, dans la continuité desquels nous prétendons inscrire notre étude, il résulte que le conflit entre droits fondamentaux et intérêt général est juridiquement posé selon des angles d'analyse différents. Ces travaux permettent toutefois d'apercevoir que les rapports entre intérêt général et droits fondamentaux relèvent d'une question de principe.

b) – Intérêt général et droits fondamentaux : une question de principe

55. *L'Introduction au droit public allemand* du professeur Christian Autexier apporte un éclairage stimulant notamment en raison de l'origine – allemande bien sûr – du concept de droits fondamentaux²⁰¹. Le conflit originel entre liberté du sujet et liberté de tous est non seulement posé mais de plus il est globalement résolu à partir de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, autrement dit, dès l'avènement du concept de droits fondamentaux. En témoigne un état du droit construit par la Cour de Karlsruhe impliquant qu'un droit fondamental énoncé par une norme constitutionnel sans limite fera néanmoins l'objet de limitations fondées sur les « délimitations immanentes au système constitutionnel »²⁰². De plus, la Cour constitutionnelle allemande a élaboré, dans le même mouvement, une théorie des « limites aux limites » visant à encadrer l'introduction des droits et libertés dans la réalité juridique²⁰³. Or que fait le droit public allemand si ce n'est dessiner une esquisse d'intérêt général en liaison avec les droits fondamentaux ? N'y a-t-il pas quelques similitudes entre la méthode de résolution des conflits de libertés posée de part et d'autre du Rhin ? Le juge constitutionnel allemand aborde sans aucun doute la confrontation des libertés en coordonnant l'intérêt individuel (droit fondamental) et l'intérêt de tous (intérêt général) comme on peut le lire dans l'arrêt *Lüth* de 1958 : « pour autant qu'elles ont pour effet de limiter un droit fondamental, les *lois générales* doivent, pour leur part, être considérées à la lumière de la signification de ce droit

²⁰⁰ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., 2006.

²⁰¹ Voir C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 124 et s.

²⁰² C. AUTEXIER, op. cit., p. 126-128, spéc. p. 126. Parmi lesquelles : « la conception de l'être humain » et « le système de valeurs qui sous-tend la constitution » (p. 126-127).

²⁰³ Cf. C. AUTEXIER, op. cit., p. 127-128.

fondamental et être interprétées de manière que demeure garanti en tous les cas le contenu de valeurs particulier qui, dans une démocratie libérale, doit conduire à une présomption de principe en faveur de la liberté (...). *La relation réciproque entre le droit fondamental et la "loi générale"* ne doit donc pas être perçue comme une limitation unilatérale de la validité du droit fondamental par "les lois générales" ; il se produit bien plus une *interaction*, en ce sens que les "lois générales" apportent certes des limitations au droit fondamental, conformément à la lettre du texte, mais que, de leur côté, elles doivent être interprétées en tenant compte de la connaissance de l'importance de ce droit fondamental pour fixer les valeurs d'un État libéral et démocratique et, de ce fait, elles doivent être limitées dans leur effet de limitation du droit fondamental » (nous soulignons)²⁰⁴. À la lecture de l'arrêt, on perçoit à quel point l'arbitrage juridique des droits fondamentaux relève originellement de la question de principe. Aussi ne doit-on pas être étonné que la question de l'arbitrage entre liberté du sujet et libertés de tous ait pu se poser ailleurs.

56. L'intérêt général n'est pas absent à l'étranger²⁰⁵. Il est un objet de réflexions sociologiques ou anthropologiques comme en attestent les travaux dirigés par Sophia Mappa²⁰⁶. « À travers la question de l'intérêt général c'est, dit-elle, (...) la place des valeurs comme l'égalité, la liberté, les droits fondamentaux, la solidarité » qui est posée à l'échelle mondiale²⁰⁷. Néanmoins, sur le plan strictement juridique, les enseignements et apports du droit comparé nous sont apparus moins accessibles²⁰⁸, sans

²⁰⁴ Arrêt de la Première Chambre du 15 janvier 1958, *Lüth/Harlan (Rayonnement des droits fondamentaux en droit civil)*, *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE*, t. 7, p. 198-230, extrait reproduit dans C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand, op. cit.*, p. 128.

²⁰⁵ Mais il ne peut, en tant qu'il reflète les limites aux droits fondamentaux, signifier exactement la même chose partout. Ainsi, « le discours antisémite tombe sous le coup d'une interdiction de l'incitation à la haine raciale en France et est prohibé en Allemagne mais il est susceptible d'être protégé par le Premier amendement aux États-Unis ». Cf. S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, préface de Camille JAUFFRET-SPINOSI, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2007, p. 184 ; G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme, op. cit.*, p. 109 : comparant la réception des droits et libertés par les démocraties libérales et les libertés réelles proclamées par l'ancien bloc soviétique, Gilles Lebreton note que les démocraties libérales « pensent que les droits se limitent réciproquement par la force des choses, et qu'une réglementation tatillonne des obligations risquerait de perturber cette autorégulation » ; P. TITI NWEL, « L'idée de "droits de l'Homme" en Afrique », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale, op. cit.*, p. 49-56, spéc. p. 55 : rejetant le relativisme complet dans les droits de l'homme lors de l'examen de la Charte africaine de 1981 au regard de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, l'anthropologue africain Pierre Titi Nwel écrit : « Les conceptions des droits de l'Homme sont acquérables (*sic*) par nature, parce qu'elles sont des faits de culture. Chacune d'elles doit être examinée en elle-même, par rapport à la nature des besoins qu'elle est en mesure de satisfaire dans une société donnée. Vu sous cet angle, le paradigme universel présenté par les Nations-Unies est une chose désirable en Afrique, si l'on tient compte des effets bénéfiques que l'adhésion à ses principes a produits sous d'autres cieux. Si ce modèle exemplaire est perçu comme tel en Afrique, et effectivement désiré, sa mise en œuvre ne peut s'effectuer cependant qu'au prix d'une mise à mort de certaines conceptions traditionnelles de l'homme et de la vie en société ».

²⁰⁶ S. MAPPA, « Introduction », in S. MAPPA, (dir.) *Essai sur l'intérêt général. Europe, Islam, Afrique coloniale*, Paris, Éditions Karthala, 1997, p. 7-33, spéc. p. 9 : « la question de la régulation sociale et du développement introduit d'emblée celle de l'intérêt général et du sujet ou des sujets-acteurs qui le prennent en charge aux différents niveaux du globe : national, régional, planétaire ». Pour le professeur japonais Yoichi Higuchi l'intérêt général est « d'une actualité brûlante dans ce monde en profonde mutation (...) » (cf. Y. HIGUCHI, « Allocutions d'ouverture », in *L'intérêt général au Japon et en France, op. cit.*, p. 7-9, spéc. p. 7).

²⁰⁷ Cf. S. MAPPA, *op. cit.*, p. 9. Voir aussi, sur « l'extension » « trans-étatique » de la notion, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général, op. cit.*, p. 8.

²⁰⁸ Mais elles existent comme en témoignent les références bibliographiques que nous nous bornons à indiquer ici et détaillées par P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*,

doute en comparaison de la sophistication de la notion d'intérêt général en droit français²⁰⁹. Cette réflexion n'en demeure pas moins portée également dans d'autres ordres juridiques car il nous faut considérer que – au regard de la transcendance du sujet – la liberté est bien, contrairement à ce que soutenaient Rousseau ou Montesquieu, un fruit de tous les climats²¹⁰. Il est clair que la question de l'arbitrage – et donc de l'existence d'un conflit – est posée dans toutes les sociétés et qu'une réponse, en termes de droits de l'Homme – est sinon proposée du moins évoquée²¹¹. Quels que soient les ordres juridiques, français, étrangers, européens, régionaux ou international, chacun s'est attaché à la mise en œuvre juridique de la liberté et la notion d'intérêt général n'est pas absente de celle-ci. « Parce qu'il est un principe essentiel de légitimité de l'action publique, toutes les institutions publiques, nationales comme internationales, doivent orienter leurs actes dans le sens de ce qu'il prescrit »²¹². Il est par conséquent essentiel de vérifier ce que prescrit la notion d'intérêt général en relation avec les droits fondamentaux.

op. cit., p. 10 (note 6) : H. BETHE, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, München, F. VAHLEN Verlag, 1977 ; L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas, Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; M. TOULLIER, *La résolution des conflits entre droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé franco-italien*, thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2001.

²⁰⁹ Du moins dans le sens où, à notre connaissance, la notion d'intérêt général – *expressis verbis* – n'apparaît que très rarement dans la littérature juridique portant sur les droits étrangers. Pour une notion voisine de l'intérêt général – le *bien-être public* – inscrite dans la Constitution japonaise du 3 novembre 1946, voir H. YAMAMOTO, « L'intérêt général en droit constitutionnel japonais », in *L'intérêt général au Japon et en France*, *op. cit.*, p. 105-129.

²¹⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 117 : En faisant allusion à Montesquieu (*De l'Esprit des lois*), Rousseau énonce que « la liberté n'étant pas un fruit de tous les Climats [...] n'est pas à la portée de tous les peuples ». En revanche, sa concrétisation n'est pas totalement déconnectée de la réalité : « Déjà Aristote établissait une relation entre la prospérité économique et la stabilité politique. Et, de nos jours, il est impossible de ne pas être frappé du fait que les pays économiquement les plus développés sont aussi ceux qui jouissent des démocraties pluralistes les mieux consolidées. Les travaux de Huntington ont mis en évidence le fait que ce haut niveau de développement favorise une institutionnalisation plus poussée des procédures de dialogue et facilite de meilleures conditions d'exercice des libertés politiques » (cf. P. BRAUD, *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2008, p. 261).

²¹¹ En témoigne le fait qu'un *Dictionnaire des Droits de l'Homme* (cf. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *op. cit.*, 2008) a recensé, soit « l'état de la protection des droits fondamentaux », soit celle « des droits de l'homme », ou encore selon un angle particulier, les droits de l'homme dans la plupart des aires géographiques du monde et dans nombre d'États emblématiques, ne peut que confirmer la possibilité de l'universalité de la question et de cette recherche. Voir, dans cet ouvrage, ces contributions avec les références bibliographiques simplifiées suivantes : « Afrique » (É. LAMBERT-ABDELGAWAD), « Allemagne » (O. JOUANJAN), « Amérique latine » (F. MODERNE), « Canada » (H. PALLARD), « Chine » (L. BALMOND), « États-Unis » (É. ZOLLER), « France » (D. TURPIN), « Inde » (L. SERMET), « Israël » (A. HACCOUN), « Japon » (H. YAMAMOTO), « Maghreb » (M. VALERI), « Peuple palestinien » (J.-M. SOREL, M.-C. RUNAVOT), « Royaume-Uni » (C. GIRARD), « Russie et pays anciennement dépendants de l'URSS » (J.-P. MASSIAS), « Scandinaves » (S. LAGOUTTE), « Turquie » (I. KABOGLU).

²¹² G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 86. Voir aussi F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 193 : « nous constatons que la notion d'intérêt général n'est pas spécifique à la culture européenne. Sous des noms d'emprunt, on la retrouve aussi bien en Afrique qu'en Inde ou ailleurs encore ».

57. Notion habituellement attachée au pouvoir²¹³, elle peut toutefois être le masque de la dictature. On peut reprendre cette remarque significative de Bernadette Duarte : « Comme l'ont reconnu expressément certains représentants d'États lors de la rédaction de ce dernier Traité [le Pacte de 1966], même les dictateurs soutiennent qu'ils agissent dans l'intérêt général »²¹⁴. La notion d'intérêt général ne devrait être mobilisée que pour la recherche d'un équilibre juridique. « L'idée d'équilibre, on le sait, est consubstantielle à la pensée libérale »²¹⁵. Mais il ne peut y avoir d'équilibre parfait et figé entre les deux pôles de la relation ; le point d'équilibre est en tension en raison même de ce qu'ils sont. « La liberté apparaît (...) comme une dialectique tendue entre une exigence infinie, qui reflète son pouvoir d'auto-affirmation, et la tâche d'auto-réalisation dans une réalité finie »²¹⁶. La relation intérêt général et droits fondamentaux postule donc une volonté d'équilibrer les impératifs du groupe et ceux des individus pour réaliser la liberté. Dans cette mesure, le concept de droit fondamental est la représentation juridique contemporaine de la liberté, représentation perçue comme une tension permanente entre une faculté positive (une liberté ou un droit) et son immédiate restriction (que porte la notion d'intérêt général). Le professeur Sermet suggère de trouver « un équilibre, toujours ou presque à réécrire, entre deux tensions contraires : la protection des droits fondamentaux, qui exprime une conception propre de ceux-ci, et la reconnaissance de prérogatives de l'État, sous la forme générique de ses responsabilités envers la protection des droits de l'homme (...) »²¹⁷. La tension relationnelle entre les droits fondamentaux et l'intérêt général se forme à la jonction entre deux excès : l'excès de liberté ; l'excès de règles. Ce serait le cœur du projet républicain que de réussir à préserver cet équilibre qui ne peut exister qu'en tension. « Un régime peut aussi s'intituler républicain dans un autre sens : non parce qu'il cherche à défendre les droits-libertés de ses citoyens en encourageant leur participation active à la vie publique, mais parce qu'il fait prévaloir une vision du bien commun sur

²¹³ Cette remarque circonstancielle de François Rangeon est toujours d'actualité : « Le thème de l'intérêt général occupe aujourd'hui une place centrale dans les discours politiques ». Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 7. Également, G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », préc., spéc. introduction : « l'intérêt général est assidûment utilisé dans les discours des gouvernants. Ces derniers ont découvert en lui un moyen d'asseoir leur autorité » ; G. TUSSEAU, « L'intérêt général en droit constitutionnel », contr. préc., p. 131 : « Sur un plan descriptif, constater que l'intérêt général est ce qui inspire, à leurs dires, l'action des principaux pouvoirs publics constitutionnels revient à formuler une évidence. Sur un plan prescriptif, recommander que les pouvoirs publics constitutionnels visent à satisfaire l'intérêt général recevrait un assentiment unanime ».

²¹⁴ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 342. De même, G. TUSSEAU, « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 144 : « Aussi, sur le plan constitutionnel, l'invocation de l'intérêt général – indépendamment de sa crédibilité sur le plan politique – est-elle compatible avec toute forme de gouvernement et avec tout type de régime politique, de la dictature la plus brutale à la démocratie libérale, quelle que soit la politique publique qu'il s'agit de justifier ». Plus généralement, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 9 : « Quel que soit le régime politique considéré, l'intérêt général apparaît comme un principe de *légitimation* destiné à renforcer l'adhésion des gouvernés à l'action des gouvernants » (italique dans le texte). Dans cet ouvrage, on apprend aussi les préférences affichées, par d'anciens présidents de la République entre « bien commun » et « intérêt général », qui seraient de nature à révéler une certaine vision de l'intérêt général (p. 70-71, en note 8).

²¹⁵ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 16.

²¹⁶ P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 983.

²¹⁷ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 26-31, spéc. p. 27.

les intérêts particuliers des individus et des groupes qui composent la société. En ce sens, il peut exister une tension entre la liberté négative et les objectifs d'une République »²¹⁸. La relation est donc en tension parce que ni les droits fondamentaux, ni l'intérêt général ne peuvent s'y soustraire. Ils ne peuvent se dérober à l'existence de l'autre, ni s'absorber sans annihiler leur relation.

58. C'est pourquoi, au regard de ces enjeux, il convient d'être raisonnablement mais suffisamment exhaustif sur l'examen de cette relation pour que l'intérêt général ne se perde pas dans les arcanes du pouvoir. « Dans la recherche, il n'y a pas d'artifice à adopter un changement d'optique qui permette d'obtenir une valeur explicative complémentaire. Le malaise, s'il y en a un, vient de ce que la nouvelle orientation de la lumière accentue dans l'objet observé des lignes qui paraissent jusque là mineures. Les références passées n'en sont pas évincées pour autant, mais le système explicatif est devenu complexe »²¹⁹. Nous voudrions faire œuvre de doctrine en sollicitant cette notion d'intérêt général²²⁰ : « sans la doctrine, le droit ne serait qu'un amas de règles et de décisions qui constituerait souvent un fouillis inextricable. Cette mise en ordre relève, en elle-même, de la recherche scientifique (...) »²²¹.

2. – Les précautions méthodologiques du questionnement :

59. L'adhésion à la démarche que nous proposons de suivre pour apprécier l'étendue de la relation intérêt général et droits fondamentaux suppose, au préalable, d'opérer une simplification de la méthode de notre questionnement (a.) et de délimiter le champ conceptuel de l'étude (b.).

a) – La simplification de la méthode de questionnement :

60. Cette simplification méthodologique passe par la *définition* de ce qu'implique la définition des droits fondamentaux (α.). et par la réduction du conflit de droits fondamentaux à une confrontation directe entre intérêt général et droits fondamentaux (β.).

²¹⁸ B. GUILLARME, « L'individu et le groupe », préc., p. 39.

²¹⁹ F. FRAYSSE, « Introduction », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 71-72, spéc. p. 71-72.

²²⁰ Laquelle doctrine est, selon François Terré, « consubstantielle au droit ». Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 164. Voir, dans la même veine, la remarque de Yoïchi Higuchi : « La science du droit assume la tâche quotidienne de proposer et d'élaborer la conscience de l'intérêt général afin de servir à la Cité, *res publica*. Mais, la science du droit devrait, aussi, exposer et dévoiler la réalité que cache souvent la conscience de l'intérêt général » (cf. Y. HIGUCHI, « Allocutions d'ouverture », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, p. 7-9, spéc. p. 7).

²²¹ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 165.

a. – La définition de la définition des droits fondamentaux :

61. Qu'entend-on par « définition » ? Il s'agit d'abord de « l'opération mentale qui consiste à déterminer le contenu d'un concept en énumérant ses caractères ; [ou du] résultat de cette opération sous la forme d'une proposition énonçant une équivalence entre un terme »²²². En règle générale, et en droit, définir *un* droit fondamental c'est faire sienne la définition posée par une norme. « La tradition française veut que, pour exister, une liberté soit d'abord définie ; elle ne se conçoit pas sans texte »²²³. Il s'agirait d'indiquer ce qu'est l'objet de ce droit, indépendamment des conditions de jouissance et d'exercice, lesquelles seraient secondes par rapport à la définition. On opposerait donc la définition d'un droit, acte normateur, à ses conditions de jouissance et d'exercice relevant, quant à elles, d'actes d'application et/ou d'exécution de l'acte normatif. On distingue donc la définition d'un droit (principe) de sa mise en œuvre (en pratique). L'article 544 du Code civil illustre ce type de définition d'un droit fondamental : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». On la retrouve également s'agissant de la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « 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 déterminés par la Loi ». Dans un cas comme dans l'autre, l'acte normatif pose les définitions du droit de propriété et de la liberté d'expression et renvoie au législateur et au pouvoir réglementaire leur mise en œuvre concrète. Cependant, nous entendons dépasser cette approche de la définition d'un droit fondamental car l'objectif n'est pas de connaître la définition exacte des droits fondamentaux, ni de la révéler²²⁴. Ce qui importe dans cette étude est de déterminer *comment* la règle de droit *définit* un droit fondamental, le vocable « définition » étant alors entendu dans le sens précis de « l'action de caractériser, de préciser une idée, une définition »²²⁵. Autrement dit, nous cherchons à mettre en lumière la manière avec laquelle le droit introduit, par le truchement de la notion d'intérêt général, un droit ou une liberté dans le réel pour le rendre effectif. À partir des deux exemples ci-dessus mentionnés, *définir* le droit de propriété ou la liberté d'expression, c'est s'interroger sur la façon dont est appréhendée par la règle de droit l'absoluité affichée des droits de jouissance et de

²²² *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 648.

²²³ G. LESCUYER, « Libertés publiques », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n° 9, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 1980, p. 985-988, spéc. p. 986.

²²⁴ Si tant est que cet objectif soit réaliste. En ce sens, le professeur Picard affirme qu'« au stade de sa détermination générale, c'est-à-dire tant [que la liberté] est encore abordée d'une façon encore très abstraite et indéterminée, aucune norme ne pourrait donc l'épuiser par une définition limitative de contenu, qui aurait pour effet de restreindre, *a priori* et sans nécessité démontrée et justifiée, l'indétermination originaire de toutes ses virtualités, essentiellement libres ». Cf. É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 30. Une norme ne pourrait qu'esquisser une définition de la liberté (et donc des droits fondamentaux). Le Droit *dans son ensemble* définit la liberté. Voir également, sur l'ampleur de la tâche, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 450 : « Définir un droit ce n'est pas seulement déterminer en quoi et comment il s'applique. C'est avant tout en donner le contenu ».

²²⁵ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 648.

disposition d'une chose, comment cette règle qualifie un usage prohibé, ou par quelle voie la norme déclare ce qu'est un abus. *Définir* les droits fondamentaux revient à identifier le processus (et non son résultat) consistant à restreindre un droit ou une liberté au nom de leur protection²²⁶. Nous faisons par conséquent un choix méthodologique, celui d'axer notre réflexion sur le processus de définition des droits fondamentaux. Ce choix méthodologique est le préalable imposé pour systématiser la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. Effectivement, ce qui importe est de déterminer la nature et la portée de cette relation. Or, pour y parvenir, il convient de simplifier également les termes du conflit originel et de créer les conditions, si l'on ose dire, d'un face à face direct entre intérêt général et droits fondamentaux.

β. – Une confrontation directe entre droits fondamentaux et intérêt général :

62. La doctrine distingue fréquemment deux séries de restrictions aux droits fondamentaux : l'une procédant de la conciliation entre les droits fondamentaux eux-mêmes, l'autre de la conciliation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. C'est la position qu'adopte, par exemple, Guillaume Merland. Il estime en substance que, dans une société démocratique, le législateur peut réglementer l'exercice des droits et libertés pour deux séries de motifs : soit pour organiser la coexistence entre deux libertés qui peuvent entrer en conflit, soit pour concilier l'exercice de la liberté reconnue à chacun avec les exigences de la vie en société²²⁷. Cette méthode d'appréhension du conflit entre droits fondamentaux est généralement admise²²⁸. Les droits fondamentaux sont définis soit au terme d'une conciliation entre eux, soit en vue de satisfaire une fin d'intérêt général.

63. Considérons qu'en réalité ces deux alternatives ne relèvent que d'une seule hypothèse : définir un droit fondamental en le restreignant au nom de l'intérêt général est aussi bien le résultat d'une confrontation indirecte par le biais du conflit entre deux droits fondamentaux que celle, directe, entre un droit fondamental et une exigence collective incarnée par la notion d'intérêt général²²⁹. Il suffit,

²²⁶ La distinction entre jouissance et exercice est, là aussi, secondaire à l'instar de la Déclaration universelle de 1948 : « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique » (Article 29 § 2). Frédéric Sudre, nous semble-t-il, retient également, lorsqu'il évoque la « définition d'un droit » par le juge de Strasbourg, une conception qui intègre aussi bien la jouissance d'un droit que ses modalités d'exercice. Voir, en ce sens, F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 6^{ème} éd., 2004, p. 47.

²²⁷ Voir G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 23.

²²⁸ En ce sens, L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 163-165 ; D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., 15 : « La liberté de chacun a pour bornes la liberté d'autrui d'un côté, le bien commun de l'autre : tel est le paradigme fondamental dans lequel s'énonce la problématique classique des restrictions aux libertés » ; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 57 : les limitations aux libertés « pourront se réclamer soit de la protection des droits d'autrui, soit de celle de l'ordre public ».

²²⁹ Le professeur Peces-Barba révèle, d'ailleurs, toute la complexité des deux plans (celui des valeurs ou celui des droits fondamentaux) en fonction desquels nous abordons le débat. Ces deux plans peuvent se confondre, écrit-il en substance, car « la réalité est tellement riche qu'elle déborde les schémas conceptuels des modèles scientifiques » (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 232-233, spéc. p. 232). Du reste, le professeur

pour s'en convaincre, d'observer que concilier deux droits fondamentaux (en les définissant de manière à ce que l'un tienne compte de l'autre) participe de la résolution du conflit de libertés, donc en tant que telle à la caractérisation de la relation symbiotique entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. Résoudre le conflit²³⁰ opposant tel droit fondamental à tel autre droit fondamental est d'intérêt général²³¹. Au titre de la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle, François Brenet propose une assimilation similaire à celle-là, spécialement en intégrant le respect des droits d'autrui dans la défense d'intérêts collectifs²³². De la même manière, Jean-Éric Schoettl souligne que « si la sauvegarde de l'ordre public constitue une "fin d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle" (80-127 DC), c'est parce qu'elle est nécessaire à la protection de droits dont la valeur constitutionnelle est inscrite dans les textes »²³³. C'est aussi ce qu'a réalisé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en optant pour une seule disposition autorisant les limitations aux droits et libertés par son

Wachsmann affirme que les deux notions de « protection des droits d'autrui » et de « sauvegarde de l'ordre public » « sont moins distinctes que complémentaires » (cf. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 59). Autrement dit, le contenu de l'intérêt général peut renvoyer aux droits fondamentaux. Pour des exemples topiques : tiré du droit comparé, voir l'article 32 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 : « La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité (...) » ; ou emprunté au droit de l'Union européenne, CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-1986, point 74 : à propos d'une autorisation de manifester sur un tronçon autoroutier accordée par les autorités autrichiennes qui portait atteinte à la libre circulation des marchandises, le juge de l'Union a considéré, en substance, qu'une telle restriction apportée à la liberté de circulation était raisonnablement justifiée au nom d'un intérêt général, celui tiré de la protection d'un autre droit fondamental : la liberté de manifester.

²³⁰ Nous reprenons, ici seulement, l'acception du vocable *conflit* qu'en donne Peggy Ducoulombier : « Il est possible de parler de conflit de droits fondamentaux dès lors que leur exercice poursuit des finalités contradictoires, antagonistes, voire irréconciliables ». Cf. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 11.

²³¹ Puisque si derrière l'intérêt général (dans sa consistance matérielle), nous y reviendrons, il se trouve implicitement ou explicitement toujours un droit fondamental menacé ou susceptible de l'être, alors à l'occasion d'une confrontation directe entre deux droits fondamentaux (par exemple la liberté d'expression et le respect de vie privée) une exigence d'intérêt général est constituée notamment par le concept général et suffisamment autonome de respect des droits d'autrui. L'arrêt *Evans contre Royaume-Uni* fournit une illustration éclairante de ce que derrière les apparences d'un conflit entre deux droits (en l'espèce le droit de la requérante à devenir mère à partir des gamètes mâles de son ex-compagnon et le droit, bien compris, de celui-ci de ne pas devenir père) se trouve des considérations qui dépassent le seul conflit direct des intéressés. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme distille tout au long de sa motivation cette idée forte qu'un élément externe conduit à résoudre le conflit (en faveur de l'ex-compagnon). Voir CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, R. 2007-I : « la Grande Chambre, à l'instar de la chambre, souscrit à l'argument du Gouvernement (...) selon lequel l'affaire ne concerne pas simplement un conflit entre individus : la législation en question poursuit également un certain nombre d'intérêts plus vastes, d'ordre général, puisque, par exemple, elle protège le principe de la primauté du consentement et tend à promouvoir la clarté et la sécurité juridique (...) » (§ 74) ; « La décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par FIV puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine (...) » (§ 89) ; et surtout, « pour la Cour, les intérêts généraux poursuivis par la loi sont légitimes et compatibles avec l'article 8 » (§ 89). Certes, on objecterait – à raison – que dans le prétoire européen, il ne pourrait en être autrement. Un conflit avec un droit protégé suppose un agissement étatique (puisque la requête individuelle à Strasbourg est toujours dirigée contre un État). Les observations complémentaires de Mme Ducoulombier contribuent à lever, selon nous, cette objection. Voir P. DUCOULOMBIER, op. cit. : si le caractère international du droit conventionnel et de la juridiction européenne limite la génération d'une confrontation directe entre deux droits (effet horizontal) en raison de la nécessité d'un État défendeur (p. 22-27) – c'est-à-dire « dans la mesure où l'État est seul comptable des atteintes subies par les droits conventionnels au niveau international » (p. 36), l'auteur démontre qu'en réalité cette confrontation existe bien et que l'effet vertical des droits (point d'appui de l'intérêt général) incorpore la relation horizontale qualifiée d'« effet horizontal indirect » (p. 27-29).

²³² En ce sens, F. BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDP* 2003, p. 1535-1579, spéc. p. 1550.

²³³ J.-É. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », in *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 375-386, spéc. p. 379.

article 52 § 1 (« Portée et interprétation des droits et des principes ») : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». En dépit de l'attachement à la distinction entre l'intérêt général, d'un côté, et le respect des droits d'autrui, de l'autre, la Charte semble concentrer en un point unique les considérations susceptibles d'être retenues pour définir les droits fondamentaux. Le droit de la Convention européenne – dont il importe de rappeler qu'il reçoit la conflictualité entre deux droits fondamentaux – n'en n'écarte pas moins, à l'instar de la Charte précitée, l'idée que la résolution de ce type particulier de confrontation exige un élément de médiation destinée à garantir l'effectivité de tous les droits fondamentaux : « La nécessaire présence de l'État, écrit Peggy Ducoulombier, dans le conflit est rétablie à travers *la relation triangulaire* que cette obligation positive de protection impose » (nous soulignons)²³⁴. Et il n'est pas sans intérêt de relever que ce même auteur admette qu'« il serait plus juste de parler de conflits d'obligations étatiques que de conflits de droits »²³⁵. En effet, la démarche de Peggy Ducoulombier, pourtant inverse à la nôtre, tend à corroborer la simplification des termes de la confrontation pour la rendre plus directe. Elle note, ainsi, que « devant la Cour de Strasbourg, le conflit de droits se traduit toujours par l'opposition entre un intérêt général, défendu par l'État, et le droit du requérant. Il faut alors rechercher derrière les apparences de cette présentation classique l'existence d'éventuels droits en conflit et le contenu de ces droits »²³⁶. Précisément, énoncer que la confrontation de deux droits fondamentaux est réductible à la confrontation d'un droit fondamental avec une exigence d'intérêt général (quel que soit par ailleurs le contenu concret de cette exigence²³⁷) revient – quoiqu'il y ait sans doute matière à nuancer le choix des termes employés – à retenir une « présentation classique ». Car « l'analyse des différentes restrictions étatiques se résume toujours au contrôle du juste équilibre devant exister entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits individuels du requérant »²³⁸. C'est pourquoi, vraisemblablement, et à titre de comparaison, Christian Autexier a retenu une approche équivalente à partir du cas de figure emblématique de « collision de droits fondamentaux », c'est-à-dire « lorsque deux sujets de droit disposent de droits fondamentaux

²³⁴ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 27. La relation « triangulaire » réunit deux droits fondamentaux et un agissement étatique duquel on peut préfigurer l'intérêt général.

²³⁵ P. DUCOULOMBIER, op. cit., p. 29.

²³⁶ P. DUCOULOMBIER, op. cit., p. 36.

²³⁷ Très exactement : « dans la mesure où la défense de l'intérêt général peut recouvrir la défense des droits d'un individu ou d'un groupe, ce type de litiges verticaux pourrait receler de véritables conflits de droits. L'intérêt général est une notion souple qui peut correspondre à différents types de biens juridiques. Dans le droit conventionnel, les buts d'intérêt général poursuivis par les États et qui impliquent la restriction de droits conventionnels sont très divers et se rapportent tant à des intérêts privés qu'à des intérêts publics ». Cf. P. DUCOULOMBIER, op. cit., p. 47-48, spéc. p. 47.

²³⁸ P. DUCOULOMBIER, op. cit., p. 47-48. De même, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 30 : « les gouvernants réconcilient les intérêts [particuliers] contradictoires en opérant, au nom de l'intérêt général, un arbitrage politique ».

non compatibles »²³⁹. Or, pour résoudre ce conflit, l'auteur se réfère à un élément extérieur aux deux droits en conflit : « l'unité de l'ordre constitutionnel »²⁴⁰. Cette « unité » constitue le point d'appui de « la recherche d'une conciliation concrète, permettant de laisser chacun des droits en collision déployer son effet optimal dans une situation contradictoire (...) »²⁴¹. Là encore, la confrontation de deux droits se conçoit au moyen d'un élément extérieur et annonce l'inopérance de sous-facteurs dans la compréhension de la relation intérêt général et droits fondamentaux.

64. En dernière analyse, nous pouvons reprendre les enseignements du professeur Truchet et les étendre à toute notre problématique. L'auteur a bien distingué deux facettes de l'intérêt général : il est autant « un élément régulateur de la liberté qu'un facteur d'atteinte à celle-ci. Il peut être aussi *l'élément conciliateur de deux libertés antagonistes* » (nous soulignons)²⁴². À supposer même que l'on retienne cette distinction entre deux modalités de résolutions des conflits de libertés par l'intérêt général, dans les deux cas, l'intérêt général est convoqué : « les deux fonctions que le juge assigne ainsi à l'intérêt général sont nettement distinctes, mais parfaitement cohérentes l'une avec l'autre »²⁴³. Dès lors, la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux, souvent subdivisée en deux modalités particulières, sera réduite à une seule réalité : *restreindre pour protéger*. Qu'il s'agisse de restreindre un droit pour en protéger un autre ou de restreindre un droit au nom d'exigences ostensiblement estampillées d'intérêt général, la voie est ouverte à une analyse systématique de la relation intérêt général et droits fondamentaux dans un cadre de réflexion élargi.

b) – La délimitation du champ conceptuel :

65. Intérêt général et droits fondamentaux, liberté du sujet et libertés de tous, interrogent tout le droit contemporain²⁴⁴. Mais c'est en cela que la question de la résolution du conflit, et par suite de l'étendue de la relation entre intérêt général et droits fondamentaux, est fondamentale (et, sous certaines conditions, intemporelle). Aussi sera-t-il essentiel d'interroger, en amont, les fondations du droit français ; le détour par la philosophie politique n'est pas à écarter lorsqu'elle nous paraît apte – et dans cette stricte mesure – à éclairer les présupposés politiques sur lesquels le droit positif français est fondé. Ce parti pris scientifique part de la conviction – toujours discutable – que le droit ne peut être auto-fondé. Cette prémisse que l'on peut qualifier de substantialiste offre la possibilité de jeter les

²³⁹ Cf. C. AUTEXIER, *op. cit.*, p. 129.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.* On retrouve ce « principe d'interprétation » en droit espagnol selon lequel « la Constitution doit être interprétée commune un tout ». Cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 327.

²⁴² D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 176.

²⁴³ D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 201. François Rangeon analyse de la même manière la conception lockéenne de l'intérêt général : « Le bien public a ainsi pour fonction de concilier les exigences de la sécurité publique et des libertés individuelles » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 101).

²⁴⁴ Spécialement en raison du « retour en force » de l'intérêt général dont Jean Massot se fait l'écho, J. MASSOT, « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, *op. cit.*, p. 157-168, spéc. p. 157.

bases politiques, en tant qu'elles sont libérales, du droit français positif. La sollicitation de la pensée libérale, en particulier celle que porte le contractualisme des Lumières, et de l'histoire des idées politiques, notamment, doit faire le pont théorique entre le postulat tiré de la nécessité de résoudre le conflit originel et l'énoncé juridique libéral contenu dans la norme fondamentale de l'ordre juridique²⁴⁵. Cependant, nous nous prévalons d'aucun courant doctrinal *a priori*, si ce n'est une hypothèse de départ, intuitive, de la possibilité d'une relation singulière entre les droits fondamentaux et l'intérêt général. C'est l'étude à venir qui doit révéler, *a posteriori*, le rattachement éventuel à tel ou tel courant de pensée, et non un courant *a priori* qui doit « lier » notre réflexion.

66. Dès lors, et ceci étant dit, la caractérisation de la relation intérêt général et droits fondamentaux, en aval cette fois, ne peut se faire qu'en envisageant, dans la mesure du possible, l'ensemble du droit, dans son évolution et dans sa positivité. Si cette étude s'inscrit dans les défis que doit relever le droit public²⁴⁶, il ne faudrait pas, pour espérer édifier une théorie générale des droits fondamentaux, refuser, là où ce sera nécessaire et utile, quelques incursions en droit privé²⁴⁷, et en particulier en droit pénal²⁴⁸. Car la notion d'intérêt général n'est pas la propriété exclusive du droit public – ou bien le droit public est propriétaire du droit privé... – « parce que le droit public n'a pas le monopole du service de l'intérêt général »²⁴⁹. « Il apparaît évident, en effet, que toutes les règles de droit, parce qu'elles ont pour finalité d'organiser la société, tendent, notamment par une recherche de ce qui lui est *utile* à la sauvegarde de l'intérêt social » (italique dans le texte)²⁵⁰. La notion d'intérêt général transcendant le droit public, se diffuse aussi, aujourd'hui, à travers l'ensemble du Droit. « Il est bien

²⁴⁵ Quant à cette nécessité et les limites de l'exercice, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 105 : nous faisons un parallèle entre les droits et libertés et l'idée de dignité ou d'égalité dont le professeur Peces-Barba rappelle qu'elle existait depuis l'Antiquité mais qu'elle a connu, depuis lors, des mutations. « Ce sont les critères d'appréhension du monde, écrit-il, qui, à partir de la Renaissance, vont expliquer ce terme aussi bien dans ses dimensions politiques, juridiques qu'économiques, sociales et culturelles. Les différents facteurs vont se rencontrer et s'influencer mutuellement dans une sorte de *processus catalyseur qui va brasser, mélanger les éléments* médiévaux avec les éléments nouveaux » (nous soulignons). Or s'il apparaît aisé de décrire ce que telle ou telle doctrine a globalement apporté à la réflexion sur les droits fondamentaux en reprenant à notre compte les idées communément admises, en revanche, apprécier cet apport et le situer avec exactitude l'est certainement moins. Dès le départ, souligne M. Peces-Barba, « nous analysons un phénomène social qui, dans chaque cas, est ouvert aux autres influences, dans une chaîne complexe de causes, d'effets et d'imputations de sens » (p. 107).

²⁴⁶ C'est le « défi » qui attend le Conseil d'État déclarait le Président Genevois : « le défi majeur est celui de la préservation des valeurs défendues par le Conseil d'État (garantie de l'intérêt général, protection des libertés) au sein d'un univers juridique multipolaire ». Propos rapporté dans P. DELVOLLE, F. MODERNE, « Hommage au Président Genevois, Entretien avec le Président Genevois », *RFDA* 2007, p. 1-5, spéc. p. 5.

²⁴⁷ Démontrant ce qu'il y a d'excessif à vouloir obstinément considérer le droit privé comme étranger à l'intérêt général, voir G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., p. 180-188. En particulier, le développement sur « la fonction sociale des droits » (p. 182-188). Voir aussi, H. ROUSSILLON, « Préface », in X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. XIII : « Il est clair qu'aujourd'hui la distinction droit public-droit privé a quelque chose d'obsolète dans la réalité de la vie juridique et donc fatalement dans la recherche en ce domaine (...) ». Pareillement, sous l'angle des droits fondamentaux, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 193 : « La fondamentalité d'un droit est perçue comme une invite à dépasser les clivages du public et du privé. La transversalité s'affirme comme la marque des droits fondamentaux ».

²⁴⁸ Sur cette liaison intime en droits fondamentaux et droit pénal, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 340-342.

²⁴⁹ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 31.

²⁵⁰ J.-L. AUBERT, op. cit., p. 34.

certain qu'à l'âge républicain, la puissance de l'État n'a de sens que par rapport aux fins qu'elle poursuit et que ces fins ne peuvent pas être autre chose que l'intérêt de tous, l'intérêt général »²⁵¹. Aussi dépasse-t-elle le seul droit public interne.

67. Outre le droit européen de la Convention et le droit de l'Union européenne, le droit international général devra également être sollicité. C'est la condition incontournable pour systématiser les rapprochements entre l'intérêt général et les droits fondamentaux²⁵². La contrepartie de cette approche globale est que notre réflexion n'a pas pour objet de rendre compte avec une précision complète de l'état du droit positif. « Les conflits entre libertés sont innombrables. On ne saurait appréhender leur diversité »²⁵³. La question est de trouver les grandes lignes du droit positif français et non d'examiner, dans le détail, les modes de résolution des conflits. Dans la constitution de cette géode normative, en lieu et place d'une actualité du droit positif, nous envisageons la relation en de multiples parcelles que nous essaierons de rapprocher pour restituer une représentation plus ou moins fidèle de la réalité du droit français contemporain. Des scories seront inévitables dans le tableau que nous nous apprêtons à dessiner. Mais l'objectif n'est pas de fournir une représentation exacte des normes en s'essayant à la plus haute résolution possible dans la pixellisation de la photographie. Au contraire, tel un peintre oscillant entre impressionnisme et expressionnisme, nous voudrions suggérer une « nouvelle objectivité » dans l'approche de la liberté à travers la relation intérêt général et droits fondamentaux²⁵⁴. Car, en dépit des désaccords sur ce que recouvre ou devrait recouvrir le concept de droits fondamentaux, tous s'accordent à lui reconnaître qu'il a (ou qu'il devrait avoir) introduit une novation dans notre conception juridique de la liberté²⁵⁵. Nous défendrons la thèse que l'intérêt général ne peut être étranger à cette novation dès lors qu'il peut scientifiquement l'expliquer. Au conflit – liberté du sujet *contre* liberté de tous – succède une tension – liberté du sujet *et* liberté de tous – que matérialise juridiquement la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. La résolution du conflit entre la liberté du sujet et la liberté de tous n'est jamais figée. Pour savoir

²⁵¹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 215. Rappelant la « vocation transversale » de la matière « libertés publiques » qui implique « que toutes les matières puissent fournir des matériaux pertinents, qu'elles ressortissent au droit public ou au droit privé » (cf. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 9).

²⁵² Ce que relève Guylain Clamour de la notion d'intérêt général : « Quittant les seules terres du droit public où elle avait déjà conquis le droit constitutionnel au-delà du droit administratif, elle se déploie remarquablement en droit communautaire et tend à devenir une nouvelle grille d'analyse du droit privé ». Cf. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., p. 18-19.

²⁵³ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 3.

²⁵⁴ Du nom de ce courant artistique né en Allemagne, ce juste milieu entre l'impressionnisme français cherchant une description exacte de la réalité à partir d'une impression mobile et l'expressionnisme allemand qui préfère dénaturer la réalité pour mieux en faire comprendre l'exactitude. Figure de ce mouvement artistique, voir, par exemple, le tableau sur toile saisissant du peintre allemand George Grosz *Caïn ou Hitler en enfer* (1944) reproduit dans l'œuvre collective *Crime & châtiment* sous la direction de Jean CLAIR, Paris, coéditeurs Gallimard et Musée d'Orsay, 2010, p. 27. Dans le détail, la représentation du crime n'est pas picturalement précise. Les couleurs se chevauchent par endroit (le rouge n'est-il pas devenu du noir ?), les formes s'estompent. Mais l'œuvre ne réussit pas moins la prouesse de donner une image exacte de la réalité du crime que l'on comprend immédiatement : la culpabilité d'Adolf Hitler dans la mort de millions de gens.

²⁵⁵ Par exemple, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 45 : « tous s'accordent sur l'idée selon laquelle les droits fondamentaux sont la phase ultime d'un processus qui tire sa source de la moralité ». Nous proposerons, à ce titre, une définition renouvelée des droits fondamentaux, cf. *infra* n^{os} 451-479.

comment se présente cette tension entre intérêt général et droits fondamentaux, nous devons suggérer la problématique suivante : *quelle est l'étendue de la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux ?*

B. – Une réponse dynamique : *de l'intérêt général aux droits fondamentaux à la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général*

68. La relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux repose sur une dynamique liée autant à la notion d'intérêt général elle-même qu'aux droits et libertés. S'agissant de la notion d'intérêt général, en particulier, il a été démontré qu'elle présente une double facette qui lui imprime son caractère mobile : « l'intérêt général apparaît comme le principe essentiel sur lequel reposent l'obéissance des gouvernés et le bien-fondé de l'action de l'État. Partant, il se présente sous une double acception. C'est à la fois une notion politique et une notion juridique »²⁵⁶. Une difficulté supplémentaire tient à ce que ces deux « visages », ou ces deux dimensions, de l'intérêt général ne s'excluent nullement. Il existe plus sûrement trois niveaux d'appréhension : le premier est politique ; le troisième est juridique ; un niveau intermédiaire, compliquant l'examen de l'observateur de la notion, se situe à la charnière entre le politique et le juridique²⁵⁷. Il serait sans doute hasardeux de déclarer avec certitude, lors de l'appréciation du droit positif, que la notion d'intérêt général dont il est question est évoquée dans sa seule dimension politique ou juridique. En revanche, il ne faudra jamais ignorer que la notion d'intérêt général permet de passer subtilement d'un niveau à l'autre et qu'il s'agit là d'une de ses propriétés intrinsèques. Or cette propriété, qui touche à la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux, cette dynamique constante de flux et reflux entre la dimension politique et la dimension juridique, affecte autant l'intérêt général que la liberté comme l'écrit Marie-Pauline Deswarte : « il en est de l'intérêt général comme de la liberté. Ces notions, malgré leur grande abstraction, expriment des réalités apparemment très simples ; néanmoins elles se dérobent à toute prétention de l'intelligence à vouloir les enfermer dans une définition structurée et complète. Le discours juridique, pour sa part, est plus assuré lorsqu'il parle des libertés pour exprimer la liberté, et la diversité des intérêts publics reconnus par le juge relève de la même démarche »²⁵⁸.

69. En effet, si l'on s'interroge sur la question de savoir comment on doit définir la liberté, une première observation de la réalité sensible enseigne que deux mouvements sont à l'œuvre dans toute

²⁵⁶ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 7-8.

²⁵⁷ Sans déflorer le sujet, disons pour illustrer ces « glissements » qu'au moment d'expliquer les fondements du droit positif, la notion d'intérêt général peut être conçue dans sa seule dimension politique. Lorsqu'il s'agira de l'envisager comme un concept source de restrictions aux droits et libertés, l'intérêt général sera en principe examiné pour sa seule dimension juridique. Mais *quid* de l'intérêt général pour comprendre le phénomène constituant dont on sait qu'il se situe à la charnière entre politique et droit ?

²⁵⁸ M.-P. DESWARTÉ, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 26.

définition : le mouvement centripète, d'abord, constitutif d'une exaltation continue des droits fondamentaux qui entraînent leur extension constante. Puis, cette extension sans limite « porte à ébullition » le corps social puisque la détérioration progressive de toutes les bornes posées aux droits fondamentaux provoque leur télescopage inévitable au risque, à terme, de compromettre leur effectivité, et, avec elle, celle de la liberté. D'où, ensuite, un mouvement centrifuge, en réaction et impératif : afin de prévenir les dérives pour les droits fondamentaux, on va venir borner leur définition. *On va donc restreindre la liberté pour la protéger.* Ce mouvement de limitation a pour objectif principal de ramener l'existence des droits fondamentaux dans un cadre acceptable et garantissant à tous les titulaires de droits qu'ils pourront voir leurs droits et libertés garantis. Autrement dit, il faut revenir à un seuil, qu'il conviendra de déterminer, où les droits fondamentaux existent harmonieusement. Mais il ne faut pas aller en-deçà car, sous prétexte de borner la liberté, on tend de nouveau à la nier. Le sens de cette analyse dynamique vise par conséquent à démontrer ce caractère symbiotique de la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux, dès lors que le premier préside à la reconnaissance d'une théorie générale au profit des seconds.

70. Pour mettre en relief cette relation symbiotique, il est possible par conséquent de structurer autant que possible la dynamique à l'œuvre en dessinant les deux visages de cette relation²⁵⁹. Le premier constitue une analyse politique d'un processus juridiquement nécessaire à la définition des droits fondamentaux. Le second visage se reflète dans l'analyse juridique du choix fondamentalement politique arrêté. Cette première phase est donc celle du cheminement de l'intérêt général vers les droits fondamentaux ; c'est une conception délibérée de leur relation conditionnant la faisabilité d'une théorie générale des droits fondamentaux. *Politiquement*, y a-t-il adéquation entre le projet politique énoncé et la juridicisation de la liberté ? La seconde étape est celle de la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général, seule issue possible à la mise en œuvre juridique du projet politique de définition de la liberté ; c'est alors une construction établie de la relation intérêt général et droits fondamentaux dont l'examen doit permettre de vérifier la réalité d'une théorie générale des droits fondamentaux. *Juridiquement*, y a-t-il adéquation entre la juridicisation de la liberté et la fin politique

²⁵⁹ La compréhension du concept de droit fondamental repose, du reste, sur ce dépassement selon M. Picard : « C'est qu'en effet il faut simplement inverser toute la perspective : ce n'est pas tant le droit formel qui produit les droits fondamentaux ; ce sont bien plutôt les droits fondamentaux qui saisissent le droit et le charpentent en sa structure générale (...) ». Cf. É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 8. Quant à l'intérêt général, il obéit semble-t-il aux mêmes présupposés, voir G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », préc., spéc. introduction : « l'intérêt général se révèle comme une notion ambivalente, appelée à saisir à la fois la politique et le droit ». Pour une démarche comparable, dont la synthèse introductive nous apparaît tout à fait éclairante pour la suite de cette étude, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 197 : 1. « La liberté sociale, politique et juridique provient du monde moral ; elle est une exigence du plein développement de la dignité, entendue comme liberté ou autonomie morale » (*la naissance du conflit de libertés*) ; 2. « La prise de conscience du besoin de transférer cette réflexion morale à l'action dans la société et dans l'État, transforme la liberté sociale, politique et juridique en une valeur assumée par des conceptions déterminées du pouvoir » (*la nécessité de résoudre le conflit de libertés*) ; 3. « Au moment où nous réfléchissons sur les moyens et les fins de la réalisation de la valeur politique "liberté" dans la société, nous devons recourir au Droit comme forme d'organisation sociale efficace et contraignante » (*la résolution du conflit de libertés par le droit*).

déterminée dans le projet politique initial ? Dans un cas comme dans l'autre, le Droit est sondé puisque c'est vers lui que l'on se tourne pour définir la liberté, c'est-à-dire la restreindre pour la protéger, soit qu'il soit « spectateur » de la relation – la politique saisissant le droit (1.) –, soit qu'il en soit « acteur » – le droit saisissant la politique (2.).

1. – La politique saisit le droit :

71. Énoncer que la politique saisit le droit renvoie au cheminement que l'on suivra et qui conduit, à travers la création du droit, *l'intérêt général aux droits fondamentaux*. Dans cette relation conçue pour répondre au but politique, celui de faire exister juridiquement la liberté, l'intérêt général signifie *politiquement* restreindre pour protéger. Dans ce premier mouvement du balancier, l'intérêt général est « acteur » de la définition des droits fondamentaux. Sa signification politique détermine l'étendue du pouvoir du Droit sur la liberté. L'examen portera sur la relation *essentielle* entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. Cette première phase constitue, si l'on nous autorise ce néologisme, l'« intérêt généralisation » du droit pour définir la liberté. Cette « intérêt généralisation » tend à établir la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. En effet, l'intérêt général est la source du système de *droit libéral*²⁶⁰ et, en cela, il est à l'origine des droits fondamentaux.

2. – Le droit saisit la politique :

72. Affirmer que le droit saisit la politique annonce l'examen de la réalisation effective par le droit positif français de la définition juridique des droits fondamentaux²⁶¹. Désormais, dans une relation construite pour répondre à un but juridique, l'intérêt général signifie *juridiquement* restreindre pour protéger. Dans ce second mouvement du balancier, il s'agit d'effectuer *une conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général*. L'intérêt général est « spectateur » de sa juridicisation. L'examen portera, par conséquent, sur la relation *existentielle* entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. Le processus de conciliation relève des normes et du juge.

²⁶⁰ On peut entendre l'expression de *droit libéral* comme renvoyant à une norme première qui assume le choix politique de mettre en œuvre la liberté au sens du libéralisme politique, peu important – à ce stade de la réflexion – les voies prises pour y parvenir. Sur ce point, A. LAQUIEZE, « Libérales (Les doctrines – classiques et les droits de l'homme, 1789-1914), in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., 613-619.

²⁶¹ Il ne s'agira pas tant de montrer que le droit français y parvient systématiquement mais de vérifier, à l'aune du choix acté au terme de la première partie (intérêt général et droits fondamentaux au service de l'effectivité de la liberté par le droit), si le droit français tente de réaliser la mise en œuvre du projet qu'il s'est fixé comme fondement à son existence (nécessairement politique). Le droit français est-il un droit construit et pensé pour correspondre à ce qu'il affirme au sommet (ou au fondement) comme étant son objectif premier, exprimé notamment par la Déclaration des droits de 1789, « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » bref, la liberté ? Il n'est pas possible de vérifier si tous les actes juridiques et faits juridiques atteignent l'objectif de réalisation du projet politique affiché. Il paraît peu probable que cela se puisse. En revanche, examiner si l'organisation juridique actuelle de la France permet dans sa généralité d'empêcher des actes contraires à la liberté effective est l'objectif de notre démarche. On décortique l'ordonnancement juridique construit pour savoir s'il conduit à la réalisation de ce projet politique.

73. *Restreindre pour protéger*, tel est l'objectif politique et juridique, préparatoire à notre étude, que nous assignons à l'intérêt général en relation avec les droits fondamentaux. Cet objectif n'en demeure pas moins intrinsèquement incertain quel que soit l'angle d'analyse choisi. Jusqu'où restreindre signifie-t-il essentiellement protéger ? Jusqu'où la protection de la liberté peut-elle appeler existentiellement sa restriction ? C'est à ces deux interrogations cruciales que nous tenterons, successivement, de répondre pour mesurer la faisabilité de cet objectif.

PREMIERE PARTIE :

De l'intérêt général aux droits fondamentaux

SECONDE PARTIE :

De la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général

PREMIERE PARTIE

DE L'INTERET GENERAL

AUX DROITS FONDAMENTAUX

74. De l'intérêt général aux droits fondamentaux : nous sommes conduit à apprécier le cheminement suivi par la notion d'intérêt général pour définir, à terme, et de façon nécessaire¹, les droits fondamentaux. Nous supposons que, sans l'intérêt général, nul droit fondamental ne pourrait exister juridiquement. « Les droits en général – fondamentaux ou non – sont toujours essentiellement relatifs en ce qu'ils s'inscrivent nécessairement en une série de relations : ce sont déjà ces relations qui les constituent précisément comme droits ; et c'est cette texture plurirelationnelle des droits qui produit leur relativité (...) »². Alors, et traduisant leur relativité essentielle, l'intérêt général devient incontournable. Cependant, dire de la notion d'intérêt général qu'elle est nécessaire aux droits fondamentaux, ce n'est pas non plus décrire immédiatement une réalité scientifique. Ce n'est pas emprunter à la nécessité que nous connaissons des lois de la nature. Les « lois du droit ne peuvent intervenir, précisément, que là où il n'y a pas de nécessité, mais une liberté. Car, s'il y avait une nécessité, leur intervention n'aurait aucun objet, ni aucune raison d'être : le ministre de l'agriculture ne prescrit pas aux abeilles de quitter la ruche, dès le lever du soleil et jusqu'à la tombée de la nuit, pour aller recueillir le pollen des fleurs : le droit ne prescrit pas ce qui est nécessaire, car ce serait vain ; il ne peut pas prescrire non plus ce qui serait impossible, car il ne serait pas obéi ; de même, il ne peut pas prescrire ce qui serait absurde, car il perdrait, en plus de son sens, tout crédit : il ne prescrit pas que le soleil se lève à l'heure – car il se lèvera de toute façon à l'heure ; et il ne prescrit pas qu'il se couche plus tard que prévu – car il n'en fera rien »³. On ne verrait l'origine profonde de l'affirmation d'une restriction au nom d'un but déclaré d'intérêt général qu'à la condition de caractériser les fondements politiques sur lesquels repose une telle proposition. Il faut donc revenir aux sources de la résolution du conflit. Il faut, indiquait Cesare Beccaria, se débarrasser d'un certain

¹ Aux multiples significations de ce vocable, nous nous prévalons de sa signification logique telle qu'énoncée par *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1678 : « Qui ne peut pas ne pas être, qui est de la nature ou qui est de l'effet d'un lien logique, causal ».

² É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 27.

³ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 133-134.

angélisme pour retrouver l'origine profonde de notre ralliement à l'idée, *prima facie* impensable, d'une liberté contrariée. « Il n'est personne, écrit-il, qui ait fait don spontanément d'une partie de sa propre liberté en vue du bien public ; cette chimère n'existe que dans les romans (...) »⁴. Pourtant, l'idée d'intérêt général a toujours été posée.

75. François Rangeon énonce la consubstantialité de l'intérêt général à toute organisation sociale qui, par le verbe, cherche à se structurer : « Concernant l'idée d'intérêt général, c'est un truisme de dire qu'elle n'est pas nouvelle. Elle imprègne effectivement le discours politique et juridique depuis ses origines. Les textes de l'Antiquité qui nous sont parvenus en font foi ; dès que la politique a été perçue comme un discours, c'est-à-dire dès que les individus vivant en communauté ont cherché à expliquer et légitimer leur mode d'organisation politique, le thème de l'intérêt général a été présent »⁵. Pourquoi, dans ce cas, recourir à l'intérêt général alors même qu'il pourrait contrarier, depuis toujours, la liberté ? Parce que l'intérêt général « implique d'abord la possibilité de surmonter les antagonismes sociaux et de dégager un intérêt commun à l'ensemble des participants : ce qui unit les membres est plus fort que ce qui les oppose ; leur appartenance à une même communauté sur-détermine leur identité singulière. Les intérêts particuliers vont être rendus compatibles et harmonisés par l'intervention d'une instance de totalisation qui est chargée d'opérer la synthèse des volontés individuelles, de rassembler les points de vue disparates en un projet cohérent, de ramener les éléments atomisés et soumis à l'attraction centrifuge dans les limites de l'ordre établi »⁶. Fabienne Kauff-Gazin a emprunté la voie à suivre : ne pas sur-déterminer les scories de la réalité et entreprendre l'examen de la notion d'intérêt général à partir de ce qu'elle est⁷. Il faut « s'affranchir de toute conception figée de l'intérêt général (...) »⁸.

76. La liberté induit sa restriction immédiate ; l'intérêt général formalise cette restriction. L'une et l'autre se mêlent étroitement dans un rapport à la fois politique et juridique. C'est cette première phase qu'il faut examiner. La liberté juridiquement définie requiert un système de droit libéral. L'intérêt général concentre l'effort de systématisation des sources de ce système de droit. L'intérêt général peut être conçu comme la source du système de droit libéral (Titre I^{er}). Ce préalable établi, nous pourrions démontrer que l'intérêt général est à l'origine des droits fondamentaux (Titre II).

⁴ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 36.

⁵ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 11.

⁶ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, C.U.R.A.P.P., PUF, 1978, p. 11-45, spéc. p. 12-13.

⁷ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 58 et s.

⁸ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 58.

Titre I^{er} : L'intérêt général, source du système de droit libéral :

77. Si l'intérêt général participe à la définition des droits fondamentaux en tant qu'il constitue la notion institutrice des restrictions aux droits et libertés, son rôle ne saurait être pleinement compris qu'à travers l'examen de ces deux facettes. La première facette de l'intérêt général est d'être une notion politique et, dans cette mesure, elle a vocation à structurer le projet juridique libéral dont l'objet est de définir la liberté. La maturation politique d'une notion d'intérêt général destinée à définir nos droits fondamentaux ne va donc pas de soi. Mais elle s'inscrit dans l'ordre du possible : celui de la liberté. « L'être des choses lui [au droit] impose des conditions et des limites quant à son action : la condition est que l'objet de la loi juridique doit s'inscrire dans les lieux de l'être où la liberté peut s'exercer, car la nécessité n'y règne pas, tandis que ses limites tiennent à cela que, dans ces lieux, il ne peut pas imposer ce qui resterait nécessaire, s'avérerait en fait impossible ou se révélerait absurde »¹. C'est ici que nous pouvons intercaler la notion d'intérêt général. Cette consubstantialité politique de l'intérêt général à la liberté est intégrée dans le fond de notre droit. Cette seconde facette de l'intérêt général, juridique, lui donne sa vocation constituante du système de droit libéral, dont il faut préciser le sens dès maintenant.

78. Il y a *système de droit*² lorsque la production de la règle de droit est systématisée. Dans la conception traditionnelle, que nous retiendrons sur un plan pratique, la systématisation des normes est concrétisée par la circularité du processus de droit : « élaboration des normes, exécution de celles-ci par les autorités publiques, application des normes à la suite des recours particuliers, constructions doctrinales, puis élaboration de normes nouvelles »³. Le principe unique, s'il fallait en désigner un, est bien évidemment la réalisation de la liberté⁴. Cette systématisation est aussi théorisée par Kant :

¹ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 134.

² Nous entendons le vocable système en tant qu'il est un « ensemble possédant une structure constituant un tout organique » (*Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 2489). Le système de droit sera donc cet ensemble de normes (ordre juridique) reposant sur une norme initiale (incluse dans le pacte social libéral) dont l'État (au sens où il est une structure) assure le fonctionnement général. Attendu que pour qualifier le système de *droit*, nous nous référons aussi à la définition du droit « comme ensemble structuré de normes » « hiérarchisées » énoncée par Éric Millard : « le droit d'une théorie générale du droit est un ensemble de prescriptions qui exprime des valeurs (...). Parler d'un ensemble signifie que ces normes sont dans un rapport les unes aux autres : qu'elles constituent une unité ». Cf. É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 23. Et de conclure : « Un ensemble structuré de normes constitue un ordre juridique ou un système juridique » (p. 24). On notera, cependant, que si l'auteur ne sollicite pas le concept d'État *expressis verbis* pour définir le système de droit, il apparaît sans dénaturer son argumentaire, malgré cela, que l'idée n'est pas foncièrement absente : « le droit positif (...) comme un ensemble structuré de normes énoncées par une autorité humaine et appuyé par une force physique (...) » (p. 46). Sur la notion de système de droit, voir également : F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 50-52 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 223-224 (pour qui le système de droit peut, en dernier recours, être supposé logiquement).

³ F. TERRE, op. cit., p. 51.

⁴ Voir F. TERRE, op. cit., p. 50 citant le philosophe français Condillac (XVIII^{ème} siècle) : « un système n'est autre chose que la disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes ».

« L'ensemble des lois qui ont besoin d'une proclamation universelle pour produire un état juridique constitue le *droit public*. Celui-ci est donc un système de lois destiné à un peuple, c'est-à-dire à une multiplicité d'hommes, ou à une multiplicité de peuples, qui, se trouvant en des relations d'influence réciproque les uns vis-à-vis des autres, ont besoin de l'état juridique, sous une volonté qui les unifie, autrement dit d'une *constitution (constitutio)*, pour recevoir leur part de ce qui est de droit. Cet état où les individus, au sein du peuple, sont en relation les uns avec les autres, s'appelle l'*état civil (status civilis)*, et leur tout, par rapport à ses propres membres, se nomme l'*État (civitas)*, lequel, par considération de sa forme, en tant qu'il a pour lien l'intérêt commun de tous à être dans l'état juridique, est désigné comme la *chose publique (...)* » (italique dans le texte)⁵. La liaison est ici particulièrement condensée mais demeure perceptible. Une « multiplicité d'hommes » (les signataires du pacte social) conclut le pacte (matérialisé par la « volonté qui les unifie »), lequel pacte produit l'ordre juridique (la norme initiale, la « constitution »). Puis, par la règle de droit ainsi posée, est fondé l'État chargé de faire vivre le système de droit (« l'état civil ») par la production de règles de droit public subséquentes (« l'ensemble des lois ») dont l'objet est de poursuivre l'intérêt général (« la chose publique »). La notion d'intérêt général, étant à la fois le fondement et la fin de l'état civil, permet de rendre compte du caractère systémique de l'ordre juridique produit par le pacte social libéral. S'il faut supposer une cohérence au système de droit libéral, elle tient à ce qu'il est nécessairement construit autour d'une seule finalité : définir juridiquement les droits et libertés⁶. L'intérêt général a une double vocation, du point de vue du système de droit, puisqu'il tend à le structurer politiquement (Chapitre I^{er}) et à le constituer juridiquement (Chapitre II).

mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premières. Celles qui rendent raison des autres s'appellent principes ; et le système est d'autant plus parfait que les principes sont en plus petit nombre ; il est même à souhaiter qu'on les réduise à un seul ».

⁵ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 125 § 43.

⁶ Cette approche systématique est développée par Sieyès : « Jamais on ne comprendra le mécanisme social, si l'on ne prend le parti d'analyser une société comme une machine ordinaire, d'en considérer séparément chaque partie et de les rejoindre ensuite en esprit toutes l'une après l'autre, afin d'en saisir les accords et d'entendre l'harmonie générale qui doit en résulter » (Cf. E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, préface de Jean-Denis BREDIN, Flammarion, coll. Champs classiques, 1988, p. 123). On la retrouvera aussi chez Rawls dans des termes assez voisins : « L'objet premier auquel s'appliquent les principes de la justice sociale est la structure de base de la société, c'est-à-dire l'organisation des institutions sociales majeures en un seul système de coopération. Nous avons vu que ces principes doivent commander l'attribution des droits et des devoirs à l'intérieur de ces mêmes institutions et déterminer la répartition adéquate des avantages et des charges de la vie sociale ». Cf. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 85 et s., spéc. p. 85. Or, ajoute-t-il, l'instauration de ce système (quelles que soient les dénominations retenues) est incontournable pour mettre en œuvre les conséquences du pacte : « Il est évident qu'il nous faut un système quelconque pour simplifier l'application des deux principes de la justice » (p. 231).

Chapitre I^{er} : La vocation structurante de l'intérêt général :

79. Le Droit n'éclot pas *ex nihilo*. L'intérêt général le justifie et l'explicite. Il exprime – en signifiant restreindre pour protéger – la sortie de l'état de nature par le droit. Mais l'intérêt général ne peut le faire seul sans demeurer une pétition de principe. C'est la raison pour laquelle nous devons associer la notion d'intérêt général à la pensée libérale en sollicitant autant l'histoire des idées politiques que la philosophie politique, spécialement les théories du contrat social¹. Ce lien est incontournable. L'homme est déterminé à s'unir. La *Philosophie du droit* de Hegel avait bien résumé le phénomène, selon Paul Ricœur : « L'exemple juridique du contrat (...) montre excellemment que la liberté arbitraire devient liberté sensée lorsque deux vouloirs, s'affrontant à propos des choses, par exemple pour se les approprier, échangent leurs positions, se reconnaissent mutuellement et engendrent un vouloir commun ; en s'engageant ainsi l'une par rapport à l'autre, les deux volontés se lient et ainsi deviennent libres, en un sens nouveau, qui n'est plus le pouvoir de faire n'importe quoi, mais le pouvoir de se rendre indépendant de ses propres désirs et de reconnaître une norme »². La protection de sa liberté exige, empiriquement et rationnellement, que l'homme s'unisse à d'autres pour mettre en place une systématique de la liberté. À défaut, la liberté n'est jamais une réalité. La pensée libérale révèle la nécessité pour l'homme de s'unir, d'une manière ou d'une autre, et de créer la protection de sa liberté en recourant à la règle de droit. Dans cette mesure, l'intérêt général justifie l'existence du système de droit libéral (Section 1^{ère}) et permet à ce dernier d'énoncer le contenu libéral de l'intérêt général (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : La justification du système de droit libéral par l'intérêt général :

80. Expression de la résolution politique du conflit originel, l'intérêt général sert d'abord le discours que nous portons sur les droits de l'Homme. La notion d'intérêt général constitue, avec la

¹ Nous ne ferons pas de distinctions sémantiques entre *contrat*, *pacte* ou encore *convention* lorsqu'il s'agira d'évoquer l'existence d'un pacte social libéral du point de vue de la pensée politique, ce qui ne signifie pas qu'il n'y en ait aucune. Ainsi, dans le *Léviathan*, Hobbes ne fait mention expresse du terme « pacte », sauf erreur de lecture, que pour qualifier la convention particulière qui lie Dieu au peuple d'Israël (Cf. T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 587 et p. 960). En revanche, de notre point de vue, il faudra nous résoudre à trancher, ne serait-ce que dans une perspective de clarté, en faveur d'une option terminologique. Bien que nous ne nous en expliquerons qu'ultérieurement (cf. *infra* n^{os} 101-102), nous optons pour le vocable *pacte* lorsqu'il est question de formaliser le contractualisme à l'origine de la liberté dans le cadre bien délimité de cette étude. Nous indiquons d'ores et déjà que le vocable *convention* est apparu trop extensif (compte tenu de sa généralité) pour restituer l'idée et le contexte de l'engagement contractuel à venir (voir, en ce sens, les définitions et l'origine latine exposées dans *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, *op. cit.*, p. 534).

² P. RICŒUR, « Liberté », *préc.*, p. 981-982.

liberté, la base dialectique du projet libéral dont le terme est la définition de nos droits fondamentaux. L'intérêt général est le pont argumentatif, ce chaînon manquant, entre l'existence reconnue par tous de la liberté et la nécessité d'y porter une première borne pour qu'elle ne reste pas lettre morte ou qu'elle ne devienne violence. En effet, « la liberté n'est plus seulement actualisée dans des choses, en tant que choses possédées, mais dans des œuvres et dans des actions qui la représentent dans le monde. Par delà la simple intention, la volonté doit passer par l'épreuve du succès et de l'échec et lier son sort à quelque phase de l'histoire. Il n'est pas de projet effectif sans cette épreuve de la réalité, sans ce jugement exercé par les autres hommes, et finalement sans le jugement du "tribunal du monde" »³. Nous entamons alors un « procès » de la notion d'intérêt général en tant qu'elle serait apte à juridiciser la liberté, c'est-à-dire à poursuivre l'objectif de définition juridique de la liberté inscrit dans un projet juridique libéral.

81. De quelle façon procède-t-elle ? La notion d'intérêt général concentre la dialogie qui naît entre ces deux pôles – liberté et restriction – apparemment antithétiques pour révéler la thèse de leur réunion politique indispensable. Cette réconciliation par le droit de la liberté et de sa restriction, justification politique du système de droit libéral, commande d'emprunter à la pensée libérale l'hypothèse d'un pacte social fondateur du droit (§1.) duquel nous pourrions valider la reconnaissance politique du droit libéral (§2.).

§1. – L'hypothèse d'un pacte social libéral fondateur du droit :

82. La formalisation politique de l'arbitrage entre les libertés que porte l'intérêt général requiert, en premier lieu, de souligner la nécessité de poser l'énoncé politique de l'intérêt général (I.). Pour le dire d'une autre façon, la signification postulée de l'intérêt général (restreindre pour protéger) ne peut résulter d'une abstention, d'une action temporaire, ni même du hasard. Il faut aller au-delà des apparences sociales. « Si j'essaye de violer les règles du droit, notait Émile Durkheim, elles réagissent contre moi de manière à empêcher mon acte s'il en est temps, ou à l'annuler et à le rétablir sous sa forme normale s'il est accompli et réparable, ou à me le faire expier s'il ne peut être réparé autrement »⁴. Partout, en effet, l'individu est enserré dans un réseau de règles destinées à interférer dans sa conduite « libre ». Pour la matière répressive, Harald Renout écrit simplement qu'à l'origine « toute société humaine organise les rapports entre ceux qui la composent en fixant des règles »⁵. Que dire en effet de tous ces arrêtés municipaux, avec lesquels nous sommes si familiers, qui limitent nos

³ P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 983.

⁴ É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, op. cit., p. 4.

⁵ H. RENOUT, *Droit pénal général*, Orléans, Éditions Paradigmes, coll. Manuel, 14^{ème} éd., 2009, p. 1.

mouvements ?⁶ Comment justifier l'existence de règles aussi diverses qui ont pour effet de « grignoter » cette liberté ?⁷ « Peut-on dire que certains des usages du concept de liberté sont corrects alors que d'autres constitueraient une déformation ou une corruption ? »⁸. Cette volonté de borner nos libertés apparaît pourtant indispensable et permet de dépasser le paradoxe d'une limitation de la liberté. « En droit positif, autant pour des raisons substantielles que formelles, la liberté ne peut être qu'une universalité ("tout"), seulement négative en son contenu ("tout ce qui ne nuit pas") mais déjà relative en sa portée ("à autrui") »⁹. Mais encore est-il utile de l'expliquer et de souligner que cette limitation doit être construite, bref posée. C'est à cette condition que nous pourrions indiquer, en second lieu, dans quelle mesure on peut engager l'intérêt général, de façon consensuelle, pour arbitrer nos libertés en l'inscrivant dans un pacte social libéral (II.), concept voisin du contrat social, que nous définirons à cette occasion.

I. – La nécessité de poser l'énoncé politique de l'intérêt général :

83. Saint Thomas, par le truchement de la notion de « bien commun », empruntée à l'Église mais renouvelée, introduit conceptuellement la possibilité d'une liaison entre le droit posé par l'homme et les règles socio-morales, religieuses chez cet auteur, pour que nous pensions, désormais, l'intérêt général par le droit. François Rangeon en rend compte dans un passage qu'il faut citer amplement : « Si le bien commun légitime l'action des gouvernants, il fonde par là même le devoir d'obéissance des gouvernés. Le bien commun est le critère de l'obligation légale ; c'est dans la mesure où la loi vise le bien commun qu'elle s'impose à tous. Critère de la politique, le bien commun est aussi le critère du droit. Un pouvoir politique est juste et légitime si les décisions juridiques qu'il prend sont guidées par le souci exclusif du bien commun. Mais en quoi consiste le bien commun ? Notion synthétique, le bien commun assure la liaison entre l'homme et la société, entre la religion et morale d'un côté, la politique et le droit de l'autre »¹⁰. C'est pourquoi, si l'on a admis que seule la règle de droit pouvait

⁶ Par exemple, et à titre très anecdotique, cet arrêté de police du maire de Prény (Moselle) en date du 4 avril 1886 qui dispose : « Les bestiaux, vaches ou chevaux devront être tenus à la longe pour aller à l'abreuvoir (art. 1^{er}) ». « Il est expressément défendu d'y conduire plus de trois bestiaux de large et sous aucun prétexte les poulains ne devront être laissés en liberté » (art. 2). Cf. *Nos Villages lorrains, Revue Trimestrielle de la Maison Pour tous de Pagny-sur-Moselle*, n° 121 – octobre 2010, p. 16.

⁷ On a assisté ainsi au développement d'un droit de l'Animal : J.-P. MARGUENAUD, « Animal (Droits de l') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 43-45.

⁸ M. FREEDEN, « Entre libéralisme et socialisme », préc., p. 45. Rien n'est moins évident comme en atteste l'existence même d'une décision de justice confirmant l'interdiction préfectorale d'organiser une réunion dans un cimetière ! Voir S. BIAGINI-SABLIER, « Conditions d'interdiction d'une réunion par un préfet », note sous TA Marseille, ord., 6 juillet 2005, *Association Adimad*, req. n° 0504219, *AJDA* 2005, p. 2012-2014.

⁹ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 30.

¹⁰ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 68. « Le bien commun résume l'ensemble des finalités du droit et de la politique en associant le respect de la personne humaine et les exigences de l'activité sociale » (p. 70).

restreindre la liberté¹¹, alors il est devenu indispensable de (re)construire les bases politiques de tout le système normatif, c'est-à-dire de fixer sa matrice¹².

84. La pression est forte en faveur de l'idée qu'il faut *poser* le droit ou, plus vraisemblablement, qu'il faut poser un droit « qui est imposé à l'esprit par l'expérience »¹³. C'est le préalable indispensable à l'identification d'une méthode nouvelle de définition de la liberté¹⁴. Les limites à la liberté humaine sont incertaines voire inconnues de l'homme tant qu'aucune règle les identifiant n'a été posée selon Hobbes : « Les désirs et les autres passions humaines ne sont pas en eux-mêmes des péchés. Pas plus que ne le sont les actions engendrées par les passions, pour autant qu'il n'y a pas de loi faisant savoir qu'il est interdit de les accomplir. Tant que les lois n'ont pas été faites, on ne peut les connaître, et aucune loi ne peut être faite tant qu'on ne s'est pas mis d'accord sur la personne qui la fera »¹⁵. Ainsi que le relève plus tard Rousseau, une seule solution s'offre aux hommes pour borner, dans les critères impliqués par la vraie liberté, la liberté humaine : « Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes »¹⁶. Le conflit originel, s'il n'est pas résolu juridiquement, met l'homme, si l'on ose écrire, au pied du mur : « Je suppose les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature, l'emportent par leur résistance sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister, et le genre humain périrait s'il ne changeait sa manière d'être »¹⁷. Là encore, si les présupposés rousseauistes sont assez différents de ceux de Hobbes¹⁸, l'un

¹¹ Au point même de pouvoir dire, avec Victor Daudet et Jeanne Navarre-Brager, qu'il s'agit somme toute de « schémas habituels » selon lesquels « le Droit trouve son origine dans la volonté de répondre, de réguler, voire d'éradiquer les conflits, en substituant à eux des rapports juridiques arbitrés par la loi ». Cf. V. DAUDET, J. NAVARRE-BRAGER, « Le droit, source de conflits », préc., p. 21.

¹² Conférant, à point nommé, à la Déclaration des droits de 1789 un « caractère matriciel », F. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, op. cit., p. 25.

¹³ C'est l'acception philosophique du terme « positif » que donne *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1973.

¹⁴ La racine grecque *hodos* (voie) du vocable *methodos* (méthode) traduit le point de départ de la « voie » à suivre pour définir la liberté. Sur cette précision lexicale, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1586.

¹⁵ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 226. À noter le libéralisme dont fait preuve Hobbes puisqu'il indique, au détour de cette assertion, l'étendue future de la règle de droit : si la loi ne se prononce pas sur une action engendrée par les passions, alors cette action ne peut être *a priori* interdite.

¹⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 50.

¹⁷ J.-J. ROUSSEAU, op. cit., p. 55. Notons, toutefois, la précaution de Bruno Bernardi dans sa note, in J.-J. ROUSSEAU, op. cit., p. 195-196, note 43, quant à la situation exacte de l'homme dans l'état de nature rousseauiste. S'agit-il d'un état de guerre (hobbesien) ? « Il s'agit beaucoup plus généralement de l'ensemble des modifications, produites par la perfectibilité humaine et toute une série de causes contingentes, qui ont dénaturé la condition originelle de l'homme. L'excitation des passions, le développement des besoins y occupent une place prépondérante ». Et le commentateur du *Contrat social* d'ajouter : « En surdéterminant par référence à l'état de guerre, absente du texte même, la formation du pacte social, on s'expose à en gauchir la compréhension » (p. 196). Sans doute est-ce lorsque les hommes « sont las d'endurer des maux parvenus à leur comble, qu'ils se décident à remédier aux désordres qui les accablent » ? Cf. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 29. C'est une interprétation semblable que retient M. Rangeon de ces prémisses des Lumières : « Partageant la même condition humaine, les hommes sont condamnés à s'entendre » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 107).

¹⁸ Aussi profondément que l'on puisse descendre pour atteindre l'état originel de l'Homme de l'état de nature, tout porte à croire, ce que met particulièrement en lumière Martine Pécharman, que l'état de nature rousseauiste, tel l'Éden, est un état de plénitude qui va, semble-t-il, au-delà de la paix. On pourrait d'ailleurs se demander (révélant une fois encore toute la

et l'autre arrivent à la même conclusion : la nécessité de conclure un accord. Cette conclusion est probablement partagée comme en atteste l'admission par Kant de la nécessité de *régler* la liberté : « En conséquence, la première chose à laquelle l'homme se trouve obligé de se résoudre s'il ne veut pas renoncer à tous les concepts du droit est constituée par ce principe : il faut sortir de l'état de nature, où chacun n'en fait qu'à sa tête et s'unir à tous les autres (avec lesquels il ne peut éviter de s'engager dans des relations réciproques), pour se soumettre à la contrainte publique de lois extérieures – autrement dit : il faut entrer dans un état où soit défini *légalement* pour chacun ce qu'il doit reconnaître pour sien et où il obtienne ce qui lui revient grâce à une *puissance* suffisamment forte (qui n'est pas la sienne, mais une puissance extérieure), bref : il doit avant tout entrer dans un état civil » (italique dans le texte)¹⁹. Enfin, à l'objection tirée de ce que l'homme pourrait renoncer, par cette convention à venir, à sa propre liberté, nous répondons en faisant nôtre la mise en relief par Rousseau d'une contradiction que ce cas de figure soulève : la contradiction irréductible entre l'acte de volonté (la convention) et l'acte de soumission (le renoncement à sa propre liberté)²⁰.

85. En prolongeant cette réflexion, il ne fait guère de doute que la doctrine rousseauiste a joué un rôle capital dans le long processus de réappropriation de la règle de droit en vue de restreindre la liberté. « Pas question, cependant d'accepter le fait accompli et de baisser les bras. Le Genevois estime possible de retrouver la liberté et le bonheur. Certes, l'humanité s'étant civilisée, il ne lui est plus possible de retrouver l'état de solitude originel, ni même l'époque de la "jeunesse du monde". En revanche, rien ne lui interdit de se procurer une liberté d'un genre nouveau, en prenant conscience du contrat social qui est à l'origine de toute société authentique »²¹. Il faut donc inventer sur d'autres bases les modalités possibles de résolution du conflit originel. Des solidarités négatives que les hommes vont dépasser se dessinent peu à peu des solidarités positives : « Les divergences, et éventuellement les contradictions, qui surgissent entre les individus et les groupes sont présentées comme non-antagoniques, mais susceptibles au contraire d'être aplanies et dépassées dans le cadre d'un projet collectif »²².

86. La résolution du conflit originel suppose donc, immanquablement, de créer un mécanisme moderne que l'homme n'a pas trouvé, ni pu atteindre. Sauf à entrer dans la controverse sur le point de

difficulté d'interprétation des Lumières) non pas si cet état de nature existe mais si (contre Rousseau lui-même) cet état de nature est un état de liberté tellement le tableau est épuré... Pour les prémisses de cette analyse, M. PECHARMAN, « Droit naturel (Doctrines modernes du) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 317.

¹⁹ E. KANT, *Doctrines du droit*, op. cit., p. 126-127 § 44.

²⁰ Sur ce point, nous renvoyons aux explications éclairantes de l'auteur, J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 50-54.

²¹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 62.

²² J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 15. Précisément, sur l'origine du concept de solidarité et son intégration progressive aux droits fondamentaux, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 236 et s.

savoir si la règle de droit est juridique par nature, c'est-à-dire qu'elle serait substantiellement juridique²³, nous retiendrons que toute *restriction* à la liberté peut procéder de la règle de droit précisément parce que cette dernière n'est pas substantielle mais relationnelle. La règle de droit impose à ses destinataires une prescription sanctionnée par l'exercice d'une contrainte : « Toute règle, morale, religieuse ou autre, peut devenir juridique : il lui suffit, pour cela, d'être rendue obligatoire et sanctionnée par l'État »²⁴. *A fortiori*, on pourra intégrer les bornes à la liberté au sein de la règle de droit, parachevant ainsi la lente transformation des bornes ontologiques ou sociales à la liberté mais aux effets aléatoires en restrictions effectives à la liberté. Enfin, ainsi que le suggère Marie-Pauline Deswarte, depuis la Renaissance, la raison et la morale ayant été reléguées au profit de la volonté individuelle de l'homme, il faut repenser la structuration de l'ordre social. Car les solidarités classiques (organiques du Moyen-âge, de l'Église) ne peuvent plus construire un ordre social, une société²⁵. « Dans de telles conditions, il devenait difficile de penser pouvoir construire un véritable ordre social. Ce dernier ne pouvait qu'être œuvre volontariste, c'est-à-dire résulter d'un pacte où chacun aliénait ses droits à la communauté. Naissait alors une nouvelle volonté, la volonté générale »²⁶. En outre, l'attachement nouveau (et souvent) récent à l'idéal démocratique « impose désormais une explication réaliste et rationnelle du pouvoir, affranchie de toute référence métaphysique. L'origine du pouvoir et des valeurs est immanente à la société »²⁷. « Pour [que l'État à venir] soit perçu comme instrument d'intégration, il faut encore admettre l'existence d'un dénominateur commun entre les participants, qui rende possible l'harmonisation et la conciliation de leurs intérêts »²⁸. Restreindre juridiquement la liberté pour la protéger, tel pourrait être ce dénominateur commun. Cette promesse – « raisonnable »²⁹ – d'un énoncé consensuel de l'intérêt général n'est possible qu'à travers un élargissement maximal des fondations politiques du droit. Elle convoque un accord entre tous, un pacte social libéral.

²³ Sur cette controverse, J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 14.

²⁴ J.-L. AUBERT, op. cit., p. 12.

²⁵ Voir sur ces éléments M.-P. DESWARTE, « Intérêt général, bien commun », préc., p. 1298.

²⁶ M.-P. DESWARTE, préc., p. 1298. C'est, selon cette dernière, cette volonté qui anime les Constituants de 1789.

²⁷ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 252.

²⁸ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 13.

²⁹ En ce sens, l'apport, sur ce point seulement, de l'homme politique Anatole Lucien Prévost-Paradol (1829-1870), dans *La France nouvelle* (1868), qu'évoque, en le citant, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 177 : « c'est "la raison" qui conseille aux individus de "subordonner" l'intérêt particulier à l'intérêt général. Il n'est pas question d'idolâtrie de l'État ou d'adoration de la "chose publique", mais d'un "raisonnement volontaire" permettant aux individus de *comprendre* la nécessité de la suprématie de l'intérêt général » (italique dans le texte).

II. – La promesse d'un énoncé consensuel de l'intérêt général dans un pacte social libéral :

87. Pourquoi l'homme ne s'isolerait-il pas pour définir, seul, sa liberté ? Si l'on exclut Robinson Crusoé vivant seul sur son île déserte, « l'Antiquité en général, Rome en particulier, n'ont cessé de l'affirmer : l'homme est un animal politique (...) »³⁰. C'est l'une des leçons aristotéliennes que nous a léguées le Stagirite d'après qui « l'homme est par nature un être politique »³¹. Animal politique, être social, d'après les travaux du philosophe américain Michael Sandel³², autant d'acceptations qui poussent Bertrand Guillarme à montrer que l'individu ne peut être appréhendé sans son contexte social. « Sandel insiste sur la fragilité de cette vision atomiste du raisonnement pratique : le moi est nécessairement "encombré" (*embedded*), puisqu'il n'est pas possible de se distancer radicalement des pratiques sociales dans lesquelles nous sommes engagés »³³. L'extraire de son milieu, l'atomiser est une analyse simplement théorique. La liberté ne peut être pensée *utilement* (à dessein) que dans le cadre de relations interpersonnelles, c'est-à-dire *a minima* entre deux individus. « Il existe donc un large accord, entre la plupart des libéraux et leurs critiques, autour du rejet d'une vision atomiste du raisonnement pratique : la liberté individuelle, et la délibération qu'elle rend nécessaire pour chacun, possèdent une dimension sociale »³⁴. Y compris lorsque l'on cherche à s'éviter : « deux personnes qui tiennent compte l'une de l'autre pour s'éviter accomplissent déjà un acte social » selon l'apport de la pensée wébérienne³⁵. Toutefois, pour fonder l'existence de la liberté, ils sont nombreux à ne pas nécessairement adhérer aux théories contractualistes du siècle des Lumières³⁶. Mais derrière le refus du contractualisme, exprès ou tacite, résiste incontestablement l'idée de pacte social libéral. Georges Lescuyer, reprenant les doctrines de Grotius, met en exergue l'héritage que le juriste des Provinces Unies laisse aux philosophes des Lumières : « L'obligation contractuelle, qui est l'une des conséquences essentielles de la sociabilité, sert ainsi de fondement à la construction de la société civile »³⁷.

88. Quelle que soit finalement l'expression employée, les relations humaines – cette sociabilité inhérente à l'espèce – supposent des rapports contractuels, des engagements réciproques,

³⁰ J. BOUINEAU, « Antiquité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 49.

³¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, n° 1097, b), cité par F. TERRE, « Le droit et le bonheur », préc., spéc. § I-B.

³² Michael SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982.

³³ B. GUILLARME, « L'individu et le groupe », préc., p. 36.

³⁴ B. GUILLARME, préc., p. 37.

³⁵ Voir N. MARIOT, « Le frisson fait-il la manifestation ? », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 97-109, spéc. p. 99 (évoquant « le caractère intersubjectif de la socialité wébérienne »).

³⁶ Bien qu'il s'agisse pourtant d'une idée saine... En ce sens, E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 206 *appendice* : « L'*Idee* d'une constitution politique en général, qui définisse en même temps pour tout le peuple un commandement absolu de la raison pratique jugeant d'après les concepts du droit, est *sainte* et irrésistible (...) » (italique dans le texte). Voir également, sur l'idée de sainteté du contrat social, J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 59.

³⁷ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 272.

caractéristiques de ce lien social que le sociologue Durkheim a théorisé³⁸. La tension entre la liberté et sa restriction est, selon Giovanni Paoletti, au cœur du lien social durkheimien faisant de cette construction sociologique une base factuelle irremplaçable : « Dans sa forme générale, le lien social pour Durkheim consiste dans la combinaison de deux types de relations entre les individus et la société – l'intégration et la régulation – exprimées statistiquement par deux variables liées mais autonomes. Pour leur définition préliminaire, il suffit de choisir parmi les nombreuses formulations que nous en offre *Le suicide* : l'intégration désigne "la manière dont les individus sont attachés à la société", la régulation "la façon dont elle les réglemente" »³⁹. C'est pourquoi cette proposition très factuelle n'est pas péremptoire. L'intérêt général promeut cette idée de pacte social libéral (A.). Par réflexe, l'intérêt général se trouve contractualisé dans les termes de ce contrat social (B.).

A. – La promotion de l'idée de pacte social libéral par l'intérêt général :

89. « Quelle est l'hypothèse capable de concilier l'imputation de droits originaires aux individus et leur coexistence ? »⁴⁰. Selon nous, un *pacte social libéral*. Quand bien même il serait concevable de fonder la règle de droit sur des considérations différentes du contrat social ou d'un pacte social libéral, il n'est pas excessif de considérer l'existence d'un accord ou d'un consensus pouvant présider à la détermination de ce que sont les bornes aux libertés. Cet accord serait envisageable parce qu'il repose sur la Raison et non plus sur le droit naturel⁴¹. Il y a en effet une relative unanimité en faveur de la construction d'un accord social (1.) aux origines de la liberté contemporaine, justifiant le choix terminologique de *pacte social libéral* (2.).

1. – De l'unanimité en faveur d'un accord social :

90. On peut soutenir en effet que cette idée de pacte social libéral, un accord entre tous, se retrouve dans nombre de théories fondatrices de la règle de droit : l'exigence partagée de la nécessité d'un lien social (a.). Cet attachement partagé à la notion de lien social est révélateur de ce que le recours à la notion de pacte social libéral ne doit pas être exagéré dans ses implications mais cantonné à ce qui est ici déterminant : un étalon pour apprécier le processus de validation théorique des restrictions à la

³⁸ Compte tenu de l'immensité de l'œuvre, nous abordons l'auteur par le prisme de G. PAOLETTI, « La théorie durkheimienne du lien social à l'épreuve de l'éducation morale », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XLII, n° 129, 2004, p. 275-288.

³⁹ G. PAOLETTI, préc., p. 275-276.

⁴⁰ M. PECHARMAN, « Droit naturel (Doctrines modernes du) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 314.

⁴¹ L'apport de Hobbes a été déterminant pour rationaliser le conflit originel. En ce sens, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 87 : « À partir de Hobbes, la conception "moderne" du bien commun reposera au contraire sur l'idée que celui-ci ne va pas de soi, qu'il doit être construit, institué volontairement et rationnellement par les individus. Au bien commun naturel succède alors un bien commun artificiel, œuvre d'un rationalisme politique conquérant (...) ».

liberté. Il raffermirait en outre le principe d'une liberté à construire en tant qu'elle ne peut plus être durablement une réalité naturelle : « dans la ruine de la cosmologie traditionnelle, la liberté se découvre comme ce qui ne peut faire nombre avec la nature, comme exilée de toute nature »⁴². L'effectivité des libertés passe par le réel. Il faut ici se réclamer de cette observation lucide de Rawls quant à toute tentative de théorisation excessivement désincarnée et désolidarisée du réel et souligner la valeur de test à laquelle la notion de pacte doit principalement prétendre : « Aucune société humaine ne peut, bien sûr, être un système de coopération dans lequel les hommes s'engagent, au sens strict, volontairement ; chaque personne se trouve placée dès la naissance dans une position particulière, dans une société particulière, et la nature de cette position affecte matériellement ses perspectives de vie. Cependant, une société qui satisfait les principes de la justice comme équité se rapproche autant que possible d'un système de coopération basé sur la volonté, car elle satisfait les principes mêmes auxquels des personnes libres et égales donneraient leur accord dans des circonstances elles-mêmes équitables »⁴³. On peut voir dans le regard porté sur le *Contrat social* de Rousseau par André Charrak des considérations similaires : « Dans de telles circonstances historiques le *Contrat social* ne fournit pas, comme on l'a cru, le programme d'une réforme radicale, mais l'instrument d'un diagnostic sans complaisance, l'étalon qui permet de mesurer la dégénérescence des gouvernements »⁴⁴. L'idée de pacte assoit en outre une croyance suffisante pour valider le processus de restriction à la liberté (b.).

a) – L'exigence partagée d'un lien social au fondement de la règle de droit :

91. Le contractualisme des Lumières n'est pas la seule source explicative du fondement de la règle de droit. Deux auteurs emblématiques illustrent à la fois le refus d'adhérer à la notion de contrat social issue du siècle des Lumières et le ralliement à une union d'un type particulier certes non formalisée, c'est-à-dire à l'exigence d'un lien social : Wilhelm von Humboldt et Mill. Ajoutons qu'il existe de nombreuses autres explications, « en périphérie », que celles des deux penseurs libéraux que nous mettons ainsi en exergue⁴⁵.

92. Wilhelm von Humboldt, le premier chronologiquement parlant, ne se fait certes pas le laudateur des théories du contrat social mais reconnaît la nécessité qui a toujours animé l'homme de se joindre aux autres. La vocation de l'Homme à s'unir – « l'union des semblables »⁴⁶ – s'observe

⁴² P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 984.

⁴³ J. RAWLS, *Théorie de la justice* op. cit., p. 39.

⁴⁴ A. CHARRAK, « Sous d'autres Lumières », in M. ROVERE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 54-57, spéc. p. 55.

⁴⁵ Avant ceux évoqués plus bas, la théorie de « la chaîne des intérêts », qui permet à Benjamin Constant de concrétiser, par une sorte de réactivation de tous les instants, l'intérêt général, illustre l'importance de cette liaison entre chacun et tous. Voir, sur ce point, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 166-167.

⁴⁶ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 28.

(réalité empirique) et constitue une vérité générale (réalité rationnelle) car elle participe « au progrès du caractère », autrement dit à l'épanouissement de la liberté⁴⁷. Toutefois, le refus du concept de contrat social n'est pas tant un refus de principe qu'une impossibilité de concevoir le pacte social en raison de son impraticabilité. Selon Humboldt, pour qu'il y ait « pacte fondamental », il faut une institution : « Or, remarque-t-il, une institution ne peut avoir de force dans l'État qu'autant qu'elle maintient l'existence et l'autorité de ce pacte »⁴⁸. Cependant, l'auteur joint à cette objection la remarque suivante : « Mais même si le pacte fondamental était respecté de façon précise, et si le contrat passé par l'État était, dans le sens le plus strict du mot, un contrat national, la volonté des individus séparés ne pourrait encore s'exprimer que par la représentation ; et il est tout à fait impossible que le représentant de plusieurs personnes soit un organe absolument fidèle de l'opinion de ses représentés pris isolément. Or, toutes les raisons développées précédemment conduisent à la nécessité que chaque individu donne son accord. Cela exclut la décision à la majorité des voix, et pourtant on n'en peut concevoir une autre pour de telles institutions de l'État ayant un objet qui se rattache au bien positif des citoyens. Il ne reste donc aux dissidents qu'à sortir de la société pour se soustraire à sa juridiction, et pour rendre nulles à leur égard les décisions prises par la majorité. Mais ceci est rendu difficile presque jusqu'à l'impossibilité, si sortir de la société veut dire en même temps sortir de l'État. D'ailleurs, il vaut mieux conclure des contrats isolés pour des raisons déterminées, que d'en conclure de généraux pour les besoins indéterminés de l'avenir. Enfin, même les associations d'hommes libres dans une nation se forment difficilement »⁴⁹. Pour résumer l'argumentation de Humboldt, les hommes doivent s'unir pour construire l'ordre juridique dont ils confieront la charge à l'État. Seul le consentement compte. En revanche, la théorie générale de la liberté peut bien se passer de la conclusion d'un hypothétique pacte social à cet effet. Tout au plus, la théorie du contrat social aurait le mérite de la pédagogie à défaut de fonder l'ordre juridique.

93. Quant à Mill, il semble bien que les théories contractualistes n'aient guère plus de grâce à ses yeux. Le philosophe anglais développe l'idée selon laquelle elles ne sont d'aucune utilité pour expliquer en quoi les hommes sont liés par l'intérêt de la collectivité du seul fait de vivre en collectivité et que, par suite, la conclusion du pacte social n'est nullement requise pour admettre le bien fondé des règles qui seront observées par ses membres. « Bien que la société ne soit pas fondée sur un contrat, et bien qu'il ne serve à rien de l'inventer, pour en déduire les obligations sociales, tous ceux qui reçoivent protection de la société lui sont néanmoins redevables de ce bienfait. Le fait seul de vivre en société impose à chacun une certaine ligne de conduite »⁵⁰. Pourtant, n'est-ce pas de cette

⁴⁷ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 28.

⁴⁸ W. VON HUMBOLDT, op. cit., p. 57.

⁴⁹ *Ibid.* Tout au plus fait-il référence au contractualisme (p. 132) où il est par exemple question de « l'état extra-social » opposé à « l'état social », entendu, chez Humboldt, comme l'état où la puissance étatique existe, c'est-à-dire l'état civil.

⁵⁰ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 176.

« ligne de conduite » qui s'impose du seul fait de vivre en société que procède la règle de droit ?⁵¹ Là encore l'adhésion au corps social, son intégration dans la société implique de restreindre la liberté, c'est-à-dire d'édicter une règle de droit. L'idée d'union sociale avec son lot de contraintes n'est manifestement pas étrangère à la pensée de Mill et, pour peu qu'on veuille bien nous suivre, la pensée de Mill n'est pas indifférente à l'exigence d'un lien social fondateur de la règle de droit, exigence partagée aussi bien par les théories contractualistes et celles qui s'en écartent.

94. D'autres auteurs ont en effet exclu le recours à la notion de pacte social libéral parce qu'ils lui ont substitué directement d'autres concepts. C'est le cas tout d'abord de Montesquieu. Si l'auteur *De l'Esprit des lois* ne fait aucune mention d'un contrat social, on peut voir dans son attachement à la norme démocratique, la loi, l'expression d'un lien social établi entre les hommes : « Dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité ; mais ils n'y sauraient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par la loi »⁵². Si l'entrée dans l'état social rompt l'égalité naturelle, et par suite affecte la liberté, son rétablissement n'est possible qu'au prix de l'institution d'une loi commune à la société. Le baron de La Brède affirme la nécessité de rétablir l'égalité des hommes par la loi en considérant que la relation sociale, c'est-à-dire le lien entre chacun, ne peut reposer sur une inégalité.

95. La théorie relativement moderne dite du contrôle social⁵³, qui se développe aux États-Unis à la fin du XIX^{ème} siècle, explique la fondation à venir d'un ordre social tout en affichant, il est vrai, ouvertement son absence de similitudes avec les théories contractualistes. « La théorie du contrôle social enseigne en substance que la justification de l'obéissance ne peut pas venir d'une source transcendante (ainsi, le droit naturel qui fonde le contrat social), mais de l'expérience acquise dans l'intersubjectivité et l'interdépendance des relations humaines. Le savoir et la morale ne sont pas innés ou révélés et l'homme à l'état de nature est une pure fiction (ce qui implique l'inanité du contrat social). Au rebours des théories wébériennes de la domination légale-rationnelle, la théorie du contrôle social enseigne que l'homme n'obéit pas pour des raisons purement formelles, mais seulement parce qu'il a acquis dans et par ses échanges avec les autres, le sens de la responsabilité sociale. C'est de la responsabilité qu'est supposé naître le *lien social*. L'obéissance est fondée non pas sur la domination, mais dans les mécanismes de la réflexivité sociale et dans les codes sociaux que l'individu acquiert dans sa communauté et son environnement social. Le pouvoir n'est pas extérieur à

⁵¹ Justement : donner à voir cette « certaine ligne de conduite », tel est l'objet de l'essai de Mill. Il entend « tracer la frontière entre elle [la liberté] et le contrôle social », dont la matérialité se réduit selon lui à ceci : « La liberté de l'individu doit être contenue dans cette limite : il ne doit pas nuire à autrui ». Cf. J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., respectivement p. 147 et p. 146.

⁵² C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, présentation L. VERSINI, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1995, p. 261 (paru en 1748).

⁵³ Voir, pour les références doctrinales en lien avec cette théorie et sa genèse, É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 142.

la société ; il ne prend pas la figure d'un État extérieur au corps social ; il est la société elle-même ; ou, pour dire les choses autrement, l'autorité est socialisée » (nous soulignons)⁵⁴. Cependant, il ressort des mots mêmes de l'auteur que l'origine du pouvoir, de l'État, de la règle de droit et, par conséquent, de la société civile, fût-elle expliquée par une théorie qui prétend s'inscrire, à la fois en faux avec les théories contractualistes et à rebours – pour reprendre le mot de Mme Zoller – de la théorie wébérienne du pouvoir, est inexorablement ramenée à l'existence d'un élément commun à toutes les propositions que nous venons de formuler : le *lien social*⁵⁵. La proximité de la théorie du contrôle social avec les théories contractualistes tient, sans doute, à ce qu'elles partagent le même but : « Le but de la théorie du contrôle social était à l'origine de refonder l'obéissance sur d'autres bases que la domination et de démontrer que le mystère de l'obéissance ne vient pas d'en haut, de l'État, mais d'en bas, du sujet lui-même »⁵⁶. En revanche, la distinction, sur la forme, si elle est forte, ne doit pas être surdéterminée car la théorie du contrôle social doit beaucoup au contexte qui l'a fait naître⁵⁷.

96. Cette dernière remarque vaut sans doute également à l'égard des théories construites autour du concept de positivisme sociologique⁵⁸, lesquelles théories ne sont pas non plus totalement étrangères à l'idée de pacte social et, singulièrement, au regard des travaux de Léon Duguit : « Selon lui, toute règle de droit trouve son fondement dans l'interdépendance des hommes vivant dans la société considérée et, plus précisément, dans la norme de solidarité sociale qui découle de cette interdépendance. C'est parce que la masse des consciences individuelles a le sentiment de la nécessité de la règle pour l'intérêt du groupe que cette règle s'impose. De la sorte, la solidarité sociale est la fois le *fondement* et la *fin* de la règle de droit » (italique dans le texte)⁵⁹. On pourrait joindre ici probablement le solidarisme construit et développé par Léon Bourgeois (XIX^{ème} siècle) et son idée maîtresse de « quasi-contrat social »⁶⁰ : « On reconnaît la liberté aussi nécessaire au développement de la société qu'au progrès de l'individu ; on ne lui assigne de limite autre que le droit d'autrui ; mais on

⁵⁴ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 142.

⁵⁵ Au point qu'il faille nuancer l'approche même de Max Weber. Voir J.-P. GROSSEIN, « De l'interprétation de quelques concepts wébériens », *Revue française de sociologie*, 2005/4, vol. 46, p. 685-721. Il faut faire montre de prudence à l'égard de la doctrine du sociologue allemand, dont les concepts sont mal acclimatés en France, en raison de l'imprécision de la traduction que dénonce fortement Jean-Pierre Grossein. « Arrêtons-là cette recension, mais de grâce, que l'on ne nous dise pas que les problèmes de traduction n'auraient pas d'effets sur la réception de l'œuvre wébérienne » (p. 705). Mais on peut voir, dans la pensée wébérienne, une forme d'établissement de ce lien social dans ce qu'il appelle la « sociétisation » dont, écrit M. Grossein, la « forme instituée et pérenne d'une association à but déterminé (*Zweckverein*), présentée par Weber comme le type idéal rationnel de la sociétisation » parce qu'*in fine* elle repose « sur un ordre qui fait l'objet d'un accord explicite » (p. 697).

⁵⁶ É. ZOLLER, op. cit., p. 143.

⁵⁷ Elle se situe vraisemblablement ici : « La théorie est née d'une révolte contre le formalisme dogmatique et déterministe des Européens que les Américains ont toujours jugé inapte à rendre compte de la spécificité de leur modèle de gouvernement ». Cf. É. ZOLLER, op. cit., p. 143.

⁵⁸ Globalement, sur le positivisme, on s'est référé à l'étude de M. WALINE, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 519-534 : « Le positivisme, qu'il soit juridique ou sociologique, admet exclusivement une origine volontariste du droit » (p. 529).

⁵⁹ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 23. « Autrement dit, le droit remplit des fonctions de création et de conservation du lien social » (nous soulignons). Cf. L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 15.

⁶⁰ Sur ce courant politique, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 611-613.

constate que, n'existant que grâce au milieu social et à la civilisation, sa jouissance ne peut être gratuite. Une obligation naturelle naît pour chacun du quasi-contrat de société qui oblige réciproquement les associés »⁶¹. De même, selon l'analyse de Bruno Oppetit, on serait ici en présence des « thèses de l'École sociologique, qui font de la volonté du groupe la seule source de droit quelle que soit la forme qu'elle emprunte (...) »⁶². Le volontarisme dont ces thèses sont porteuses se retrouve – toute chose égale par ailleurs – dans la théorie de l'institution développée par le doyen Hauriou. Cette théorie n'est-elle pas construite précisément sur une idée de consentement (une sorte d'accord) à la construction de l'état civil ? « L'État est d'origine consensuelle : il est créé par voie d'accord entre les membres de la communauté nationale, même si cet accord n'a pas une forme réellement contractuelle comme le pensaient les théoriciens du contrat social. Cette idée de consentement coutumier est d'une grande portée »⁶³. Il semblerait, en suivant ces premières analyses, que les fondations politiques de la V^{ème} République ne soient pas étrangères à cette lecture dont l'un de ses plus importants inspirateurs devait déclarer publiquement à Bayeux : « il est vrai que les pouvoirs publics ne valent en fait et en droit que s'ils s'accordent avec les intérêts supérieurs du pays, s'ils reposent sur l'adhésion confiante des citoyens. En matière d'institutions, bâtir sur autre chose, ce serait bâtir sur du sable »⁶⁴.

97. Enfin, au cours du XX^{ème} siècle, un certain nombre d'auteurs étrangers ont proposé d'expliquer le fondement de la règle de droit⁶⁵. Parmi eux, le philosophe américain John Rawls marque, nous semble-t-il, la pensée politique contemporaine en développant une *Théorie de la justice*. La doctrine

⁶¹ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 612.

⁶² B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, coll. Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 1998, p. 43.

⁶³ Théorie qu'explicite ici J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 41. Si Hauriou ne fait pas mention d'un véritable contrat, sa proposition ressemble, à bien des égards, au concept de « quasi-contrat », alternative au contrat, que proposait Francisco Suarez (XVI^{ème} siècle), figure de l'École espagnole du droit naturel, pour rendre compte de l'instauration du pouvoir. « Le consentement social est donné tacitement peu à peu, suivant l'accroissement successif du peuple. L'État, société parfaite, naît de l'accroissement du nombre des familles qui fait que l'autorité paternelle cesse d'être convenable. La soumission filiale se prolonge, mais elle se transforme en un consentement civique qui peut être donné coutumièrement, par le comportement même des citoyens » (italique dans le texte). Cf. G. LESCUYER, op. cit., p. 222-224, spéc. p. 224.

⁶⁴ C. DE GAULLE, « Discours de Bayeux, 16 juin 1946 », in *La Constitution française du 4 octobre 1958*, La Documentation française, coll. Documents d'études, n° 1.04, 2008, p. 37. Une métaphore du sable, faible garantie juridique, que le Général de Gaulle a empruntée sans doute à Benjamin Constant : « où trouverions-nous ces garanties, si nous renoncions à la liberté politique ? Y renoncer, Messieurs, serait une démente semblable à celle d'un homme qui, sous prétexte qu'il n'habite qu'un premier étage, prétendrait bâtir sur le sable un édifice sans fondements » (cf. B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1997, p. 617).

⁶⁵ Citons la réflexion emblématique du juriste autrichien Kelsen qui, à nos yeux, conforte cette exigence d'un lien social. Voir H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 2-4, spéc. p. 2 : « De l'idée que nous sommes tous égaux, idéalement égaux, on peut bien déduire que nul ne doit commander à un autre. Mais l'expérience enseigne que, si nous voulons demeurer égaux en réalité, il faut au contraire que nous nous laissions commander. L'idéologie politique ne renonce pas pour autant à unir liberté et égalité. C'est précisément la synthèse de ces deux principes qui est la caractéristique de la démocratie (...) ». Kelsen n'exclut d'ailleurs pas le recours aux concepts du contractualisme en évoquant ce que « l'instinct primitif de liberté » peut subir « sur la route qui mène la conscience humaine de l'état de nature à celui de vie sous l'empire de l'ordre social » (p. 3). Sans doute aussi, sauf erreur d'interprétation, le constitutionnaliste espagnol Gregorio Peces-Barba fait-il siennes les théories contractualistes pour expliquer l'origine des droits fondamentaux en défendant l'idée d'un « consensus » engendrant les droits fondamentaux. En ce sens, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 126-131.

proposée, si elle prend appui sur les théories du contrat social⁶⁶, entend dépasser cet événement hypothétique pour fonder une nouvelle théorie des droits et libertés à partir du concept de justice, elle-même entendue comme « la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée »⁶⁷. « Je présente, dévoile Rawls, l'idée principale de justice comme équité, théorie de la justice qui généralise et conduit à un plus haut niveau d'abstraction la conception traditionnelle du contrat social. Le contrat social est remplacé par une *situation initiale* qui comporte certaines contraintes dans la procédure d'argumentation devant mener à *l'accord originel* sur les principes de la justice » (nous soulignons)⁶⁸. La proximité indiscutable avec le pacte social libéral revigore les acquis du siècle des Lumières et accrédite la nécessité d'un rapport social, ici incarné par l'idée de justice, entre les hommes.

98. Ce qui apparaît alors tout à fait commun aux auteurs évoqués et aux théories alternatives du contractualisme est leur attachement à l'exigence d'un lien social, créé de toute pièce ou théorique, sous-tendu ou ostensible, implicite ou explicite. L'essentiel est que de la rencontre inévitable de l'homme avec l'homme, outre le conflit originel, naît l'impérieuse nécessité de le résoudre par le truchement de la règle de droit. Comme l'enseignait « modestement » Sieyès, il n'existe pas de manuel ou de mode d'emploi pour réussir le projet libéral. Seule compte l'action ou l'expérience : « Nos actes instruiront ceux qui auront la curiosité de connaître nos pensées ; et tous nos avertissements seraient inutiles pour mettre en garde contre nos fautes les hommes qui, venus après nous, n'acquiescent (*sic*) notre sagesse qu'au prix des mêmes malheurs »⁶⁹. On se trouve dans l'ordre des convictions ou des croyances pour apprécier le processus comme l'enseignait le jurisconsulte autrichien Kelsen : « La théorie démocratique du contrat social est certes une fiction idéologique. Mais il est peut-être vrai psychologiquement que l'équilibre social repose réellement davantage sur l'entente mutuelle des individus dans la démocratie que dans l'autocratie dictatoriale réelle, où il ne s'agit pour eux que de supporter le fardeau commun de l'assujettissement »⁷⁰.

b) – Une croyance suffisante pour valider le processus politico-juridique :

99. *Last but not least*, les théories contractualistes ont permis, quant à elles, sinon de fonder exactement une théorie générale de la liberté, au moins de donner du crédit à la thèse de la nécessité

⁶⁶ « J'ai tenté de généraliser et de porter à un plus haut degré d'abstraction la théorie traditionnelle du contrat social telle qu'elle se trouve chez Locke, Rousseau et Kant » annonce Rawls en précisant, ce qui aura son importance pour comprendre correctement l'auteur, que « la théorie que je propose est de nature profondément kantienne et je ne prétends, par les vues que j'avance, à aucune originalité ». Cf. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 20 (préface de l'auteur à l'édition anglaise de 1971).

⁶⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 29.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Cité par J.-D. BREDIN, « Préface », in E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 27.

⁷⁰ H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, op. cit., p.75-76, spéc. p. 76.

de restreindre les libertés au nom de la liberté⁷¹. « Les croyances répondent en effet à des exigences fondamentales de la vie sociale. Elles sont d'abord indispensables pour combler les innombrables béances du savoir démontré ; à ce titre elles tendent à dissiper le malaise que fait naître la rencontre avec l'inconnu ou l'indéchiffrable. Ainsi en allait-il des théories du contrat social qui voulaient "expliquer" l'origine du pouvoir politique à une époque où les données anthropologiques fiables étaient encore des plus rares »⁷². De même, les préceptes du monde chrétien, s'ils diffèrent de la notion d'intérêt général que nous construisons, aboutissent à des conclusions très proches de cette présentation – qu'ils tendent, en outre et d'une certaine façon, à conforter : « l'État, né de la chute originelle, est construit et conventionnel ; le droit positif, fait de contrainte et de coercition, n'est qu'une nécessité imposée par le péché originel »⁷³. Le discours des fondements du droit convoque très facilement les fictions et les idéologies. De manière saisissante Philippe Braud note, parmi nos plus anciennes fictions, que « la démocratie définie comme gouvernement du Peuple par le Peuple et pour le Peuple, n'est observable nulle part »⁷⁴. Éric Millard, quant à lui, relève, s'agissant spécialement de la rhétorique juridique, que « les énoncés juridiques ne décrivent pas, mais remplissent d'autres fonctions ; non seulement ces fonctions ne requièrent pas la même précision que la description, mais encore il est fort probable que cette précision empêcherait ces énoncés de remplir parfaitement leurs fonctions prescriptives. La langue du droit est une langue de l'idéologie ; la fonction d'un énoncé juridique est pratico-morale : faire croire (porter des valeurs), faire faire (être directif) ; la langue du droit a besoin du flou »⁷⁵.

100. Aussi, en partant des conclusions de Jacques Mourgeon, on admettra que « les variantes importent peu. Que l'on privilégie la préservation de la propriété (Locke), que l'on plaide pour une forme monarchique (Hobbes) ou populaire (Spinoza, Rousseau) du Pouvoir, que l'on médite (Montesquieu) sur la façon de l'organiser pour le contrôler et limiter au mieux, il reste que l'École du droit naturel a définitivement posé la préservation de la personne comme principe directeur, et la revendication de ses droits à l'encontre du Pouvoir comme influx permanent du politique, le tout au

⁷¹ Le contractualisme issu des Lumières n'est, semble-t-il, pas le seul à mobiliser une forme de foi en un intérêt supérieur de la société. Déjà, à la lecture des réflexions de François Rangeon, on en perçoit les premiers signes dans la doctrine de Platon : « Si l'on refuse de croire à l'intérêt public [de Platon] et de le poser comme principe d'unité de la cité, le pouvoir n'est plus que l'exercice brutal de la force et la politique se réduit à une lutte d'intérêts particuliers ». Et on peut la percevoir, plus tard, dans le stoïcisme (IV^{ème} siècle avant J.-C.) : « L'œcuménisme stoïcien traduit la foi dans une utilité commune à tous les hommes en tant qu'ils sont des êtres sociables ». Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., respectivement p. 46 et p. 56.

⁷² P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 327.

⁷³ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 116.

⁷⁴ P. BRAUD, op. cit., p. 733.

⁷⁵ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 59. Illustrant cette réflexion, à partir d'un texte précis (la Charte de San Francisco de 1945 créant l'ONU), S. SUR, « Le conseil de sécurité : blocage, renouveau et avenir », *Pouvoirs* 2004/4, n° 109, p. 61-74, spéc. p. 73 : « la Charte aurait connu le sort de ces textes trop détaillés et précis qui meurent avant d'avoir vécu parce qu'ils ne correspondent plus aux circonstances qui les avaient fait naître. On le sait, ce sont les textes brefs et ambigus qui, en droit écrit, connaissent longévité et vitalité, parce qu'ils se prêtent à enrichissement et adaptation par la pratique – autre manière de dire que la pratique est féconde là où les textes sont voués à une sorte d'entropie juridique ».

nom du besoin congénital et de l'irrépressible volonté d'une liberté "naturelle" à l'homme »⁷⁶. Concédonsons par conséquent que « les progrès de la science ont en effet montré que l'état de nature et le contrat social n'ont jamais existé. En réalité, les hommes ont toujours vécu en société. Force est de reconnaître qu'Aristote avait raison : l'homme est un animal social »⁷⁷. C'est une remarque sans doute intemporelle. « Nous sommes alors conduits, écrivait Rawls, à l'idée que l'espèce humaine forme une communauté dont chaque membre bénéficie des qualités et de la personnalité de tous les autres, telles qu'elles sont rendues possibles par des institutions libres ; tous reconnaissant que le bien de chacun est un élément d'un système sur lequel ils sont d'accord et qui leur apporte des satisfactions à tous »⁷⁸. *Tout ordre social* ne saurait dépendre d'un hypothétique pacte social puisque, depuis toujours, les hommes ont pu vivre sans pacte social. Toutefois, la sollicitation du concept de pacte social libéral n'a d'autres fins que de valider le processus de reconnaissance des libertés dans une société donnée. Que les hommes aient ou non un jour saisi leur plume pour paraphraser le pacte social, tel n'est pas l'enjeu réel de notre propos, quoiqu'il se puisse que « les idées enfantent les faits »⁷⁹. En revanche, le concept de pacte social constitue un concept explicatif et théorique apte à justifier l'avènement de la liberté effective⁸⁰. Il est la réponse aux questions posées par l'homme de 1789 : « Comment céder aux idées nouvelles, au grand mouvement issu des Lumières, qui ne cessait de discréditer les dogmes, les préjugés, le fanatisme, l'arbitraire, tous les archaïsmes d'une société devenue trop intelligente pour ses structures (...) ? »⁸¹. Eu égard à ces diverses considérations, nous pouvons justifier notre choix terminologique en faveur du concept de *pacte social libéral*.

2. – Aux origines de la liberté contemporaine : un *pacte social libéral*

101. L'usage du concept de pacte social libéral ne résulte pas, uniquement, d'une facilité intellectuelle en reprenant aux théoriciens du contrat social l'essentiel de leurs démonstrations en matière de liberté. La démarche est plus pragmatique car, d'une certaine façon, ce concept et les

⁷⁶ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 26-27.

⁷⁷ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 24. Sur cette nécessité aristotélicienne, on peut lire l'éclairage de G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 77. Concernant l'approfondissement de la pensée d'Aristote par saint Thomas, F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 118 : « L'apport de [saint] Thomas est que la communauté politique résulte d'une nécessité naturelle ».

⁷⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 567. « C'est seulement dans l'union sociale que l'individu est complet » insiste-t-il (p. 631, note 4 *in fine*).

⁷⁹ Selon l'économiste français Paul Leroy-Beaulieu (1843-1916) dans *L'État moderne et ses fonctions* (1891), cité par F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 178.

⁸⁰ Nous faisons nôtre la marque d'humilité du professeur Aubert quant à toute prétention scientifique qui porterait sur l'appréhension globale « des principaux systèmes théoriques » et « l'extraordinaire diversité des opinions relatives au fondement de la règle de droit ». Outre qu'une telle entreprise excéderait inutilement le cadre de cette étude dans la mesure où le concept de pacte social justifie suffisamment la nécessité de fonder le droit comme instrument de restriction à la liberté, il n'est pas acquis qu'une telle démarche clarifie véritablement notre propos. Cf. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 25. On perçoit toute l'étendue de la complexité en relevant, grâce à Samuel Etoa, que « le contrat social » a, par exemple, été « rejeté comme une aberration logique » à partir du XIX^e siècle (Cf. S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 37).

⁸¹ J.-D. BREDIN, « Préface », in E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 7.

théories qu'il charrie avec lui et/ou dont il se réclame sont une idée dont le temps est venu, une idée d'un monde et d'une pensée libres⁸². À l'aube de la Révolution française, Sieyès devait le consigner éloquentement dans *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*⁸³ en soulignant son caractère inexorable : « Plus tôt ou plus tard il faudra que toutes les classes se renferment dans les bornes du contrat social, contrat qui regarde et oblige tous les associés, les uns envers les autres [...]. Dans la longue nuit de la barbarie féodale, les vrais rapports des hommes ont pu être détruits, toutes les notions bouleversées, toute justice corrompue ; mais au lever de la lumière, il faut que les absurdités gothiques s'enfuient, que les restes de l'antique férocité tombent et s'anéantissent »⁸⁴. Pierre Kropotkine a dépeint ce que nous tentons de représenter : « L'histoire de la pensée humaine, dit-il, rappelle les oscillations du pendule, et ces oscillations durent déjà depuis des siècles. Après une longue période de sommeil arrive un moment de réveil. Alors la pensée s'affranchit des chaînes dont tous les intéressés – gouvernants, hommes de loi, clergé – l'avaient soigneusement entortillé. Elle les brise »⁸⁵.

102. Nous choisissons, dès lors et pour l'ensemble des raisons invoquées plus haut, de retenir ce concept caractérisé en raison de sa capacité démonstrative globale. Le *pacte* est, tout d'abord, l'acte politique préalable à la formation d'un système de droit dialectiquement inscrit dans cet état théorique où les hommes réunis s'entendent pour mettre fin au conflit originel⁸⁶. Il s'agit bien de cette « convention de caractère solennel entre deux ou plusieurs parties » dont l'origine latine, *pactum*, signifiant paix⁸⁷, traduit notablement l'aspiration première de l'homme à régler le conflit originel, permanent et irréductible, produit par la liberté, et son intention d'observer cette première exigence⁸⁸. Cette aspiration est, ensuite, collective en ce qu'elle concerne l'ensemble des hommes réunis en corps. Ces derniers forment *de facto* une société particulière, fût-elle embryonnaire, et confèrent au pacte son caractère *social*. Le pacte est l'acte d'êtres doués d'intelligence. Enfin, second caractère essentiel au pacte, il est *libéral* lorsqu'il a pour objet exclusif d'orienter la construction juridique à venir vers la protection de la liberté, c'est-à-dire selon un cadre conceptuel qu'a forgé une certaine tradition libérale⁸⁹, héritée pour une large part de la doctrine de Benjamin Constant⁹⁰. C'est dans le cadre

⁸² « L'idéologie du pacte social est une idéologie du monde moderne (...) qui permet de construire une nouvelle légitimité (...), qu'implique le passage de l'état de nature à la société, (...) fondée sur un accord entre individus ». Cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 127.

⁸³ Voir, en particulier, E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 90-92.

⁸⁴ E.-J. SIEYÈS, op. cit., p. 91.

⁸⁵ P. KROPOTKINE, *La Morale anarchiste*, notes et postface Jérôme SOLAL, Paris, Mille et une nuits, 2004, p. 7. Réplique à Sieyès ? Le Tiers-état « est l'homme fort et robuste dont un bras est encore enchaîné » (Cf. E.-J. SIEYÈS, op. cit., p. 37).

⁸⁶ Dont on pourra trouver une synthèse particulièrement limpide dans J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 26. Si ce n'est que l'auteur donne l'impression de distinguer le contrat social du contrat politique (qui lui succéderait, voir p. 26), lesquels sont, pour nous, largement synonymes. Nous considérons que le contrat social est immédiatement un contrat politique ; le pacte social libéral, s'il est social dans sa nature, est politique dans ses effets.

⁸⁷ Voir *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1780.

⁸⁸ Voir *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1780 : le pacte est enfin la « résolution par laquelle on décide de rester fidèle à quelque chose ».

⁸⁹ Au sens où Jacques Chevallier et Danièle Lochak la définissent : « La pensée politique libérale repose sur une opposition tranchée entre *société civile*, qui correspond au domaine des activités privées et des intérêts particuliers, et la *société politique*, incarnée par l'État, qui représente le Bien commun, l'Intérêt général. Déchirée par l'affrontement stérile

dessiné par ces observations terminologiques qu'il faut à présent étudier la réception de l'intérêt général par la liberté dans le pacte social libéral⁹¹.

B. – La contractualisation de l'intérêt général dans le pacte social libéral :

103. Entendue comme expression de la résolution politique du conflit originel, la notion d'intérêt général « escorte » la liberté⁹². Parce qu'il convient au nom de l'intérêt bien compris de chacun de restreindre la liberté de tous, la notion d'intérêt général donne vie au pacte social libéral en rendant possible sa conclusion. Il est vrai qu'une telle description de la contractualisation de l'intérêt général peut sembler artificielle⁹³. Un *distinguo* n'est toutefois pas interdit entre ce qui, dans un premier temps, conduit les hommes à s'unir de ce qui, dans un second temps, font qu'ils concluent le pacte social. À la cause du pacte répond son objet. Ces volontés individuelles, en s'unissant, forment un but propre, à savoir instituer une règle commune susceptible de protéger leurs libertés ; des volontés individuelles qui « sont à l'origine de tout pouvoir » selon l'observation de Sieyès⁹⁴. L'addition des intérêts individuels (protection pour chacun de sa liberté) induit un intérêt qui les dépasse et qui leur est, en même temps, commun : c'est *l'intérêt général*⁹⁵. Nous dirions que l'intérêt général est préexistant dans la mesure où la perception de sa réalité ne s'appuie pas sur une démonstration au sens des lois de la physique⁹⁶. Car, avec Sieyès, « dire que des associés s'assemblent pour régler les choses qui les regardent en *commun*, c'est expliquer le seul motif qui a pu engager les membres à entrer dans l'association, c'est dire une de ces vérités premières si simples qu'on les affaiblit en voulant les prouver » (italique dans le texte)⁹⁷. Mais il n'est pas contesté, à ce stade, que la question de résoudre les conflits, qui animent la société des hommes, est une question politique, ce que souligne justement Philippe Braud : « La notion de conflit apparaît étroitement liée à l'essence même du politique.

et insoluble d'intérêts antagonistes, irréductiblement divisée sur elle-même, la société civile n'accède à l'unité que par l'intervention médiatrice de l'État qui ordonne, rassemble et assure l'intégration sociale » (italique dans le texte). Cf. J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1980, p. 29.

⁹⁰ À qui reviendrait, mais la question ne serait pas définitivement réglée, la paternité du « libéralisme ». Voir G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 366 et s., spéc. p. 366 : « Le libéralisme pur prend, avec lui, un contour net et sans bavure ».

⁹¹ Nous avons fait trois choix successifs discutables et contestables : *pacte*, *social* et *libéral*. C'est, en dernière analyse, du sens le plus commun, dans la littérature juridique largement entendue, dont nous croyons pouvoir nous prévaloir.

⁹² Ce n'est pas un hasard si la notion d'intérêt général, qui naît en même temps que celle de droit constitutionnel moderne, remonte au XVIII^{ème} siècle. En ce sens, F. SAINT-BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 9.

⁹³ *Mutatis mutandis*, il semblerait que les deux premières « époques » (l'auteur en dénombre trois) de la formation de la société politique de Sieyès rendent compte de l'événement que nous décrivons. Voir E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 123 et s.

⁹⁴ E.-J. SIEYÈS, op. cit., p. 123.

⁹⁵ C'est « la volonté commune », dans le discours de Sieyès, née de l'association des volontés individuelles par le truchement de laquelle (volonté commune) « les associés veulent donner de la consistance à leur union » et « conviennent entre eux des besoins publics ». Voir E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., respectivement p. 123 et p. 124.

⁹⁶ Cependant, voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 96 et s. L'auteur détaille ce cheminement en partant de la rationalisation qu'opère Hobbes de l'intérêt général (p. 96-100), avant que Locke (p. 100-101) et Montesquieu (p. 101-105) n'en fassent un contenu limitatif du pouvoir.

⁹⁷ E.-J. SIEYÈS, op. cit., p. 168.

D'abord parce que les régimes politiques sont tous issus de luttes d'influence, voire de violences, que l'adoption d'institutions stables cherche à contrôler ou faire oublier »⁹⁸. La notion d'intérêt général est prioritairement politique dans la construction des restrictions aux libertés ; c'est l'un des ses deux visages précédemment identifiés que l'on retrouve ici (ou premier niveau d'appréhension)⁹⁹.

104. Si le rôle de la notion est donc relativement complexe à scinder selon les différentes interventions qui peuvent lui être imputées¹⁰⁰, on relèvera néanmoins deux phases essentielles dans la construction des restrictions à la liberté. Nous emprunterons à dessein la distinction bien connue des civilistes entre la cause et l'objet du contrat. Dans un premier temps, l'intérêt général constitue la cause du contrat signé (1.). C'est de la motivation des hommes pour s'unir dont il sera question. *Pourquoi* conclure le pacte social ? Dans un second temps, l'intérêt général constitue l'objet du pacte social (2.). Ce n'est plus de la motivation des hommes mais de leur objectif, de leur but, dont il faudra faire état. *Pour quoi* conclure le pacte social ?

1. – L'intérêt général, cause fondamentale présidant à la conclusion du pacte social libéral :

105. L'intérêt général traduit ici les motivations multiples des hommes pour parvenir à une résolution politique de leur conflit. Il faut créer une société capable de prévenir les atteintes susceptibles de se produire lors des manifestations multiples de la liberté humaine. La première raison que nous pouvons indiquer est l'impossibilité humaine de trouver politiquement un consensus absolu sur l'existence des libertés. Philippe Braud s'en fait très justement l'écho : « On ne cherchera pas ici à remplir l'impossible tâche de décrire les multiples conflits de valeurs qui tissent la trame de tant d'affrontements politiques. Il s'agit plutôt d'identifier des attitudes fondamentales qui facilitent leur surgissement. La tolérance absolue qui rendrait tout conflit d'idées impossible, n'a jamais existé nulle part. Et cela, essentiellement pour deux ordres de raisons, d'ailleurs intimement liés. C'est d'abord l'impossibilité pour les êtres humains d'accepter un total relativisme en ce qui concerne les conceptions du Bien et du Juste. Il est impossible à quiconque de vivre sans un minimum de repères

⁹⁸ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 63.

⁹⁹ Cf. *supra* n° 68.

¹⁰⁰ À bien des égards, le concept de « sécurité juridique » que développe Gregorio Peces-Barba participe de la même logique soutenue à propos de l'intérêt général et est affecté des mêmes difficultés quant à la distinction de ce qui précède le pacte (cause) et ce qui lui succède (objet) comme en témoigne ce passage : « Du point de vue chronologique, la sécurité juridique est une valeur morale prioritaire. Elle est, dans beaucoup de cas, le motif central du pacte qui justifie l'apparition de la société et du pouvoir dans le monde moderne (...). Certains auteurs pensent que la sécurité est trop instrumentale pour être située sur le plan de la moralité. Cependant, il me semble qu'un courant important – au-delà du seul Hobbes – reconnaît la valeur éminente de la sécurité juridique comme condition de la coexistence pacifique. En ce sens, le développement moral de l'homme est impossible sans l'existence de conditions sûres ; la sécurité fait partie des exigences minimales de viabilité d'une société ». Cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 190-191.

(que tous n'appelleront pas des repères moraux d'ailleurs) qui permettent d'évaluer ses actes et ceux d'autrui. Ces repères peuvent-ils être universellement partagés, au nom d'une Vérité transcendante ? En pratique, cela apparaît douteux. Second facteur de limitation de la tolérance : la difficulté qu'ont les individus à réellement accepter toutes les différences qui peuvent les séparer, qu'elles soient d'ordre social (les inégalités) ou culturel (les communautarismes). Il en résulte des antagonismes plus ou moins larvés »¹⁰¹. Si le conflit de libertés est inévitable, faute de trouver un consensus politique pour fixer directement les conditions de leur existence par chaque homme composant le corps social, en revanche, le pacte social peut constituer cette médiation indispensable à la fixation, fût-ce indirecte, des conditions d'existence des libertés de chaque homme. Le pacte social est, de ce fait, lui, l'expression d'un dénominateur commun à tous les hommes. Selon Hobbes, ce consensus minimal pourrait être identifié à ceci : « Les passions qui poussent les humains à la paix sont la peur de la mort, le désir des choses nécessaires à une existence confortable, et l'espoir de les obtenir par leur activité. La raison suggère les articles de paix adéquats, sur lesquels ils se mettront d'accord. Ces articles sont ceux qu'on appelle encore lois de nature »¹⁰². Il est clair que « pour Hobbes, c'est le mal que l'on fuit qui est constitutif du politique »¹⁰³.

106. D'autres facteurs tiennent notamment au rejet de l'absence d'ordre, un trait particulier à l'être humain dit-on, c'est-à-dire ce « besoin d'une autorité qui puisse réprimer ses écarts. De tous les animaux, l'homme est le seul qui ne puisse subsister sans cela »¹⁰⁴. L'homme ne pourrait pas s'accommoder réellement de l'absence de règles¹⁰⁵. Locke écrit que « si ce n'était la corruption des gens dépravés, on n'aurait besoin d'aucune autre société, il ne serait point nécessaire que les hommes se séparassent et abandonnassent la communauté naturelle pour en composer de plus petites »¹⁰⁶. L'humanité, consciente de ses propres turpitudes, essaierait d'y remédier par la discipline d'une société civile organisée. Gilles Lebreton, reprenant l'apport du droit naturel qu'enseignait par exemple Grotius, énonce que « le contrat social est la convention par laquelle les hommes décidèrent, poussés par un *instinct* de solidarité, de se regrouper en société » (nous soulignons)¹⁰⁷. Ainsi se confirme l'idée défendue jusque-là, et souvent portée par la doctrine hobbesienne de l'état de nature, que « le passage

¹⁰¹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 72.

¹⁰² T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 228. « Chacun conclut, analyse Martine Pécharman, à la nécessité de s'interdire tout ce qui perpétue le risque de sa propre destruction ». Cf. M. PECHARMAN, « Droit naturel (Doctrines modernes du) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 315.

¹⁰³ É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 45.

¹⁰⁴ Selon la pensée philosophe et historien arabe Ibn Khaldoun (XIV^{ème} siècle) rapporté par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 24.

¹⁰⁵ L'entrée de la société civile est une nécessité pour l'homme sauf à soutenir que l'on préfère l'anarchie. Cf. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 214 § 94.

¹⁰⁶ J. LOCKE, op. cit., p. 238 § 128.

¹⁰⁷ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 59. Spécialement, GROTIUS, *Le Droit de la guerre et de la paix* (1625).

à l'état de société que l'État Léviathan opère [est] avant tout destiné à éviter le suicide général auquel conduit à coup sûr le prolongement de l'état de nature (...) »¹⁰⁸.

107. L'examen de la signification de l'intérêt général en tant qu'il motiverait la conclusion du pacte social libéral (cause) s'arrête ici. Car, au final, il faudrait sonder les cœurs pour connaître la raison profonde ayant poussé les hommes à sortir de l'état de nature. Un tel examen serait, fût-il possible, frappé d'instabilité et d'une trop grande subjectivité pour être pertinent. Cette dernière remarque justifie qu'une attention spéciale soit portée sur l'objet du pacte social libéral, lequel est infiniment plus palpable.

2. – L'intérêt général, objet essentiel de la conclusion du pacte social libéral :

108. L'intérêt général – expression politique de la résolution du conflit originel – constitue également l'objet même du pacte social, ce *pour quoi* les hommes vont s'associer¹⁰⁹. La société des hommes n'est alors plus envisagée comme une entité en elle-même mais comme le fruit de volontés qui se sont manifestées. La Révolution française peut effectivement se réclamer de cette nouvelle façon d'appréhender l'homme au regard du tout : « Partant en effet de l'Homme, les révolutionnaires vont définir les droits qu'il tient, *en tant qu'homme*, droits antérieurs à toute vie sociale et auxquels il ne saurait renoncer en entrant dans la société : le but de l'organisation sociale est la sauvegarde de ces droits naturels et imprescriptibles ; les lois positives ne sont que le moyen d'assurer la protection de ces "droits subjectifs", historiquement et ontologiquement premiers » (italique dans le texte)¹¹⁰. Quel serait exactement l'objectif du pacte ? Voici la réponse sans détour de Rousseau : « "Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant ?" Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution »¹¹¹. Il est nécessaire de préciser la pensée de Rousseau et du contractualisme en soulignant

¹⁰⁸ O. CAYLA, « Habermas Jürgen. *Droit et démocratie. Entre faits et normes* », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 229-239, spéc. p. 238.

¹⁰⁹ Le concept de « sécurité juridique » que développe Gregorio Peces-Barba participe, nous semble-t-il, de la même logique soutenue à propos de l'intérêt général : « Du point de vue chronologique, la sécurité juridique est une valeur morale prioritaire. Elle est, dans beaucoup de cas, le motif central du pacte qui justifie l'apparition de la société et du pouvoir dans le monde moderne (...). Certains auteurs pensent que la sécurité est trop instrumentale pour être située sur le plan de la moralité. Cependant, il me semble qu'un courant important – au-delà du seul Hobbes – reconnaît la valeur éminente de la sécurité juridique comme condition de la coexistence pacifique. En ce sens, le développement moral de l'homme est impossible sans l'existence de conditions sûres ; la sécurité fait partie des exigences minimales de viabilité d'une société ».

¹¹⁰ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *RDP* 1988, p. 313-380, spéc., p. 367.

¹¹¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 56. C'est « accessoirement » l'objectif de l'œuvre *Du contrat social*. Pour une présentation éclairante du « projet de Rousseau », F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 109-111.

que le pacte social libéral peut constituer, sur le terrain de la liberté, un échange entre ses signataires (a.) ou une redistribution (b.)¹¹².

a) – Le pacte social libéral, expression d'un échange :

109. Les hommes acceptent de renoncer à leur liberté factuelle pour accéder à la vraie liberté. On peut parler d'un véritable troc puisque l'échange opéré s'effectue en dehors de toute règle contraignante. Les seules contraintes sont ici la destruction inévitable vers laquelle tend l'humanité si elle ne réalise pas cet échange¹¹³. Cette notion d'échange est clairement rapportée par Locke. La première étape pour « remédier aux inconvénients qui se trouvent dans l'*état de nature*, et qui naissent de la *liberté* où chacun est, d'être juge en sa propre cause » (italique dans le texte)¹¹⁴, est de renoncer à exercer de son propre chef la protection de sa liberté dont on sait que la partialité induite ne permet pas de protéger la liberté. L'homme va devoir dans ces conditions renoncer à deux éléments constitutifs de son « pouvoir naturel » qu'il possède dans l'état de nature : « Le premier pouvoir [...] qui est *de faire tout ce qu'on juge à propos pour sa propre conservation et pour la conservation du reste des hommes (...)* » (italique dans le texte)¹¹⁵. Mais l'homme « se défait aussi de l'autre *pouvoir*, qui consiste à *punir (...)* » (italique dans le texte)¹¹⁶. « Parce qu'il ne peut y avoir de *société politique*, et qu'une telle société ne peut subsister, si elle n'a en soi le pouvoir de conserver ce qui lui appartient en propre, et, pour cela, de punir les fautes de ses membres ; là seulement se trouve une *société politique*, où *chacun des membres s'est dépouillé de son pouvoir naturel, et l'a remis entre les mains de la société, afin qu'elle en dispose dans toutes sortes de causes, qui n'empêchent point d'appeler toujours aux lois établies par elle* » (italique dans le texte)¹¹⁷. À travers le pacte social, les Hommes transfèrent (par dépouillement¹¹⁸) leur prérogative (leur « pouvoir naturel ») qu'ils tiennent des lois de nature de faire respecter leur liberté à la société politique ou civile qu'ils instituent. Élément essentiel de la pensée lockéenne, cet échange traduit l'externalisation du pouvoir naturel des individus vers une autorité tierce capable de l'exercer à leur profit : la société civile.

¹¹² Il n'est pas anodin, *mutatis mutandis*, de percevoir (en caricaturant un peu...) l'oscillation aristotélicienne entre justice commutative (libéralisme) et justice distributive (socialisme) qui, d'Aristote jusqu'à Rawls, innervent la discussion entre partisans de moins d'État (État gendarme) et ceux de plus d'État (État providence). Les fondations mêmes du contractualisme des Lumières contiennent le schisme politique en germe entre le libéralisme et le socialisme justifiant encore les choix terminologiques retenus de pacte *société libérale*.

¹¹³ « Les hommes ont un intérêt évident à sortir de l'état de nature ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 313.

¹¹⁴ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 208 § 99.

¹¹⁵ J. LOCKE, op. cit., p. 239 § 129.

¹¹⁶ J. LOCKE, op. cit., p. 239 § 130. Division par ailleurs nettement plus pédagogique que réelle puisqu'il s'agit bien, dans le propos de Locke, de « tout leur pouvoir naturel » au singulier. Cf. J. LOCKE, op. cit., p. 245 § 136.

¹¹⁷ J. LOCKE, op. cit., p. 206 § 87.

¹¹⁸ Se dépouiller, c'est-à-dire « ôter », « perdre » (*Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 687) ne doit pas être entendu négativement mais bien, à l'instar de Hobbes, aux sens d'abandonner pour (p. 207 § 88) ou de renoncer pour (p. 208 § 88). Locke l'affirme d'ailleurs expressément : « c'est cela précisément, qui porte chacun à se défaire de si bon cœur du pouvoir qu'il a de punir (...) ». Cf. J. LOCKE, op. cit., p. 238 § 127.

110. On retrouve, plus tard, cette idée d'échange parfaitement sous-tendue par le *Contrat social* de Rousseau. « Ce que l'homme perd par le contrat social, c'est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente et qu'il peut atteindre ; ce qu'il gagne, c'est la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède. Pour ne pas se tromper dans ces compensations, il faut bien distinguer la liberté naturelle qui n'a pour bornes que les forces de l'individu, de la liberté civile qui est limitée par la volonté générale, et la possession qui n'est que l'effet de la force ou le droit du premier occupant, de la propriété qui ne peut être fondée que sur un titre positif »¹¹⁹. C'est un bilan de certitudes quant à l'assurance de la liberté que le pacte social livre. Certes, l'homme de l'état de nature n'était pas certain de perdre systématiquement sa liberté puisqu'il pouvait compter sur sa force pour la prévenir d'éventuelles atteintes. Mais le rapport de force, ainsi que nous l'a enseigné Rousseau, pouvait ne pas se résoudre automatiquement à son profit si bien qu'au fond seules les libertés de quelques uns pouvaient avoir l'assurance d'être protégées aux dépens des libertés de quelques autres. La liberté de l'état de nature est génétiquement frappée du sceau du doute. Nulle véritable garantie quant à la possibilité qu'elle puisse effectivement s'exercer en toute quiétude. En concluant le pacte social, les hommes renoncent aux incertitudes de leurs libertés naturelles pour « gagner » (obtenir), avec certitude, la vraie liberté. On pourrait schématiser la pensée de Rousseau autour d'un bilan statistique, voire un jeu de probabilité. En ne concluant pas le pacte social, l'homme reste dans un aléa quant à sa liberté et ses droits. Il peut certes, par la force, espérer avoir toujours plus, mais il peut tout aussi bien tout perdre (la liberté est précaire). À l'inverse, en concluant le pacte social, l'homme sait exactement ce qu'il gagne : une liberté limitée mais réelle¹²⁰. Et, ayant admis, qu'en réalité la liberté de l'état de nature n'est pas la vraie liberté, il faut reconnaître, avec Rousseau, qu'« il est si faux que dans le contrat social il y ait de la part des particuliers aucune renonciation véritable, que leur situation, par l'effet de ce contrat se trouve réellement préférable à ce qu'elle était auparavant, et qu'au lieu d'une aliénation, ils n'ont qu'un *échange* avantageux d'une manière d'être incertaine et précaire contre une autre meilleure et plus sûre, de l'indépendance naturelle contre la liberté, du pouvoir de nuire à autrui contre leur propre sûreté, et de leur force que d'autres pouvaient surmonter contre un droit que l'union sociale rend invincible » (nous soulignons)¹²¹. Deux ans après le citoyen de Genève, le philosophe

¹¹⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 61.

¹²⁰ Dans une autre optique, il a été écrit que le contrat social « est le lieu de la substitution, chez Rousseau en particulier, de la liberté artificielle à la liberté naturelle ». Cf. C. CADOT, « Une géométrie "naturelle" du politique : les rues de Paris et de Washington D.C. », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 45-64, spéc. p. 48. On ne saurait mieux décrire cet échange de libertés qu'en reprenant le propos suivant : « Avant ce contrat, chaque individu possède des droits innés dont il n'abdique qu'une partie en entrant en société. Rousseau ira plus loin puisque, pour lui, l'abdication doit être totale afin d'être ensuite totalement récupérée ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 9. Le commentaire de Fabienne Kauff-Gazin n'est pas différent quoique légèrement moins flatteur à l'égard de Rousseau : « le don total des libertés personnelles, holocauste vécu par chaque individu, reçoit toutefois une compensation : les libertés aliénées sont transmues en libertés civiles (...) » (cf. F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 20).

¹²¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 73. De même, sur ce faux renoncement, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 102 : « la société politique, selon Montesquieu, n'exige pas de l'individu qu'il renonce à ses

milanais Beccaria s'engouffrera dans le chemin ainsi ouvert : « Fatigués de vivre dans un état de guerre continuel et dans une liberté rendue inutile par l'incertitude de la conserver, [les hommes] sacrifièrent une partie de cette liberté pour jouir du reste avec plus de sûreté et de tranquillité »¹²².

111. Selon Kant, enfin, l'Homme aura « entièrement abandonné la liberté sauvage et sans loi pour retrouver dans une dépendance légale, c'est-à-dire dans un état juridique, sa liberté en général, inentamée puisque cette dépendance procède de sa propre volonté législative » (italique dans le texte)¹²³. Hegel reprendra cette thématique à partir de 1821 (*Principes de la philosophie du droit*) pour montrer que la recherche des intérêts particuliers (ontologiquement menacés dans la société) « n'est que le signe d'une liberté "encore abstraite et formelle" c'est-à-dire *imparfaite* » (nous soulignons)¹²⁴. La conclusion du pacte social libéral est ainsi l'expression d'un échange entre une liberté conjoncturellement illimitée mais factuelle contre une liberté structurellement restreinte mais garantie. La conclusion du pacte peut toutefois s'entendre aussi comme une redistribution des libertés.

b) – Le pacte social libéral, expression d'une redistribution :

112. L'apport de Locke et de Kant, que nous avons observé sous l'angle d'un échange en matière de liberté, conduit à interpréter la notion d'intérêt général de façon à regarder le pacte comme l'expression d'une redistribution. Cette redistribution est tout à fait visible dans la théorie lockéenne de la liberté. Si l'homme a un droit dans l'état de nature, « la jouissance de ce droit est pourtant fort incertaine et exposée sans cesse à l'invasion d'autrui. Car, tous les hommes étant Rois, tous étant égaux et la plupart peu exacts observateurs de l'équité et de la justice, la jouissance d'un bien propre, dans cet état, est mal assurée, et ne peut guère être tranquille. C'est ce qui oblige les hommes de quitter cette condition, laquelle, quelque libre qu'elle soit, est pleine de crainte, et exposée à de continuels dangers, et cela fait voir que ce n'est pas sans raison qu'ils recherchent la société, et qu'ils souhaitent se joindre avec d'autres qui sont déjà unis ou qui ont dessein de s'unir et de composer un corps, pour la conservation mutuelle de leurs vies, de leurs *libertés* et de leurs *biens* ; choses que j'appelle, d'un nom général, *propriétés* » (italique dans le texte)¹²⁵. Il ne faut pas donc voir dans la conclusion du pacte social uniquement un échange, même si celui-ci est vérifié en l'occurrence, mais bien un repositionnement de l'ensemble des libertés par le truchement du respect que l'on va construire au profit de la liberté *in genere*.

intérêts particuliers ou qu'il les sacrifie au bien public, mais simplement qu'il comprenne que son intérêt particulier et l'intérêt commun sont indissociables ».

¹²² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 33.

¹²³ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 131 § 47.

¹²⁴ Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 148.

¹²⁵ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 236-237 § 123.

113. C'est, du reste, ce qu'a admis Kant par-delà le seul échange précédemment évoqué: « Tous les hommes sont originairement en *possession collective* du sol de la Terre tout entière (*communio fundi originaria*), avec (chez chacun) la volonté, qui leur appartient par nature, de l'utiliser (*lex justii*) : une volonté qui, du fait de l'opposition naturellement inévitable de l'arbitre de l'un et de celui de l'autre, supprimerait tout usage possible de ce sol si elle ne contenait pas en même temps une loi destinée à ces arbitres et en vertu de laquelle chacun peut se voir déterminer sur le sol comme une *possession particulière* (*lex juridica*). Mais la loi qui distribue le mien et le tien de chacun sur le sol ne peut, d'après l'action de la liberté extérieure, provenir que d'une volonté unifiée *originairement* et *a priori* (qui ne présuppose pour cette unification aucun acte juridique), donc ne peut apparaître que dans l'état civil (*lex justitiae distributivae*), lequel seul détermine ce qui est *juste*, ce qui est *juridique* et ce qui est *de droit* » (italique dans le texte)¹²⁶. Locke et Kant incitent par leurs analyses à la prise en compte d'un constat déjà relevé : « L'idéologie libérale ne nie en effet nullement les divisions sociales, qu'elle considère comme la traduction d'un ordre naturel et d'une fatalité universelle : les hommes ne sont pas naturellement égaux »¹²⁷. Le pacte social libéral tente de saisir ce constat.

114. Pour clore ce point, il faudrait retenir que le premier motif d'intérêt général est par conséquent la garantie des libertés. Ainsi, en faisant le choix du pacte social libéral pour protéger les libertés, les signataires identifient le premier motif d'intérêt général que nous appellerons le *motif d'intérêt général primaire*, lequel est au fondement de l'ordre juridique à venir : la protection de la liberté. Rousseau, vers lequel nous revenons souvent, établit – sans employer l'expression exacte – ce que recouvre l'intérêt général au sens politique : « La première et la plus importante conséquence des principes ci-devant établis est que la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun : *car si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible*. C'est ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts qui forme le lien social, et s'il n'y avait pas quelque point dans lequel tous les intérêts s'accordent, nulle société ne saurait exister » (nous soulignons)¹²⁸. La scission proposée en amont, entre cause et objet du pacte, est efficiente. La cause fondamentale conduisant à la conclusion du pacte est cette « opposition des intérêts particuliers »¹²⁹. Mais l'objet exclusif du pacte est de créer cet état civil, ordonné par le droit. Cet objet est alors tout simplement « l'accord de ces mêmes intérêts » rendant effectif l'ordre social et l'ordre juridique à

¹²⁶ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 64-65 § 16.

¹²⁷ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 15.

¹²⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 65.

¹²⁹ C'est ce pourquoi les hommes, considérés isolément ou sans lien suffisant pour apaiser leur conflit, décident en pratique, très concrètement, de se réunir en vue de trouver une solution durable à la résolution de leur conflit originel.

venir¹³⁰. Admettre qu'il faut conclure un pacte social, pour protéger l'égle liberté de tous, c'est, relève Rousseau, ce « qu'il y a de commun dans ces différents intérêts qui forme le lien social ». Ce n'est qu'à la condition de créer l'état civil que la liberté pourra se déployer dans la réalité, ce que Kant confirmera au XIX^{ème} siècle : « L'état de soumission à une législation universelle extérieure (c'est-à-dire publique), accompagnée de la force, est l'état civil. Ce n'est donc que dans l'état civil qu'il peut y avoir un mien et un tien extérieurs »¹³¹. L'intérêt général est au cœur même de la logique du pacte social libéral dans la mesure où il en détermine à la fois la cause essentielle et l'objet unique. Il traduit parfaitement, ce que l'on retrouvait déjà dans la construction Lockéenne du bien public, une double reconnaissance : « Le bien public devient alors une notion *ambivalente* signifiant d'une part la reconnaissance par l'individu de la légitimité des finalités collectives et, d'autre part, la reconnaissance, par l'État, de la légitimité des droits individuels »¹³². De manière contemporaine à l'hypothétique conclusion du pacte, l'intérêt général fonde politiquement un *état* juridique libéral.

§2. – Les fondations politiques d'un état juridique libéral :

115. Les hommes seraient parvenus à la charnière entre la politique et le droit. L'intérêt général permet, tout à la fois, d'inventorier les qualités politiques requises pour la formation du droit libéral (I.) et les caractères constitutifs de l'état juridique libéral en formation (II.).

I. – Les qualités politiques requises du droit libéral en formation :

116. La liaison entre le pacte et le droit, qu'opère la notion d'intérêt général, préfigure la nature particulière du droit à venir, un droit destiné à mettre en œuvre le projet libéral. Elle lui donne son essence libérale. Il est possible d'en proposer une synthèse en partant, notamment, de la théorie bodinienne de la souveraineté. « En faisant de "la puissance de donner et casser la loi" la première marque de la souveraineté, Jean Bodin a imposé une idée neuve, celle selon laquelle le droit est une œuvre humaine. Il est le fondateur de la conception moderne du droit qui voit dans le droit le produit d'un pouvoir ou, en termes plus exacts, de la volonté humaine qui occupe le pouvoir suprême. Plus encore, en affirmant le caractère absolu de la souveraineté, Jean Bodin a établi "la puissance de l'État" et fondé la conception moderne de la législation qui voit dans la loi l'expression d'une parole souveraine qui n'est tenue au respect des usages, des coutumes et des droits que parce tel est son bon

¹³⁰ L'accord auquel les hommes parviennent est la conclusion d'un pacte dans lequel ils mettent en œuvre un dispositif extrêmement simple : l'institution d'une règle commune protectrice de leur liberté. Cette règle restrictive de leur liberté fait accéder les libertés au statut de liberté civile.

¹³¹ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 49 § 8. L'état civil kantien est cet état où les droits et libertés (« mien et tien extérieurs ») sont reconnus, bref, existent.

¹³² F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 101.

plaisir »¹³³. L'échec de l'ensemble des bornes connues que sont la seule raison, la religion ou la morale, a conduit les hommes à identifier une règle nouvelle en capacité de borner efficacement, et pour tous, les libertés de chacun afin de garantir la liberté de tous. L'échec des règles pouvant exister dans tout état autre que l'état civil a permis de déceler ce qui manquait au regard de ce qu'offrait l'état civil. Locke identifie trois éléments déterminants et manquants dans l'état pré-civil : « des lois établies », « un juge reconnu, qui ne soit pas partial » et « un pouvoir qui soit capable d'appuyer et de soutenir une sentence donnée, et de l'exécuter »¹³⁴. Locke convoque en définitive les propriétés classiques d'une règle singulière : la règle de droit¹³⁵. Un dispositif technique absent de l'état de nature. « C'est pourquoi, la plus grande et la principale fin que se proposent les hommes, lorsqu'ils s'unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement, c'est de conserver leurs propriétés, pour la conservation desquelles bien des choses manquent dans l'*état de nature* » (italique dans le texte)¹³⁶.

117. Rénover la résolution du conflit par la création de la société civile a pour fin suprême la préservation des libertés. L'étude de François Rangeon, en faisant remonter à la Révolution française l'établissement de la liaison entre restriction et protection de la liberté par le droit, confirme l'apport de la notion d'intérêt général au processus de juridicisation des droits et libertés : « *La liberté individuelle, fondée sur le droit, est ainsi restreinte par le droit lui-même, au nom de l'intérêt général* » (nous soulignons)¹³⁷. Restreindre la liberté suppose donc de poser une règle de droit (A.) que seule une structure juridique comme l'État (B.) est en capacité de produire et dont la légitimité repose sur le concept de souveraineté (C.). Ce sont là les trois qualités nécessaires en vue de former le droit libéral.

A. – La règle de droit expression de la raison humaine : la nécessité de la règle de droit

118. La sollicitation de la règle de droit, en tant que nécessité, pour borner les libertés répond d'abord à un devoir. Ainsi, selon Kant, « nous ne connaissons notre propre liberté (de laquelle

¹³³ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 37. François Saint-Bonnet écrit, concernant Bodin, qu'il « se présente lui-même comme l'inventeur de la souveraineté » (Cf. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 190). Voir, plus largement, sur Jean Bodin, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 231 et s.

¹³⁴ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 237, respectivement § 124, § 125 et § 126.

¹³⁵ Voir par exemple la définition qu'en donne le *Lexique des termes juridiques* : « Règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique ». Cf. R. GUILLIEN, J. VINCENT, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12^{ème} éd., 1999, p. 450 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 872 : « désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) ». Sur ce phénomène, imputable originellement à Bodin, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 291 et s. : « Le système juridique, qui naît avec la modernité lie les deux phénomènes qui ont commencé à être théorisés par Bodin : la production normative est considérée comme la première fonction du pouvoir souverain » (p. 291).

¹³⁶ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 237 § 124.

¹³⁷ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 141.

procèdent toutes les lois morales, par conséquent aussi tous les droits aussi bien que les devoirs) que par l'intermédiaire de l'*impératif moral*, lequel est une proposition commandant le devoir, mais à partir de laquelle ensuite la faculté d'obliger d'autres hommes, c'est-à-dire le concept de droit, peut être développée » (italique dans le texte)¹³⁸. Autrement dit, la liberté induit le devoir de lui apporter des limites, ce devoir étant alors, selon Kant, la source de la règle de droit. La liaison n'est pas opérée dans les faits puisqu'*in fine* l'érection de l'ordre juridique à venir trouve sa justification dans une règle morale identifiée par le penseur allemand comme étant un impératif. Un impératif qu'il précise ainsi : ayant rappelé le principe selon lequel « toute action est juste qui peut faire coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout autre selon une loi universelle, ou dont la maxime permet cette coexistence »¹³⁹, Kant souligne que ce principe relève d'« une exigence que l'éthique m'adresse »¹⁴⁰, faisant de l'instauration de la règle de droit un principe extérieur à l'Homme : « Il en résulte aussi qu'on ne peut exiger que ce principe de toutes les maximes soit lui-même, à son tour, ma maxime (...) »¹⁴¹.

119. La sollicitation de la règle de droit, comme nécessité, répond également à une exigence pratique¹⁴². L'institution d'une règle de droit provient de ce que la conciliation des libertés égales des hommes ne peut se faire de leur propre volonté. Il faut médiatiser cette conciliation. Sinon c'est la loi du plus fort dont on sait qu'elle est inapplicable au regard des libertés et de leur conservation. Et tous s'accordent sur la nécessité de produire une règle susceptible de venir limiter équitablement les droits et libertés des uns et des autres. La liberté sans borne, c'est le pouvoir du fait, c'est l'état de nature ou l'état de guerre conduisant, comme nous l'avons montré, à un conflit à la fois inéluctable et interminable¹⁴³. La liberté bornée, c'est le pouvoir du droit, c'est la résolution possible et certaine du conflit originel. Et c'est effectivement la seule possible, celle « s'exprimant par rapport aux autres hommes et au sein d'une société, à laquelle s'attache le droit, cette sorte de lien entre les solitudes. Sa mission primordiale est d'équilibrer les antagonismes en préservant la sphère de chacun »¹⁴⁴. « C'est

¹³⁸ E. KANT, *Doctrines du droit*, op. cit., p. 28.

¹³⁹ E. KANT, op. cit., p. 17.

¹⁴⁰ E. KANT, op. cit., p. 18.

¹⁴¹ E. KANT, op. cit., p. 17. Voir aussi J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 12 : « Parce qu'elle vise à organiser la société et à régir les relations qui s'établissent entre les membres de celle-ci, la règle de droit ne peut qu'être extérieure à la personne ».

¹⁴² Sans doute n'est-il pas exclu que Kant ait retenu aussi cette vision pratique du droit dans sa *Doctrines* lorsque, développant le principe d'équité comme préalable à la résolution des conflits entre les libertés, il constate qu'elle ne peut être reçue (« une divinité muette qui ne peut être entendue devant un tribunal ») faute de règle de droit pour la concrétiser : « Celui qui exige quelque chose en se référant à ce principe s'appuie sur son *droit*, avec simplement cette précision que lui manquent les conditions dont a besoin le juge pour pouvoir déterminer dans quelle mesure ou de quelle manière on pourrait donner satisfaction à sa prétention » (italique dans le texte) ». Cf. E. KANT, op. cit., p. 21.

¹⁴³ Cf. *supra* nos 13 et s. et nos 105-107.

¹⁴⁴ F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., p. 3 ; ainsi qu'É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 34 : « Le droit, selon toutes les conceptions disponibles, a une dimension sociale évidente » ; enfin, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 470 : « La conciliation des droits, c'est leur effectivité même ».

un idéal politique que poursuit (ou prétend poursuivre pour certains) la règle de droit : contrer la société de nature où ne règne qu'un seul "droit", le droit du plus fort et du plus puissant »¹⁴⁵.

120. La doctrine allemande n'est pas étrangère à l'avènement de cette conception de la règle de droit. Le droit, et ses règles, sont saisis par la doctrine allemande à la faveur du luthérianisme¹⁴⁶ qui se développe au cours du XVI^{ème} et dont les tenants « propagèrent des croyances qui allaient changer profondément les sociétés et, en particulier, l'idée selon laquelle les sociétés sont régies par des lois que l'esprit humain tire de sa propre raison, de sa conscience. Selon eux, il faut découvrir les lois qui seront les meilleurs, celles qui apporteront et feront le bonheur de la société »¹⁴⁷. Et le professeur Zoller d'ajouter : « Le but n'est donc plus comme dans la scholastique de tirer le maximum de propositions juridiques implicites dans les textes faisant autorité, mais d'établir la validité des règles juridiques en démontrant qu'elles découlent des principes de conscience reconnus comme justes par la raison »¹⁴⁸. Gilles Lebreton souligne le rôle essentiel que jouera, ensuite, la théorie moderne du droit naturel, dont la Déclaration de 1789 peut se réclamer – en partie –, comme philosophie politique des droits de l'Homme : « La "philosophie des droits de l'Homme" a en effet pour but de persuader ou de contraindre les acteurs juridiques à transposer les droits naturels subjectifs dans le droit positif »¹⁴⁹. La nécessité de la règle de droit tranche, enfin, le nœud gordien que les Révolutionnaires avaient cru dénouer : « La tension, qui n'échappe pas à la vigilance du lecteur de la Déclaration de 1789, entre universalisme et légicentrisme, traduit bien cette paradoxale corrélation, typiquement moderne, entre l'affirmation d'une supériorité des droits subjectifs de l'homme sur l'État et la souveraineté absolue de la loi positive. Alors que le texte fondateur rappelle en effet, sur le ton déclaratif, les "droits naturels" de l'homme en les présentant comme antérieurs à la constitution de toute association politique, il investit en même temps le législateur, pour chacun d'entre eux, du soin d'organiser les garanties et les limites de leur exercice »¹⁵⁰.

121. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les règles morales et religieuses soient en partie écartées au profit de la règle de droit¹⁵¹ : « La règle morale tend à la perfection de la personne et à

¹⁴⁵ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 13.

¹⁴⁶ Sur la doctrine de Luther, professeur de théologie, et sa réception auprès des princes électeurs et des villes en Prusse, voir É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 50-53.

¹⁴⁷ É. ZOLLER, op. cit., p. 54-55.

¹⁴⁸ É. ZOLLER, op. cit., p. 55.

¹⁴⁹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 22.

¹⁵⁰ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Notions) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 313. C'est, en outre, la thèse défendue par le professeur Peces-Barba en ces termes : « le concept intégral des droits n'existe vraiment qu'une fois que les prétentions morales justifiées deviennent des règles de Droit positif – ce qui n'est pas sans rejoindre les objectifs du contractualisme classique » (nous soulignons). Cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 374.

¹⁵¹ En partie seulement du point de vue de leurs contenus respectifs car « il demeure que ces trois ordres de règles connaissent à tout le moins des coïncidences ». Cf. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 9. Pour une présentation de la « sécularisation » des droits de l'Homme, G. PECES-BARBA MARTINEZ, op. cit., p. 117-120.

l'épanouissement de sa conscience. La *règle religieuse* veille au salut de l'être humain dans une rencontre amour avec Dieu. Ces perspectives sont assurément bien différentes de celles de la règle de droit qui "n'est ni une règle de salut, ni une loi d'amour : c'est un facteur d'ordre, un régulateur de la vie sociale" » (italique dans le texte)¹⁵². La règle de droit est de ce monde et l'État y endosse un rôle décisif.

B. – La confirmation du rôle de l'État : l'extériorité de la règle de droit

122. L'État royal français, s'il n'a pas pu porter la « vraie » liberté, aura au moins donné à voir que la reconstruction du pouvoir en faveur des individus était possible dès l'instant où la structure étatique elle-même pouvait être distinguée de la personne du Roi : « Et, s'il y a bien un fil rouge qui parcourt toute l'histoire du droit public d'Ancien régime, c'est celui-ci : l'État n'est pas au roi. La distinction entre la chose publique et le roi, corps physique ou charnel, est à travers l'institution de l'État royal la pierre fondatrice de la monarchie française »¹⁵³. L'État, structure politique, ne se confond plus avec le monarque, si bien qu'il peut être saisi grâce à sa réification. Aussi la construction d'une autorité publique qui dépasse les seuls individus confère-t-elle à la règle de droit son caractère extérieur indispensable à sa mise en œuvre et à la poursuite de l'objectif de limitation aux libertés. « La règle de droit reste toujours le produit du groupe et c'est comme tel qu'elle s'impose à l'individu »¹⁵⁴. Le groupe ne tardera pas à s'identifier à l'État.

123. L'extériorité de la règle à poser, au regard des hommes, procède encore de l'impossibilité pratique dans laquelle se trouvent ces derniers à résoudre leurs conflits. En appeler à une autorité extérieure au conflit, telle est la proposition de Humboldt : « Il en est tout autrement des différends entre les hommes ; et ils nécessitent toujours et absolument une puissance de cette nature. Car dans la discorde, les luttes naissent des luttes. L'offense provoque la vengeance et la vengeance est une nouvelle offense. Il faut donc en arriver à une vengeance qui ne permette aucune nouvelle vengeance, c'est-à-dire la peine infligée par l'État, ou à une décision qui force les parties à rentrer dans le calme, c'est-à-dire à la décision du juge »¹⁵⁵. L'extériorité de la règle témoigne aussi de la volonté de dépasser les passions proprement humaines conduisant l'homme à dénaturer la signification de ce qu'est, pour lui, borner la liberté : « Pour garantir la liberté de tous et de chacun, un gouvernement de lois est préférable à un gouvernement d'hommes. Aristote donna une première expression de cette

¹⁵² J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 8, citant Gérard CORNU.

¹⁵³ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 27.

¹⁵⁴ J.-L. AUBERT, op. cit., p. 12-13 ; ainsi que A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 27 : « La notion d'autorité est aujourd'hui comprise à peu près comme synonyme de pouvoir socialement institué (*potestas*) aux fins d'orienter les citoyens dans tout ce qui regarde l'intérêt général (...) ».

¹⁵⁵ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 60. On écrira à raison que « la relation juridique serait triangulaire » (cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 45).

règle dans la *Politique* quand il affirma que le citoyen libre est celui qui obéit à des lois, non à des hommes »¹⁵⁶.

124. L'extériorité de la règle de droit, pour constituer une borne valide à la liberté précédemment définie, est enfin le pendant de l'égale liberté de tous. Si la production de la restriction aux libertés est le fruit d'un système inégalitaire, alors la borne ainsi posée ne répond pas aux impératifs qui découlent de la notion même de liberté. Dans cette mesure, sont donc écartés les régimes qui n'offrent pas en théorie cette égalité dans la production de la borne à la liberté. En témoigne la société d'Ancien Régime, divisée en ordres, foncièrement inégalitaire. Frédéric Laupies le rappelle en forme de conditions : « Loin d'être une contrainte qui brime la particularité individuelle, la loi est médiation qui permet à chacun d'échapper au pouvoir de l'autre. Cela n'est possible que si la loi n'est l'expression d'aucun intérêt particulier. L'égalité des citoyens est la condition de la rationalité de la loi. Par l'obéissance à la loi chacun échappe non seulement à la relation de force mais aussi à l'impulsion aveugle de ses propres inclinations »¹⁵⁷. Mais cette extériorité n'est pas pour autant absolue. Sauf à dissocier la règle de droit de son destinataire et revenir à une règle potentiellement inégalitaire voire liberticide, l'extériorité de la règle de droit s'entend dans la nécessaire relation entre l'auteur de la règle et son destinataire. L'extériorité de la règle de droit est donc toujours relative car « il est vrai que les volontés individuelles peuvent être conviées, d'une façon ou d'une autre, à l'élaboration de la règle de droit (...) »¹⁵⁸. Voyons plus loin : ces volontés doivent être conviées car c'est « la marque de la démocratie »¹⁵⁹, c'est-à-dire, comme on le verra, le seul régime politique qui, en principe, permet d'assurer liaison entre la règle de droit et son destinataire¹⁶⁰. La démocratie prépare alors la neutralité de l'État comme moyen au service de la réalisation de la liberté¹⁶¹. C'est pourquoi, la règle de droit mise en œuvre par l'État repose sur un pouvoir souverain appartenant à tous les cocontractants.

C. – La réappropriation du concept de souveraineté : la légitimité de la règle de droit

125. Fondant la règle de droit, le concept de souveraineté lui imprime cette capacité à borner la liberté puisqu'il donne à la règle de droit cette rationalité humaine. Le concept de souveraineté peut toutefois survivre à la monarchie¹⁶². Il perdure en effet à travers la disqualification des lois religieuses

¹⁵⁶ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 99.

¹⁵⁷ F. LAUPIES, *La liberté*, op. cit., p. 99.

¹⁵⁸ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 12.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ En principe seulement, si l'on tient compte des limites de ce concept. En ce sens, J.-M. DENQUIN, « Démocratie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 262-267.

¹⁶¹ Neutralité que lui donnera, plus tard, l'acception française en tant que base minimale indispensable à l'édification du système de droit : « la neutralité idéologique de l'État comme condition première de garantie de la liberté de conscience et, partant, de la liberté de religion (...) ». Cf. H. ZEGHBIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA* 2008, p. 1997-2002, spéc. p. 2000.

¹⁶² Sur l'idée de « survivance », voir É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 114-115.

et morales, progressivement écartées par l'histoire humaine : « La sécularisation grandissante des sociétés et l'avènement de la pensée scientifique ont vidé les lois de Dieu et de nature de l'autorité morale qui, à l'époque du Grand siècle, limitaient l'État dans l'exercice de ses pouvoirs »¹⁶³. « En Europe, la souveraineté a connu le même destin. Les souverains ont disparu ou, s'ils n'ont pas disparu, ils sont devenus des icônes constitutionnelles, la souveraineté est restée. Certes, l'âge républicain lui interdit de se loger dans un corps physique et de revêtir forme humaine ; la souveraineté ne peut donc plus être aujourd'hui qu'un "principe" pour reprendre le terme qui figure à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Mais elle est logée dans l'universalité des citoyens (...) »¹⁶⁴. L'idée maîtresse est de conserver un concept qui libère les individus d'autres pouvoirs en permettant, par un changement de titulaire, de faire de l'ensemble des citoyens le souverain¹⁶⁵, à savoir cette « souveraineté de la multitude »¹⁶⁶. La persistance du contraire eût été trop longtemps étonnante car, quand Jean Bodin s'apprêtait à « servir sur un plateau d'argent » la souveraineté au Roi de France¹⁶⁷, Étienne de La Boétie, dans un *Discours* de jeunesse remarqué, préparait psychologiquement¹⁶⁸, par une introspection de l'humanité, au contractualisme des Lumières : « Je voudrais seulement comprendre comme il se peut que tant d'hommes, tant de bourgs, tant de villes, tant de nations supportent quelquefois un tyran seul qui n'a de puissance que celle qu'ils lui donnent, qui n'a pouvoir de leur nuire qu'autant qu'ils veulent bien l'endurer, et qui ne pourrait leur faire aucun mal s'ils n'aimaient mieux tout souffrir de lui que de le contredire. Chose vraiment étonnante – et pourtant si commune qu'il faut plutôt en gémir que s'en ébahir –, de voir un million d'hommes misérablement asservis, la tête sous le joug, non qu'ils y soient contraints par une force majeure, mais parce qu'ils sont fascinés et pour ainsi dire ensorcelés par le seul nom d'un, qu'ils ne devraient pas redouter – puisqu'il est *seul* – ni aimer – puisqu'il est envers eux tous inhumain et cruel » (italique dans le texte)¹⁶⁹. Plus tard, l'auteur de *Qu'est-ce que le Tiers-état ?* décriait cette

¹⁶³ É. ZOLLER, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶⁴ É. ZOLLER, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶⁵ É. ZOLLER, *op. cit.*, p. 115-116.

¹⁶⁶ En cela, on retrouve les bases même du concept de démocratie selon la caractérisation qu'en fait le penseur athénien Périclès au V^{ème} siècle avant J.-C. Voir G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 40-45, spéc. p. 41.

¹⁶⁷ Georges Lescuyer dit de lui qu'il est « le père du gouvernement absolu par la rigueur et la logique qu'il a mises dans sa construction de la souveraineté ». Cf. G. LESCUYER, *op. cit.*, p. 239. « Le roi est le grand bénéficiaire de la souveraineté puisque, grâce à elle, il ne tient plus rien du pape, ni de l'empereur ; son pouvoir n'est ni temporaire, ni délégué et il n'est responsable envers quiconque sur cette terre. C'est en cela que Jean Bodin est le fondateur de l'absolutisme » (p. 240). Offrant une analyse comparable sur l'apport de Bodin aux concepts de souveraineté et d'absolutisme, O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution*, *préc.*, p. 15-16.

¹⁶⁸ Opinion commune à Georges Lescuyer qui relève, au fond, que La Boétie « critique moins le Roi que ceux qui lui obéissent. Le ressort profond de la tyrannie, comme d'ailleurs la force de tout pouvoir, n'est pas dans celui qui l'exerce, mais dans ceux qui obéissent. L'obéissance étant un phénomène psychologique, la racine du pouvoir est dans le peuple qui accepte l'esclavage comme un état de fait irrémédiable » (italique dans le texte). Cf. G. LESCUYER, *op. cit.*, p. 215.

¹⁶⁹ É. DE LA BOÉTIE, *Discours de la servitude volontaire*, *op. cit.*, p. 8. Dans la même veine, mais trois siècles après, Marx s'interrogeait en ces termes sur le succès surprenant du Coup d'État du 2 décembre 1851 fomenté par Louis Napoléon Bonaparte : « Il resterait à expliquer comment une nation de 36 millions d'habitants peut être surprise par trois chevaliers d'industrie et être capturée sans résistance ». Cf. K. MARX, *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte*, traduction G. CHAMAYOU, présentation A. HAAS, Paris, *Le Monde* – Flammarion, coll. « Les livres qui ont changé le monde », n° 19, 2010, p. 100 (première parution en 1852).

aberration pour mieux précipiter cette réappropriation de notre souveraineté : « Qu'on nous permette seulement de faire observer combien il est souverainement absurde, lorsqu'on soutient, d'un côté, avec éclat que la nation n'est pas *faite* pour son chef, de vouloir, d'un autre côté, qu'elle soit *faite* pour les aristocrates » (italique dans le texte)¹⁷⁰. C'est bel et bien pour dissiper les apparences trompeuses que nous convoquons, avec Benjamin Constant pour dernier argument, le concept de souveraineté à partir duquel seul pourra être réalisée la liberté pour tous. « Chez les modernes, au contraire, l'individu, indépendant dans sa vie privée, n'est même dans les états les plus libres, souverain qu'en apparence. Sa souveraineté est restreinte, presque toujours suspendue ; et si, à des époques fixes, mais rares, durant lesquelles il est encore entouré de précautions et d'entraves, il exerce cette souveraineté, ce n'est jamais que pour l'abdiquer »¹⁷¹. Ces trois qualités, *nécessité*, *extériorité* et *légitimité* de la règle de droit, permettent d'entrevoir, dès à présent, les principaux caractères de l'état juridique en formation né du pacte social libéral.

II. – Les caractères constitutifs de l'état juridique en formation :

126. Énoncer l'avènement de l'état juridique, c'est exposer pour le droit, successivement, ces deux éléments politiquement constitutifs que sont, d'une part, la généralisation de la coercition publique (A.) et, d'autre part, la génération de la liberté politique (B.).

A. – La généralisation de la coercition publique :

127. Avant de devenir un critère déterminant – voire distinctif¹⁷² – de la règle de droit à l'occasion de l'édification du système de droit qui s'annonce, la coercition publique est généralisée dans son principe par la conclusion du pacte social libéral. Le recours et l'usage de la force n'est plus l'apanage d'un seul ou de quelques-uns (force privée), ils deviennent, par l'effet du pacte et de la constitution de l'état civil, la prérogative de tous les membres du corps social (force publique). Entendue comme

¹⁷⁰ E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 37. Lire également l'analyse comparable à La Boétie de Sieyès (p. 78-79) articulée autour de cette question : « Et convient-il au Tiers-état de languir à la fin du dix-huitième siècle dans les mœurs tristes et lâches de l'ancienne servitude ? » (p. 78). Politiquement, poursuit Sieyès, le Tiers-état « ne doit pas ignorer qu'il est aujourd'hui la réalité nationale » (*ibid.*).

¹⁷¹ B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 595.

¹⁷² On le verra mais notons, avec Éric Millard, que le droit se caractérise, outre par son caractère obligatoire, « par l'existence d'un ensemble d'autorités disposant du pouvoir d'imposer une pression sociale et physique (ce qui distingue le droit d'autres systèmes normatifs) ». Cf. É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 107. C'est aussi le signe distinctif de l'Administration qui se profile ici : « la violence n'est donc pas éliminée, mais concentrée au profit de l'État, gérée par l'appareil qui incarne son autorité et mise au service de la norme. Cette force matérielle constitue le signe distinctif de l'administration, le noyau dur de son institution, l'élément irréductible dont elle ne saurait se passer et autour duquel elle a été bâtie ». Cf. J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 78. La règle de droit pourrait aussi résulter du péché originel selon la conception luthérienne du pouvoir (XVI^{ème} siècle) lequel apparaît rapidement assimilé à la force : « Dans un monde corrompu, écrit Georges Lescuyer pour résumer le penseur allemand, un élément coercitif est inévitable ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 197-204, spéc. p. 200.

contrainte extérieure à chacun mais commune à tous, la coercition publique devient le « bras armé » de la garantie de la liberté et concrétise l'œuvre de justice : « L'œuvre de justice, selon la loi d'Eschyle, doit se réaliser par l'alliance de la force et du droit. Ainsi donc la procédure du droit, par la liaison qu'elle établit entre le droit et la force, permet l'acte de justice »¹⁷³. La contribution de John Locke est, à cet égard, décisive comme le souligne le doyen Lescuyer : « cette absence d'organisation d'une sanction, et par suite d'une sauvegarde préventive des personnes et des biens [...] va amener la fin de l'état de nature »¹⁷⁴. Selon Locke, la création de la société politique ou société civile voulue par les signataires du pacte social (ou plus exactement les membres de l'union civile dans le langage lockéen) constitue une généralisation à grande échelle du pouvoir naturel de l'homme de protéger sa liberté. Cette généralisation s'opère par l'exercice collégial de la défense des libertés désormais réalisée par l'ensemble de la communauté. La société, si l'on peut prendre cette image, se substitue à l'homme comme un miroir grossissant. « Le *pouvoir politique* est ce pouvoir que chaque homme a dans l'*état de nature*, qu'on a réuni entre les mains d'une société, et que cette société a remis à des conducteurs qui ont été choisis, avec cette assurance et cette condition, soit expresse ou tacite, que ce pouvoir sera employé pour le bien du corps politique, et pour la conservation de ce qui appartient en propre à ses membres » (italique dans le texte)¹⁷⁵. Du reste, ce passage souligne aussi que dans la conception lockéenne de l'établissement de la liberté politique, l'homme ne renonce qu'au mécanisme de garanties personnelles (au demeurant frustré), au profit d'un mécanisme de garanties collectives (donc plus élaboré), mais aucunement à sa liberté.

128. Rousseau développera la logique de l'union civile lockéenne qu'un passage célèbre du *Contrat social* résume : « Afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre (...) »¹⁷⁶. Certainement, ce passage contient le propos le plus controversé du *Contrat social* élaboré par Rousseau, mais il faut, à l'invitation de Bruno Bernardi, le saisir correctement en le replaçant dans toute la construction rousseauiste du pacte social : « Toute la fin de ce chapitre, si l'on veut éviter quelques-uns des contresens les plus lourds faits sur la pensée de Rousseau, demande à être comprise dans son équilibre et ses articulations. Il s'agit de fixer les bornes respectives des pouvoirs du souverain (...) et des sujets. Le souverain est borné par la nature du contrat (sa sainteté). Sa fin est la conservation de chacun de ses membres et de leur liberté ; elle implique qu'ils soient préservés de toute dépendance personnelle, traités par les lois selon la stricte

¹⁷³ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 5 : « Les écrits d'Eschyle, poète du V^{ème} siècle avant Jésus-Christ, considéré comme l'inventeur de la tragédie grecque, soulignaient l'impérieuse nécessité de mettre un terme à la vendetta indéfinie, celle où le sang appelle le sang. Dans *Les Euménides*, Eschyle affirme la prééminence du droit sur l'aveugle désir de vengeance (...) ».

¹⁷⁴ G. LESCUYER, op. cit., p. 312-313, spéc. p. 313.

¹⁷⁵ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 271 § 171.

¹⁷⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 60.

égalité, confirmés comme citoyens dans l'exercice de la souveraineté. Violer l'un de ces principes serait violer le contrat, c'est-à-dire le dissoudre, et restituer chacun dans sa liberté naturelle. Les sujets, quant à eux, sont tenus par l'autorité des lois, c'est-à-dire les délibérations de la volonté générale. Lorsque Rousseau affirme que "quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre", il ne fait que rappeler la nécessaire conjonction entre l'obéissance due aux lois par les sujets et la souveraineté des citoyens pris en corps. La souveraineté des citoyens est le seul fondement de l'obéissance des sujets. De l'obéissance des sujets dépend la consistance de la souveraineté¹⁷⁷. Ce n'est qu'au prix d'une désarticulation de cette double contrainte, aux yeux de Rousseau indissociable, et d'une confusion entre le sujet et le citoyen qu'on a pu voir ici le germe d'une conception totalitaire de l'État (...) » (nous soulignons)¹⁷⁸. La méprise consisterait ainsi à omettre que, au bout du compte, la conclusion du pacte social n'a d'autre effet, du point de vue de la liberté, que d'obliger le signataire à obéir à lui-même¹⁷⁹. Alors il ne faut plus craindre que « la paix sociale passe par la violence d'État »¹⁸⁰.

129. Enfin, Sieyès considérait, en praticien lucide, que la liberté n'est possible qu'au sein du corps social où une contrainte est possible : « On ne doit point se le dissimuler : le garant de la liberté publique ne peut être que là où est la force réelle. Nous ne pouvons être libres qu'avec le peuple et par lui »¹⁸¹. L'article 12 de la Déclaration de 1789 consolide cette liaison entre le déclaratoire et l'exécutoire en énonçant que « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ». Le principe qu'il porte est autant la condition de la démocratie que des droits et libertés¹⁸². C'est pourquoi, l'état civil, créé par le pacte social, génère aussi la liberté politique.

¹⁷⁷ Dans le même sens, voir T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 347 : « Quand donc notre refus d'obéir met en péril la fin en vue de laquelle la souveraineté fut établie, la liberté de refuser n'existe pas – autrement, elle existe ». Refuser d'obéir alors que cela porte atteinte à la liberté, c'est nier la liberté.

¹⁷⁸ B. BERNARDI, note 52, in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 199. Dans le même sens, sur ce point précis, H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 11-12. Preuve supplémentaire qu'il faut être extrêmement prudent car il se pourrait même, en remontant jusqu'à Platon, qu'on découvre les racines de la pensée totalitaire dans la philosophie grecque ! Nous nous appuyons sur l'examen de la philosophie platonicienne que livre le professeur Rangeon, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 44-45 : traitant de « l'intérêt de la cité totale » (p. 45), M. Rangeon explique que, pour Platon, « l'intérêt public est ainsi un principe de totalité ; il s'applique à la cité en tant qu'elle constitue un tout indivisible. La totalité est un principe inhérent à l'idée même de cité (...). Ce principe de totalité a pour corollaire l'exclusion des individus qui refusent de se soumettre aux exigences de l'intérêt public » (nous soulignons).

¹⁷⁹ Pour un rappel des objections formulées à l'encontre de la doctrine rousseauiste de la volonté générale « où le citoyen fait violence à l'homme », voir É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 48-49, spéc. p. 48.

¹⁸⁰ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 126.

¹⁸¹ E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 90.

¹⁸² Notamment, R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 75 : « L'article 12 de la Déclaration de 1789, rarement cité, nous indique que "la garantie des droits de l'homme et du citoyen", celle-là même qui est une condition de la démocratie, "nécessite une force publique". Or le but de la force publique, c'est le maintien de l'ordre public (...) ».

B. – La génération de la liberté politique :

130. De quelle liberté s'agit-il ? « Sur le plan politique, c'est-à-dire sous l'angle du *rapport de l'homme et du pouvoir*, la liberté est la sphère d'action qui échappe à la contrainte sociale »¹⁸³. C'est un des effets du pacte social que de générer, politiquement, le principe de liberté dans les rapports qu'entretiennent les hommes entre eux. La liberté politique « s'oppose donc à la servitude »¹⁸⁴. Le pacte rend la liberté effective en répondant à « l'objectif politique d'effectivité » dans les termes définis par le professeur Millard : « La notion d'effectivité participe de la conception théorique des droits de l'homme : elle joue un rôle dans le statut de la proposition affirmant qu'il existe des droits de l'homme »¹⁸⁵. Les libertés supposent donc, à leur tour, la liberté politique sans laquelle les premières ne seraient pas effectives. Trois éléments sont à prendre en considération.

131. En premier lieu, la liberté politique renvoie à l'égalité des membres du corps social. Si c'est le souci de leur liberté qui les a motivés pour conclure le pacte social, l'affirmation générale de leur égale liberté conduit à fonder l'égalité entre eux. Sur ce point, Rousseau a montré que cette génération est directement consécutive à la conclusion du pacte social : « Par quelque côté qu'on remonte au principe, on arrive toujours à la même conclusion ; savoir, que le pacte social établit entre les citoyens une telle égalité qu'ils s'engagent tous sous les mêmes conditions, et doivent jouir tous des mêmes droits. Ainsi par la nature du pacte, tout acte de souveraineté, c'est-à-dire tout acte authentique de la volonté générale oblige ou favorise également tous les Citoyens¹⁸⁶, en sorte que le Souverain connaît seulement le corps de la nation et ne distingue aucun de ceux qui la composent »¹⁸⁷. En deuxième lieu, autre effet notoire de la liberté politique, la reconnaissance politique de l'égale liberté apparaît irréversible¹⁸⁸. Les hommes, ayant admis l'opposabilité du pacte à leur égard, postulent pour l'avenir que ce qui les caractérise est leur état d'être libres. Ainsi, Hobbes prévient que « tous les droits ne sont pas aliénables »¹⁸⁹. En effet, « le motif et le but pour lesquels ce renoncement et ce transfert du droit sont introduits par quelqu'un ne sont rien d'autre que la sécurité de sa personne, de sa vie et des moyens de la préserver de telle sorte qu'elle ne lui soit pas insupportable »¹⁹⁰. C'est rappeler, à la

¹⁸³ G. LEBRETON, « Liberté », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 621.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ É. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 349-352, spéc. p. 349.

¹⁸⁶ Points essentiels que les Révolutionnaires consacreront à l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale. [...] Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

¹⁸⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 72.

¹⁸⁸ « L'égalité est une notion qui, dès la naissance des droits fondamentaux tels que nous les connaissons aujourd'hui, s'est imposée comme essentielle [...]. Son but premier est l'insertion des libertés dans la réalité juridique et sociale ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., respectivement p. 377 et p. 399.

¹⁸⁹ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 234-235, spéc. p. 234.

¹⁹⁰ T. HOBBS, op. cit., p. 234-235.

faveur des conditions dans lesquelles fut conclu le pacte social libéral, que des limites existent aux restrictions à la liberté qui s'instaure, dès lors que la conclusion du pacte est d'abord motivée puis objectivée. Ce point capital nous rappellera à chaque instant que la validité de la création de l'état civil repose sur la nécessaire limitation des libertés au nom de la liberté, dont la notion d'intérêt général véhicule le fondement. En troisième lieu, la génération de la liberté politique aurait son instant historique. Ce temps bien précis et particulier de la vie politique de la société française est assurément celui de la Révolution française de 1789. Élisabeth Zoller considère ainsi que les Français ont quitté « l'âge monarchique » pour entrer dans « l'âge républicain »¹⁹¹. Un nouvel ordre social est annoncé par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789¹⁹². Ce texte, l'*instrumentum* de notre pacte social libéral, est l'affirmation juridique de la reconnaissance politique du concept de liberté. Nous entrons, ainsi que le déclarait rétrospectivement Benjamin Constant en 1819, s'agissant de qualifier les événements de 1789¹⁹³, dans une ère libérale, celle de la liberté moderne que cet « inventeur du libéralisme »¹⁹⁴ dépeignait comme suit : « Demandez-vous d'abord, Messieurs, disait-il lors de ce discours à l'Athénée royale de Paris, ce que, de nos jours, un Anglais, un Français, un habitant des États-Unis de l'Amérique, entendent par le mot de liberté. C'est pour chacun le droit de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être ni arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d'aucune manière, par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou de plusieurs individus. C'est pour chacun le droit de dire son opinion, de choisir son industrie, et de l'exercer, de disposer de sa propriété, d'en abuser même ; d'aller, de venir sans en obtenir la permission, et sans rendre compte de ses motifs ou de ses démarches. C'est, pour chacun, le droit de se réunir à d'autres individus, soit pour conférer sur ses intérêts, soit pour professer le culte que lui et ses associés préfèrent, soit simplement pour remplir ses jours ou ses heures d'une manière plus conforme à ses inclinations, à ses fantaisies. Enfin, c'est le droit, pour chacun, d'influer sur l'administration du Gouvernement, soit par la nomination de tous ou de certains fonctionnaires, soit par des représentations, des pétitions, des demandes, que l'autorité est plus ou moins obligée de prendre en considération »¹⁹⁵. Tenir le concept de liberté, en France, de 1789 nous paraît communément admis¹⁹⁶. Tenons pour acquis que « le *texte fondateur* en matière de droits

¹⁹¹ Le contraste est lumineux : à l'âge monarchique correspondant à des sociétés « divisées en "ordres" ou en "états" dans laquelle le lien social était hérité de l'histoire, donc subi, assis sur les relations d'allégeance et de fidélité, donc personnel et fondé sur des sentiments », s'oppose l'âge républicain porteur de « sociétés d'hommes libres et égaux en droits ; l'égalité des conditions en est le principe fondateur de sorte que, dans ces sociétés, le lien social est volontaire, objectif, fondé sur des intérêts ». Cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 113.

¹⁹² Au point même que « dès 1791, les députés de l'Assemblée nationale constatent que la Déclaration a acquis, aux yeux de l'opinion publique, un tel caractère sacré qu'il n'est plus possible de la modifier ». Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 56. Nuançant néanmoins cette date, pour lui préférer la période postérieure à la Seconde Guerre mondiale, C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, Paris, Litec, coll. Manuels, 5^{ème} éd., 2003, p. 3 : « La liberté, en Europe, est une idée neuve, quoi qu'on en dise (...) ».

¹⁹³ B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit. : cependant si elle est « l'heureuse révolution » (p. 591), elle l'est dans le même temps « orageuse » (p. 603).

¹⁹⁴ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 366.

¹⁹⁵ B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 593-594.

¹⁹⁶ Voir le point de vue de M. AGULHON, « La conquête de la liberté », préc., p. 12 : « Pour toutes ces raisons, nous ne proposerions pas d'abandonner l'idée ancienne d'après laquelle le souvenir de la Révolution et l'attachement à ses principes, en fondant la République en France, ont constitué le fondement principal de la liberté ; c'est-à-dire de l'adhésion

de l'homme est bien la Déclaration de 1789, il *commande* l'ensemble de notre système politique (...) » (nous soulignons)¹⁹⁷. Cependant, il faut mentionner spécialement l'article 4 de la Déclaration de 1789 dont on peut dire qu'il définit les termes du conflit : « 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 »¹⁹⁸. C'est à la mise en œuvre de ces conclusions que la notion d'intérêt général s'attache pour guider l'homme vers la vraie liberté. L'établissement de l'état juridique, prolongement juridique immédiat de l'état civil, certifie que le droit à venir sera un droit positif libéral.

132. En conclusion de ce point, nous reprendrons les enseignements toujours valides de Wilhelm von Humboldt : « Aussi le commandement obligatoire et l'obéissance inconditionnelle ne sont-ils jamais aussi nécessaires que dans les entreprises des hommes contre les hommes, qu'il s'agisse de repousser l'ennemi étranger, qu'il s'agisse de maintenir la tranquillité dans l'État lui-même »¹⁹⁹. Le recours à la règle de droit est avant tout le résultat d'un consensus en gestation et issu d'un long travail du corps social. La définition contextuelle et historique du droit donnée par François Terré le prouve : « Les finalités du droit se sont accumulées au cours de l'Histoire à partir d'une approche relativement simple. C'est d'ailleurs en relatant leurs vagues successives que l'on s'emploie tant bien que mal à dégager une définition juridique. Quant à son fondement, il n'est pas davantage à l'abri des incertitudes. Toujours est-il que, dans un premier temps, fort long, se déroulant au cours de millénaires, les finalités du droit généralement reconnues et recherchées ont été la justice et l'ordre »²⁰⁰. En définitive, « le droit est toujours là où il y a des enjeux de pouvoir ou des intérêts économiques ou encore des décisions juridiques à prendre »²⁰¹. La définition d'une règle de droit

à la démocratie libérale, telle que celle dont nous jouissons, et qui ressemble, pour l'essentiel, à celle des autres nations occidentales ». 1789 est également identifié comme le point de départ de la conquête juridique de la liberté par Bernadette Duarte pour qui « dès la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, il est apparu indispensable pour proclamer les droits de l'homme de s'intéresser à leurs limites ». Cf. B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 35.

¹⁹⁷ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 171. Les auteurs montrent, ici même, que la position juridique adoptée par le Conseil constitutionnel est, de toute façon, celle-là.

¹⁹⁸ Dans une forme d'abstraction certes redoutable : « Cet article de la Déclaration fut voté le 21 août 1789, et il n'est pas exagéré de dire qu'il contient, en lui seul, toutes les bases du principe de conciliation des droits ». Mais il « ne fait, il faut bien en convenir, qu'énoncer le principe de la conciliation. Il condamne le système juridique à en rechercher seul les modalités. Pire, il ne définit pas même de méthode pour y parvenir ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., respectivement p. 63 et p. 64. D'une certaine façon, Jacques Mourgeon paraît reprocher à cette disposition de trahir les aspirations de l'homme à la liberté puisqu'il abandonnerait (trop tôt ?) la définition de ses droits et libertés : elle fait, dit-il, « de l'homme l'adversaire de l'homme pour mieux asseoir la surveillance des droits par un Pouvoir sollicité comme arbitre ». Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 86. Précisément, il nous semble que l'article 4 de 1789 pose les bases du conflit – en renvoyant à plus tard sa résolution – à la manière d'un médiateur qui, réunissant les parties en conflit, doit d'abord les faire s'entendre, pour lui-même les comprendre, sur l'étendue exacte du conflit. N'est-ce pas alors un premier pas que de parvenir à se mettre d'accord sur le fait que nous ne sommes pas d'accord ? Notre premier accord n'est-il pas la reconnaissance mutuelle d'un désaccord commun (en l'espèce que la liberté de l'un nuit à la liberté de l'autre) ?

¹⁹⁹ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 60.

²⁰⁰ F. TERRE, « Le droit et le bonheur », préc., spéc. § I-A.

²⁰¹ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 79.

épouse les potentialités de la liberté. « Il n'existe, pour toute action humaine possible, que les trois modes déontiques de l'obligation, de la permission et de l'interdiction »²⁰². Or, « une norme est la signification d'un énoncé prescriptif, elle rend obligatoire, permis ou interdit un certain comportement humain »²⁰³. Tout conduit à faire du droit le discriminant entre ce qui est accessible et ce qui ne l'est pas pour la liberté. « Le droit détermine, plus ou moins d'ailleurs, la ligne de partage du licite et de l'illicite dans l'exercice des droits et l'usage des libertés »²⁰⁴. « La liberté est l'objet suprême du droit. Toute diminution de celle-ci demande une excuse, et la seule bonne excuse, c'est la nécessité de préserver la liberté »²⁰⁵. Il était donc « naturel » de retrouver la technique juridique au cœur de la construction d'une théorie générale des droits fondamentaux reconçue par l'intérêt général. Mais, « le plus souvent, semble rappeler Gilles Lebreton, le droit positif adopte des solutions pragmatiques, qui tiennent compte des circonstances sans prétendre à une logique d'ensemble »²⁰⁶. C'est à la recherche de cette logique d'ensemble qu'il faut s'atteler pour que les principes d'un droit positif libéral ne s'évanouissent pas aussitôt dans leur propre déclaration. C'est pourquoi la notion d'intérêt général commande l'édification d'un système de droit libéral lequel conduit à l'énonciation juridique de l'intérêt général.

Section 2^{ème} : L'énonciation de l'intérêt général par le système de droit :

133. Consacrer les limites à la liberté par la règle de droit, c'est consacrer l'existence juridique de la liberté et lui conférer son effectivité. « À défaut d'être effectifs, les droits de l'homme ne sont pas des droits, mais de simples prétentions »²⁰⁷. Mais il convient pour cela, de mettre fin à l'absoluité d'un droit ou d'une liberté porteur de sa propre négation. La fondation de notre ordre juridique en 1789 marque incontestablement l'avènement des droits et libertés juridiques comme en témoigne l'analyse que faisaient Louis Favoreu et Loïc Philip des décisions du Conseil constitutionnel portant sur le droit de propriété²⁰⁸ : « dans ses décisions, le juge constitutionnel a bien pris soin de préciser que "postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution ... par des limitations exigées par "l'intérêt général", ce qui signifie

²⁰² L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 113.

²⁰³ L. FAVOREU et alii, op. cit., p. 81.

²⁰⁴ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 420-421.

²⁰⁵ Citation de James Coolidge Carter, un juriste américain du XIX^{ème} siècle, extraite de *Law, its origin, growth and fonction* (1907), reprise par É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 543.

²⁰⁶ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 49.

²⁰⁷ É. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 352.

²⁰⁸ Les décisions dont il est question sont : CC, 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18 et CC, 11 février 1982, déc. n° 82-139 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 31.

clairement que pour lui, le droit de propriété n'est plus un droit absolu » (italique dans le texte)²⁰⁹. Laurent Fonbaustier va plus loin puisque, dit-il, « aucun des droits proclamés en 1789 n'a un caractère absolu (...) »²¹⁰.

134. C'est donc bien l'existence non réglée juridiquement, ou sans règle de droit, qui nie le concept même de liberté dans toute sa logique. La liberté sans règle de droit n'existe pas. « Le peu de libertés inutiles [que l'Homme] a sacrifié, il le compare à la somme de toutes les libertés sacrifiées par les autres et qui, sans ces lois, pouvaient se tourner contre lui »²¹¹. Alors « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté » affirmait sobrement Rousseau²¹². La liberté a besoin de la règle de droit pour être restreinte. « Le point de vue positiviste est ici le seul opérationnel : il n'y a droit de l'homme que par l'intervention du droit positif (...) »²¹³. Un argument de taille vient ainsi alimenter le débat sur l'articulation entre affirmation théorique de la liberté et protection pratique de celle-ci au sein même de la Déclaration de 1789. « Le lien, précise M. Fonbaustier, entre jusnaturalisme et positivisme est, dans ce grand moment d'écriture constitutionnelle, subtil : la référence au droit naturel ne serait-elle pas, en dernière analyse, qu'un simple vernis destiné à justifier le "coup de force" de la Constituante ? Il n'est pas illégitime d'y penser dès lors qu'en écrivant les droits supposés être déclarés, les rédacteurs les placent au sommet du nouvel ordre juridique (...) admettant par là même la fonction "constituante" de la Déclaration »²¹⁴. C'est admettre, en somme, comme sérieusement et historiquement probable qu'il n'y eût jamais dans l'esprit des hommes de 1789 déconnexion entre affirmation et protection, autrement dit, que la liberté pour exister s'accompagnait, *ab initio*, de sa restriction immédiate incarnée par la règle de droit²¹⁵. La notion d'intérêt général contient ce motif primaire de restriction à la liberté. Il est par conséquent indispensable que la notion d'intérêt général saisisse, dans cette acception, le droit pour qu'à son tour, ce dernier puisse énoncer l'intérêt général.

²⁰⁹ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^{ème} éd., 2007, p. 423.

²¹⁰ L. FONBAUSTIER, « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 204.

²¹¹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 169-170.

²¹² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 61. L'article 8 de la Déclaration girondine des droits de l'Homme dispose expressément que « la conservation de la liberté dépend de la soumission à la loi » (cf. F. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, op. cit., p. 64) ; B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 668 : « il semble que ce soit l'absence de consécration de ce pouvoir [de restriction] qui serait liberticide (...) ».

²¹³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 52.

²¹⁴ L. FONBAUSTIER, « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 198.

²¹⁵ Pour une appréciation sensiblement différente, en faisant du milieu du XX^e siècle le véritable « tournant » entre jusnaturalisme et positivisme, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 42-45.

135. Un arrêt de la Cour d'appel de Caen se fait judicieusement l'écho de cette nécessité duale : « Les libertés publiques sont des droits reconnus et aménagés par l'autorité publique »²¹⁶. Cette reconnaissance et cet aménagement procèdent ainsi de la vocation structurante de la notion d'intérêt général. Cette énonciation de l'intérêt général incombant au système de droit libéral repose, d'abord, sur l'instauration d'un ordre juridique libéral (§1.) et, ensuite, sur son objectivation (§2.).

§1. – L'instauration d'un ordre juridique libéral :

136. L'instauration de l'ordre juridique libéral, donnant naissance au système de droit libéral, procède de deux phénomènes concomitants. D'une part, cet ordre est matériellement fondé par une norme restrictive (I.). D'autre part, il ne peut être pérennisé structurellement que par le truchement de l'État (II.).

I. – La fondation matérielle de l'ordre juridique libéral par une norme restrictive :

137. La position du Conseil constitutionnel est explicite sur ce point lorsque l'on peut lire dans l'une de ses décisions que « les libertés qui ne sont ni générales ni absolues ne peuvent *exister* que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi » (nous soulignons)²¹⁷. « Comme le soulignait avec force Duguit, droits et libertés ne sauraient en effet avoir d'existence concrète en dehors de leur consécration par le droit positif et le pouvoir d'action juridique reconnu aux individus ne peut découler que d'une norme de droit objectif »²¹⁸. Puisque la liberté juridiquement protégée n'existe qu'à la condition d'être immédiatement restreinte, la formulation des restrictions aux droits et libertés nécessite l'avènement d'un ordre juridique. Pour en comprendre les tenants et aboutissants, il peut suffire d'indiquer que la fonction à venir de la règle de droit est exclusivement restrictive.

138. Nous sommes conduit à estimer que la fonction normative, en tant qu'elle s'identifie en premier lieu et dialectiquement à l'ordre juridique naissant (lui-même nécessité par l'obligation de

²¹⁶ CA Caen, 18 juin 1977, cité par C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 5. Également, S. ETOA, *op. cit.*, p. 43 : « Concrètement, il ne s'agit plus de cantonner l'intervention des pouvoirs publics à la seule définition des bornes ou des limites de la liberté, mais de poser que, pour être "publique", une liberté doit être positivement reconnue par les organes de l'État. La perspective est donc inversée par rapport à celle de la théorie des droits individuels. L'État crée les libertés publiques, elles ne lui préexistent pas ».

²¹⁷ CC, 27 juillet 1982, déc. n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, *Rec.* p. 48. Voir également sur ce point R. DRAGO, « Liberté d'entreprendre et environnement, la question des installations classées », in *Libertés, Mélanges Jacques Robert*, *op. cit.*, p.101-110, spéc. p. 102.

²¹⁸ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 659-690, spéc. p. 670. Pour une analyse historiographique de la nécessité de la règle de droit, notamment, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, *op. cit.*, p. 29 et s.

faire exister les libertés), est d'abord et de façon prééminente restrictive : la règle, toute règle de droit a pour fonction première, dans nos ordres juridiques libéraux de limiter, de restreindre. En restituant la définition du droit – « le principe universel du droit »²¹⁹ – élaborée par le philosophe Emmanuel Kant, René Sève démontre que ce principe kantien est « la coexistence (ou compossibilité) des libertés : « "le droit est donc l'ensemble des conditions dans lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté". En termes plus directs, le droit est l'ensemble des règles qui permettent à chacun d'user de sa liberté en respectant celle d'autrui (et, corrélativement, de faire respecter sa liberté par la puissance publique, si autrui ne respecte pas cette règle) »²²⁰. Essentielle dans la définition kantienne de la règle de droit est l'idée que le droit n'a qu'une seule fin : restreindre les libertés pour mieux les faire exister. Or, dans ces conditions, si les trois modes déontiques de la règle de droit sont effectivement la permission, l'obligation et l'interdiction, un seul effet la caractérise : la restriction. Cette tentation de réduction de la norme à son plus simple appareil fonctionnel est largement confortée par les propos de Kant lui-même : « Le droit est donc l'ensemble conceptuel des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté »²²¹. Aussi, poursuit-il, le droit traduit une relation formelle entre deux arbitres (deux personnes) : « c'est seulement la *forme* de la relation entre les arbitres présents des deux côtés que l'on interroge, en tant qu'ils sont considérés simplement comme *libres*, et cela pour savoir si l'action de l'un des deux se laisse concilier avec la liberté de l'autre selon une loi universelle » (italique dans le texte)²²². De tels écrits conduisent sans nul doute à réduire, aux yeux de Kant, la fonction du droit à sa définition prouvant par-là même combien l'institution de la norme dans le champ social n'a d'autres effets que de restreindre les libertés. Hobbes, avant lui, l'avaient brièvement admis quoiqu'*expressis verbis*. « Le droit de nature, c'est-à-dire la liberté naturelle de l'homme, peut être réduit et restreint : d'ailleurs, la fin de la production des lois n'est rien d'autre que cette *restriction* même, sans laquelle il est impossible qu'aucune paix puisse exister. La loi n'a été introduite dans le monde *rien que pour limiter* la liberté naturelle des individus particuliers, de telle façon qu'ils ne puissent se nuire les uns les autres, mais s'entraider et se lier ensemble contre l'ennemi commun » (nous soulignons)²²³. La règle de droit a pour fin de restreindre la liberté. La règle de droit *n'a que* pour fin de restreindre la liberté.

²¹⁹ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 17. Principe dont l'énoncé est précisément : « "Toute action est juste qui peut faire coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout autre selon une loi universelle, ou dont la maxime permet cette coexistence" ».

²²⁰ R. SEVE, « Kant Emmanuel. *Doctrine du droit* », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, op. cit., p. 303-312, spéc. p. 306.

²²¹ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 17. S'inscrivant dans une interprétation des effets de la norme plutôt que de son objet, voir V. DAUDET, J. NAVARRE-BRAGER, « Le droit, source de conflits », préc., p. 22 : « L'objectif principal du droit étant d'éviter ou de résoudre les conflits, sa fonction préventive se situe dans les interdictions qu'il édicte, dans les règles de conduite qu'il impose, et sa fonction répressive dans les solutions qu'il met en place afin de résoudre les conflits déjà nés ».

²²² E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 17.

²²³ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 410.

139. D'autres encore, postérieurement à Kant et Hobbes, l'ont indirectement énoncé tout en préservant le principe d'une fonction restrictive. Ainsi, selon Mill, « l'objet de [son] essai est de poser un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu (...) »²²⁴. Or, selon l'auteur anglais, « ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. *La seule raison légitime* que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres » (nous soulignons)²²⁵. Autrement dit, la contrainte exercée par la société pour borner la liberté de Mill n'aura d'autre fin que celle d'« empêcher »²²⁶. Au début du XX^{ème} siècle, la définition du « droit disciplinaire » du doyen Hauriou, construite à partir d'une « théorie de l'institution », répond là aussi, non sans analogie, au schéma intérêt général/liberté et droit/restriction : « Le droit disciplinaire est l'ensemble des actes et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement *dans l'intérêt de l'institution* et sous la seule menace de la force de coercition dont elle dispose »²²⁷. Qu'il s'agisse « d'imposer », « de créer des situations opposables » ou bien, « de réprimer », la règle « disciplinaire » du doyen Hauriou restreint les agissements des individus membres de l'institution.

140. Plus récemment, enfin, Bernadette Duarte s'est interrogée sur ces difficultés d'ordre sémantique : faut-il distinguer entre délimitation et restriction s'agissant des droits reconnus par les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme ?²²⁸ Elle plaide en faveur d'une réponse positive tout en reconnaissant que l'unanimité n'est guère de mise : les organes internationaux – Cour interaméricaine, organes de Strasbourg et Comité des droits de l'Homme – « se gardent bien de privilégier une formule plutôt qu'une autre et (...) la doctrine ne s'accorde pas sur un terme précis (...) »²²⁹. À partir de l'exemple tiré des droits consacrés par les articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, cet auteur écrit : « L'obligation de ne pas assimiler les restrictions aux délimitations semble aller de soi à la lecture des articles rédigés en deux temps (...). En effet, le premier paragraphe ou phrase qui énonce tantôt de manière détaillé, tantôt brièvement, le droit protégé apparaît alors d'une nature différente de la clause qui suit et qui autorise des atteintes à son exercice (...). Partant, les restrictions sont censées intervenir qu'une fois le droit garanti et ne pas concerner la définition de celui-ci »²³⁰. Si, du point de vue méthodologique, il y aura matière à discuter, la validité

²²⁴ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p.74.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Cette contrainte, nous dit encore Mill, « se justifie uniquement dès lors qu'il s'agit de la sécurité des autres » (*ibid.*).

²²⁷ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1916, p. 128, cité par F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 223.

²²⁸ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 92-95.

²²⁹ B. DUARTE, op. cit., p. 92.

²³⁰ B. DUARTE, op. cit., p. 93. Il convient de noter, néanmoins, que pour cet auteur le terme « restriction » vise à qualifier les atteintes portées à l'exercice des droits reconnus (p. 96).

de cette méthode de reconnaissance des droits et libertés par le droit – ici la règle internationale – n’affecte pas le principe que nous prétendons dégager : la définition juridique des droits et libertés passe par leur immédiate restriction, c’est-à-dire par l’affirmation de la règle de droit corrélative, quel que puisse être le vocable employé finalement par le système de droit à cette fin.

141. Ainsi est résumé l’objet unique et exclusif de la première norme juridique : restreindre les droits et libertés pour protéger ces droits et libertés. Dans le cadre de cette étude, nous ne donnerons pas le sens technique généralement attribué par la doctrine et les textes au vocable « restriction ». Ainsi le professeur Sudre rappelle-t-il qu’une distinction existe entre les cas « de non-application temporaire (les dérogations) » et les hypothèses « d’application imparfaites (les restrictions) » des droits fondamentaux²³¹. Non pas, loin s’en faut, que cette précision lexicographique est sans importance, mais, en tant qu’elle sert à la définition principielle des droits fondamentaux, la notion d’intérêt général intègre l’ensemble des situations susceptibles de ramener dans un cadre plus étroit un droit ou une liberté en les restreignant. On peut tout à fait considérer que la notion d’intérêt général symbolise ces « traits communs » entre limitations et dérogations aux droits fondamentaux dont Françoise Tulkens se fait l’écho²³². C’est pourquoi, nous considérerons que l’ensemble des vocables (borner, limiter, déroger, etc.) ont un lien suffisant et peuvent être rapportés au seul terme « restreindre » pour construire la notion d’intérêt général²³³.

142. C’était donc l’objectif même du pacte social qui, à travers la notion d’intérêt général, glisse du pacte social vers cette norme première. *Cette norme première n’a d’autre but que celui de restreindre la liberté.* La liberté humaine n’ayant pas à être consacrée, puisqu’elle est inhérente à la nature de l’homme, seule la liberté juridiquement protégée doit l’être. En conclusion de ce point particulier, avec Jacques Chevallier, on peut affirmer que « l’ordre juridique symbolise par-là l’ordre social : à travers lui se profile l’image d’une société organisée, pacifiée et unifiée, conformément aux exigences de la Raison ; transcrivant et extériorisant les normes qui commandent le fonctionnement social sur un mode impartial et objectif, le droit fait savoir aux membres de la société qu’ils font partie d’un

²³¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, op. cit., p. 210. Également, sur ce point lexicographique, E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l’homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 159-164, spéc. p. 162 ; sur le vocable « dérogation », qui suspend les droits temporairement, F. TULKENS, « Dérogation », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 267-271 ; sur le terme « limitation », qui vise à réguler leur exercice, W. SABETE, « Limitations aux droits », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 658.

²³² F. TULKENS, « Dérogation », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 267.

²³³ Ce que la sémantique atteste en outre. Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit. : borner, c’est « mettre des bornes à ; renfermer, resserrer dans des bornes », « par extension limiter » (p. 278) ; déroger, signifie « ne pas observer une loi, une règle, ne pas appliquer (une règle, une convention) ; enfreindre (...) » (p. 694) ; limiter, c’est « renfermer dans des limites, restreindre en assignant des limites », « borner » (p. 1460) ; enfin restreindre, c’est « rendre plus petit ; renfermer dans des limites plus étroites » (p. 2225). De ces différentes expressions, avec leurs nécessaires nuances et quel que soit le sens technique que leur donne le droit positif, le verbe « restreindre » nous paraît le plus approprié pour les réunir toutes et donner un sens à la notion d’intérêt général.

ensemble intelligible, cohérent et rationnel, dans lequel chacun a sa place, dispose d'un statut »²³⁴. L'ordre juridique est indispensable à la consolidation du pacte social libéral, cet ordre social nouveau voulu par ses signataires, et la question de la validité juridique de la norme fondatrice de l'ordre juridique est seconde²³⁵. Il suffit de constater qu'elle est validée du point de vue de la légitimité politique : la norme initiale, parce qu'elle procède du pacte – fait politique marquant la volonté des signataires de restreindre leur liberté pour protéger leur liberté –, bénéficie de la légitimité politique qui entoure le pacte social libéral.

143. La règle de droit étant ainsi devenue indispensable à l'existence de la notion d'intérêt général, un système juridique ordonné à sa production est dès lors requis. « Un ordre social nouveau ne se crée pas de lui-même. Il exige le recours à un appareil administratif et politique capable d'agir effectivement sur le social »²³⁶. Mais pour que ce système existe, encore faut-il l'animer. Seule l'instauration d'une puissance commune aux membres signataires du pacte est à même de poursuivre les effets de l'ordre juridique établi.

II. – La pérennisation structurelle de l'ordre juridique libéral par l'État :

144. La discussion, à ce stade et paradoxalement, s'obscurcit. S'il peut paraître flagrant de considérer la continuation du processus juridique en cours comme impliquant l'État, son apparition peut inquiéter. Car en effet, « il faut dissiper ici certaines illusions quant à la nature profonde du droit : avant d'être un instrument de protection et de garantie contre l'État, le droit est la projection de sa toute-puissance ; il exprime l'absolue supériorité de l'État sur les individus. Le droit est par essence un dispositif de sujétion et de contrainte : il matérialise l'inégalité fondamentale entre ceux qui, parlant au nom de l'État, sont fondés à ordonner, à commander, à imposer, et ceux qui doivent se soumettre à leur volonté sous peine de sanction »²³⁷. Une première brèche vient de s'ouvrir dans la fondation de la liberté : non seulement le droit n'est pas neutre, non seulement il doit être ouvertement orienté mais, de surcroît, il devra être – au regard de ce qu'est la relation ambiguë de l'État et du droit

²³⁴ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », préc., p. 666.

²³⁵ Elle sera traitée car elle n'est pas d'une importance moindre, voir *infra* n^{os} 435-439.

²³⁶ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 143.

²³⁷ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 77. Il serait pire encore dans la doctrine anarchiste proudhonienne que rapporte Georges Lescuyer : Pierre-Joseph Proudhon « réprouve l'existence même du pouvoir [...]. Le système étatique est intrinsèquement mauvais et ne peut être corrigé. En s'attaquant à ses abus, on les aggrave encore » (cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 503). A contrario : H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 11 : « Dans la démocratie, c'est l'État lui-même qui apparaît comme sujet du pouvoir. La personnification de l'État est un voile qui dissimule le fait, insupportable à la sensibilité démocratique, d'une domination de l'homme sur l'homme. Il n'y a pas de doute que cette pièce fondamentale de la théorie du droit public contemporain ait aussi ses racines dans l'idéologie démocratique en question ».

– constamment et étroitement surveillé, telle est l’invitation de la présente assertion²³⁸. Cette précaution dite, l’instauration de la structure étatique, dans le prolongement du pacte social libéral, n’en constitue pas moins une nécessité (A.). Mais pour que l’État ne devienne pas irrémédiablement liberticide, la liaison entre les signataires du pacte et celui-ci doit être maintenue (B.).

A. – La nécessité d’une puissance collective : l’État

145. Est-il possible d’envisager, à titre liminaire, d’autres autorités susceptibles d’endosser la fonction de puissance commune ? La réponse semble bien négative et tient au fait que « la plus grande des puissances humaines est celle qui est composée des puissances de la plus grande partie des humains unis par consentement en une personne naturelle ou civile qui possède l’usage de toutes leurs puissances, usage dépendant de sa volonté : telle est la puissance d’État »²³⁹. En cela on voit que l’État apparaît comme la seule structure capable de s’assurer de l’observation de la règle fondamentale instituée par le pacte social libéral. On comprend et on doit souscrire à la remarque de Christoph Eberhard commentant l’importance anthropologique de l’État dans la société occidentale : « l’État peut même paraître depuis la Révolution française comme un avatar laïcisé de Dieu »²⁴⁰. Si l’on renverse la question, d’ailleurs, on peut encore douter de la possibilité de droits de l’Homme sans penser au secours de l’État. « Les droits de l’Homme existaient-ils avant l’apparition des États ? Les droits de l’Homme existent-ils dans les sociétés traditionnelles ? On peut en douter, répond Michel Levinet, dans la mesure où ils supposent que se soit imposée la figure de l’individu, autonome, sujet de droit c’est-à-dire titulaire de droits, y compris à l’encontre des autorités publiques ou des autorités du ou des groupes auxquels il appartient »²⁴¹.

²³⁸ Il n’est d’ailleurs pas anodin que l’histoire politique attribue à Machiavel la création du terme. « C’est lui qui, écrit M. Lescuyer, dans les premières lignes du *Prince*, emploie le mot "État" dans son sens moderne, avec la même signification qu’il revêtira dans toutes les langues de l’Europe Occidentale : anglaise, française, allemande ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 176. Or, en effet, l’État apparaît d’abord comme instrument au service de l’ordre et non celui des libertés. En ce sens, Gregorio Peces-Barba voit dans l’apparition de l’État, avant même d’évoquer le sort des droits et libertés, une réponse (fonction) à une demande (une aspiration) : « Ainsi commence à se consolider dans le monde moderne, l’idée selon laquelle la fonction première de tout pouvoir politique et de tout système juridique est l’organisation de la coexistence pacifique » (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 110).

²³⁹ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 171. Ce point est si vrai que, en dépit d’un rejet théorique fort, la doctrine marxiste-léniniste a développé, selon une vision toute pragmatique de la révolution russe d’Octobre et de ses suites prônée par Lénine, une justification édifiante du maintien de l’État pour garantir l’avènement de la société communiste. En ce sens, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p.542-543. Prolongeant ces interrogations, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 2-4.

²⁴⁰ C. EBERHARD, « Dialogue interculturel », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 280.

²⁴¹ Propos de Michel Levinet, reproduit dans D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l’Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 82.

146. Dernière étape²⁴² du processus politique visant à établir la vraie liberté, il faut constituer l'État, en termes hobbesiens une « puissance visible » : « La cause finale, fin ou but des humains (lesquels aiment naturellement la liberté et avoir de l'autorité sur les autres) en s'imposant à eux-mêmes cette restriction (par laquelle on les voit vivre dans des États) est la prévoyance de ce qui assure leur propre préservation et plus de satisfaction dans la vie ; autrement dit de sortir de ce misérable état de guerre qui est, comme on l'a montré, une conséquence nécessaire des passions naturelles qui animent les humains quand il n'y a pas de puissance visible pour les maintenir en respect et pour qu'ils se tiennent à l'exécution de leurs engagements contractuels par peur du châtement, comme à l'observation de ces lois de nature (...) »²⁴³. Il apparaît, en effet chez Hobbes, que la volonté d'ériger une puissance commune mêle à la fois la crainte de la mort et le désir d'une vie paisible²⁴⁴ : « Le désir d'une vie facile et de la volupté sensuelle dispose les humains à obéir à une puissance commune [...]. La peur de la mort et des blessures conduit à la même chose, et pour les mêmes raisons [...]. Le désir de connaître et les arts de la paix conduisent les humains à obéir à une puissance commune car un tel désir suppose le désir d'avoir des loisirs et, par conséquent, la protection d'une puissance quelconque autre que la sienne propre »²⁴⁵. Quelle que soit l'appellation que l'on retiendra de cette puissance commune, le constat de sa nécessité est abondamment partagé, y compris par une doctrine ayant peu d'accointance avec la « ligne dure »²⁴⁶ défendue par Hobbes : « En mettant en application un système public de peines, le gouvernement supprime les raisons de penser que les autres ne se conforment pas aux règles. Pour cette seule raison, un souverain coercitif est toujours probablement nécessaire, même si, dans une société bien ordonnée, les sanctions ne sont pas sévères et n'ont peut-être jamais besoin d'être appliquées. L'existence d'une machine pénale efficace garantit plutôt la sécurité des hommes les uns vis-à-vis des autres »²⁴⁷.

²⁴² Ce que récuse fondamentalement la doctrine marxiste : « l'État n'est pas une fatalité : il est le phénomène d'un moment de la vie sociale » (italique dans le texte) rappelle Jean-Luc Aubert dans J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 24. *Contra* : à l'échelle du continent africain, Denis Maugenest estime qu'il y a « urgence » à penser l'État pour construire les droits de l'Homme, fût-il un « artifice » : « Mais l'urgence, dit-il, ne serait-elle pas, précisément, de "penser" ces divers artifices par lesquels les humains, sous quelques cieus qu'ils vivent, cherchent les moyens de "vivre ensemble" dans une relative harmonie ? ». Propos retranscrit dans D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 129.

²⁴³ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 281-282.

²⁴⁴ Pour une analyse encore plus subtile, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 81 : « l'État inspire des sentiments mêlés de crainte et de gratitude, mais toujours nimbés d'amour ».

²⁴⁵ T. HOBBS, op. cit., p. 189. Le débat est d'une certaine manière relancé sur les motivations profondes, chez Hobbes, qui poussent l'homme à s'unir et créer une puissance commune chargée de la protéger. Une lecture attentive de l'œuvre révèle dans la conception hobbesienne de la nature humaine une crainte forte doublée vraisemblablement d'un manque de courage. Cette vision de l'humanité n'est pas forcément partagée car il faut aussi du courage pour accepter de s'en remettre à tous et voir sa liberté restreinte.

²⁴⁶ Telle est l'interprétation de Bobbio (*Thomas Hobbes*, Paradigma, Plaza Janés, Barcelona, 1991, p. 110), cité par G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 221) : « l'État est unique et unitaire ou n'est rien et ainsi l'homme accepte cette suprême raison de l'État ou se perd dans la violence de la guerre perpétuelle et universelle ».

²⁴⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 276-277.

147. L'État va constituer l'alpha et l'oméga pour la mise en mouvement de l'ordre juridique. Il est indispensable au respect du pacte social entendu comme l'expression politique de la régulation de la liberté : « Donc, avant que les mots de juste et d'injuste n'aient leur place, il doit y avoir une puissance coercitive quelconque qui force également les humains à exécuter leurs conventions, par la terreur de quelque châtement plus grand que le bénéfice qu'ils pouvaient espérer en ne respectant pas leur convention ; et pour rendre bonne cette propriété que, par un contrat mutuel, ils acquièrent en compensation du droit universel qu'ils abandonnent. Or, une telle puissance n'existe pas avant l'établissement de l'État »²⁴⁸. La construction de la puissance commune, l'État, est garant pour l'avenir du droit futur mais, à rebours, consolide le pacte social. Sans l'État, le pacte social est voué à n'être qu'une pétition de principe²⁴⁹. Car en tout état de cause le pacte social ne saurait survivre à l'état théorique. Il faut lui donner une certaine matérialité que seul l'État est à même de lui garantir : « l'assentiment (...) des humains résulte seulement d'une convention, ce qui est artificiel : il n'est donc pas étonnant que quelque chose d'autre soit requis (à côté de la convention) afin de rendre leur assentiment constant et durable : ce quelque chose est une puissance commune pour les tenir en respect et diriger leurs actions vers le bénéfice commun »²⁵⁰. Cette création procède du serment que les Hommes font, selon Hobbes, à l'occasion de la conclusion du pacte social : « *j'autorise cet homme ou cette assemblée d'hommes, et je lui abandonne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu lui abandonnes ton droit et autorises toutes ses actions de la même manière* » (italique dans le texte)²⁵¹. Ce serment, inclus par Hobbes dans la convention mutuelle, produit l'État : « Cela fait, la multitude, ainsi unie en une personne une, est appelée un *État*, en latin *civitas*. Telle est la génération de ce grand *Léviathan*, ou plutôt (pour parler avec plus de déférence) de ce *dieu mortel*, auquel nous devons, sous le *dieu immortel*, notre paix et notre défense » (souligné par l'auteur)²⁵².

148. L'État est – aussi – incontournable pour Rousseau dans l'édification du système de droit : « il n'y a que la force de l'État qui fasse la liberté de ses membres »²⁵³. Repris ensuite par Humboldt, cela signifie que « l'objet le plus important de l'État doit toujours être le développement des facultés des citoyens isolés dans leur individualité, que par suite il doit permettre à son action de s'exercer seulement sur ce qu'ils ne peuvent pas se procurer à eux-mêmes, c'est-à-dire sur l'obtention de la

²⁴⁸ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 249. Quant à une définition juridique de l'État, on peut s'appuyer sur la présentation du professeur Truchet dans laquelle on retrouve les trois éléments constitutifs communément admis par la doctrine : territoire, population et institutions. Cf. D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 9-10, spéc. p. 10.

²⁴⁹ À noter la nuance apportée quant à l'absoluité de l'État par Hobbes : « L'État (qui n'est rien de plus qu'une alliance de tous les sujets rassemblés) (...) ». Cf. T. HOBBS, op. cit., p. 369. Si le terme « alliance » traduit judicieusement – par la référence qu'il fait au domaine militaire – la stabilisation soudaine née postérieurement à l'état de guerre dans lequel se trouvaient les Hommes à l'aube du pacte social, il révèle, aussi, une certaine précarité dans la construction pérenne de l'état civil. Précarité suggérée notamment par le droit international où l'alliance s'entend d'une « union de deux puissances qui s'engagent par un traité (traité d'alliance) à se porter mutuellement secours en cas de guerre » (*Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 69).

²⁵⁰ T. HOBBS, op. cit., p. 287.

²⁵¹ T. HOBBS, op. cit., p. 288.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 94.

sûreté ; et que c'est là le seul moyen vrai et indéfectible pour relier à l'amiable par un lien solide et durable, deux choses qui paraissent se combattre entre elles, le but de l'État lui-même en bloc, et la somme de toutes les tendances des citoyens isolés »²⁵⁴. Si théoriquement l'ordre juridique procède du pacte social, comme nous l'avons démontré, en pratique, il ne vit qu'avec la constitution contemporaine voire simultanée d'une puissance commune susceptible de le faire vivre²⁵⁵ ; « l'érection d'un sujet monumental, l'État »²⁵⁶.

149. Mais si l'État est absolument nécessaire à l'activation de l'ordre juridique pour que les règles de droit soient observées, il demeure bien postérieur à l'ordre juridique dans la dialectique de construction du système de droit. « On craint d'abord l'État en tant qu'il est censé, avec sa puissance souveraine, disposer d'une sorte d'autonomie mal soumise au droit, parce qu'au fond on continue de la penser, en son essence, comme antérieure ou supérieure au droit. Or elle n'est antérieure qu'historiquement, c'est-à-dire en fait ; mais juridiquement, cela ne lui donne aucune prééminence »²⁵⁷. Quelle que soit l'explication de l'existence de l'État, juridiquement, le droit précède l'État. « L'État n'est pas une forme de pouvoir "naturel" qui aurait existé au sein de n'importe quelle société. Il apparaît à l'issue d'un processus historique déterminé (...) »²⁵⁸. Locke avait du reste d'ores et déjà montré que l'ordre juridique était antérieur à l'État puisque la société civile trouve, selon lui, son origine juridique dans la convention conclue (l'union civile lockéenne) entre les membres d'une communauté qui se constituent en corps politique, *a fortiori* avant de créer l'État²⁵⁹. Plus près de nous, Jacques Chevallier met en garde sur le double travers dans lequel nous pourrions tomber si aucune distinction n'était effectuée entre l'État et l'ordre juridique. « L'État ne se réduit pas au droit. En considérant l'État comme un simple ordre juridique formel, Kelsen aboutit à en faire une "totalité" cohérente et stable, en ignorant la dynamique sociale et politique dont il est le produit et les forces qui l'agitent en permanence et le font évoluer : projection de l' "institué", l'ordre juridique n'est qu'un des

²⁵⁴ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 182. À noter que si l'auteur n'affiche pas de filiation avec le contractualisme, cette conclusion des principes politiques qu'il défend démontre néanmoins l'exposition d'une thèse originale d'association des hommes entre eux. On peut voir dans l'idée de « relier à l'amiable par un lien durable et solide » une vision analogue au pacte social, renvoyant à la notion de contrat, ou, à tout le moins, d'union. Cette union permet de créer l'État dont l'objet unique et massif est de garantir la liberté (« le but » « en bloc »), cette liberté qui n'est autre que « la somme de toutes les tendances des citoyens isolés ».

²⁵⁵ Cette idée de simultanéité est largement établie par l'association étroite que le juriconsulte Charles Loyseau (XVII^{ème} siècle) faisait de l'État et de la souveraineté, cette dernière étant, écrivait-il, « la forme qui donne l'être à l'État. L'État et la souveraineté prise *in concreto* sont synonymes ». Cf. *Seigneuries* (1609), p. 24, cité par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 242.

²⁵⁶ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 81.

²⁵⁷ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 36.

²⁵⁸ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 209. Christian Autexier décrit comment l'ordre constitutionnel allemand va intégrer, à partir de 1949, la mutation d'un État de droit formel vers un État de droit matériel, mutation qui impose de penser d'abord le Droit avant de penser l'État. Sur ce point, C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 103-104.

²⁵⁹ Se référer à J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 238 § 127. À noter d'ailleurs que la question étatique est largement secondaire dans la théorie lockéenne de la liberté – et que l'État procède de l'union civile – puisque le terme même d'État n'est employé – *expressis verbis* – pour la première fois dans l'œuvre qu'à partir de la p. 241 § 133, soit après avoir examiné plus de la moitié du *Traité du gouvernement civil*.

éléments constitutifs, un des "moments" de l'État qui, comme toute institution, se caractérise par un mouvement continu et tournoyant de déconstruction/reconstruction des formes établies (...) »²⁶⁰. Autre écueil, inverse, sur lequel il ne faut pas s'abîmer : « le droit ne se réduit pas à l'État. Le principe kelsénien de l'identité du droit et de l'État signifie, non seulement que l'État et le droit sont un seul et même ordre de contrainte, mais encore que l'État est devenu "l'ordre juridique total", qui intègre et ramène à lui tous les autres : "son droit, en tant que suprême, est le seul vrai droit". Si elle traduit bien la volonté de l'État d'imposer sa suprématie juridique et de contrôler l'ensemble des flux sociaux, cette conception néglige la complexité de la vie sociale et la diversité consécutive du droit : malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique ne parvient jamais à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il se trouve pris à revers et court-circuité par des règles juridiques qui se forment en de multiples lieux et échappent au moins partiellement à sa médiation »²⁶¹. En dernière analyse, l'État serait bien impuissant à expliquer sa création juridique ; il faut consentir qu'une règle de droit le précède. Or, l'existence de cette règle de droit, la norme initiale, justifie seule le maintien de la liaison entre État et sujets de droit.

B. – Le maintien de la liaison entre l'État et les sujets de droit :

150. L'avènement de l'État, produit du pacte social, permet d'identifier le titulaire de la souveraineté. Mais toutes les théories du pacte social n'établissent pas de lien entre les signataires du pacte et l'État. La question qu'elles posent est indubitablement celle-ci : « L'État est-il fait pour l'individu ou l'individu pour l'État ? »²⁶². L'analyse va démontrer que seul l'État institué dans le but de poursuivre la fin que se sont fixée les signataires du pacte social est capable de mettre en œuvre une théorie générale de la liberté. « L'établissement d'institutions politiques suppose, en effet, l'émergence d'un organisme doté d'une vie propre et à ce titre chargé de promouvoir un intérêt spécifique : l'État. C'est à lui qu'il revient de défendre et de mettre en œuvre le projet collectif de la société »²⁶³. Mais ce n'est pas tout. La création de l'État participe du mythe – hérité de la vision machiavélienne de la société²⁶⁴ – de cette puissance tutélaire seule en position de force suffisante pour sortir les hommes du conflit originel. « Il est manifeste que pendant ce temps où les humains vivent sans qu'une puissance commune ne leur impose à tous le *respect mêlé d'effroi*, leur condition est ce qu'on appelle la guerre ; et celle-ci est telle qu'elle est une guerre de chacun contre chacun » (nous soulignons)²⁶⁵. Pourquoi ? Principalement parce « de toutes les passions, c'est la peur qui entraîne le

²⁶⁰ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 362.

²⁶¹ J. CHEVALLIER, préc., p. 363.

²⁶² G. LESCUYER, « Libertés publiques », préc., p. 985.

²⁶³ *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 268.

²⁶⁴ Nous nous fions à l'analyse de François Saint-Bonnet de la nature humaine selon Machiavel : « Les hommes [feront le bien] non par inclination naturelle mais s'ils y sont contraints ». Cf. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception, op. cit.*, p. 184.

²⁶⁵ T. HOBBS, *Léviathan, op. cit.*, p. 224.

moins les humains à enfreindre les lois »²⁶⁶. La création du Léviathan, État monstrueux, repose, dans la philosophie hobbesienne, sur la crainte que l'État doit inspirer aux signataires du pacte social. L'éclaircissement de Gérard Mairet est ici instructif : « La peur (*fear*) est la seule passion sur laquelle le souverain peut compter, finalement, pour se faire obéir – car il ne peut pas compter sur le respect de la parole donnée, en l'occurrence la promesse d'obéir. La peur est une catégorie fondamentale de l'anthropologie politique, non seulement de Hobbes, mais de l'ensemble de la philosophie de l'État. En tout cas, c'est par l'effroi qu'il inspire – respect effrayé – que Léviathan règne »²⁶⁷. Il reste que cette « peur », utilisée non plus comme moteur de la conclusion du pacte social mais comme moyen de faire observer par ses signataires le respect de ce pacte²⁶⁸, est potentiellement non démocratique. On peut illustrer cette proposition en citant Marc Crépon : « Assurément, la peur a une dimension politique. Il était même convenu d'en faire une des lignes de démarcation entre les démocraties et les types de régimes politiques qu'on a coutume de lui opposer. Tandis que les dictatures, les régimes autoritaires, et totalitaires appuient leur pouvoir sur la peur qu'ils entretiennent chez les citoyens, les démocraties étaient censées ne pas en avoir besoin pour gouverner. Or, cette ligne de démarcation est de plus en plus fragile, pour ne pas dire brouillée »²⁶⁹. Montesquieu voyait d'ailleurs, dans la crainte, le « principe du gouvernement despotique »²⁷⁰.

151. En réalité, c'est au-delà d'une certaine démesure que la crainte pervertit la manière avec laquelle les sujets se soumettent aux lois de l'État, Montesquieu – lui-même – concédant que « la force des lois humaines vient de ce qu'on les craint »²⁷¹. Ces peurs ou ces craintes que doit inspirer l'État pour obtenir l'obéissance de ses sujets, afin d'établir les règles de droit nécessaires aux restrictions à la liberté, ne doit pas aller au-delà d'un certain seuil sinon elles délieraient l'État de ses obligations vis-à-vis des signataires du pacte. Cette perspective, pourtant défendue, entraînerait une remise en cause de la liberté. Il ne peut être question de nier la liberté sous prétexte de la restreindre. La notion d'intérêt général se borne, dans son contenu, à restreindre la liberté pour la faire advenir et non la nier. C'est dans ce cadre-là que le lien entre l'État et ses sujets de droit est indispensable à la protection de la liberté. Ainsi que l'écrit le professeur Beaud, « si la constitution du "gouvernement"

²⁶⁶ T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 448.

²⁶⁷ G. MAIRET, note 1, *in* T. HOBBS, *op. cit.*, p. 448.

²⁶⁸ La peur, sans équivalent dans la pensée des autres penseurs que nous avons évoqués, est au cœur de la morale politique de Thomas Hobbes. Il faut rappeler la distinction chez Hobbes entre les deux peurs : la « peur » de l'état de nature (ou l'état de guerre) qui, avant la conclusion du pacte social, pousse les Hommes (instinctivement) à conclure un pacte de non agression et la « peur » de l'état civil qui, après la conclusion du pacte social, oblige les Hommes (par la raison) à obéir à cet État tout puissant, Léviathan, pour éviter le châtiment.

²⁶⁹ M. CREPON, *Libération* du 31 octobre 2009, « Entretien », p. XI. Spécifiquement sur la notion de régime autoritaire, et la « place » qu'il peut « réserver » aux droits fondamentaux, S. LAUNAY, « Autoritaire (Régime) », *in* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 86-91.

²⁷⁰ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, p. 125 : « Il faut donc que la crainte y abatte tous les courages, et y éteigne jusqu'au moindre sentiment d'ambition ».

²⁷¹ C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 853.

est nécessaire pour que l'État existe et fonctionne comme pouvoir politique, elle doit être aussi utile et favorable aux individus »²⁷².

152. La logique présidant à relier l'État à ses sujets est intégralement exposée dans la doctrine française de la puissance étatique laquelle « voit dans l'État, non le fait politique originaire, mais l'expression de la Nation, sa "personnification juridique". Une nation n'a en effet pas d'unité ni d'existence réelle tant qu'elle n'est pas organisée : elle ne forme une entité collective qu'à partir du moment où des organes sont habilités à parler en son nom, à agir pour son compte et à défendre les intérêts des membres ; alors la communauté nationale se transforme en État. L'État apparaît lorsque, pour répondre aux besoins collectifs, l'organisation d'un pouvoir de contrainte devient indispensable et est acceptée, reconnue ou seulement supportée par les membres du groupe ; c'est la mise en place d'un système structuré de domination qui crée l'État. Mais cet État repose sur le consentement du groupe, qui sera traduit de manière tangible par la "constitution", dans laquelle l'État puisera le fondement de sa personnalité juridique et de ses pouvoirs. Si donc la puissance de l'État est un fait, elle n'est que la projection de la volonté du groupe : c'est l'organisation que se donne la Nation pour défendre ses intérêts communs »²⁷³. Contrairement à la doctrine allemande, l'État résulte bien d'un pacte social puisqu'il n'est pas « le fait politique originaire », c'est-à-dire le « consentement du groupe » dont la constitution est l'expression « tangible ». *A fortiori*, l'État n'est pas la source de l'ordre juridique, il en est la conséquence.

153. Finalement, c'est peut-être le compromis entre ses deux conceptions, réalisé par Hauriou, qui va définitivement établir les effets de la création de l'État. Jacques Chevallier rapporte ainsi, à partir de la combinaison des notions de puissance publique et de service public pour aboutir à la théorie de l'institution, le produit d'un compromis théorique entre les doctrines française et allemande de l'État, que le maître de Toulouse a développée : « Hauriou fait de l'État, non pas le produit de la force et de l'arbitraire, mais l'expression de la volonté de la Nation. L'État repose sur le *consentement coutumier* : c'est de la Nation que naît l'exigence de mise en place d'un pouvoir de contrainte ; et ce pouvoir ne peut subsister s'il ne s'appuie en permanence sur l'adhésion des membres. Comme toute institution, l'État est d'origine consensuelle : il est créé par voie d'accord entre les membres de la communauté nationale, même si cet accord n'a pas une forme réellement contractuelle comme le pensaient les théoriciens du contrat social. Cette idée de consentement coutumier est d'une grande portée. D'une part, puisque l'État n'est en définitive rien d'autre que l'expression de la Nation, c'est

²⁷² O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution*, préc., p. 26. En filigrane, cette posture est aussi celle défendue par l'Église catholique à partir du XIX^{ème} siècle selon F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 71 et p. 75-77 : « L'État n'est pas une fin ; il n'est qu'un moyen en vue d'atteindre le bien commun, concept synthétique qui dépasse les simples finalités étatiques » (p. 71).

²⁷³ J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 34-35.

bien celle-ci qui est à la racine de tout pouvoir : en obéissant aux gouvernants, les gouvernés n'obéissent en fin de compte, par la médiation de l'État, qu'à eux-mêmes. D'autre part, elle contient en germe un principe de limitation politique et juridique de l'État : les citoyens n'abandonnent pas entre les mains de l'État la totalité de leurs libertés, et la disparition du consensus frappe l'État d'illégitimité » (italique dans le texte)²⁷⁴. La notion d'intérêt général, bien comprise, rend perceptible cette « solidarité » entre le citoyen – sujet de droit – et l'État que défend Georg Jellinek : « Le citoyen et l'État ne sont pas purement et simplement étrangers l'un à l'autre : plus la citoyenneté est reconnue, plus il y a de solidarité entre l'État et le membre de l'État. Or, cette solidarité ne peut être fondée sur la volonté, mais seulement sur l'intérêt. Les intérêts de l'individu et de l'État ne sont pas purement et simplement étrangers les uns aux autres. Ils sont dans un rapport de reconnaissance réciproque. D'où cette conséquence capitale qu'un *conflit* entre ces intérêts doit (pouvoir) s'analyser comme un conflit juridique, un litige portant sur une question de droits(s) (...). Toute une partie de [l'œuvre de Jellinek] est consacrée à montrer que la dynamique profonde de l'État moderne consiste précisément dans un processus de reconnaissance réciproque : la reconnaissance du citoyen par l'État passe par la reconnaissance de droits publics subjectifs. Telle est la dynamique qu'enclenche, non pas seulement en France, mais à tout le moins en Europe, la Révolution française (...) » (italique dans le texte)²⁷⁵. Cette lecture syncrétique des attributs de l'État est négativement mais tout aussi sûrement énoncée dans les conditions de légitimation que suggère Robert-Édouard Charlier : « *Une domination de fait ne commence à devenir l'État que quand elle cesse de n'être que pouvoir : quand celui qui subjugué ou qui frappe rend par là un service, en guérissant, en protégeant, en polissant le milieu pour y faire régner un début d'ordre et de sécurité au lieu de l'état de nature de la guerre des gangs* » (nous soulignons)²⁷⁶.

154. Il ne s'agit par conséquent pas de n'importe quel État²⁷⁷. L'État a nécessairement existé avant la conclusion du pacte social libéral²⁷⁸. « L'État n'est pas un phénomène de génération spontanée »²⁷⁹.

²⁷⁴ J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 41. Voir également, mais dans une autre perspective, J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 369 : « L'État n'est pas considéré comme le fait politique originaire, mais comme le simple prolongement de la Nation, à laquelle il est génétiquement lié. D'origine consensuelle, l'État est créé par voie d'accord, au moins tacite, entre les membres de la communauté nationale (...) ».

²⁷⁵ O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 25-32, spéc. p. 30.

²⁷⁶ R.-É. CHARLIER, « Préface », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. VII-X, spéc. p. VII.

²⁷⁷ En dernière analyse, s'il fallait se convaincre, il est clair que l'État despotique nie par principe les libertés pour la seule raison qu'il ne construit rien, *a fortiori* comment pourrait-il construire la liberté ? Voir, en ce sens, la remarque pénétrante de Montesquieu lorsqu'il décrit le gouvernement despotique dans C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, op. cit., p. 174 : « Quand les sauvages de la Louisiane veulent avoir du fruit, ils coupent l'arbre au pied, et cueillent le fruit. Voilà le gouvernement despotique ».

²⁷⁸ Ce que révèle toute approche historique de ce concept à l'instar, par exemple, de celle de M. Truchet. Voir D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 14-16.

²⁷⁹ G. RENARD, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, op. cit., p. 485-499, spéc. p. 492.

C'est pourquoi, l'État monarchique, mais aussi, plus tard, l'État impérial²⁸⁰, ont pu nier les droits et libertés en Europe. Il est, pour la suite du pacte social, exclu de recourir à l'État monarchique d'Ancien Régime, ni même à des formes d'État non libérales. La liaison entre l'État et ses sujets de droit est l'une des conditions primordiales à son pouvoir affirme Rawls : « Si l'État doit exercer une autorité définitive et coercitive sur un certain territoire, et s'il doit ainsi affecter de manière permanente les perspectives de vie des hommes, alors le processus constitutionnel devrait préserver la représentation égale qui caractérise la position originelle dans la mesure du possible »²⁸¹. Est alors incarné dans la relation entre les droits et libertés et la règle de droit la position paradoxale de l'État que met en exergue Patrick Wachsmann : « Nouvellement aimé, l'État doit tout de même être craint (...) »²⁸². L'État dont il est question est par conséquent l'État artisan de la protection des droits et libertés, l'État libéral entendu comme la « première demeure historique des droits fondamentaux »²⁸³. Cette dernière précision méthodologique conduit à souligner que la vocation structurante de l'intérêt général doit contribuer à l'objectivation de la fonction du système de droit libéral. L'État est assurément le « promoteur exclusif par la loi et le décret du *grand récit* de l'intérêt général (...) » (italique dans le texte)²⁸⁴.

§2. – L'objectivation de l'ordre juridique libéral :

155. « Pour Spinoza, la liberté est la fin véritable de l'État »²⁸⁵. Cette liberté réglée, dont la notion d'intérêt général est révélatrice, constitue les deux extrémités de l'intervention étatique, l'objet du système de droit. Cette objectivation de l'ordre juridique libéral par l'intérêt général éclaire également la logique protectrice des droits fondamentaux à venir soumise en permanence, comme a pu le montrer le professeur Laurent Sermet, à « deux tensions contraires » : « la protection des droits fondamentaux, qui exprime une conception propre de ceux-ci, et la reconnaissance de prérogatives de l'État, sous la forme générique de ses *responsabilités* envers la protection des droits de l'homme (...) » (nous soulignons)²⁸⁶. Mais l'État n'est jamais titulaire d'un droit d'action. Il est seulement dépositaire d'une fonction. Il a la charge éminente et exclusive de mettre en œuvre l'intérêt général dans l'acception libérale que nous avons identifiée. « Le pouvoir d'État, écrit M. Rangeon, repose

²⁸⁰ Du Second Empire, fût-il entré dans sa période libérale, Georges Lescuyer ironise sur l'acceptabilité relative de la liberté : « La contrainte policière se desserre à partir de 1860 mais le pouvoir exige une forme modérée ; il tolère "des énormités, mais présentées avec art" ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 403.

²⁸¹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 258.

²⁸² P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 54.

²⁸³ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 124.

²⁸⁴ J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire français*, Paris, L.G.D.J., coll. Droit et Société, 2009, n° 52, p. 158.

²⁸⁵ S. GOYARD-FABRE, note 3, in J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 55. Également, sur l'apport de Spinoza à cet aspect de notre étude, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 293-294.

²⁸⁶ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 27.

toujours, quant à son exercice, sur un même fondement : il n'est légitime que parce qu'il s'exerce dans l'intérêt de tous »²⁸⁷. Cet « intérêt de tous » est la nécessité de restreindre la liberté pour la protéger, c'est-à-dire de « discipliner » les libertés, explique aussi Étienne Picard à propos de la notion de police administrative, quand cela s'avère nécessaire et seulement sous cette condition. « Comme elle existe et intervient à la fois pour la liberté et contre les libertés, la fonction disciplinaire est par essence contrainte de ne se mettre en œuvre qu'en cas de stricte nécessité, sauf à subvertir l'ordre institutionnel tout entier »²⁸⁸. L'intérêt général « dirait, pour extrapoler une affirmation de Didier Truchet, à l'administrateur : "là où est l'intérêt général, il y a matière à intervention de votre part" et, "lorsque vous agissez, vous ne devez pas contredire les exigences de l'intérêt général" »²⁸⁹. L'action de l'État s'inscrit nécessairement dans cet entre-deux normatif, entre justification d'agir (I.) et limitation d'agir (II.), que lui imprime la notion d'intérêt général et lui rappelle à chaque instant cet axiome libéral que sous-tend le pacte social²⁹⁰.

I. – La notion d'intérêt général, justification de l'action du système de droit :

156. « L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »²⁹¹. « La notion d'intérêt général (...) constitue (...) le but que se fixe – directement ou indirectement – tout système

²⁸⁷ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 21. Avec cette nuance, néanmoins, dans la subdivision pédagogique de la fonction de l'intérêt général par l'auteur : alors que nous ne voyons, au fond, qu'un espace bordé, d'un côté, par la justification d'intérêt général (fondement de l'action publique) et, de l'autre, par la limitation d'intérêt général (limitation de l'action publique), M. Rangeon suggère une analyse en trois temps (p. 22-27) : l'intérêt général serait le « fondement du pouvoir d'État » (p. 22), la « finalité du pouvoir d'État » (p. 24) et la « limite du pouvoir d'État » (p. 25). Il semble que l'auteur ait entendu éclairer une vision de l'intérêt général en tant que *justification* de l'action de l'État. Le fondement et la finalité ne renvoient pas, et cela est exact, aux mêmes présupposés. Le fondement interroge les causes (*pourquoi ?*) tandis que la finalité interroge le but (*pour quoi ?*). Cette différence de niveau est judicieuse. Mais elle n'en reste pas moins variable. Il se trouve, en effet, que l'on peut placer la finalité du pouvoir d'État dans le champ conceptuel des limites du pouvoir d'État : le but de l'action publique, clairement identifié, limite *ipso facto* l'action publique. Que reste-t-il d'invariable ? Le fondement (ce qui justifie) et la limite (ce qui objective et limite).

²⁸⁸ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 504. Dans le même sens, J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 277 : « L'établissement d'un appareil coercitif est rationnel seulement si ses inconvénients sont moindres que la perte de liberté qui résulterait de l'instabilité ».

²⁸⁹ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 201.

²⁹⁰ L'État réalise, dirait Hegel, « la synthèse de l'intérêt général ». Rapporté par J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 349. De même, S. HESSEL, *Indignez-vous !*, Barcelone, Indigènes éditions, coll. « Ceux qui marchent contre le vent », 11^{ème} éd., 2011, p. 13 : « L'hégélianisme interprète la longue histoire de l'humanité comme ayant un sens : c'est la liberté de l'homme progressant étape par étape. L'histoire est faite de chocs successifs, c'est la prise en compte de défis. L'histoire des sociétés progresse, et au bout, l'homme ayant atteint sa liberté complète, nous avons l'État démocratique dans sa forme idéale ». Preuve de la nécessité ontologique d'un intérêt général *justification* et *limite* de toute action publique, elle est reprise en droit de l'Union européenne : « les institutions communautaires sont habilitées à exercer leurs pouvoirs aussi longtemps qu'elles respectent et poursuivent l'intérêt général » (cf. F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 443).

²⁹¹ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 245.

juridique »²⁹². Ainsi, elle justifie autant l'unification de l'intérêt général au profit de l'État (A.) que la monopolisation par celui-ci de sa production (B.).

A. – L'unification de l'intérêt général au profit de l'État :

157. Il incombe à l'État de produire les règles d'identification de l'intérêt général. C'est sa seule mission dont on peut sans aucun doute faire état²⁹³. Deux raisons essentielles à cela. D'une part, la liberté dont se prévalaient les signataires du pacte social, avant la conclusion de celui-ci et la création d'un système de droit, n'a pas disparu avec l'avènement de l'État. Cette conception serait si forte que John Stuart Mill a pu voir, dans la volonté même du peuple tout entier de remettre en cause la liberté, une négation illégitime de la liberté²⁹⁴. La notion d'intérêt général a de ce fait migré au fur et à mesure de la construction de l'état civil pour se retrouver, d'autre part, et compte tenu de cette migration, au cœur de l'action de l'État.

158. L'intérêt général, première raison – sur laquelle Locke nous avait apostrophés²⁹⁵ – conditionne dans l'ultime étape du processus d'établissement de l'état civil les restrictions que les Hommes ont souhaité mettre à la liberté humaine. Une fois encore, la notion d'intérêt général valide le processus dans son ensemble. « L'idée selon laquelle les individus sont titulaires de droits face au pouvoir constitue un élément fondamental de la modernité juridique : elle débouche sur la croyance en la bienfaisance d'un droit perçu comme un dispositif de protection, un moyen de libération, mais aussi un instrument de *Justice* et de *Progrès* (...) » (italique dans le texte)²⁹⁶. Comme l'union civile lockéenne, la notion d'intérêt général est unifiée au profit de l'État. « L'administration ne doit se décider que pour des motifs tirés de l'intérêt public »²⁹⁷. Cette unification, positive, se traduit

²⁹² F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 7.

²⁹³ Point de vue analogue à Gregorio Peces-Barba qui voit dans l'apparition de l'État, avant même d'évoquer le sort des droits et libertés, une réponse (fonction) à une demande (une aspiration) : « Ainsi commence à se consolider dans le monde moderne, l'idée selon laquelle la fonction première de tout pouvoir politique et de tout système juridique est l'organisation de la coexistence pacifique » (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 110).

²⁹⁴ À propos du droit qu'aurait le gouvernement de contrôler l'opinion avec coercition, il assène : « Mais je refuse au peuple le droit d'exercer une telle coercition, que ce soit de lui-même ou par l'intermédiaire de son gouvernement, car ce pouvoir est illégitime. Le meilleur gouvernement n'y a pas davantage de droit que le pire : un tel pouvoir est aussi nuisible, si ce n'est plus, lorsqu'il s'exerce en accord avec l'opinion publique qu'en opposition avec elle ». La logique interne de la liberté implique que les droits et libertés des Hommes soient protégés contre leur propre action liberticide. Cf. J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 84-85.

²⁹⁵ Pouvoir de l'État génétiquement borné serions nous tenté d'écrire : « le pouvoir de la société ou de l'autorité législative établie par eux, ne peut jamais être supposé devoir *s'étendre plus loin que le bien public ne le demande*. Ce pouvoir doit se réduire à mettre en sûreté et à conserver les propriétés de chacun, en remédiant aux trois défauts (...) qui rendaient l'état de nature si dangereux et si incommode » (italique dans le texte). Cf. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 240 § 131. Les trois défauts sont le défaut de règle restrictive, l'absence de juge pour opposer la règle restrictive et une force collective susceptible de faire sanctionner la règle restrictive, autrement dit, il manque à l'état de nature une règle de droit.

²⁹⁶ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », préc., p. 667.

²⁹⁷ Voir G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 14 citant M. HAURIOU, note sous CE, 22 mars 1901, *Pagès*, S. 1903, p. 73, note HAURIOU.

corrélativement par une appropriation sans partage de la notion d'intérêt général par l'État. Si le pacte social libéral lui a conféré en exclusivité la poursuite de l'intérêt général entendu comme restriction aux libertés, à son tour l'État s'est saisi de la notion pour la monopoliser.

B. – La monopolisation de la production de l'intérêt général par l'État :

159. L'intérêt général fonde l'État et à rebours place ce dernier comme étant le seul dépositaire de sa production. « Dans la société, cette position centrale est occupée par l'État : personne abstraite, ne relevant pas de l'ordre sensible, l'État constitue le principe d'unification de la société et donc le seul dépositaire de l'intérêt général (...) »²⁹⁸. « L'État est chargé de définir le contenu de l'intérêt général ; il dispose même d'un monopole en ce domaine »²⁹⁹. Une confusion doit être aussitôt évitée. Il s'agit de l'État représentant la société politique, de l'État organe principal du système de droit ou, pour reprendre la conception hégélienne, « l'instance suprême de conciliation des intérêts »³⁰⁰. Le monopole étatique, relativement à la production de l'intérêt général restrictif des libertés, ne doit pas être confondu avec l'État, collectivité territoriale – la République tout entière – par opposition aux collectivités territoriales infra-étatiques³⁰¹.

160. Précaution dite, la monopolisation de la notion d'intérêt général par l'État, corrélativement, interdit à toute autre autorité qui n'émane pas de l'État ou qui ne bénéficie pas de son autorisation expresse ou tacite de restreindre d'une manière ou d'une autre la liberté. « C'est aussi un même genre d'erreur, pour qui que ce soit en dehors du souverain, de restreindre à un individu quelconque un pouvoir que l'État n'a pas restreint (...) »³⁰². Dès lors que du seul État souverain, et en vertu de ce titre, doivent dériver toutes les restrictions aux libertés humaines, nulle autre entité, autorité ou individu ne peut s'attribuer la fonction de restreindre les libertés³⁰³. « Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut [s'] attribuer l'exercice » de la souveraineté dispose l'alinéa 2 de l'article 3 de la Constitution de 1958. C'est, sous le bénéfice de cette remarque, que nous pouvons parler de

²⁹⁸ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 18. Voir également M.-P. DESWARTE, « Intérêt général, bien commun », préc., p. 1308.

²⁹⁹ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 16.

³⁰⁰ Sur cette conception, F. RANGEON, op. cit., p. 147 et s., spéc. p. 147.

³⁰¹ En ce sens, notamment, O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, C.-A. DUBREUIL, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Éditions Cujas, coll. Référence, 2011, p. 13 : « L'État est et demeure au centre du droit public ».

³⁰² T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 932. Ainsi, Locke écrit-il, s'agissant des autres pouvoirs, des juges, et autres officiers publics, qu'« aucun d'eux n'a aucune autorité qui doive s'étendre au-delà des bornes qui lui ont été prescrites par ceux qui l'ont donnée, et qu'ils sont tous obligés de rendre compte à quelque pouvoir de l'État ». Cf. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 256 § 152.

³⁰³ Nous voyons également l'une des justifications de l'opposabilité horizontale des libertés. Si l'Homme est tenu de respecter la liberté d'autrui dans ses rapports interindividuels, cela tient au fait que nul autre que l'État peut lui opposer une restriction à sa liberté. Or, dans le cas contraire, l'État – qui n'est pas intervenu pour empêcher que l'on restreigne illicitement la liberté – devra être considéré comme fautif s'il ne met pas en œuvre soit un mécanisme de prévention de cette atteinte, soit un mécanisme de réparation de cette atteinte. Les développements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme quant aux rapports horizontaux des droits et libertés trouvent, ici, leur première source explicative.

systemique des restrictions en soutenant qu'elles procèdent toujours de l'État. L'ordre juridique tient son existence et sa structure du titulaire du pouvoir souverain, le peuple, incarné par l'État. Toute règle produite par l'ordre juridique est d'une manière ou d'une autre le fruit de l'ordre juridique étatique entendue comme la collectivité tout entière. Admettre la pluralité de règles contre l'unicité de l'ordre juridique serait autoriser un retour à un état conflictuel comme l'a relevé Robert-Édouard Charlier : « L'ordre normatif doit être un ; s'il y a pour un individu, deux systèmes de règles, celui officiel et celui de sa conscience, religieuse ou non, chacun d'entre eux sera un empêchement de respecter l'autre, parfois un défi, et aucun des deux ne sera respectable ni respecté »³⁰⁴. Le monopole de la règle de droit au profit de l'État doit être complet³⁰⁵. Cependant, cette monopolisation de la notion d'intérêt général par l'État l'empêche et lui interdit expressément d'agir en dehors des missions rattachables à ladite notion. « L'émergence de l'État ne signifie pas chez Hegel l'apparition d'un intérêt général despotique imposant sa loi aux intérêts particuliers et les réduisant au silence. L'État n'est pas l'instance de la soumission autoritaire des intérêts particuliers à l'intérêt général, mais celle de leur conciliation, de leur union (...) »³⁰⁶. La notion d'intérêt général constitue ainsi et, parallèlement, un facteur de limitation de l'action étatique.

II. – La notion d'intérêt général, limitation de l'action du système de droit :

161. La seconde raison, tenant à la présence de l'intérêt général dans l'action de l'État, fait que « la limitation du pouvoir résulte aussi du lien organique établi entre État et Nation : « l'État de droit s'appuie en France sur une construction démocratique qui voit dans l'État l'expression de la Nation, sa "personnification juridique"³⁰⁷ ; dépourvu de volonté propre, privé de fin en soi, l'État ne ferait qu'assurer la traduction en termes juridiques de la puissance collective de la Nation »³⁰⁸. Il y a là, en outre, un trait particulièrement distinctif de l'État en France selon Élisabeth Zoller : « L'État occupe dans la culture juridique française une place singulière, sans équivalent dans les systèmes juridiques étrangers. L'État, en France, est la communauté des intérêts permanents de la nation, bien avant l'instrument de domination et de contrainte qu'il peut représenter ailleurs, dans d'autres systèmes

³⁰⁴ R.-É. CHARLIER, *L'État et son droit, leur logique et leurs conséquences*, Paris, Economica, 1984, p. 105, cité par D. MOUSSOKI, « Quels droits de l'Homme ? », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 61.

³⁰⁵ Il doit l'être et il l'est en vérité. Voir M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 4^{ème} éd., 2011, p. 54 : si la possibilité pour la Nouvelle-Calédonie d'adopter des « lois du pays » constitue une « entorse » au principe selon lequel « seul l'État détient le pouvoir normatif initial et il ne saurait y avoir d'autres lois que celles de l'État », explique Michel Verpeaux, il faut considérer néanmoins, ce qui tend à relativiser l'ampleur de cette « entorse », que la possibilité de déférer une « loi du pays » au contrôle du Conseil constitutionnel atteste de l'unicité de l'ordre normatif, quand bien même cette dernière ne relèverait « que » de la loi constitutionnelle.

³⁰⁶ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 149-150.

³⁰⁷ Formule de A. ESMEIN et H. NEZARD, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2. vol., Sirey, 7^{ème} éd., 1921, p. 43, cité par J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 369.

³⁰⁸ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 369.

juridiques ; l'État est la *res publica*, la République, et il reçoit aujourd'hui le même respect, voire la même dévotion, que recevait autrefois l'institution royale. Les notions connexes qui gravitent autour de lui comme "intérêt général", "intérêt public" ou "utilité publique" sonnent dans tout notre système juridique comme autant de rappels du principe qui l'anime et de l'esprit qui l'habite : la soumission obligée des intérêts privés à la chose publique »³⁰⁹. Mais cette chose publique reçoit une nouvelle détermination libérale. Il faut rappeler en effet que « la condition de l'obéissance politique repose sur la certitude que l'action publique poursuit un intérêt général, parce que déterminé comme tel par la volonté générale »³¹⁰. Dès lors il est acquis que les concepts de limitation et de justification d'action se répondent plus qu'ils ne s'opposent.

162. Les deux auteurs éminents du droit public français, Hauriou et Duguit, confirment le présent propos, en partageant, *in fine*, une même défiance contre toute action étatique non concrètement bornée : « l'État ne peut être le détenteur mystique d'un intérêt général inaccessible »³¹¹. Cette dualité invariablement solidaire – trait caractéristique du droit public – trouve ses racines dans le droit administratif français et les deux grandes écoles qui le théorisent (école du service public et école de la puissance publique)³¹². Jacques Chevallier en témoigne : « Les analyses de Duguit et d'Hauriou montrent que le système de légitimation de l'État est désormais restructuré autour des deux pôles de la puissance et du service, dont le jeu combiné produit des effets fort subtils de condensation, déplacement, torsion. Dans chacune de ces analyses, l'ordre de priorité est sans doute inversé : alors que pour Duguit, le service justifie la puissance, pour Hauriou la puissance est limitée par le service ; mais, loin de s'exclure, les deux notions s'appellent au contraire irrésistiblement. Par ailleurs et surtout, cette inversion donne au binôme son efficacité maximale : chaque analyse n'a de sens que par rapport à l'autre, et Duguit et Hauriou se répondent comme un véritable chœur à deux voix ; leurs partitions ne sont pas incompatibles, dissonantes, mais se présupposent réciproquement et restent dans la même tonalité »³¹³. La notion d'intérêt général subit, selon nous, cette dualité en dépit de sa fonction normative unique, restreindre les droits et libertés. Le rapport consubstantiel qu'entretiennent les moyens de l'action publique et les fins de l'action publique s'intègrent à l'intérêt général. Cette notion implique donc originellement la double présence de la puissance publique et du service public largement entendu. Elle rend compte de toute la difficulté de penser l'absence d'un des deux pôles. Le service, sans la puissance, ce serait l'inévitable retour à l'état de nature sans liberté effective. Pourquoi conclure un pacte social en vue de protéger sa liberté (premier pôle, le service) sans s'en donner les outils (second pôle, la puissance publique) ? *A contrario*, la puissance, sans le service, ce serait, à

³⁰⁹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 27.

³¹⁰ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 253.

³¹¹ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 190.

³¹² Pour un résumé des deux « écoles classiques », R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, p. 3-4.

³¹³ J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 42.

terme, laisser entrevoir la remise en question de la liberté effective par le risque de sa négation. Pourquoi, alors, conclure un pacte social pour créer une puissance commune (second pôle, la puissance publique) sans lui donner un but (premier pôle, le service) ? Ce que démontre l'exposé du professeur Chevallier, c'est qu'en définitive les fondements idéologiques du droit administratif – révélés par la combinaison des deux écoles de Toulouse et de Bordeaux – ont quelques rapports étroits avec les fondements même du droit public et constituent une conséquence directe de l'édifice normatif français en tant qu'il repose sur un socle unitaire mais dual, à l'image de l'homme qui marche sur ses deux jambes. Si l'un des éléments du socle venait à faire défaut, c'est l'ensemble de l'édifice qui s'écroulerait. L'unité fonctionnelle de la notion d'intérêt général est sans conteste sa capacité à juridiciser les deux éléments qu'elle recèle. « Les thèmes de la puissance et du service sont les éléments constitutifs de l'idéologie de l'intérêt général, appliquée à l'administration : l'administration défend l'intérêt général dans la double mesure où, d'une part elle n'a pas d'intérêt propre à faire valoir et est dominée par le service exclusif du public, d'autre part elle représente l'État et est chargée de mettre en œuvre sa puissance. Le croisement de la puissance et du service n'est en fin de compte que la traduction tangible, la concrétisation de l'idéologie de l'intérêt général »³¹⁴.

163. Cette unité fonctionnelle préfigure, enfin, la dissociation de l'État et du droit comme l'intérêt général, limite à l'action de l'État, ne pourrait davantage et logiquement se confondre avec l'intérêt de l'État. « Pour admettre que le pouvoir d'État puisse être limité par l'intérêt général, remarque le professeur Rangeon, *il faut dissocier l'intérêt général et l'intérêt de l'État*. Si l'on estime en effet que l'État, détenteur de la souveraineté, a seul le pouvoir de dire le droit et de définir le contenu de l'intérêt général, on conçoit mal que l'intérêt général puisse constituer une quelconque limite à l'exercice de son pouvoir. Il faut admettre au contraire que l'intérêt général relève d'une instance extérieure et supérieure à l'État – le peuple ou la nation – le pouvoir d'État n'étant plus alors que le dépositaire de cet intérêt. Les gouvernants sont soumis à la loi, expression de la volonté générale ; il n'y a de droit légitime que celui qui est conforme à l'intérêt général » (italique dans le texte)³¹⁵. Cette distinction « tranchante » entre l'intérêt général et l'intérêt de l'État, nécessaire à la conception d'un

³¹⁴ J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 55. Ce n'est peut-être pas le lieu pour trancher cette épineuse interrogation qui jalonne la compréhension de notre droit administratif mais, dans le cadre de cette étude, il semble assez logique que l'école du service public prime celle de la puissance publique. Le pacte établit le but. Or le but supposant les moyens (et non l'inverse), l'intérêt général ferait par conséquent pencher la balance de la définition du droit administratif vers l'école du service public. Dans son examen préliminaire de ce qu'est le droit administratif, René Chapus relève « que, par-delà les moyens employés, le droit administratif reçoit de la notion de service public son inspiration fondamentale. Comment, dès lors, ne pas inclure dans la définition de ce droit, sinon la notion d'intérêt général (...), du moins celle plus précise de service public ? Et comme il est normal que les moyens soient ordonnés à une fin et occupent une place seconde par rapport à elle, il faut définir le droit administratif comme étant d'abord le droit du service public, ensuite celui de la puissance publique ». Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, p. 5.

³¹⁵ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 26. Cette dissociation a été rendue possible par les réflexions (très anciennes) de Cicéron (I^{er} siècle avant J.-C.) qui distinguait alors, dans son concept de *res publica*, l'intérêt de la République (intérêt de l'État) de l'intérêt du peuple ou chose publique (p. 60).

intérêt général limitant l'action du système de droit, annonce un droit moderne, c'est-à-dire un droit à la fois produit par l'État et qui lui est opposable.

164. Ce droit moderne, né des Lumières et de la Raison dont se fait l'écho le professeur Chevallier, produisant l'État et entretenu par lui dans les conditions de l'état civil, bénéficie d'un prestige inégalé pour régler les usages pluriels de la liberté. Car « paré des attributs de la *Raison* et de la *Bienfaisance*, le droit devient tout naturellement, dans la société moderne, le mode privilégié d'encadrement et de régulation des rapports sociaux : il se voit assigner pour fonction d'ordonner l'évolution sociale, d'harmoniser l'action des éléments constitutifs de la société » (italique dans le texte)³¹⁶. En même temps, en qualité d'ultime étape, l'avènement de l'État confère à la liberté sa définition juridique. « La *liberté*, dans la société civile, consiste à n'être soumis à aucun *pouvoir législatif*, qu'à celui qui a été établi par le consentement de la communauté, ni à aucun autre empire qu'à celui qu'on y reconnaît, ou à d'autres lois qu'à celle que ce même *pouvoir législatif* peut faire, conformément au droit qu'il lui en a été communiqué » (italique dans le texte)³¹⁷. C'est la définition légale de la liberté, autrement dit celle qui ne peut exister juridiquement que si juridiquement elle est créée et ce, par sa restriction immédiate. La liberté civile de Locke est la liberté naturelle qu'une règle de droit restreint. Montesquieu ne dit pas autre chose lorsqu'il conclut que « la liberté consiste principalement à ne pouvoir être forcé à faire une chose que la loi n'ordonne pas ; et on n'est dans cet état que parce qu'on est gouverné par des lois civiles : nous sommes donc libres, parce que nous vivons sous des lois civiles »³¹⁸. La systématique de la liberté accrédite l'idée que la discipline juridique relative aux droits et libertés puis aux droits fondamentaux est, en réalité, *une*³¹⁹. Inscrits au cœur du projet étatique, « les droits et libertés fondamentaux n'ont guère de difficulté à y trouver leur place. Mieux : ils constituent l'une des plus notables cheville ouvrière, tant dans les rapports d'autorité entre gouvernants et gouvernés, ce qui est désormais bien acquis et va se perfectionnant, que, ce qui est plus neuf mais

³¹⁶ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », préc., p. 667-668.

³¹⁷ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 159-160 § 22. Si par conséquent l'autonomie de la volonté est, elle-aussi, restreinte, c'est que les membres signataires du pacte social libéral ont volontairement accepté de ne pas (ou plus) se soustraire à la loi commun. L'article 6 du Code civil illustre, en droit privé, cette maxime de droit public : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

³¹⁸ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, op. cit., p. 883. Cf. également C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, op. cit., p. 325 : « La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent (...) ».

³¹⁹ Est en effet significative la volonté des Facultés de droit de promouvoir un enseignement unitaire de la liberté en instaurant (1954) pour le rendre obligatoire (1962) un cours de libertés publiques (lequel deviendra un cours de « droit des libertés fondamentales » en 1993). Voir J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, op. cit., p. 2 : « La nécessité d'études pluridisciplinaires est devenue une doctrine officielle. Sans attendre cette consécration, le cours de libertés a brisé les cloisons étanches qui, dans l'esprit de trop étudiants, séparent les diverses branches du droit. La pluridisciplinarité appliquée au domaine juridique, c'est d'abord la prise de conscience du fait que ces branches, qu'il faut dans un premier temps, envisager isolément, sont des éléments d'un ensemble, et que cet ensemble – le système juridique national, lui-même inclus dans le système juridique commun aux démocraties libérales – est un » (nous soulignons). La problématique de la liberté n'est pas celle de telle ou telle branche du droit, elle concerne tout le Droit. Et, à coup sûr, pour « une raison proprement fonctionnelle : le droit, en tant que technique de sécurisation, vient au soutien des Droits de l'homme, considérés comme vitaux pour le fonctionnement et l'organisation des sociétés démocratiques » (nous soulignons). Cf. L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 18.

également capital, dans les rapports d'égalité entre gouvernés eux-mêmes »³²⁰. « L'État d'aujourd'hui et d'hier intervient par ses lois, ses décrets ou ses ordonnances dans la plupart sinon toutes les relations entre particuliers. Or, ce phénomène charrie toujours avec lui de nos jours des considérations tenant aux droits et libertés fondamentaux. Comme les décisions de nos juges, celles du législateur ou du gouvernement tranchent, déterminent qui, d'un citoyen, est dans son droit ou ne l'est pas *par rapport à un autre* » (italique dans le texte)³²¹.

³²⁰ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 27. Cette égalité entre les gouvernés dans la définition des droits fondamentaux débouche sur « l'effet horizontal des droits et libertés fondamentaux » (p. 90) parce que « quelles que soient les raisons pour lesquelles ils furent qualifiés de fondamentaux, une fois réalisée cette qualification devient indivisible : "insécable" » (p. 91).

³²¹ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 91. Dans le même sens, mais sous l'angle de l'intérêt général, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 23 : « l'État contemporain est ainsi démystifié. Ce n'est pas parce qu'il est détenteur de la souveraineté que l'État exerce sa puissance sur les individus ; c'est parce qu'il est au service de tous et qu'il respecte le droit ».

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

165. Ainsi s'achève le processus originel de juridicisation de la notion d'intérêt général. En tant qu'elle porte le principe de la liberté restreinte, la notion d'intérêt général a induit la formation d'un système de droit chargé de l'énoncer, c'est-à-dire énoncer juridiquement que la liberté est restreinte pour sa propre et immédiate protection. L'intérêt général conduit enfin à ce que cette diction soit confiée à l'État. C'est là sans aucun doute la valeur essentielle du système de droit français depuis 1789¹. En révélant la *vraie liberté*, cette liberté « réglée »² par le droit en formation, la notion d'intérêt général signifiait d'abord restreindre la liberté. Mais ce faisant, elle ne peut que porter ses effets sur l'ensemble des libertés et droits que la règle de droit va venir protéger. Elle subit, à cette occasion, sa première mutation qui l'entraîne à passer du niveau exclusivement politique au niveau intermédiaire, c'est-à-dire la charnière entre la politique et le droit. La notion d'intérêt général met en œuvre la liberté au sens moderne telle que Benjamin Constant a pu la décrire de façon décisive : « Le but des anciens était le partage du pouvoir social entre tous les citoyens d'une même patrie : c'était là ce qu'ils nommaient liberté. Le but des modernes est la sécurité dans les jouissances privées ; et ils nomment liberté les garanties accordées par les institutions à ces jouissances »³. La Politique a tracé le chemin au Droit.

166. La notion d'intérêt général est facteur de liberté. On doit à Hegel d'avoir mis en lumière cette « dialectique de l'intérêt général » que synthétise le professeur Rangeon : « Dans l'intérêt général, les intérêts particuliers sont à la fois dépassés et conservés (*aufheben*). Ce processus indique d'une part la nécessité de reconnaître, et même d'affirmer, les intérêts particuliers puisque c'est de leur opposition dialectique que découlera l'intérêt général. Mais d'autre part, ce dernier a une double nature : il émane des intérêts particuliers et en même temps, dans un même mouvement, il les transcende »⁴. Sans l'intérêt général, la liberté n'est que ce rapport de force dans lequel l'homme ne trouve jamais de répit, ni de repos. La notion d'intérêt général donne vie à la liberté réglée et ce faisant leur existence aux droits et libertés. De quelle manière ? Elle révèle d'abord aux hommes que la vraie liberté est la liberté réglée ou régulée. Elle leur dévoile que « le besoin de liberté et celui de Pouvoir sont tous deux congénitaux à l'homme pour constituer les composantes principales du politique dans un antagonisme

¹ Voir J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, *op. cit.*, p. 3 : « Tout système juridique est, en effet, l'expression d'un certain nombre de valeurs, d'une conception de l'homme et de la société, soit explicitées dans des documents officiels, soit moins nettement formulées ».

² Si l'on en croit le doyen Lescuyer, on peut voir dans les propos de Charles de Montalembert (XIX^{ème} siècle), chef des catholiques conservateurs, cette image : « Réglée, continue, tempérée, honnête et modérée, la liberté, loin d'être hostile à l'autorité, ne peut coexister qu'avec elle » (italique dans le texte). Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 400.

³ B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 602.

⁴ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 149.

permanent »⁵. Puis, elle leur indique qu'ils doivent s'accorder sur les modalités de la règle à adopter pour régler cette liberté. C'était, à vrai dire, toute l'orientation de l'œuvre de Hobbes que nous reprenons à notre compte. Le but de sa doctrine politique est de « rendre visible la relation mutuelle existant entre protection et obéissance – relation dont la condition de la nature humaine et les lois divines (à la fois naturelles et positives) exigent l'inviolable observation »⁶. La notion d'intérêt général constitue d'abord, dans notre démonstration, cette « relation mutuelle existant entre protection et obéissance » dont l'expression juridique fera d'elle une norme consubstantielle aux droits et libertés. Quant à « l'inviolable observation » de l'exigence nouvellement déterminée, la notion d'intérêt général commandera, ensuite, la création d'un ordre juridique pour consacrer l'existence, juridique, des droits et libertés, consécration aboutissant, plus tard à l'avènement des droits fondamentaux. Cette consécration juridique des droits et libertés passe par leur restriction généralisée. « Notion juridique et politique, elle est au cœur d'une théorie politique qui n'entend pas exhorter les individus à devenir meilleurs mais cherche à déterminer les modalités institutionnelles qui puissent favoriser l'harmonie sociale, alors même qu'il n'est pas possible de compter sur la vertu des hommes »⁷. La notion d'intérêt général prend alors, pour rendre possible l'avènement juridique de la liberté, une signification améliorée : c'est une notion juridique impliquant des *restrictions*⁸ aux droits et libertés. Aussi constitue-t-elle, par le truchement de la règle de droit dont elle se saisit, « cette sorte de lien entre les solitudes »⁹ ; elle devient juridiquement consubstantielle aux droits et libertés et repose différemment la question énoncée par le professeur Lochak : « quelles sont les bornes que, dans une démocratie, il est légitime, autrement dit qu'on juge nécessaire ou souhaitable, de poser à l'exercice des libertés ? Même ainsi reformulée, la question reste encore vaste et surtout elle peut paraître d'un classicisme – pour ne pas dire d'une banalité – redoutable »¹⁰. La réponse – les réponses pour être exact – constitue le contenu de la notion d'intérêt général, lui-même identifié par les normes qu'il s'approprie. Si bien que, désormais, déterminer la règle de droit restrictive de la liberté revient à identifier dans le système de droit la norme productive de la notion d'intérêt général. On doit désormais s'attacher à explorer la vocation constituante de l'intérêt général comme source du système de droit libéral.

⁵ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 13.

⁶ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 963.

⁷ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 269.

⁸ Au sens de : « ce qui restreint le développement, la portée de quelque chose ». Voir *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 2225.

⁹ F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droit fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., p. 3.

¹⁰ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 16.

Chapitre II : La vocation constituante de l'intérêt général :

167. La réception de l'intérêt général par les droits fondamentaux se poursuit par le saisissement de la règle de droit. On assiste en effet à la juridicisation d'une notion essentiellement politique et inhérente aux droits et libertés. *L'intérêt général saisit le droit* pour rendre possible l'existence juridique des droits et libertés et, à terme, la création des droits fondamentaux¹. La notion d'intérêt général est l'œuvre du système de droit ; elle est le produit de l'action étatique ; elle est alors viscéralement attachée à l'État. Ce dernier jouit d'un monopole dans l'énoncé de l'intérêt général en raison de la nécessité de définir juridiquement les droits et libertés. Ce mouvement constitue l'appropriation de la notion d'intérêt général par le droit. « Lorsque la Déclaration des droits de 1789 proclame que les hommes naissent et demeurent libres, elle se borne à indiquer la transcendance de l'idée de liberté et impose aux institutions politiques de s'en accommoder, quelles que puissent être les difficultés »². Le professeur Picard écrit également que « la liberté ne vaut que comme un principe, ce qui implique aussi qu'elle est susceptible d'une multitude d'aménagements, de restrictions, voire d'amputations, qui néanmoins ne lui retirent rien de sa valeur de principe mais au contraire l'attestent »³. C'est une obligation de résultat pesant sur la règle de droit. Pour mettre en œuvre la signification de la notion d'intérêt général, restreindre pour protéger, la règle de droit s'est approprié le contenant de la notion. Elle lui a donné une forme, voire un statut juridique dépendant de l'architecture normative du système de droit lui-même.

168. Les Révolutionnaires ont placé au sein de la norme nouvellement refondée – la loi – le cœur du dispositif d'expression de l'intérêt général. Comme le souligne Pierre Mazeaud, « l'intérêt général – ou, pour employer la langue si parlante de l'époque, le "bien commun" – était une préoccupation essentielle des hommes de 1789 »⁴. Avant d'ajouter : « Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fait référence à des notions telles que le "bonheur de tous" ou "l'utilité commune" »⁵. S'en tenir à une lecture individualiste des droits et libertés est manifestement excessif puisque la pensée révolutionnaire a placé tôt dans la déclaration qu'elle fait des droits de l'Homme la nécessité de

¹ Pour être tout à fait rigoureux, nous aurions dû intituler ce chapitre « l'intérêt généralisation du droit ». Mais, outre la lourdeur du néologisme, nous ne sommes pas convaincu de son opportunité. Si globalement, du point de vue de la relation intérêt général et droits fondamentaux, l'intérêt général saisit le droit, dans le détail, en revanche, on verra qu'en pratique ce sont des règles de droit qui font accéder l'intérêt général à l'existence juridique. En bref, tout dépend du point de vue choisi : si nous prenons de la hauteur, nous voyons l'intérêt général se répandre partout dans l'édifice normatif. Si, au contraire, nous nous rendons ici ou là pour regarder de plus près les articulations de cet édifice, ce sont des règles de droit qui reçoivent l'intérêt général et qui, en réalité, le saisissent. Nous avons évidemment pris une certaine hauteur de vue.

² G. LESCUYER, « Libertés publiques », préc., p. 985.

³ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 30.

⁴ P. MAZEAUD, « Propos d'ouverture », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *op. cit.*, p. 1-3, spéc. p. 1.

⁵ P. MAZEAUD, préc., p. 1.

l'intérêt général. Mais cette notion, déterminée dans son contenu par l'ordre juridique, a suivi la hiérarchie des normes que cet ordre juridique avait mise en place. Nous tenterons de déterminer d'où émane la règle de droit qui génère *per se* l'intérêt général⁶. Si l'intérêt général est au fondement de l'ordre juridique et politique (inclus dans le pacte social), alors son origine normative suit la norme suprême de l'ordre juridique. Quant à la procédure d'édiction de l'intérêt général, le rôle de la norme fondamentale est ici essentiel. Résumant la pensée de Sieyès quant à son projet extrêmement fort de constitution, laquelle serait, en 1789, « la marque de l'établissement d'un nouvel ordre »⁷, Pasquale Pasquino dresse les caractères essentiels de la future constitution : « Séparation des pouvoirs et délibération au sein de l'assemblée législative ; élections, en tant que choix des élites et empire de la raison, qui se dégage de la discussion de ces élites, devraient permettre au gouvernement représentatif constitutionnel de fonctionner sans faille et de protéger les droits naturels des citoyens »⁸. Cependant, on voit que tous les conseils prodigués par certains révolutionnaires – dont Sieyès – n'ont pas été respectés. Si la Constitution devait être consacrée en tant que norme suprême par les moyens idoines, les premiers temps furent marqués par le culte de la loi. L'Histoire de la juridicité française a d'abord montré que la loi tenait un rôle de premier plan ; la modernité, née de la pratique de notre système de droit, a révélé ensuite l'importance d'associer l'intérêt général à la fundamentalité. Dès lors, il nous faut examiner deux temps distincts qui se sont succédé dans l'histoire constitutionnelle française pour faire état de la vocation constituante de l'intérêt général. Au temps légal de la notion d'intérêt général (Section 1^{ère}), qui a constitué un échec en raison de la non prise en compte des conséquences les plus importantes de la création du système de droit libéral, a succédé le temps fondamental (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : La formalisation législative de l'intérêt général :

169. « L'affirmation d'un droit théorique et imaginaire, même sous la forme solennelle d'une déclaration des droits, n'offre aucune garantie réelle, et une véritable liberté semble impossible sans légalité »⁹. Lorsque la norme suprême était la loi¹⁰, l'intérêt général était nécessairement identifié par le législateur¹¹. L'intérêt général devint une norme législative. C'est l'époque du légicentrisme,

⁶ La question posée ici n'est donc pas (encore) celle de savoir quel organe est compétent pour dire, au sein de l'État, l'intérêt général. Cf. *infra* Seconde partie.

⁷ P. PASQUINO, « Sieyès Emmanuel-Joseph. *Discours* », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, *op. cit.*, p. 551-557, spéc. p. 551. Sieyès, complète Jean-Denis Bredin, avait très tôt « tracé les plans d'une société nouvelle que commanderaient l'intelligence et la raison » et « fut sans doute l'inventeur du droit public moderne ». Cf. J.-D. BREDIN, « Préface », in E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, *op. cit.*, respectivement p. 11 et p. 26.

⁸ P. PASQUINO, *op. cit.*, p. 551.

⁹ G. LESCUYER, « Libertés publiques », *préc.*, p. 985.

¹⁰ Historiquement la loi est l'expression immédiate et principielle du souverain depuis Jean Bodin (XVI^{ème} siècle) et Cardin Le Bret (XVII^{ème} siècle). Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, respectivement p. 231 et s. et p. 243 et s.

¹¹ « Puisque les libertés publiques sont des droits positifs, il faut bien confier leur organisation à quelqu'un. Sous l'influence de Rousseau, c'est vers le législateur que la France s'est tournée dès 1789 ». Cf. G. LEBRETON, *Libertés*

époque durant laquelle la règle de droit était ramenée à la loi, produit du Parlement. Il est alors question de l'État artisan de la protection des droits de l'Homme, d'un État légal en charge de la mise en œuvre des libertés publiques. « Pour les hommes de 1789, la loi tend spontanément à la réalisation du bien public car elle exprime la volonté générale (...) »¹². Le dogme attaché à la loi va perdurer suffisamment longtemps mais plusieurs brèches ouvertes dans l'édifice montreront combien tout n'est pas « spontané ». La progression du rôle de la loi depuis la conclusion du pacte social en France peut être décrite selon trois paliers successifs. La loi est d'abord perçue comme l'expression de la volonté générale (contenant). Corrélativement, l'intérêt général est appréhendé comme l'expression de la volonté générale (contenu). Enfin, on assiste à une fusion du contenant et du contenu, la loi devenant l'expression de l'intérêt général. Mais cette fusion se fait par réduction automatique du contenant à son contenu et vice-et-versa. Autrement dit, la loi ne peut exprimer que l'intérêt général. En présence d'une loi, on a nécessairement une restriction légitime de la liberté dans la mesure où elle ne poursuit que sa promotion. Inversement, seule la loi peut exprimer l'intérêt général. Sans loi, pas d'intérêt général. Cette période marque néanmoins l'effort, soutenu, de la loi pour se placer au service de la notion d'intérêt général et donc à celui des droits et libertés ; elle est celle d'un légicentrisme gardien d'une notion d'intérêt général globalement libérale (§1.). Cependant, cette identité entre la loi et la notion d'intérêt général deviendra si forte, voire caricaturale, qu'elle aboutira à placer la notion d'intérêt général au service de la loi. Cette dernière en dénaturera ainsi le sens originel pour imprimer au légicentrisme son caractère conservateur potentiellement liberticide (§2.)¹³.

§1. – Le légicentrisme gardien d'une notion d'intérêt général globalement libérale :

170. Ce fut l'élément capital dans le fonctionnement de l'État nouvellement créé : « L'établissement du *pouvoir législatif* est le premier et fondamental acte de la société, par lequel on a pourvu à la continuation de l'union de tous les membres, sous la direction de certaines personnes, et des lois faites par ces personnes que le peuple a revêtues d'autorité, mais de cette autorité, sans laquelle qui que ce soit n'a droit de faire des lois et de les proposer à observer » (italique dans le texte)¹⁴. « Selon sa véritable nature et ses véritables engagements, ajoute John Locke, il doit se

publiques et droits de l'Homme, *op. cit.*, p. 33 ; de même, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français, op. cit.*, p. 101 : « Les constituants de 1789 lui ont confié les libertés ». Ils avaient « foi en la loi » (p. 472).

¹² P. MAZEAUD, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle, op. cit.*, p. 2 ; V. SAINT-JAMES, *op. cit.*, p. 166 : « la société est le but de la loi ».

¹³ Pour un aperçu de ces deux temps légaux, résumés idéalement par Pierre Serrand : « les droits de l'homme protégés par la loi » puis « les droits de l'homme protégés de la loi », voir P. SERRAND, « Loi », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 664-669.

¹⁴ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil, op. cit.*, p. 299-300 § 134.

terminer au bien public de la société »¹⁵. Aussi, pour que la loi exprime l'intérêt général (I.), entendu comme restriction aux droits et libertés indispensable à leur définition, importe-t-il qu'elle soit l'expression de la volonté générale (II.).

I. – La loi, expression de la volonté générale :

171. La norme législative, norme suprême de l'ordre juridique, est validée au regard de sa capacité à produire l'intérêt général dans la mesure où elle constitue la règle de droit produite par le peuple souverain. C'est le sens de la volonté générale retenue par l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale ». La loi, acte de souveraineté du peuple souverain, est l'expression de « la souveraineté nationale » qui « appartient au peuple »¹⁶. Cette présentation doit beaucoup à Jean-Jacques Rousseau (A.) et, fidèle à sa philosophie, elle traduit juridiquement la liaison démocratique entre la loi et la notion d'intérêt général (B.).

A. – La volonté générale de Rousseau :

172. Il faut rendre à César ce qui est à César en soulignant que la paternité de « la volonté générale » revient au Citoyen de Genève¹⁷. La dette française à son égard est considérable au point que les Révolutionnaires réaliseront le transfert de ses restes au Panthéon au cours de l'année 1794 mais postérieurement à la chute de Robespierre¹⁸. François Rangeon, compte tenu de la présentation qui est la sienne de l'intérêt général, démontre, nettement, combien la volonté générale de Rousseau

¹⁵ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 244 § 135.

¹⁶ Article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁷ À telle enseigne que certains philosophes écrivant après Rousseau et s'en démarquant sont néanmoins contraints de recourir à ce concept pour éclairer leur propre philosophie politique. C'est le cas du philosophe allemand Wilhelm von Humboldt : « Le droit de fixer la ligne de démarcation (...) ne peut être contesté à l'État, c'est-à-dire à la volonté générale de la société ». Cf. W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 136. Faisant remonter ce lien consacré par les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme à Rousseau, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 284-286 spéc. p. 284 : « le recours au législateur [...] remonte en fait au XVIII^{ème} siècle, c'est-à-dire à la théorie du contrat social de Rousseau et à la Révolution française. La loi est alors considérée comme la seule garantie efficace contre l'arbitraire du pouvoir politique. Puisqu'elle émane directement ou indirectement du peuple, elle est jugée légitime et, partant, seule apte à régler l'exercice des libertés des individus ». Mais cela ne signifie pas, en soi, que l'idée est totalement neuve si l'on en croit certains écrits anciens ayant trait à l'idéal de justice dont Philippe Coppins se fait l'écho et desquels il n'est pas interdit de voir les premières caractérisations d'une volonté générale : « seule une règle de droit est susceptible de promouvoir l'égalité entre tous. Comme le montre par excellence *Les Suppliants* d'Euripide, la légalité est la source de l'égalité et de la liberté entre tous les citoyens grecs lorsque tous peuvent également et librement participer à l'édiction de la règle de droit. L'égalité et la légalité sont donc condition et effet l'une de l'autre ». Cf. P. COPPENS, « Compétence universelle et fonction de juger », in « Thème : La Belgique, justicier du monde ? », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 31-33 spéc. p. 31. Georges Lescuyer estime que, sur ce point précis de la volonté générale, le philosophe allemand Althusius (XVII^{ème} siècle) « prépare Rousseau » (cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 228 et s. spéc. p. 229).

¹⁸ Sur cette dette et ce point d'histoire, S. WAHNICH, « Révolutionnaire *a posteriori* », in M. ROVERE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 82-83. L'auteur souligne d'ailleurs l'ambiguïté des thermidoriens dans cet hommage.

constitue le pont entre, d'une part, les théories contractualistes et les différentes doctrines (Hobbes, Locke et Montesquieu), qui ont révélé « le bien public », l'intérêt général rationnellement conçu, et, d'autre part, la notion moderne d'intérêt général telle que nous la connaissons depuis¹⁹. Toutefois, M. Rangeon prend soin de souligner que Rousseau n'emploie pas l'expression d' « intérêt général » dans *Du contrat social*, ce que nous devons confirmer, sauf erreur de notre part²⁰. « Les commentateurs n'ont jusqu'ici accordé guère d'importance à ces nuances de vocabulaire. Puisque l'expression est aujourd'hui la plus répandue, on évoque, sans y prendre garde, "l'intérêt général" à propos de Rousseau. Même les auteurs qui soutiennent que le thème central de la pensée politique de Rousseau se trouve non pas dans le pacte social, mais dans l'idée de volonté générale, parlent indifféremment d'intérêt public, ou commun, ou général »²¹. La volonté générale n'irait donc pas directement à l'intérêt général. Mais il est vrai, aussi, et d'une part, que « le lien, chez Rousseau, entre la volonté générale et l'intérêt commun (ou public) est si étroit que l'auteur substitue parfois une notion à l'autre »²² concède le professeur Rangeon relativisant, alors, les subtilités des terminologies employées. Il est possible, d'autre part, que la volonté générale conduise logiquement à l'intérêt général mais que Rousseau n'est pas attaché une importance capitale à cette conséquence du concept qu'il fonde au XVIII^{ème} siècle. Là encore, le professeur Rangeon en paraît convaincu : « le concept central du *Contrat social* n'est pas l'intérêt général (qui, d'ailleurs, n'y figure pas) mais la "volonté générale". [Rousseau] a, en quelque sorte, manqué l'élaboration théorique de la notion d'intérêt général en concentrant son analyse sur celle de la volonté générale »²³. Écrire que la notion d'intérêt général succède à la volonté générale est par conséquent une déduction de la réflexion de Rousseau²⁴. Cela étant dit, pourquoi la loi – volonté générale – exprimerait-elle l'intérêt général ?

173. La loi exprime adéquatement l'intérêt général parce qu'elle constitue, selon Rousseau, un « acte authentique de la volonté générale », ou « acte de souveraineté » : « Qu'est-ce donc proprement qu'un acte de souveraineté ? s'interroge-t-il. Ce n'est pas une convention du supérieur avec l'inférieur, mais une convention du corps avec chacun de ses membres : Convention légitime, parce qu'elle a pour base le contrat social, équitable, parce qu'elle est commune à tous, utile, parce qu'elle ne peut avoir d'autre objet que le bien général, et solide, parce qu'elle a pour garant la force publique et le

¹⁹ Voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 107 et s. Il convient, néanmoins, pour bien mesurer la portée de la démonstration de cet auteur, d'avoir une vue globale sur le Titre II « La rationalisation de l'intérêt général », qui se divise en trois chapitres, respectivement et successivement, consacrés au « bien public », à « la volonté générale » et à « l'intérêt général ».

²⁰ F. RANGEON, op. cit., p. 109 (en note 5).

²¹ F. RANGEON, op. cit., p. 119.

²² F. RANGEON, op. cit., p. 115.

²³ F. RANGEON, op. cit., p. 115, surtout p. 120-121.

²⁴ Formulant une déduction similaire, N. KANAYAMA, « Intérêt général : le pays de Rousseau aujourd'hui », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 53-58, spéc. p. 53 : « En fait, l'intérêt général et la volonté générale sont la même chose pour Rousseau (...) ».

pouvoir suprême »²⁵. La loi, expression de la volonté générale, est validée par la notion d'intérêt général si elle est un acte : conforme au pacte social (« légitime » puisque basé sur « le contrat social »), assurant l'égalité de droit entre les citoyens signataires du pacte (« commune à tous »), protecteur de la liberté (« le bien général ») et dont le non respect est sanctionné par l'État (« solide », « force publique », « pouvoir suprême »). Selon Rousseau, précisons que la volonté générale n'est pas seulement une réunion quantitative du peuple : « Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale »²⁶. Elle constitue un dépassement qualitatif de la somme des volontés individuelles jusqu'à conduire le citoyen à vouloir contre lui-même. « La volonté générale est cette faculté permettant à l'homme social de vouloir l'intérêt général contre son intérêt particulier »²⁷. Mais, nuancé ce qui vient d'être mentionné, et d'après le commentaire attentif porté sur la pensée de Rousseau, la volonté générale revêt les traits d'un acte de connaissance au terme duquel le citoyen réalise, en fait, que ce qui eût été son intérêt particulier *contre* l'intérêt général sera son intérêt particulier *grâce* à l'intérêt général : « pour que la volonté générale puisse se former et se déclarer (par la loi), souligne Bruno Bernardi, il faut que les volontés particulières se généralisent, c'est-à-dire qu'elles apprennent à reconnaître dans l'intérêt commun le leur propre. Ce processus de généralisation est bel et bien un processus cognitif (...) »²⁸. La volonté générale est ce dépassement qualitatif de la somme des volontés individuelles puisqu'elle prétend se découvrir au sein de chacune des volontés individuelles et, dans un même mouvement, assez inexplicable²⁹, faire qu'en réalité les volontés individuelles n'iraient que formellement à l'intérêt particulier et, toujours, matériellement à l'intérêt général.

174. La définition que Rousseau suggère de la volonté générale justifie alors l'obéissance des citoyens : « Le Citoyen consent à toutes les lois, même à celles qui le punissent quand il ose en violer

²⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, op. cit.*, p. 72. En suivant ces principes, il en ressort que « la volonté est générale, ou elle ne l'est pas ; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie. Dans ce premier cas cette volonté déclarée est un acte de souveraineté et fait loi » (p. 66).

²⁶ J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 68-69. C'est visiblement à cette lecture que fait référence le président Mazeaud, à l'occasion de ses vœux pour l'année 2006, lorsqu'il apostrophe notre société dans son ensemble pour lui rappeler ce qu'est son intérêt : « dans la conception classique de la souveraineté nationale, la volonté générale ne se réduisait pas à la sommation des opinions et des intérêts particuliers ». Cf. P. MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République (discours prononcé le 3 janvier 2006) », in *Échanges de vœux, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, p. 5-14, spéc. p. 6.

²⁷ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques, op. cit.*, p. 338.

²⁸ B. BERNARDI, « L'opinion publique, une passion d'État », in M. ROVERE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 86-87, spéc. p. 87.

²⁹ En même temps qu'elle liste les différentes interprétations possibles de l'œuvre de Rousseau, Céline Spector met en lumière toute la part d'approximations (et les risques de se tromper...) qu'il y a dans l'exégèse de sa philosophie. Voir C. SPECTOR, « C'est la fête ou la faute à Rousseau », in M. ROVERE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 84-85. En particulier, pour marquer les esprits, cette ligne introductive : « Rousseau était un solitaire. Mais il a écrit *Du contrat social* » (p. 84). *Contra* : P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 982 : « le concept de volonté générale est (...) le témoin de cet effort pour dépsychologiser le problème de la volonté libre (...) ».

quelqu'une. La volonté constante de tous les membres de l'État est la volonté générale ; c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres. Quand on propose une loi dans l'assemblée du Peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur ; chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas »³⁰. À ces conditions, la loi exprime la volonté générale, donc poursuit l'intérêt général³¹. La liaison entre la loi, expression de la volonté générale, et la notion d'intérêt général est particulièrement nette : « quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. *Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue.* C'est cet acte que j'appelle loi » (nous soulignons)³². L'assimilation progressive entre volonté générale (la loi de Rousseau) et la notion d'intérêt général devient acceptable comme l'atteste le fait que la doctrine contemporaine y souscrive. « Plus fondamentalement, la détermination de mesures propres à satisfaire l'intérêt général représente la mission première du législateur. De ce point de vue, il peut être admis qu'il y a juridiquement une identité postulée entre la volonté générale et l'intérêt général »³³. Cette identité postulée est évidente dans la mesure où ce qu'ont voulu les membres signataires du pacte social libéral – restreindre la liberté pour la définir – est lié par l'exercice de leur seule volonté.

B. – La liaison démocratique entre la loi et la notion d'intérêt général :

175. Indispensable à l'élévation de « la seule communauté juridiquement acceptable »³⁴, nous entendons analyser la jonction indispensable entre les membres signataires du pacte social libéral et la

³⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 147. Ce passage précis du *Contrat social* ouvre la voie à des régimes liberticides dissimulés par l'omniscience de la volonté générale. C'est l'une des brèches majeures de la théorie rousseauiste de protection de la liberté. Le droit constitutionnel moderne pense combler la brèche ouverte sur ce point précis. Il faudra y revenir mais, « quand donc l'avis contraire au mien l'emporte », cela ne prouve pas nécessairement que je m'étais trompé et, parfois, que c'est bien au contraire la volonté générale qui avait commis une erreur. Un citoyen peut poursuivre l'intérêt général, au nom de la constitution, même en position de minorité (contre une majorité s'exprimant par la voie du législateur). Mais l'anomalie n'est simplement que transposée de la loi vers la constitution ; elle n'est pas corrigée. Le citoyen, en minorité, contre la volonté générale exprimée par le constituant se trompe toujours.

³¹ Originalité rousseauiste, la loi est définie, en raison de la conjonction entre le citoyen-sujet établie par Rousseau, comme une « convention », alors qu'elle est habituellement entendue comme un commandement unilatéral. Cela est dû aux deux angles d'approche mélangés ici : entre les citoyens, la loi est une convention tandis qu'elle devient un commandement unilatéral pour les sujets.

³² J.-J. ROUSSEAU, op. cit., p. 77.

³³ B. MATHIEU, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 6 ; pareillement, J. SAINTE-ROSE, « L'intérêt général et le juge », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 1-7, spéc. p. 1 : « Dans la tradition juridique française, "la loi est l'expression de la volonté générale" (DDHC). Il appartient au législateur d'exprimer cette volonté qui ne peut qu'être conforme à l'intérêt général. Plus exactement, volonté générale et intérêt général ne font qu'un ».

³⁴ D. TURPIN, « Citoyenneté et nationalité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 147-151, spéc. p. 148.

règle de droit issue du système de droit préalablement établi par ce pacte. Cette jonction constitue ce que certains appellent le « principe de la participation »³⁵ quand d'autres optent pour « la participation politique »³⁶ des citoyens à la détermination de l'intérêt général. « C'est la participation du citoyen à la formation de la volonté générale qui exclut toute possibilité d'oppression de la part du pouvoir politique. Le lien entre une certaine forme d'organisation du pouvoir, la démocratie, et le respect de la liberté des individus est donc clairement affirmé dès l'origine de l'État libéral »³⁷. On ne saurait en être surpris puisque, déjà, à compter de la formation d'un corps politique stable, visible à partir de l'Antiquité, la nécessaire participation des individus à la vie publique, donc à la consolidation de ce corps, est établie : « Si la filiation *stricto sensu* peut se discuter, la pratique du débat public, la certitude que "ce qui touche tout le monde doit être approuvé par tous", la conscience qu'un choix libre doit s'exprimer au sein de la cité, tout ceci constitue une filiation intellectuelle avec les pratiques antiques, *via* le souvenir que l'on en a conservé »³⁸. Cette participation doit être envisagée car elle est indispensable à la validation des restrictions aux droits et libertés ; c'est l'une des toutes premières conditions de leur validation en tant qu'elles procèdent du souverain : « La volonté est générale, ou elle ne l'est pas ; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie. Dans ce premier cas cette volonté déclarée est un acte de souveraineté et fait loi » disait Rousseau³⁹. Jonction indispensable, donc, pour assurer les citoyens que la notion d'intérêt général est porteuse de la définition de leurs droits et libertés, en ce sens qu'elle les restreint pour les protéger.

176. Cette liaison démocratique entre la notion d'intérêt général et la loi est explicitée également par Kant lorsqu'il considère les conditions de validité de la société civile : « Les membres d'une telle société (*societas civilis*), c'est-à-dire d'un État, réunis pour légiférer, s'appellent *citoyens* (*cives*), et les attributs juridiques inséparables de leur essence (en tant que telle) sont la liberté *légitime* de n'obéir à aucune autre loi que celle à laquelle le citoyen a donné son assentiment ; l'*égalité* civile, consistant pour chacun à ne reconnaître vis-à-vis de soi, dans le peuple, d'autre supérieur que celui qu'il a tout

³⁵ Notamment J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 258 : « Il exige un droit égal de tous les citoyens à participer au processus constitutionnel qui établit les lois auxquelles ils doivent se conformer et à déterminer le résultat de ce processus. La théorie de la justice comme équité commence avec l'idée que, là où des principes communs sont nécessaires et avantageux pour tous, ils doivent être élaborés à partir du point de vue d'une situation initiale bien définie d'égalité dans laquelle chaque personne est équitablement (*fairly*) représentée ». Rawls en développe de nombreuses implications (p. 259-271).

³⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 443 : « Elle peut être définie comme l'ensemble des activités, individuelles ou collectives, susceptibles de donner aux gouvernés une influence sur le fonctionnement du système politique ».

³⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 50. Quant au ralliement de l'Église catholique au droit de participer aux affaires de la cité, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 629 : citant le cardinal Charles Journet lors du Concile œcuménique Vatican II (1962-1965) : « la participation civique est un attribut légitime de l'homme moderne. Le statut normal auquel doivent tendre les sociétés humaines est celui où le peuple agit comme personne adulte dans la vie politique, non comme simple instrument d'un dictateur ou d'un pouvoir paternaliste ».

³⁸ J. BOUINEAU, « Antiquité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 48.

³⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 66. D'où l'importance qu'il attache au « droit de voter », « droit que rien ne peut ôter aux Citoyens » et qui, eu égard à cette importance, devait faire l'objet d'un traité politique postérieurement au *Contrat social* (p. 145).

autant le pouvoir moral d'obliger juridiquement que celui-ci peut l'obliger ; troisièmement, l'attribut de l'*indépendance* civile, qui réside dans le fait d'être redevable de son existence et de sa conservation, non à l'arbitre d'un autre au sein du peuple, mais à ses propres droits et à ses propres forces comme membre de la république, par conséquent la personnalité civile, à savoir le fait de ne pouvoir être représenté dans les affaires de droit par aucun autre » (italique dans le texte)⁴⁰. Ainsi sont indiquées les trois qualités indispensables à tout citoyen pour lui permettre de légiférer : liberté légale, égalité civile et indépendance civile⁴¹. De plus, nous dit Kant, « seule la capacité de voter définit la qualification qui fait le citoyen »⁴². Sans discuter de l'ensemble des modalités d'expression possible du souverain, le principe démocratique est aussi une exigence pratique.

177. Par exemple, Philippe Braud considère que « l'opposition frontale est impossible dans le système actuel des valeurs » et que nous devons produire l'intérêt général en suivant une « troisième voie »⁴³. Pour y parvenir, il n'est pas étonnant que « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui constitue le fondement de la démocratie »⁴⁴ soit consacrée comme un objectif à valeur constitutionnel⁴⁵. Cette question est incidemment soulevée par Gilles Lebreton, partisan du positivisme sociologique, dont on s'apercevra qu'il n'est pas si éloigné de notre construction d'une définition des droits et libertés. Ce qui nous paraît essentiel est que l'auteur souligne le lien qui doit s'établir entre le droit et la « conscience collective »⁴⁶ : « la conscience collective ne crée pas le droit, elle se borne à influencer le législateur, les autorités administratives, les juges, qui en sont les auteurs. Normalement, ceux-ci doivent se contenter de traduire en règles juridiques précises les aspirations nécessairement confuses de la conscience collective, mission qui leur laisse une marge de manœuvre

⁴⁰ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 129 § 46. Jürgen Habermas conditionne de la même manière, à partir de son concept de « justice procédurale », la validité de la règle de droit à l'observation d'une procédure *grosso modo* démocratique selon les mots de Sophie Turenne restituant la pensée de cet auteur : « L'existence d'un débat public, libre et égalitaire doit permettre à chacun de faire valoir son point de vue dans l'édiction d'une norme juridique. Le respect de cette procédure délibérative est la condition nécessaire et suffisante du caractère juste de la norme juridique produite à l'issue de cette délibération ». Dès lors, « la condition de validité de la norme juridique réside dans l'accord virtuel de tous ses interlocuteurs ». Cf. S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 305-310, spéc. p. 306.

⁴¹ À la lecture de Kant, il est clair que les « affaires de droit » sont la participation aux affaires publiques laquelle ne peut se faire par représentation. Le citoyen est celui qui participe à la vie publique directement. Cf. E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 129 § 46.

⁴² E. KANT, op. cit., p. 129 § 46.

⁴³ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 669 : « un procédé de rhétorique efficace consiste à définir les options politiques en termes ternaires. "Ni isolement, ni diktat bruxellois", "ni démagogie, ni faiblesse", ces formulations postulent la pratique d'une troisième voie : celle du juste milieu entre des excès contraires (...) ». Selon Georges Lescuyer, on doit cette doctrine du « juste milieu » à l'homme d'État et historien Guizot (XIX^{ème} siècle), G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 374-376, spéc. p. 375.

⁴⁴ CC, 11 janvier 1990, déc. n° 89-271 DC, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, Rec. p. 21, cons. n° 12, in fine.

⁴⁵ CC, 27 juillet 1982, déc. n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 5, cons. n° 5 : à savoir, exactement, l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est « la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels (...) ».

⁴⁶ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 26 : « C'est l'opinion publique, telle qu'elle se manifeste à l'occasion des votations populaires, de pétitions, de manifestations, ou encore de sondages ».

non négligeable »⁴⁷. L'origine du droit, dans la thèse défendue par le positivisme sociologique, est alors parfaitement démocratique « puisque c'est en définitive la majorité du peuple qui exprime la conscience collective »⁴⁸. On pourra soutenir que « les libertés publiques sont ainsi indissolublement liées à la démocratie, c'est-à-dire à la forme de gouvernement qui entend inclure la liberté dans le rapport politique »⁴⁹. C'est pourquoi, notre pacte social libéral s'intitule des « droits de l'Homme et du citoyen »⁵⁰. Il transcrit de ce fait cette indispensable jonction entre l'homme et le citoyen : « les droits du citoyen ont pour rôle de garantir les droits de l'Homme, car ils visent à instaurer la démocratie sans laquelle l'exercice des libertés publiques demeurerait théoriques »⁵¹. Ces « droits du citoyen fondent la légitimité et la légalité du pouvoir politique »⁵². Yannick Lécuyer considère, à juste titre, que cette jonction se traduit au plan européen par « une dialectique entre la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et l'existence "d'un système véritablement démocratique" »⁵³.

178. S'il fallait illustrer l'étroite relation entre les droits politiques destinés à concrétiser le droit de suffrage et les droits et libertés au plan national, nous pourrions évoquer l'angle du contentieux électoral décrit par Michel de Villiers et dont est chargé le Conseil constitutionnel. L'auteur souligne combien la « protection des libertés et droits fondamentaux » était comptable de la mission du Conseil dans le contrôle de « la régularité d'une élection », alors que le Conseil était encore un organe de second plan (avant 1971 donc)⁵⁴. Cette nécessité du droit de suffrage a enfin été reconnue et entérinée par plusieurs instruments internationaux⁵⁵. Qu'il s'agisse de la Déclaration universelle des droits de

⁴⁷ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 27.

⁴⁸ G. LEBRETON, op. cit., p. 26.

⁴⁹ G. LESCUYER, « Libertés publiques », préc., p. 985.

⁵⁰ G. LEBRETON, « Critiques des droits de l'homme et des droits fondamentaux », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 230-237, spéc. p. 230 : « Indissolublement liés, les droits "de l'Homme" et "du Citoyen" de 1789 réconcilient en effet l'individualisme libéral de Locke avec l'absolutisme démocratique de Rousseau, en une synthèse qui constitue un modèle politique toujours d'actualité : celui des démocraties libérales ».

⁵¹ G. LEBRETON, op. cit., p. 76. *Contra* : accréditant, semble-t-il, l'idée que les droits de l'Homme puisse être imposés (définis) en dehors d'un régime essentiellement démocratique, Désiré Moussoki écrit en effet que « la démocratie libérale pluraliste est le produit ou la forme d'organisation d'une société où les droits de l'Homme, entendus dans leur acception juridique, sont effectifs et reflètent le mode de pensée du corps social. Cette démocratie n'est alors qu'un dérivé, un produit né de l'existence de ces droits ». Les droits et libertés devraient être d'abord définis pour que la démocratie s'installe. Cet enchaînement – liberté puis démocratie au lieu de liberté et démocratie – nous paraît discutable pour établir l'égalité liberté. Cf. D. MOUSSOKI, « Quels droits de l'Homme ? », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 64.

⁵² F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 116. Voir aussi, du même auteur, les développements qu'il consacre au « droit à des élections libres », F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 561 et s.

⁵³ Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 905-909, spéc. p. 905.

⁵⁴ M. DE VILLIERS, « Conseil constitutionnel », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 44-60, spéc. p. 55.

⁵⁵ Notons que si la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît un droit de vote et d'éligibilité aux citoyens de l'Union (articles 39 et 40), cette proclamation ne concerne que les élections prévues par le droit de l'Union (Parlement européen et élections municipales). En revanche, en prenant un peu de hauteur, il faut rappeler que la compétence du Parlement européen, selon les termes de la Cour de justice de l'Union, si elle est le « reflet (...) d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative », non seulement c'est un reflet (et non une transcription) et ce dernier, ainsi que l'écrit la Cour,

l'Homme⁵⁶ ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁷, l'essentiel est de montrer à tous, d'une part, que chacun doit avoir la possibilité de prendre part à la détermination de la notion d'intérêt général (« prendre part à la direction des affaires publiques »). Mais, d'autre part, que cette détermination de l'intérêt général ne peut se faire démocratiquement qu'au moyen d'élections libres et au suffrage universel, seuls en capacité d'exprimer la volonté libre du peuple. La Convention européenne des droits de l'Homme reprend cette exigence démocratique à l'article 3 du premier Protocole additionnel : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif »⁵⁸. À partir de cette disposition, la Cour de Strasbourg a pu approfondir la nécessité d'observer le respect du principe démocratique dans l'élaboration des règles de droit⁵⁹. L'affaire *Hirst contre Royaume-Uni*, portant sur les limites au droit de suffrage à l'encontre des détenus, est de ce point vue suffisamment éclairante de la position de la Cour pour être mentionnée : « aucune des conditions imposées le cas échéant ne doit entraver la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif – autrement dit, elles doivent refléter, ou ne pas contrecarrer, le souci de maintenir l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple par l'intermédiaire du suffrage universel (...). Toute dérogation au principe du suffrage universel risque de saper la validité démocratique du corps législatif ainsi élu et des lois promulguées par lui. L'exclusion de groupes ou catégories quelconques de la population doit

est « limité ». Voir CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes*, aff. 138/79, *Rec.* 1980, p. 3333, point 33.

⁵⁶ Article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 : « 1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis (...). 3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».

⁵⁷ Article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 : « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'art. 2 et sans restrictions déraisonnables : a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs (...) ».

⁵⁸ « Le maintien [des libertés fondamentales] repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique » selon les termes du préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme. Nous nous bornons, car cela est suffisant ici, à mentionner ce que dit le droit européen de la nécessité formelle du régime démocratique, c'est-à-dire celui qui fait participer les sujets de droit à la détermination des règles de droit. Nul ne songerait à minimiser la définition substantielle de la société démocratique qu'adopte la Cour dans CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, série A n° 30, § 8 : « il n'est pas de société démocratique sans que "le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture" (...) se traduisent effectivement dans son régime institutionnel, que celui-ci soit soumis au principe de la prééminence du droit, qu'il comporte essentiellement un contrôle efficace de l'exécutif, exercé, sans préjudice du contrôle parlementaire, par un pouvoir judiciaire indépendant (...), et qu'il assure le respect de la personne humaine ». Pour un éclairage sur cette disposition, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 561-568 ; également, D. CHAGNOLLAUD, « Élections libres (Droit à des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 383-386 ; Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 905-909.

⁵⁹ CEDH, Gr. Ch., 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, R. 1999-I § 49 : « La Cour doit veiller à ce qu'un "régime politique véritablement démocratique" existe dans les territoires auxquels la Convention s'applique, et, dans ce contexte, elle doit avoir égard non seulement aux pouvoirs strictement législatifs d'un organe donné, mais également au rôle joué par celui-ci dans l'ensemble du processus législatif ».

en conséquence se concilier avec les principes sous-tendant l'article 3 du Protocole n° 1 (...) »⁶⁰. Certes, l'un des critères d'application de l'article 3 du Protocole n° 1 tient à l'existence d'un « corps législatif » entendu comme organe constitué pour légiférer⁶¹. Il reste que cette lecture, qui repose sur la détention du pouvoir souverain par le peuple qui s'exprime par le corps législatif, n'élide pas notre argument crucial qui ne s'attache pas aux modalités pratiques du suffrage mais au principe démocratique de son expression. L'ancienne Commission européenne avait tranché en ce sens : « Quel que soit le libellé de l'article 3 précité, il faut donc admettre que celui-ci énonce un droit de caractère individuel, ce caractère étant à la base de l'ensemble de la Convention ». À la base des droits et libertés en général, il faut trouver le principe démocratique⁶². Yannick Lécuyer fait de cette disposition essentielle la première pierre de la notion européenne de « société démocratique » : elle « repose tout d'abord sur le principe de la démocratie au sens électif du terme ainsi qu'en atteste la référence à un régime politique véritablement démocratique au côté d'un commun respect des droits de l'homme (...) »⁶³. Sous cet angle, la Cour européenne protège bel et bien « une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple »⁶⁴ et indique que « la démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle »⁶⁵. Si le principe démocratique repose sur le suffrage⁶⁶, l'état actuel du droit de suffrage établit pleinement la jonction entre le citoyen et le sujet de droit.

179. Persuadé « qu'il n'est pas une potion magique permettant de réaliser l'idéal démocratique »⁶⁷, le suffrage universel se révèle néanmoins une condition nécessaire à défaut d'être suffisante. Au terme

⁶⁰ CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01, R. 2005-IX, § 62. La Cour veut éviter des « pratiques » douteuses que Benjamin Constant relevait déjà en 1819 : « lorsque des autorités craintives essayaient d'une main timide de diriger les élections à leur gré » (cf. B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 609).

⁶¹ Voir sur ce point J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, coll. Juris Code, 2005, p. 233. Cette « formulation restrictive » que n'ont pas la plupart des textes internationaux est également pointée par Frédéric Sudre dans F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 116.

⁶² Commission EDH, déc., 30 mai 1975, *W., X., Y. et Z. c. Belgique*, req. n°s 6745/74 et 6746/74, D.R. 2, p. 110, § 3.

⁶³ Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 905.

⁶⁴ Voir, de même, C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 39 : « Les droits de l'homme ne peuvent pas s'exercer en dehors d'un système politique démocratique. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ». C'est pourquoi, lorsque sont mises en cause les modalités pratiques et précises d'expression de ce suffrage telles que le mode de scrutin, la Cour européenne des droits de l'Homme – et plus généralement les organes internationaux rapporte Mme Duarte – se borne à effectuer un contrôle extrêmement restreint. En ce sens, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 432-434.

⁶⁵ CEDH, Gr. Ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n° 19392/92, R. 1998-1, § 45. Voir aussi A. LE GUYADER, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 252 : selon l'auteur, « il n'est d'autre régime politique légitime selon les droits de l'Homme, qu'une République démocratique ».

⁶⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 443 : selon l'auteur l'expression idéal-type de la participation politique du citoyen est le vote : « À l'instar du sens commun, l'analyse de science politique reconnaît dans le vote une modalité essentielle de la participation politique. De fait, celle-ci est presque universellement reconnue comme telle, y compris dans les pays où la liberté de choix du candidat demeure exclue ».

⁶⁷ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 190-191, spéc. p. 191. Le droit de suffrage n'en demeure pas moins un prérequis essentiel au point que certains auteurs citent, parmi les libertés de base venant en priorité sur la liste, le droit de vote. En ce sens, J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 92.

de notre examen, il ressort en effet que « seule l'élection légitime véritablement le pouvoir »⁶⁸ et rétablit la liaison démocratique entre la notion d'intérêt général et la loi⁶⁹. Si la loi exprime la volonté générale, c'est-à-dire la volonté unie des membres signataires du pacte social libéral, alors elle ne peut qu'exprimer l'intérêt général, autrement dit ce qu'attendent les partenaires du pacte : restreindre les droits et libertés pour les définir en droit⁷⁰.

II. – La loi, expression de l'intérêt général :

180. La loi, expression de l'intérêt général, fixe alors les grands principes régissant la vie en collectivité, laissant à la puissance exécutive et à la magistrature le soin de son application aux cas particuliers⁷¹. C'est là une des leçons du discours de l'an VIII (1799) du Commissaire Portalis désigné par Napoléon Bonaparte pour remplir l'immense tâche que fut la rédaction du Code civil des Français : « La loi statue sur tous : elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers ; elle ne doit point se mêler des faits individuels ni des litiges qui divisent les citoyens »⁷². Le règne de la loi, « ou règne du droit »⁷³, entraîne alors la soumission de tous les pouvoirs inférieurs au législateur. Ce règne procède de l'établissement des trois pouvoirs (A.) au sein desquels le pouvoir législatif, confondu avec le souverain, joue un rôle prépondérant (B.).

A. – La dépendance des droits et libertés à l'égard des trois pouvoirs :

181. La première condition essentielle est l'établissement des trois pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire. Locke est le premier à avoir souligné que la distinction de ces « trois »⁷⁴ fonctions dans

⁶⁸ Bien qu'il soit « dommage que la question soit si rarement posée. Si on a retenu ce procédé de sélection des gouvernants, c'est parce qu'on fait confiance au citoyen pour choisir par une démarche rationnelle, prenant en compte son propre intérêt et celui de la communauté, les plus aptes à gouverner la Cité. Il s'en faut de beaucoup que la réalité coïncide avec cette vision idéale ». Cf. P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 183.

⁶⁹ « Est-ce à dire que la démocratie directe soit un rêve sans avenir ? Ce n'est plus vrai aujourd'hui. Le développement des médias rend concevable ce qui hier était une utopie ». Cf. P. ARDANT, B. MATHIEU, op. cit., p. 165.

⁷⁰ Selon ces trois mouvements que Virginie Saint-James a identifiés : « Tout d'abord la société inspire le législateur. Ensuite elle définit les buts de son action. Enfin, elle en détermine la limite ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 166.

⁷¹ Voir É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 192 : « Tout ce dont la loi ne doit point s'occuper relève, ou du règlement, ou du jugement. L'un et l'autre sont du ressort de la puissance exécutive et relèvent soit de l'autorité administrative, soit de l'autorité judiciaire ».

⁷² J. E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Paris, Éditions Confluences, coll. « Voix de la cité », 1999, p. 23, rapporté par É. ZOLLER, op. cit., p. 191

⁷³ P. SERRAND, « Loi », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 665.

⁷⁴ Il faut néanmoins préciser que Locke n'isole pas – contrairement à Montesquieu – le pouvoir judiciaire. Une interprétation acceptable de la pensée lockéenne nous conduit, cependant, à faire, en partie, coïncider curieusement mais inévitablement, la fonction judiciaire et le pouvoir exécutif lockéen comme le révèle, selon nous, ce passage : « Mais parce que les lois qui sont une fois et en peu de temps faites, ont une vertu constante et durable, qui oblige à les observer et à s'y soumettre continuellement, il est nécessaire qu'il y ait toujours quelque puissance sur pied qui fasse exécuter ces lois, et qui conserve toute leur force : et c'est ainsi que le *pouvoir législatif*, et le *pouvoir exécutif*, se trouvent souvent séparés » (italique dans le texte). Cf. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 251 § 144. La « puissance » visée par

l'État est essentielle au bon fonctionnement du gouvernement en évoquant l'idée d'« États bien réglés »⁷⁵, ceux-là mêmes qui pourront atteindre la fin de la société politique⁷⁶. La confusion des pouvoirs peut nuire à la liberté. Car, comme le disait Montesquieu, « tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »⁷⁷. Sans séparation des pouvoirs, « il n'y a point de liberté »⁷⁸. Kant reprend, à la fin du XVIII^{ème} siècle, la pertinence de cette séparation.

182. « Tout État contient en soi *trois pouvoirs* : c'est-à-dire la volonté universellement unifiée en une triple personne (*trias politica*) : le *pouvoir souverain* (souveraineté) en la personne du législateur, le *pouvoir exécutif* en la personne du gouvernement (en conformité avec la loi) et le *pouvoir judiciaire* (en tant que capacité d'attribuer à chacun ce qui est sien d'après la loi) en la personne du juge (...) » (italique dans le texte)⁷⁹. Mais, en soulignant l'affirmation de ces trois pouvoirs, Kant va plus loin. De l'existence de ces trois pouvoirs dépend celle de l'État, par suite la séparation des pouvoirs, laquelle seule contribue à les faire exister (en évitant leur absorption ou leur confusion), n'est pas uniquement une réalité objective, elle aussi une nécessité constitutive de ce qu'est un État : « Sa forme est la forme d'un État en général, c'est-à-dire l'État *dans son Idée*, tel qu'il doit être selon de purs principes du droit, laquelle Idée sert de normes (*norma*) pour une réunion effective en vue de constituer une république (donc de manière intérieure) » (italique dans le texte)⁸⁰. Cependant, quand bien même l'auteur de la *Doctrine du droit* suggère de séparer les pouvoirs d'État, comme Locke et Montesquieu, il confie, en dernier recours, la règle de droit suprême au législateur.

183. Or, si du seul législateur dépend la garantie de la séparation des pouvoirs, les droits et libertés ne sont effectifs qu'au moyen de la loi. « *La loi est sans intérêt et sans passion. Elle est sacrée et inviolable. Elle punit et récompense. Elle est droite et réjouit le cœur. Elle est égale pour tout le monde. Elle est pleine de lumière. Elle est véritable et se justifie d'elle-même. Elle est plus désirable que l'or et plus douce que le miel* » (italique dans le texte)⁸¹. Ces quelques lignes empruntées à Bossuet (XVII^{ème} siècle) pour esquisser la physionomie de la loi monarchique d'Ancien Régime conviendraient sans peine à la loi parlementaire post-révolutionnaire, tout anachronisme à part. La

Locke, le pouvoir exécutif, a donc la charge de faire exécuter les lois au quotidien (« continuellement ») ce qui nécessite, sinon un juge, du moins, une administration (au sens exécutif du terme) de la justice.

⁷⁵ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 251 § 143.

⁷⁶ Voir la démonstration de Locke dans son chapitre XII *Du Pouvoir législatif, exécutif et fédératif d'un État* dans J. LOCKE, op. cit., p. 250-253 § 143-148.

⁷⁷ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, op. cit., p. 328.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 128 § 45.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Que l'on doit au théologien français Bossuet et que rapporte G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 263.

perfection de la loi entraînant une présomption de poursuite de l'intérêt général, la loi peut « régner sans partage » sur les droits et libertés.

B. – Les droits et libertés soumis au règne de la loi :

184. Il est acquis que les droits et libertés de cette « époque constitutionnelle » promeuvent la seule définition légaliste : « La loi prit alors en charge, écrit Alexandre Viala, la définition positive et concrète de ces droits naturels subjectifs sous la forme de ce qu'on appelait les "libertés publiques" dans le cadre de l'État légal »⁸². La liberté à l'ère du légicentrisme signifie, d'une part, que la loi est la norme suprême de l'ordre juridique et, d'autre part, qu'elle prime sur l'administration⁸³. On retrouve cette idée prégnante dans le propos de Norbert Foulquier. À partir de la fin du XIX^{ème} siècle et du début XX^{ème} siècle, on assiste, d'après cet auteur, au dépassement de la logique selon laquelle les droits des administrés seraient une concession des pouvoirs publics⁸⁴. Le temps où l'administré apparaissait comme un être abstrait qui se fondait dans le corps social étant révolu : « L'individualisation des administrés ne commençait que lorsqu'ils étaient concernés directement par un acte juridique individuel, notamment lorsqu'un tel acte portait atteinte à un droit consacré par la loi positive. Mais ces mêmes protections législatives étaient traitées comme des exceptions à la maîtrise naturelle du corps social par le pouvoir administratif, maîtrise que l'ensemble des auteurs justifiait par les exigences d'ordre et de paix publics »⁸⁵. Évoquant le commissaire du gouvernement Corneille lequel soulignait que les droits des administrés étaient antérieurs à toute mesure administrative, M. Foulquier étaye sa proposition au vu de la nouvelle position adoptée par le juge administratif : « Dès lors que le juge estimait que l'on devait opérer une conciliation entre ces libertés et les exigences de l'ordre public, et qu'à ce titre, le pouvoir discrétionnaire de l'administration en la matière devait être étroitement contrôlé par les tribunaux, il devenait difficile de laisser le primat au pouvoir discrétionnaire administratif »⁸⁶. Désormais « c'est la loi qui s'est vue assigner, avec la sanction du juge ordinaire, le rôle de sanctuaire des libertés publiques contre les atteintes susceptibles d'émaner des autorités infra-législatives telle que l'administration (...) »⁸⁷. Rétrospectivement, le constituant de

⁸² A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 287-303, spéc. p. 289.

⁸³ Sur la mise en œuvre de la définition législative de la notion d'intérêt général, et par suite, des droits et libertés par la juridiction administrative avant l'ère constitutionnelle, nous faisons nôtre la synthèse des professeurs Sériaux, Sermet et Viriot-Barrial dans A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 184-185.

⁸⁴ Il faut ajouter que « le droit public du XIX^e siècle, marqué par un lourd étatisme légaliste » n'est pas un phénomène propre à la France et vaut à l'échelle du continent européen. En ce sens, B. SORDI, « Le rôle de la notion de droits publics subjectifs des administrés en Italie », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 161-170, spéc. p. 162.

⁸⁵ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., p. 30. « Il a longtemps été d'usage – en insistant sur ses aspects les moins libéraux – d'affirmer que le droit administratif français devait plus à l'autocratie napoléonienne qu'aux principes de 1789 et des Lumières » (ibid.).

⁸⁶ N. FOULQUIER, op. cit., p. 262.

⁸⁷ A. VIALA, op. cit., p. 304.

1946 rendra hommage, en dépit du discrédit jeté sur la loi, à l'œuvre du législateur républicain depuis 1792 qui n'a donc pas été exclusivement liberticide. En témoigne la catégorie nouvelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes à valeur constitutionnelle, par l'intermédiaire de laquelle le Conseil constitutionnel listera les progrès des libertés publiques⁸⁸. Il reste que, avant 1958 et surtout 1971, cette protection a pu se révéler bien théorique y compris vis-à-vis de l'administration.

185. Franck Moderne y voyait d'ailleurs un mythe selon lequel on ne pouvait utilement opposer des droits subjectifs à l'encontre de l'activité administrative car elle était elle-même sagement encadrée : « La loi, sous-tendue par la volonté collective, n'avait-elle pas pour fonction de contenir l'action administrative dans de sages limites, respectueuses des droits de l'homme et du citoyen ? »⁸⁹. « Chargé de rappeler en permanence les exigences de la Loi et de ramener les sujets sous son emprise, l'État est dépositaire de la norme et maître de son application. C'est lui qui apporte réponse au doute, trace la frontière du bien et du mal : exprimant la Loi omnisciente, la parole de l'État est automatiquement sacrée et vénérée »⁹⁰. Progressivement, s'installe une confusion entre la loi et l'État. La loi peut donc énoncer l'intérêt général sans contestation possible, le sacré de l'un venant du sacré de l'autre. « La tradition rousseauiste (ou jacobine) identifie spontanément les deux termes et cette identification légitime pleinement le législateur dans son rôle. Il s'en déduit que la détermination de l'intérêt général est entièrement libre et que toute loi, par le seul fait qu'elle est le produit d'une "volonté générale démocratiquement constatée", est présumée d'intérêt général »⁹¹. À juste titre, on peut énoncer que « la mobilisation du juge pour garantir les libertés publiques est surtout regardée comme l'occasion de faire respecter la loi avant d'être perçue comme le moyen de faire triompher les droits subjectifs de la personne humaine »⁹². C'est « dans cette atmosphère de légalité à outrance et de souveraineté parlementaire (...) »⁹³ que ce phénomène de renvoi mutuel contribuera à désolidariser l'État, auteur de la loi, de sa mission : définir les droits et libertés⁹⁴.

⁸⁸ Sur cette précision importante, M. DE VILLIERS, « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 611-614, spéc. p. 612.

⁸⁹ F. MODERNE, préface, in N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., p. 11.

⁹⁰ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 22 ; « Cette conception idéalisée de la loi parlementaire » écrit Bernadette Duarte, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 286.

⁹¹ J. SAINTE-ROSE, « L'intérêt général et le juge », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 1.

⁹² A. VIALA, « Droits fondamentaux (Notions) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 315.

⁹³ Selon les mots du doyen Hauriou dans une note de jurisprudence de 1916, cité par F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 369.

⁹⁴ Dans le même sens, en rappelant le sort des libertés publiques, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 45 : « Les libertés publiques ne sont donc pas mises à l'abri de la volonté de l'État et peuvent tout aussi bien disparaître. C'est là du moins une conséquence normale de la place occupée par les pouvoirs publics dans le droit et l'organisation de ces libertés ».

§2. – Le légicentrisme conservateur d’une notion d’intérêt général potentiellement liberticide :

186. « La majorité n’a pas encore compris que le pouvoir du gouvernement est son propre pouvoir, ni que les opinions du gouvernement sont les siennes propres : lorsqu’elle y parviendra, la liberté individuelle sera probablement exposée à l’invasion du gouvernement, autant qu’elle est déjà à celle de l’opinion publique »⁹⁵. En rappelant l’essence du pouvoir, Mill mettait en garde son détenteur réel non seulement contre ceux chargés de son exercice mais également contre lui-même. Prévention dont on s’apercevra autant de l’ampleur à l’égard des droits et libertés (II.), qu’elle n’a pas réussi à empêcher la double rupture affectant la relation entre la notion d’intérêt général et la loi (I.).

I. – Une double rupture entre la notion d’intérêt général et la loi :

187. Imperceptiblement une double rupture s’instaure entre la loi, norme de restriction aux droits et libertés, et la notion d’intérêt général, qui commande de restreindre les droits et libertés en vue de les protéger. Cette rupture est autant fonctionnelle (A.) qu’organique (B.)⁹⁶.

A. – La rupture du lien fonctionnel entre la notion d’intérêt général et la loi :

188. Cette compréhension « déviante » de la notion d’intérêt général est liée à une appréciation erronée du juste rapport entre la liberté et le pouvoir d’État incarné par la loi⁹⁷. Si la première a besoin des seconds pour s’établir et s’épanouir, il est apparu bien naïf de croire que le pouvoir d’État se mettrait systématiquement au service de la liberté. Volontairement ou involontairement⁹⁸, le pouvoir d’État a toujours une propension à nier la liberté individuelle. La soumission du pouvoir d’État au droit, à son tour, procède directement de l’observation empirique du phénomène de pouvoir. La puissance étatique n’est plus considérée comme une puissance neutre par essence mais oppressive par nature. La promotion de l’État de droit et le respect de la structure constitutionnelle par l’adoption

⁹⁵ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 72-73.

⁹⁶ La présentation de cette rupture est ici un peu schématique et repose sur des impératifs de clarté car cette rupture duale est, dans ses deux expressions, contemporaine voire simultanée. Elles se répondent l’une et l’autre et s’entretiennent réciproquement.

⁹⁷ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 93 : « Toute une tradition de la philosophie politique fait du pouvoir (d’État) et de la liberté (individuelle) un couple antagoniste ».

⁹⁸ À en croire Henry David Thoreau, ce serait « génétique » : Un gouvernement, au mieux n’est qu’un expédient ; mais la plupart d’entre eux sont d’habitude, et tous les gouvernements sont quelquefois nuisibles ». Cf. H. D. THOREAU, *La désobéissance civile*, traduction et postface Guillaume VILLENEUVE, Paris, Mille et une nuits, 2000, p. 9. Le philosophe français Alain (de son vrai nom Émile Chartier, XX^{ème} siècle) dénonce pareillement cette tare constitutionnelle : « L’abus de pouvoir est un fruit naturel du pouvoir » (Rapporté par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 411).

d'un pacte juridique, la constitution ou toute norme matériellement identifiable comme telle, sont des illustrations de la volonté de ne plus lui accorder automatiquement un blanc-seing qui s'est révélé au cours de l'histoire souvent désastreux⁹⁹. L'explication du refus de contrôler le fond de la norme législative – et par suite de parachever l'édifice de protection des libertés – est donnée pour partie par Jacques Chevallier : « L'édifice connaît cependant quelques failles. Les révolutionnaires sont imprégnés de la mystique rousseauiste de la loi qui, votée par les représentants de la Nation et censée exprimer la volonté générale, se trouve investie d'une puissance toute particulière au sein de l'ordre juridique. La confiance mise en la loi est attestée déjà dans la déclaration elle-même, qui renvoie systématiquement à la loi pour la détermination concrète des conditions d'exercice des droits proclamés et la délimitation de leur étendue, rendant ainsi factice la prééminence accordée aux droits de l'homme et leur mise hors d'atteinte des pouvoirs institués »¹⁰⁰. L'analyse rétrospective montre effectivement que pour les Révolutionnaires la loi ne pouvait mal faire, c'est-à-dire ne pouvait avoir comme objet exclusif que la poursuite de l'instauration de la liberté réglée, autrement dit l'intérêt général.

189. Un des autres facteurs de dissociation progressive de la notion d'intérêt général et de la motivation et du but des signataires du pacte social libéral est la présomption irréfragable qui va s'ingérer dans l'action étatique. Ce point a été précisé : « étant donné le caractère créateur de la volonté, spécialement de la volonté générale, cet Intérêt général est un attribut de l'État. Non seulement ce dernier est seul capable de dépasser les égoïsmes individuels, les revendications, mais le fait même qu'il s'empare d'une question fait tomber cette dernière dans le domaine public. Sa volonté crée l'Intérêt général »¹⁰¹. C'est prétendre que si la volonté générale est intervenue, elle est réputée avoir pour seul et unique objet l'intérêt général. Le raccourci est certainement caricatural. Pourtant, de manière logique, la volonté générale ne peut qu'exprimer l'intérêt général. L'assemblée des citoyens réunis ne peut pas exprimer leurs intérêts égoïstes et individuels. Ensemble, ils expriment l'intérêt général. Dès lors l'équation devient très simple : si la loi est l'expression de la volonté générale, que l'intérêt général est le produit de la volonté générale, alors l'intérêt général est toujours l'expression de la loi et, inversement, la loi n'exprime que l'intérêt général. Pour Jacques Chevallier, il s'agit d'une

⁹⁹ Voir, notamment, P. WACHSMANN, *Les droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 4^{ème} éd., 2002, p. 3 : « suite aux faillites spectaculaires des constitutions libérales face aux totalitarismes en Italie, en Allemagne puis en France, la tentation du positivisme a été de rechercher des garanties d'un niveau supérieur, que seul l'ordre juridique international était à même de fournir ».

¹⁰⁰ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 323. Samuel Etoa montre que la situation ainsi créée, qui tient pour partie au glissement de la souveraineté populaire (Rousseau) à la souveraineté nationale, par le truchement de la théorie de la représentation (Montesquieu), doit beaucoup à une « récupération » concomitante des doctrines – sensiblement différentes – de Montesquieu et de Rousseau. Voir S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 124-127.

¹⁰¹ M.-P. DESWARTE, « Intérêt général, bien commun », préc., p. 1309. Observations identiques de l'ancien avocat général près la Cour de cassation, Jerry Sainte-Rose, lorsqu'il écrit que ce n'est qu'en 1971 que l'on mettra fin à cette « présomption longtemps irréfragable ». Cf. J. SAINTE-ROSE, « L'intérêt général et le juge », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 1.

« torsion » qui « se produit au moment où l'intérêt général devient, par le jeu du discours, non plus le fondement et la limite, mais *l'attribut* du pouvoir d'État » (italique dans le texte)¹⁰². Comment pourrait-il en être autrement ? Car, en partant du constat de la restriction à la liberté qu'opère la loi, il suffit de dire que toute restriction à la liberté témoigne de l'intervention de la volonté générale. Une entreprise subreptice d'auto-justification – parfaitement cohérente – s'établit entre intérêt général et volonté générale¹⁰³. « Ainsi, dès lors qu'il juge son intervention souhaitable, l'État est en droit d'agir au nom de l'intérêt général »¹⁰⁴. On comprend alors aisément que « l'éventualité d'une oppression législative semble assez exceptionnelle »¹⁰⁵. Pourtant, il s'avèrera que certaines sanctions apportées aux libertés par la loi ne seront pas nécessairement justifiées par un motif d'intérêt général rendant ainsi le schéma difficilement soutenable¹⁰⁶. Toutefois, et compte tenu de l'attachement effectif des Constituants de 1789 à l'affirmation de la liberté, ce n'est que suite au transfert réel de l'exercice du pouvoir législatif de la Nation aux représentants que se dessine, selon nous, la relégation potentielle des droits et libertés.

B. – La rupture du lien organique entre la notion d'intérêt général et la loi :

190. Cette rupture est d'autant plus difficile à comprendre qu'elle n'était semble-t-il pas invisible. L'enthousiasme qui naît avec la Révolution française explique en partie pourquoi le peuple français a longtemps semblé « dansé au bord du gouffre ». La mise en perspective historique d'Élisabeth Zoller est particulièrement suggestive de l'état d'esprit général et doit être signalée : « Des deux côtés de l'Atlantique, le principe républicain de la souveraineté du peuple souleva le même enthousiasme. La période qui suivit aux États-Unis la Déclaration d'Indépendance ou en France la Déclaration des droits de l'homme fut le théâtre de moments exceptionnels dans l'histoire occidentale dont on a peine aujourd'hui à se figurer la ferveur. Les hommes de la révolution aux États-Unis comme en France embrassèrent le principe républicain comme le début d'une ère nouvelle. Tout allait commencer ou,

¹⁰² J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 11. Ces torsions « que l'idéologie de l'intérêt général fait subir à la réalité politique dans les pays occidentaux » et dont la mise en lumière permet de « localiser le point où le discours dérape dans l'imaginaire et entraîne une perception déformée des rapports sociaux et politiques » provoquent, selon les mots éclairants de l'auteur, un « retournement » et une « occultation » (p. 11).

¹⁰³ C'est dire combien est forte l'identification de la notion d'intérêt général à la loi : « Or, qu'est-ce que cette volonté générale, si ce n'est celle qui veut l'intérêt général, non l'intérêt particulier ? Et, renversant la proposition, on affirmera que tout ce que veut la loi est d'intérêt général ». Cf. M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 24

¹⁰⁴ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 63. Remarque faite à propos de la conduite de la politique économique et sociale par l'État mais dont la généralisation n'est pas excessive en l'occurrence.

¹⁰⁵ É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 62.

¹⁰⁶ En ce sens, D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 47-67, spéc. p. 49. Souhaitant nuancer l'identité entre mission de l'État et intérêt général, expression de la volonté générale, qu'opère le Conseil d'État dans son rapport de 1998 sur l'intérêt général, le professeur Simon note : « Il n'est toutefois pas certain que l'équivalence postulée entre volonté générale et intérêt général soit toujours justifiée ».

plutôt, recommencer comme avant l'ère des tyrannies. On s'imagina revenu à la République de la Rome antique occupée à réaliser la liberté collective du peuple, convaincu qu'on était que le bien public désormais triompherait toujours des intérêts privés, souvent privilégiés. Les gouvernements ne seraient plus jamais l'exercice de la domination personnelle d'un homme, mais l'exercice d'un pouvoir collectif qui travaillerait à défendre la liberté et à promouvoir un intérêt public qui ferait le bien de tout le peuple. Aux États-Unis et en France, les grands espoirs de la révolution s'effondrèrent. Américains et Français découvrirent que le transfert de la souveraineté à des millions d'hommes ni ne la fait disparaître ni ne facilite la solution du problème qu'elle soulève. Pis, il pose un problème que l'âge monarchique ne connaissait pas »¹⁰⁷.

191. La première cause de rupture tient au dérèglement institutionnel aboutissant généralement à une confusion des pouvoirs au profit de l'exécutif ou au profit du législatif. Cette rupture est également consommée lorsque la loi n'est plus pratiquement l'œuvre mythique du peuple assemblé pour exprimer la volonté générale mais, par la détérioration des mécanismes de représentation, l'expression de la souveraineté parlementaire. « En pratique, l'articulation attendue entre la "bonne représentation" qui produit la "bonne législature", qui produit elle-même la "bonne législation", ne s'est pas toujours réalisée. Les brigues et les factions comme on disait autrefois, les partis politiques comme on dit aujourd'hui, ont pu avoir raison des savants calculs de la théorie constitutionnelle. Et la loi, au lieu d'être ce que la Constitution ordonne qu'elle soit, "l'expression de la volonté générale", est parfois devenue l'expression de volontés particulières, souvent coalisées contre l'intérêt général »¹⁰⁸. Faute de pouvoir faire respecter la Constitution contre les entreprises virtuellement liberticides du Parlement, rien ne fera obstacle à la confusion des pouvoirs à son profit (1.) ce qui devait entraîner une dénaturation des principes de la souveraineté nationale (2.).

1. – La confusion des pouvoirs jusqu'en 1958 :

192. La confusion du pouvoir au profit du législatif¹⁰⁹, si elle pouvait apparaître moins dangereuse pour les droits et libertés, puisque de la loi seule dépendent les droits et libertés selon le pacte social français, est une erreur constitutionnelle que Rousseau avait d'ailleurs relevée. Expliquant la nécessité d'une puissance exécutive séparée de la puissance législative, il déclarait : « Le pouvoir Législatif une

¹⁰⁷ É. ZOLLER, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 114. Voir aussi C. CADOT, « Une géométrie "naturelle" du politique : les rues de Paris et de Washington D.C. », préc., p. 47. Cet auteur invite, par ailleurs, à faire montre de relativisme lorsqu'on examine les expériences révolutionnaires américaine et française en indiquant (p. 50) : « Les valeurs universelles des révolutions ne sont pas interchangeables à loisir. Plus exactement, elles ont un lieu d'existence, un continent et un *chef-lieu* pour les accueillir » (italique dans le texte).

¹⁰⁸ É. ZOLLER, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁹ Outre qu'elle aboutit presque invariablement à des régimes autoritaires dont il paraît douteux de soutenir, en tout état de cause, qu'ils reposeraient sur un pacte social véritablement libéral, on comprendra sans peine qu'il n'est pas utile d'approfondir outre mesure l'hypothèse d'une confusion des pouvoirs au profit de l'exécutif.

fois bien établi, il s'agit d'établir de même le pouvoir exécutif ; car ce dernier, qui n'opère que par des actes particuliers, n'étant pas de l'essence de l'autre, en est naturellement séparé. S'il était possible que le Souverain, considéré comme tel, eût la puissance exécutive, le droit et le fait seraient tellement confondus qu'on ne saurait plus ce qui est loi et ce qui ne l'est pas, et le corps politique ainsi dénaturé serait bientôt en proie à la violence contre laquelle il fut institué »¹¹⁰.

193. S'agissant des relations entre l'exécutif et le législatif, on trouvera dans l'analyse historique effectuée par Élisabeth Zoller de nombreux exemples qui « jalonnent l'histoire constitutionnelle française répétant toujours le même enseignement : la nation est une et aspire à être gouvernée par un, et un seul pouvoir. Tout antagonisme, toute situation conflictuelle entre le législatif et l'exécutif, génère des situations de crise qui se terminent par la victoire d'un pouvoir sur l'autre », au détriment des droits et libertés¹¹¹. Aussi est-il de nouveau et toujours exact que « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »¹¹². Enfin, lorsque cette confusion s'est faite au profit du Parlement (III^{ème} République) voire de la seule Chambre basse (IV^{ème} République), elle a eu en outre pour effet de dénaturer l'exercice de la souveraineté nationale pourtant fixées par la Constitution.

2. – La dénaturation des principes de la souveraineté nationale jusqu'en 1971 :

194. Les gouvernants sont légitimés par leur fonction de diction de l'intérêt général. « La théorie de la représentation, qui préside à la construction du système d'autorité dans la société comme dans les institutions, est une des pièces maîtresses de l'idéologie de l'intérêt général. Elle a pour vertu essentielle de placer les dirigeants à l'abri de toute contestation : s'ils exercent le pouvoir, ce n'est pas pour leur propre compte et à leur profit exclusif, mais au nom et au bénéfice de l'ensemble du groupe ; et s'ils sont dotés d'une position particulière, et prééminente, ce n'est pas par effet de leur volonté individuelle, mais par le jeu de règles, par l'application de procédures, admises par les membres »¹¹³.

¹¹⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 136-137.

¹¹¹ Voir les exemples cités par l'auteur, É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 200. Au titre de la « victoire » du législatif sur l'exécutif, on fera état de la Monarchie constitutionnelle des 3-14 septembre 1791 et de la III^{ème} République (due en partie à la « Constitution Grévy » liée à la crise du 16 mai 1877). Quant à la mainmise de l'exécutif, on la trouve dans les dysfonctionnements du Directoire et de la II^{ème} République.

¹¹² C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, op. cit., p. 326. Avant lui, La Boétie consignait cette tendance psychologique à une jalousie excessive du pouvoir quand bien même il eût été d'origine démocratique : « Quant à celui qui tient son pouvoir du peuple, il semble qu'il devrait être plus supportable ; il serait, je le crois, si dès qu'il se voit élevé au-dessus de tous les autres, flatté par je ne sais quoi qu'on appelle grandeur, il ne décidait de n'en plus bouger ». Cf. É. DE LA BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, op. cit., p. 19. Plus récemment, François Rangeon note que le « pouvoir est corrupteur » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 25).

¹¹³ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 23-24. C'est l'un des traits typiques du pouvoir d'État estimait Kelsen dans H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 25-26 : « Les États historiques n'apparaissent-ils pas pour la plupart (...) comme fonctionnant avant tout dans l'intérêt d'un groupe dominant ? Les présenter comme les instruments de l'intérêt général d'une communauté solidaire, c'est, dans l'hypothèse la plus favorable, prendre l'idéal pour la réalité, et en règle

L'intérêt général a produit son propre système d'édiction, un mode autonome. On assiste alors à une véritable autodétermination de la notion d'intérêt général dans le cadre du légicentrisme lorsque l'État, créé par le pacte social libéral, n'a plus aucun compte à rendre aux signataires du pacte. Ce que l'État désigne comme étant d'intérêt général est ce dont il se saisit. Les gouvernants, en poursuivant l'intérêt général dans ce type de mode de production, bénéficient, comme par un jeu de miroir, de la présomption quasi-irréfragable de la notion d'intérêt général. « Cependant, par le dédoublement qu'elle provoque entre le Sujet et son représentant, la théorie de la représentation rend du même coup concevable l'éventualité d'un écart, d'un décalage, d'un hiatus : l'opération de transcription de la volonté du Sujet est aléatoire et comporte des risques importants de déformation ; il est possible que le représentant ne se limite pas à son rôle de mandataire, mais cherche à substituer sa volonté propre à celle du mandant »¹¹⁴. La pratique ne démentira pas l'existence d'une déconnexion entre la notion d'intérêt général et la loi liée au système représentatif de la démocratie parlementaire¹¹⁵.

195. L'analyse des conséquences de l'avènement de l'État démocratique français postérieurement à 1789 est éloquente quant aux dérives de la souveraineté parlementaire dès l'œuvre de John Stuart Mill : « Bien plus, la volonté du peuple signifie en pratique la volonté du plus grand nombre ou de la *partie* la plus active du peuple : de la majorité, ou ceux qui parviennent à s'imposer en tant que majorité. Il est donc *possible* que les "gens du peuple" soient tentés d'opprimer une partie des leurs ; aussi est-ce un abus de pouvoir dont il faut se prémunir au même titre qu'un autre. C'est pourquoi il demeure primordial de limiter le pouvoir du gouvernement sur les individus, même lorsque les détenteurs du pouvoir sont régulièrement responsables devant la communauté (...) » (italique dans le texte)¹¹⁶. Le philosophe anglais, contre Rousseau¹¹⁷, considère à la lumière de l'expérience française de la Terreur¹¹⁸ que le peuple français, certes débarrassé du despotisme d'un seul, avait laissé

générale, c'est idéaliser, c'est-à-dire tenter de justifier la réalité, pour des motifs politiques ». « L'idéal d'un intérêt général supérieur et transcendant (...) est une illusion métaphysique, plus exactement métapolitique » (p. 26).

¹¹⁴ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 27.

¹¹⁵ Voir en ce sens P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 332 : sous les deux républiques qui précédèrent la V^{ème}, « le Parlement, fort de son investiture populaire directe, avait tendance à se comporter comme le souverain ».

¹¹⁶ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 65-66.

¹¹⁷ Bien que Rousseau ait lui aussi été hostile au régime représentatif, sa construction doctrinale systématisée autour de la théorie de la souveraineté populaire et couplée à la loi de majorité ne devait pas non plus échapper à la critique d'un gouvernement du peuple absolutiste. Voir P. ARDANT, B. MATHIEU, op. cit., p. 163 : « La théorie de la souveraineté populaire risque d'instaurer une *dictature de la majorité*. La théorie de Rousseau postule en effet (...) que la minorité s'en remet à la majorité, elle reconnaît qu'elle s'est trompée sur la volonté générale alors que la majorité a su la découvrir et, en même temps, cette minorité a tout abandonné à la communauté : vie, bonheur, biens, libertés, elle s'est privée de tout moyen de défense contre la majorité, celle-ci peut devenir oppressive sans rencontrer de limites ou d'oppositions » (italique dans le texte). Pour ce rapprochement entre les théories de Rousseau et la Terreur comme « paradigme » de celles-ci, voir également É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 49.

¹¹⁸ « La terreur n'est autre chose que la justice prompte, sévère, inflexible ; elle est donc une émanation de la vertu ; elle est moins un principe particulier, qu'une conséquence du principe général de la démocratie, appliquée aux plus pressants besoins de la patrie » (Discours de Robespierre du 17 pluviôse an II – 5 février 1794 – rapporté par F. SAINT-BONNET,

s'installer le despotisme de tous, et, en pratique, celui d'une majorité voire même d'une minorité masquée par le système représentatif¹¹⁹. Contrairement à Rousseau encore, Mill a montré combien le règne de la loi pouvait être tyrannique¹²⁰. Et le vrai paradoxe de la période post-révolutionnaire est d'avoir transféré la souveraineté d'un seul au peuple en masse et de découvrir que ce dernier pouvait être aussi liberticide, voire plus encore, que les régimes non démocratiques ou autoritaires¹²¹. C'est pourquoi, la constitutionnalisation s'avèrera être le processus de réappropriation par les membres signataires du pacte social libéral de la notion d'intérêt général pour en réimposer la consistance à l'État et dévoyée par lui¹²². Il faut, en effet, joindre de nouveau la loi et la notion d'intérêt général.

196. Les enseignements du droit comparé montrent, enfin, que les mêmes causes produisent les mêmes effets. Cette problématique de la disjonction entre la réalité de tous les citoyens et leur exercice réel du pouvoir est soulignée par le professeur Zoller dans son analyse éclairante de la souveraineté parlementaire anglaise dont on peut extraire et transposer, toute proportion gardée, certaines de ses conséquences¹²³. Mme Zoller pose d'abord cette question : « Le point faible de la théorie de la souveraineté du Parlement est qu'elle n'explique pas comment la loi souveraine dont elle favorise l'adoption est la plus conforme à l'intérêt public »¹²⁴. La doctrine anglaise répond que cette conformité repose sur « la caractéristique essentielle du gouvernement représentatif, c'est-à-dire sa faculté à produire une coïncidence entre les vœux du souverain et les vœux de ses sujets »¹²⁵. « Tel est l'effet du gouvernement représentatif que de supprimer toute divergence entre les vœux du souverain

L'état d'exception, op. cit., p. 307). C'est pourquoi, dit lumineusement le professeur Leclercq, qu'elle est « un régime de terreur d'État ». Cf. C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 23.

¹¹⁹ C'est pourquoi on peut écrire que la Terreur constitue un « détournement des valeurs libérales (il y a alors perversion) ». Cf. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 31-33, spéc. p. 31).

¹²⁰ Sur ce point, J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 66 : Une « tyrannie de la majorité » d'autant plus préoccupante lorsqu'« elle pratique une tyrannie sociale », comme le fut selon Mill la Terreur, puisqu'alors elle devient « d'une ampleur nouvelle » et « laisse d'autant moins d'échappatoire qu'elle va jusqu'à se glisser dans les plus petits détails de la vie, asservissant ainsi l'âme elle-même ». L'expérience de la Terreur donnera raison à Edmund Burke et l'occasion pour lui de construire une critique virulente parce que foncièrement structurelle de la Révolution française et de la théorie des droits naturels qu'elle charrie avec elle. Le philosophe anglais rejette cette conception abstraite et désincarnée de la liberté. Voir, sur la pensée d'Edmund Burke et son ouvrage *Réflexions sur la Révolution en France* (1790), C. LECLERCQ, op. cit., p. 17 et G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 64-68. Ce n'est d'ailleurs pas les quelques trois cent soixante mille morts, chiffre relevé par M. Leclercq, consécutifs à la guerre défensive pour protéger la jeune République et le recours méthodique à la guillotine qui purent donner tort à Burke (C. LECLERCQ, op. cit., p. 21). Du même ouvrage, Christine Cadot rapporte cette citation fameuse de Burke quant au peuple français : « les habitants de ce malheureux royaume sont devenus les plus habiles architectes en ruines que la terre ait jamais produits ». Cf. C. CADOT, « Une géométrie "naturelle" du politique : les rues de Paris et de Washington D.C. », préc., p. 54.

¹²¹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 118 : « L'âge républicain n'a pas rendu la souveraineté inoffensive. Qu'il s'agisse du triomphe des égoïsmes individuels dans les républiques américaines après la guerre d'indépendance, des lois populistes et des mesures démagogiques qui s'en suivirent, ou qu'il s'agisse des exécutions en masse, des lois confiscatoires et des jugements expéditifs qui marquèrent la Terreur, la souveraineté s'est révélée aussi dangereuse, sinon plus, à l'âge républicain qu'elle ne l'était à l'âge monarchique ».

¹²² « En l'absence de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, c'était ouvrir au législateur de vastes possibilités de limitation des droits : il en usa et en abusa » (cf. P. WACHSMANN, op. cit., p. 57).

¹²³ En France, relève Georges Lescuyer en commentant les limites de la « représentation nationale » défendue par Sieyès, « c'est René Capitant qui devait mettre en lumière combien il est facile de passer de cette souveraineté nationale à la souveraineté parlementaire ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 356.

¹²⁴ É. ZOLLER, op. cit., p. 92.

¹²⁵ É. ZOLLER, op. cit., p. 92. C'est-à-dire que « la souveraineté du Parlement postule la conformité des lois au bien public parce qu'elle est le produit d'un gouvernement vraiment représentatif (...) » (p. 94).

et les vœux des sujets. À partir du moment où il y a coïncidence entre les deux, le Parlement ne peut pas être dangereux pour les libertés et, dès lors, il sert toujours l'intérêt public »¹²⁶. La protection des libertés est présumée jusqu'à preuve du contraire¹²⁷. *Quid*, alors, des cas de distorsions entre les vœux du Parlement et ceux du peuple anglais ? Outre les limites évoquées par le professeur Zoller¹²⁸, la doctrine anglaise de la souveraineté parlementaire considère que, « pour faire court, les vœux de la majorité parlementaire ne peuvent pas dans le long terme différer longtemps des vœux du peuple anglais, ou en tout cas des électeurs. Ce que la majorité à la chambre des Communes vote, la majorité du peuple anglais le veut »¹²⁹. Cependant, aucune règle contraignante ne peut durablement empêcher le législateur britannique de devenir liberticide, contrairement au pacte social libéral, à l'instar des lois françaises de la III^{ème} et IV^{ème} Républiques. Si le Royaume-Uni moderne n'a pas versé dans les drames qu'ont connus notamment la France ou l'Allemagne en matière de liberté¹³⁰, il reste que « la souveraineté du Parlement l'emporte sur la *common law* et la loi régulièrement adoptée peut écarter à volonté, comme il plaît, toutes les garanties accumulées par elle pendant des siècles »¹³¹. La France répondra aux dérives légales par une Constitution formelle et matérielle, tandis que le Royaume-Uni devait trouver dans la Convention européenne des droits de l'Homme, faute de pouvoir établir une norme supérieure à la souveraineté du Parlement, une limite objective à la loi¹³². Il n'est sans doute pas excessif d'évoquer par suite les dérives d'une notion légale d'intérêt général, ni même inexactes de les qualifier de prévisibles.

¹²⁶ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 95.

¹²⁷ En revanche, la poursuite du bien public, ou de l'intérêt général, ne l'est pas, celui-ci n'étant atteint, au fond, que fortuitement : « Le droit anglais a été tiré par des principes forts différents de ceux qui ont prévalu sur le continent. Son principe justificatif est d'abord de soumettre le gouvernement au droit, et non de faire le bonheur des gouvernés en travaillant à réaliser le bien public. Bien sûr, *on espère toujours* que le gouvernement agira dans l'intérêt public, *mais on ne le postule pas* » (nous soulignons). Cf. É. ZOLLER, op. cit., p. 95.

¹²⁸ É. ZOLLER, op. cit., p. 94-95.

¹²⁹ É. ZOLLER, op. cit., p. 95.

¹³⁰ Avec les réserves qui s'imposent : « les droits et libertés peuvent être supprimés, modifiés ou limités par un acte souverain de la Chambre des communes. Les dramatiques événements d'Irlande du Nord ont été matière à des dérogations contre lesquelles le principe de la *rule of law* fut d'une efficacité très limitée ». Cf. É. ZOLLER, op. cit., p. 104.

¹³¹ É. ZOLLER, op. cit., p. 102. Et ce, en raison d'une protection législative des libertés au Royaume-Uni puisque « le *Bill of Rights* anglais de 1689, souligne Claude Leclercq, avait une ambition limitée : le *Bill* anglais assurait les droits du Parlement vis-à-vis du roi, mais ne reconnaissait pas les droits de l'homme vis-à-vis du Parlement (...) ». Cf. C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 25. Jean-Louis Delolme pouvait user de cette expression éloquente pour qualifier le Parlement d'Angleterre : « la puissance législative change la constitution comme Dieu créa la lumière ». Cf. J.-L. DELOLME, *Constitution de l'Angleterre*, 2 vol., rééd., Genève et Paris, Duplain, 1788, t. 2, II, 3, p. 213, cité par C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs* 2002/9, n° 102, p. 119-131, spéc. p. 129.

¹³² Par l'adoption du *Human Rights Act* de 1998 qui a reçu la sanction royale le 9 novembre 1998 et est entré en vigueur le 2 octobre 2000.

II. – Les dérives prévisibles de la notion légale d'intérêt général pour les droits et libertés :

197. Les dérives d'une puissance législative omnipotente étaient d'abord prévisibles (A.). Le paradoxe qui remonte à la Révolution et son culte de la loi tient à ce que, pourtant, les Constituants de 1789 avaient anticipé le risque liberticide de la loi. À cet égard, on doit au diplomate suisse Emer de Vattel, dans son ouvrage de droit international *Droit des gens* (1758), d'avoir eu pour la première fois l'intuition de la subordination logique du législateur au pouvoir constituant en ces termes : « C'est de la constitution que ces législateurs tiennent leur pouvoir, comment pourraient-ils la changer, sans détruire le fondement de leur autorité ? »¹³³. La notion d'intérêt général a été « mal interprétée » (B.).

A. – Des dérives prévisibles :

198. Les dérives de la puissance législative sont, d'abord, prévisibles puisque l'incompréhension de la notion d'intérêt général porteuse de liberté était en germe dans le concept de pouvoir selon Montesquieu : « comme dans les démocraties, le peuple paraît à peu près faire ce qu'il veut, on a mis la liberté dans ces sortes de gouvernements, et on a confondu le pouvoir du peuple avec la liberté du peuple »¹³⁴. Pour saisir la potentialité liberticide qu'entraîne la confusion du pouvoir du peuple et la liberté du peuple, il faut revenir à la démonstration qu'effectue Montesquieu quant à la définition de la liberté politique du citoyen¹³⁵.

199. Le baron de La Brède définit celle-ci comme « cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté ; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen »¹³⁶. L'auteur distingue la liberté sous deux angles qui correspondent manifestement l'une au pouvoir du peuple, l'autre à la liberté du peuple. D'une part, regardant la liberté politique dans son rapport avec la constitution, il estime qu'« elle est formée par une certaine distribution des pouvoirs »¹³⁷. D'autre part, en liaison avec la première, il considère que la liberté politique dans son rapport avec le citoyen « consiste dans la sûreté, ou dans

¹³³ La citation du présent propos de l'auteur et sa présentation sont dues à O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution*, préc., p. 22-23.

¹³⁴ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, *op. cit.*, p. 324.

¹³⁵ Nous le citons, en particulier, parce que Montesquieu nous semble être le précurseur dans ce domaine de réflexion. Mais, outre Sieyès, on doit, après le magistrat bordelais, également à Benjamin Constant d'avoir établi la nécessité concrète d'apporter des correctifs à la toute puissance de la loi. « Les lois aussi doivent avoir leurs limites » insistait-il. Cf. B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 608. Pour cette interprétation de Constant, voir aussi G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 369.

¹³⁶ C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 327-328.

¹³⁷ C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 375. Car sans séparation des pouvoirs, nous dit Montesquieu, « il n'y a point de liberté » (p. 328). Cet angle de la liberté politique s'apparente alors au pouvoir du peuple.

l'opinion que l'on a de sa sûreté »¹³⁸. Or, insiste l'auteur, la dissociation des deux est susceptible de créer les conditions d'un régime liberticide, fût-il démocratique. Car « il pourra arriver que la constitution sera libre, et que le citoyen ne le sera point. Le citoyen pourra être libre, et la constitution ne l'être pas. Dans ces cas, la constitution sera libre de droit, et non de fait ; le citoyen sera libre de fait, non pas de droit »¹³⁹. Il faut comprendre que l'ordre juridique peut parfaitement distribuer les pouvoirs de manière à instaurer la liberté politique dans la constitution sans pour autant garantir au citoyen sa sûreté. À l'inverse, un citoyen peut être libre alors même que la constitution ne garantit pas la liberté politique dans la mesure où il n'y a pas de distribution des pouvoirs. Au final, c'est admettre que si un citoyen est libre (sûreté) dans une constitution privée de liberté politique, sous l'angle de l'absence de distribution des pouvoirs, alors sa sûreté est de fait, c'est-à-dire qu'elle n'est pas fondée en droit. Inversement, il est envisageable que les pouvoirs soient distribués (la liberté politique dans la constitution existe alors) sans que le citoyen soit assuré de sa sûreté. Ce schéma permet de rendre compte, selon nous, de l'indissociation qui doit s'installer entre l'organisation du régime politique et le but du régime politique. La notion d'intérêt général met, pour sa part, en lumière la nature de cette indissociation : elle rapproche le sujet de la norme et l'objet de la norme sans les confondre. En d'autres termes, si le régime démocratique n'est pas intrinsèquement liberticide, il peut tout à fait l'être accidentellement si certaines garanties ne sont pas reconnues. Cette précaution, dont Montesquieu rend compte, en matière de liberté, exigeait préalablement une « certaine étude d'impact » sur l'usage exclusif et concentré de la loi pour restreindre les droits et libertés¹⁴⁰.

200. Les risques encourus à confondre la liberté du peuple et le pouvoir du peuple, autrement dit, à organiser l'exercice de la puissance législative de manière telle qu'elle respecte les droits et libertés chaque fois qu'elle prétend les restreindre pour les définir, ont bien été envisagées. L'histoire constitutionnelle française confirme cette rétrospection. L'analyse minutieuse des travaux de la Constituante par Roland Ricci¹⁴¹ consignés dans les archives parlementaires démontre que « la coupure du lien » entre restriction et protection de la liberté par la loi « est purement contingente »¹⁴². Au contraire, la loi avait été d'abord pensée comme devant formellement être le fruit normatif du peuple pour demeurer matériellement conforme à sa norme suprême – à ce moment précis la Déclaration de 1789. « L'intention des constituants n'a jamais été de faire de la loi un acte "sacré" parce qu'il émanait de la volonté générale »¹⁴³. Il faut « en conclure que les constituants de 1789 ont

¹³⁸ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, *op. cit.*, p. 375. Cet angle de la liberté politique s'apparente quant à lui à la liberté du peuple.

¹³⁹ C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 375.

¹⁴⁰ Virginie Saint-James recommande de ne pas confondre « l'omniprésence de la loi » avec son « omnipotence ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁴¹ R. RICCI, « La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la démocratie », in *L'office du juge*, *préc.*, p. 503-507.

¹⁴² R. RICCI, *préc.*, p. 507.

¹⁴³ R. RICCI, *préc.*, p. 513.

retenu, à côté de la légitimation par la norme suprême, une légitimité démocratique qui repose sur la nécessité pour le peuple de concourir à la formation de l'acte législatif »¹⁴⁴. La dissociation est accidentelle et circonstancielle. La logique du pacte social libéral ne pouvait s'accommoder d'une autre explication.

201. L'analyse développée par Marie-Pauline Deswarte suggère pareillement qu'au commencement du pacte social libéral français, la Déclaration de 1789, une certaine clairvoyance perceait l'ombre générée par la puissance législative et qui planait sur les droits et libertés¹⁴⁵. L'auteur revient en effet sur les précautions indispensables concernant la volonté générale : « chargée de toutes les puissances individuelles, cette volonté risque vite d'être absolue, si ce n'est pas totalitaire. On en a déjà signalé le danger. Ce dernier est d'autant plus grand que, dans un tel système, tous les citoyens étaient censés participer au pouvoir, disparaît la méfiance que l'on avait pu avoir à son égard, et l'idée même de lui imposer des limites. L'exemple français est, à cet égard, très révélateur. Influencés par Montesquieu, les Constituants de 1789 avaient retenu l'idée de sa nécessaire limitation¹⁴⁶. Mais, ayant aussi admis le dogme de la volonté générale, ils ne réussirent pas à organiser un quelconque contrôle de l'organe exprimant cette volonté. Il fallut sur ce point attendre 1958 »¹⁴⁷. L'auteur évoque notamment l'article 5, comme limite de fond imposée à la loi, de la Déclaration de 1789 : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ». On peut ajouter l'article 4 du texte de 1789 qui attribue au législateur le soin de déterminer les « bornes » à la liberté. On voit également que la non rétroactivité de la loi pénale était une exigence libérale explicitement énoncée par l'article 8 de la Déclaration. Enfin, la loi ne devait-elle pas s'en tenir, à la lecture de l'article 11 de notre pacte, à la répression « de l'abus » de « la libre communication des pensées et des opinions » ? La pratique a pris des chemins de traverses en contradiction avec la voie libérale qu'impliquait la poursuite légitime de la notion d'intérêt général restituée et entendue selon le pacte. Tout s'est passé comme si la loi avait été dépossédée de son contenu par un effet de neutralisation. La loi n'est ni promotrice de la liberté, ni négatrice, elle est simplement un vecteur d'une volonté, celle du législateur, dont les sujets ne sont plus tout à fait certains qu'elle obéisse aux buts que les signataires du pacte social avaient

¹⁴⁴ R. RICCI, « La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la démocratie », in *L'office du juge*, préc., p. 507. Il en est découlé que les Révolutionnaires avaient compris la distinction entre « pouvoir constituant et pouvoirs constitués » (p. 513-516).

¹⁴⁵ Voir M.-P. DESWARTÉ, « Intérêt général, bien commun », préc., p. 1305. Analyse partagée par V. SAINT-JAMES, *op. cit.*, p. 105 : l'auteur souligne, en scrutant le texte de 1789, combien « la loi est finalisée » et qu'elle devait, dès l'origine, « œuvrer dans le sens du contrat originaire, c'est-à-dire dans le sens de l'harmonie sociale ».

¹⁴⁶ Voir G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 34 : « Moins optimistes que Rousseau, les rédacteurs de la Déclaration de 1789 craignent les errements éventuels du législateur. C'est pourquoi ils prennent la précaution de tracer les frontières desquelles la loi ne peut pas sortir (...) ».

¹⁴⁷ M.-P. DESWARTÉ, préc., p. 1305. Voir également J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2000, p. 383 : « La théorie du totalitarisme, telle qu'elle a été faite par Hannah Arendt, s'applique parfaitement à la République jacobine. C'est Augustin Cochin qui a présenté, non sans courage, la première analyse scientifique de l'esprit du jacobinisme et de ses méthodes (...) en 1979 (*L'esprit du jacobinisme, une interprétation sociologique de la Révolution française*). Cochin montre parfaitement que le totalitarisme qui s'épanouit en 1793-1794 commence à germer dès 1789 et que l'idéologie des premiers révolutionnaires, formés depuis des lustres dans les sociétés de pensée, contient des virtualités de cet ordre ».

primitivement assignés à la loi¹⁴⁸. On a alors pu voir l'intérêt général comme vecteur d'atteintes aux droits et libertés.

B. – Des dérives avérées :

202. « Désormais, la loi est définie par sa forme (sa méthode, son sujet), non par son but. *Est loi, donc règle, donc droit*, ce qui est déclaré tel par la Volonté générale. Au nom de l'Intérêt général, on supprimera les écoles catholiques (III^{ème} République), ou on leur reconnaîtra le droit à une certaine existence (IV^{ème}, V^{ème} République), on reconnaîtra la nécessité d'une protection de l'enfant et de sa mère (Préambule de la Constitution de 1946) et on organisera l'avortement (V^{ème} République) » (nous soulignons)¹⁴⁹. La notion d'intérêt général sans consistance prédéfinie libère le législateur et obère la vocation constituante de la notion. Elle peut aussi le conduire, spécialement sous les III^{ème} et IV^{ème} Républiques, à ne pas pouvoir se saisir de la notion d'intérêt général : « On ne vit plus alors dans le drame ni dans la dictature, mais dans l'impuissance et l'immobilisme. L'Assemblée souhaite ici encore tout faire, mais tiraillée entre ses composantes – dans une société libérale – elle s'épuise à ne rien faire sans qu'aucun Gouvernement ait jamais l'autorité suffisante pour exercer un pouvoir en déshérence »¹⁵⁰. En précurseur et fin constitutionnaliste, commente le doyen Lescuyer, Anatole Prévost-Paradol (XIX^{ème} siècle), dans *La France nouvelle* paru en 1868, « découvre ce que le régime parlementaire peut avoir de tyrannique, si comme cela se [produira] de 1877 à 1955, la dissolution est pratiquement exclue des institutions. Il n'y a sans doute ni violence, ni oppression, mais un pouvoir diminué et contestable, parce qu'il ne se soucie pas d'être en communauté avec la majorité des citoyens »¹⁵¹. Dans les deux situations décrites, une notion d'intérêt général à la discrétion du législateur rompt le fil libéral qui va du conflit originel à l'établissement d'un système de droit libéral. Pourquoi reconnaître l'autorité du législateur alors même qu'elle ne respecterait pas les buts pour lesquels elle fut établie ? Là encore, la notion d'intérêt général – dans sa consistance – suppose que l'action du législateur soit sans cesse objectivée par l'affirmation de la liberté¹⁵².

¹⁴⁸ En outre, on assiste également à un décalage entre la volonté générale théorique des citoyens unis et la volonté générale effective des représentants unis.

¹⁴⁹ M.-P. DESWARTE, « Intérêt général, bien commun », préc., p. 1310.

¹⁵⁰ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 332. Constatant « l'ingouvernabilité des régimes d'assemblée », B. FAURE, « Hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 478-490, spéc. p. 480.

¹⁵¹ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 405.

¹⁵² La disjonction entre la loi et la notion d'intérêt général n'est d'ailleurs plus, au regard des dangers qu'elle fait peser sur les droits et libertés, examinée exclusivement en termes théoriques dont Sieyès fut l'artisan principal. Elle est stigmatisée aussi fortement par l'effet d'une analyse quasi-économique. De quelle façon ? En ne se bornant plus à établir un mode abstrait d'édiction de l'intérêt général, le système de droit est peu à peu repensé dans le réel, autrement dit concrètement. « La représentation nationale, observe Elisabeth Zoller, permet d'aller au bien général avec la plus grande probabilité, mais sans certitude ». Or, ajoute-t-elle, « dans la réalité, elle n'a pas toujours produit les résultats escomptés ». Aussi les membres signataires du pacte ont-ils apporté, en termes de rentabilité et d'efficacité, les correctifs pratiques à une édiction de l'intérêt général devant être progressivement plus conforme à l'objet du pacte social : la protection effective et efficace des droits et libertés. Pour les prémisses de notre proposition, voir É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 185.

203. D'abord soumis à la loi, expression de la volonté générale, devenue bientôt l'expression de la volonté de la représentation nationale¹⁵³ – quand elle n'est pas exclusivement l'expression de la majorité de la seule chambre basse¹⁵⁴ –, l'État va devoir se soumettre au règne de la Constitution si restreindre les droits et libertés signifie, ainsi que devrait nous y conduire la notion d'intérêt général, toujours définir pour protéger. Ce n'est qu'avec la fondamentalisation des droits et libertés et de la notion d'intérêt général que va alors se construire un réel contrôle du contenu de la loi au regard des droits et libertés. « Pour que le législateur légifère toujours pour le bien public, il faut faire en sorte qu'il ne représente que des intérêts généraux et qu'il ne s'intéresse qu'à des objets de même nature. Il faut agir tant sur la formation que sur *l'objet de la loi* » (nous soulignons)¹⁵⁵. La constitutionnalisation et l'internationalisation des droits et libertés auront pour effet de fournir un objet à la loi en tirant toutes les conclusions qui s'imposent ou, plus exactement, qui s'imposaient dès l'origine ; on s'apprête à mettre fin à « l'ineffectivité chronique » des droits et libertés pour emprunter à M. Rouvillois une image allusive¹⁵⁶.

On met fin à un dogme : « en logique pure, la théorie de Sieyès est sans failles » (p. 187). Sieyès lui-même « s'en est rendu compte » en proposant, le 2 thermidor an III, l'ancêtre du Conseil constitutionnel : *la jurie constitutionnaire* (p. 188). Enfin, pour un bilan historique et critique du traitement des libertés publiques de la Révolution française à nos jours, on pourra se référer utilement à G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 79-102. Pour un point de vue pénaliste, saisissant, quant aux libertés après la chute de la Royauté et jusqu'au Directoire, voir J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 381-388.

¹⁵³ Ce que les conventionnels développeront (en particulier Robespierre et Saint-Just) pendant la Terreur. Voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 147 : « L'État symbolise en effet le centre où tout est réuni, la totalité centrée sur le lieu qui l'exprime : l'Assemblée nationale ».

¹⁵⁴ Illustrant ce cas de figure : d'abord, la Constitution du 27 octobre 1946 (IV^{ème} République) qui dessaisit la Chambre haute (le Conseil de la République) de tout pouvoir décisionnel. Voir, en particulier, la solennité de l'article 13 du texte de 1946 : « L'Assemblée nationale vote seule la loi ». Puis, mais jusqu'en 1971, la Constitution de 1958 qui, par le jeu combiné des articles 45 al. 4 (« le Gouvernement peut (...) demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement ») et 49 al. 3 (« le Premier ministre peut (...) engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi (...) »), contraignait à une telle discipline majoritaire les députés qu'elle faisait de la loi le texte de la majorité au pouvoir. D'où l'insistance prémonitoire de Montesquieu, évoquée par le professeur Rangeon, à « éduquer » « les souverains et les aspirants au pouvoir » « pour leur apprendre le sens civique », sauf à permettre que la poursuite de l'intérêt général ne soit, en vérité, que la poursuite de l'intérêt particulier des gouvernants. Cf. F. RANGEON, op. cit., p. 104. Pour un point de vue plus nuancé, s'agissant de la III^{ème} République, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 70 : on s'est « ensuite efforcé d'innocenter le peuple des dérives anti-libérales du régime, en imputant celles-ci à l'omnipotence des représentants et aux distorsions qu'ils auraient imprimées à la volonté populaire ».

¹⁵⁵ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 185. Il est opportun de rendre compte que la loi, norme supposée inférieure au pacte constitutionnel parce que missionnée pour sa mise en œuvre (elle est bien le « délégataire »), ne sera plus validée uniquement dans sa dimension formelle (a-t-on respecté la procédure constitutionnelle présidant à l'édiction de la norme législative ?) mais devra subir, aussi, le test de validité matérielle (a-t-on respecté le contenu constitutionnel présidant à l'édiction de la norme législative ?). Cette novation, traduite en droit positif en 1971, ne porte pas, pour autant, sur le fond du droit mais bien sur le processus de production de la loi, par l'intervention d'un organe de contrôle, ce qui corrobore la thèse particulière que nous défendons d'un rétablissement formel du lien entre restriction et protection de la liberté, seul composant palpable de la matière constitutionnelle. Voir, sur ce point, l'éclairage du professeur Millard dans É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 75 : « Pour que la dimension de conformité matérielle soit intégrée aux conditions de validité d'une norme dans un système, il est nécessaire par exemple qu'une norme de ce système habilite une autorité à sanctionner la production d'un acte non conforme à une norme supérieure en le privant de validité. C'est le cas lorsqu'un contrôle de constitutionnalité est mis en place par une norme constitutionnelle, dans les conditions posées par cette norme ».

¹⁵⁶ F. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, op. cit., p. 81.

Section 2^{ème} : Les formalisations fondamentales de l'intérêt général :

204. L'avènement d'un contrôle du contenu des lois est rendu particulièrement essentiel pour rétablir le lien entre l'objet du pacte social libéral, affirmer la liberté réglée, et la norme de production de l'intérêt général. Car, dorénavant, les leçons de l'histoire ont montré que « la loi est davantage perçue comme un instrument au service du pouvoir, en réalité au service du groupe qui a réussi à faire admettre son programme de gouvernement »¹⁵⁷. « On a pris conscience de la faillibilité des États » renchérit Frédéric Rouvillois¹⁵⁸. Ce glissement perceptible que nous avons mis en relief a dévoilé les dérives intrinsèques d'une norme, la loi, pour laquelle on n'avait créé aucun moyen propre à faire respecter les clauses incluses dans le pacte social. Il devient évident que la généralité de la loi n'est pas naturelle et, qu'à son tour, elle doit résulter d'une construction juridique élaborée pour s'assurer que le système représentatif – dont on n'est pas parvenu à se défaire – produise la notion d'intérêt général dans une consistance qui se rapproche toujours du pacte social libéral. « Dépositaire de la fonction de déterminer l'intérêt général, il appartient également au législateur, non seulement d'arbitrer entre les droits et devoirs, mais aussi de fixer les règles propres à assurer un avenir et un vouloir communs. Cette détermination de l'intérêt général ne peut déboucher sur une société totalitaire, ce qui pourrait être sa pente naturelle, justement car elle ne peut s'exprimer que dans le respect des droits individuels fondamentaux »¹⁵⁹. Respecter les droits et libertés – puis plus tard les droits fondamentaux – suppose de mettre fin à la déconnexion entre les normes produites par l'ordre juridique et les implications résultant du pacte social en fondamentalisant la notion d'intérêt général. La notion d'intérêt général doit en conséquence résulter d'une norme supérieure à la loi et à laquelle les représentants seront soumis. Le contenu de la notion d'intérêt général doit donc être déterminé, au moins dans ces grandes lignes mais de manière effective, par une norme découlant directement du pacte social libéral. Cela suppose donc qu'il y ait eu fondamentalisation de la notion d'intérêt général¹⁶⁰.

205. Mais cette fondamentalisation n'est pas unitaire, justifiant l'évocation d'une vocation constituante de l'intérêt général à travers des formalisations fondamentales. Historiquement, la fondamentalisation de la notion d'intérêt général s'est traduite par la constitutionnalisation des limites

¹⁵⁷ M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 26

¹⁵⁸ F. ROUVILLOIS, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁹ B. MATHIEU, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁰ Autrement dit que la signification de l'intérêt général soit posée, maintenant et/ou enfin, en droit à travers la question des fondements.

à la liberté¹⁶¹. En rehaussant le rang normatif des bornes à la liberté, le système de droit français a constitutionnalisé les règles présidant à la restriction des droits et libertés en les faisant accéder au statut de droit fondamental. Puis, l'internationalisation s'est progressivement affirmée en particulier avec le contrôle des restrictions apportées aux droits fondamentaux par le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. L'intérêt général, en tant que norme fondant une restriction, va être encadré par ces deux mouvements quasi simultanés en France : la constitutionnalisation (§1.) et l'internationalisation (§2.)¹⁶². Ces mouvements sont par ailleurs strictement contemporains de l'affirmation constitutionnelle et internationale des droits et libertés lesquels deviennent des droits fondamentaux¹⁶³.

§1. – La constitutionnalisation de la notion d'intérêt général :

206. Constitutionnaliser la notion d'intérêt général, tel fut l'un des effets notables de la « décision historique »¹⁶⁴ du Conseil constitutionnel en date du 16 juillet 1971¹⁶⁵. À partir de cette décision,

¹⁶¹ Voir V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 59 : « On comprend, ainsi, le processus de constitutionnalisation des libertés, qui est le résultat inévitable de notre histoire politique. En fait, l'attribution de la valeur constitutionnelle aux textes porteurs de libertés semble être, de nos jours, la seule réponse adéquate à l'objectif de protection qui est le nôtre ». De même, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 115 : « L'émergence d'une procédure de protection constitutionnelle des droits joue un rôle central dans la réception de la terminologie des droits fondamentaux en droit français ». Toutefois, on doit à Aristote d'avoir séparé, apprend-on de Georges Lescuyer, « pour la première fois clairement d'une part, la loi première qui fonde et organise la Cité et, d'autre part, les lois qui ont, par rapport à la constitution, un caractère subordonné ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 81.

¹⁶² En ce sens, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 79 : « La matière des libertés publiques en France a été révolutionnée, en un peu plus de vingt ans, par le double phénomène de l'internationalisation et de la constitutionnalisation ».

¹⁶³ Voir C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 5 : « La notion de droits fondamentaux s'apprécie plutôt par rapport au droit public interne de chaque État considéré, étant admis que l'internationalisation des droits de l'homme limite la souveraineté étatique et l'arbitraire, toujours possible, de chaque État ». Également, P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », préc., p. 41.

¹⁶⁴ N. SARKOZY, « Allocution de M. Le Président de la République lors du colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel », Paris – Auditorium du Louvre, 3 novembre 2008, <http://www.elysee.fr> ; ainsi que A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 70 : « dans sa très inaugurale décision » ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25-42, spéc. p. 29 : « la décision fondatrice » ; V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 208 : « un jalon capital dans l'histoire des libertés en France. Pour la première fois, un organe acceptait de juger la loi sur la base des libertés fondamentales » ; enfin, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 5 : cette décision devait sceller « ni plus ni moins le sort des libertés en France ». Dans une perspective comparatiste, notons l'ampleur de cette constitutionnalisation qui touche tous les États du Conseil de l'Europe selon différentes vagues successives depuis la Seconde guerre mondiale. Phénomène décrit par C. GREWE, « Cours constitutionnelles européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 184-187.

¹⁶⁵ CC, 16 juillet 1971, déc. n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, Rec. p. 29, GDCC n° 19, p. 237-255. Elle a en outre levé un « tabou » selon la métaphore de O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, op. cit., p. 317. Quant à la controverse sur la valeur normative de la Déclaration de 1789, avant 1971, voir notamment G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 136-139 ; L. FONBAUSTIER, « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 201-203. Enfin, sur le rôle du Conseil constitutionnel, cf. *infra* n°s 524-528.

Guillaume Merland peut écrire que « le juge constitutionnel ne recourt à l'intérêt général que dans une seule situation : le contrôle des limitations aux droits fondamentaux »¹⁶⁶.

207. Il y a *constitutionnalisation* de la notion d'intérêt général lorsque les restrictions susceptibles d'être apportées à un droit ou une liberté sont soumises à des prescriptions de fond procédant d'une norme de rang constitutionnel. Cette constitutionnalisation induit une nouvelle lecture de la notion d'intérêt général : « Prérogative de l'État, qui se construit sur les ruines du féodalisme, l'intérêt général ne peut qu'occuper une place centrale au sein du contrôle de constitutionnalité, puisque seul le juge constitutionnel peut opérer un contrôle sur le respect, par le législateur, des exigences constitutionnelles tenant à la nécessité de définir, autant que de respecter, l'intérêt général »¹⁶⁷. On retrouve par là les deux facettes qu'induit le mouvement de constitutionnalisation de la notion d'intérêt général. D'une part, la notion est constitutionnalisée immédiatement par détermination directe de la Constitution. Le Conseil constitutionnel sera amené à opposer au législateur les éléments d'intérêt général que la Constitution lui impose. D'autre part, la notion est constitutionnalisée par la médiation du Conseil, ce dernier imposant au législateur le cadre constitutionnel de production des éléments d'intérêt général qu'implique, indirectement, la Constitution.

208. Cette présentation faite, nous pouvons proposer une analyse en deux étapes de la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général au regard des droits et libertés. Après avoir précisé l'affirmation de la notion d'intérêt général en droit constitutionnel (I.), nous en indiquerons les principales implications eu égard à la vocation constituante de l'intérêt général (II.).

A. – L'affirmation de la notion d'intérêt général en droit constitutionnel :

209. Si la notion d'intérêt général n'est pas *expressis verbis*¹⁶⁸ visée dans le « bloc de constitutionnalité » (Louis Favoreu)¹⁶⁹, il ne fait aucun doute qu'elle imprègne l'ensemble des normes

¹⁶⁶ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 19. C'est l'aspect fonctionnel de la notion d'intérêt général qu'il nous faudra expliciter plus longuement, (cf. *infra* n°s 582 et s.).

¹⁶⁷ B. MATHIEU, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 7

¹⁶⁸ Rappelant cet état du droit, par exemple, J. MASSOT, « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 164.

¹⁶⁹ Il est admis que constituent formellement le bloc de constitutionnalité, outre la Constitution du 4 octobre 1958 et son Préambule, la Déclaration des droits du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Matériellement, il conviendrait d'ajouter les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Préambule de 1946). En revanche, les lois organiques servant pourtant de normes de référence n'en feraient pas partie (par exemple, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 124). La controverse quant à la place du droit de l'Union dérivé (directive) ne semble pas tranchée : dans une décision de 2006, le Conseil constitutionnel accepte forcément de faire de cette catégorie d'actes produits par l'Union européenne une norme de référence lors du contrôle de la loi de transposition. Se reporter à CC, 27 juillet 2006, déc. n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF du 3 août 2006, p. 11541, cons. n° 20 : « Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la

constitutionnelles¹⁷⁰. « Le silence de la Constitution paraît donc, *a priori*, condamner le recours à celle-ci dans la jurisprudence constitutionnelle. Tel n'est pourtant pas le cas. Surmontant l'obstacle textuel, la Haute Instance décide d'intégrer l'intérêt général parmi ses instruments de contrôle de la loi »¹⁷¹ (2.). L'intérêt général est-il matériellement présent en dépit de son absence formelle ? À l'évidence puisque les organes de notre système de droit s'évertuent à lui donner de la matière, fût-ce par des chemins détournés. Par la détection qu'il effectue de la présence de l'intérêt général dans le texte constitutionnel, insiste le professeur Deswarte, le Conseil constitutionnel « assigne » à la notion « un rang constitutionnel et contribue à donner à notre ordonnancement juridique une dimension supplémentaire. Désormais, c'est l'ensemble du texte constitutionnel qu'il faut lire dans la perspective de l'intérêt général »¹⁷². Dès lors, en forçant un peu les textes, trouverait-on un commencement scriptural de l'intérêt général dans notre bloc de constitutionnalité ? Une « dissection » subjective – mais minutieuse – nous conduit à déceler diverses notions et expressions voisines de l'intérêt général, ou ayant un lien, même ténu, avec lui et susceptibles de donner *une certaine* consistance à la définition des droits et libertés (1.).

1. – L'intérêt général affirmé par les normes constitutionnelles :

210. Les notions et expressions voisines de l'intérêt général, ou ayant un lien, même ténu, avec lui, sont nombreuses dans la Déclaration de 1789. Relevons, outre « le but de toute institution politique » et « le bonheur de tous » du Préambule, « l'utilité commune » (art. 1^{er}), « les bornes » (art. 4), « les actions nuisibles à la société » (art. 5), « la volonté générale » (art. 6), « pour tous » (art. 6), « nul ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi » (art. 7), « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi » (art. 7), « l'ordre public » (art. 10), « l'abus » (art. 11), « pour l'avantage de tous » (art. 12), « une contribution commune » (art. 13), « la nécessité de la contribution publique »

Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; *qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel » (nous soulignons). Cette décision fait dire à François Terré que « les directives communautaires relèvent désormais du "bloc de constitutionnalité" » (cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 247).

¹⁷⁰ Voir M.-P. DESWARTÉ, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 53 : « Plus délicate est la question des rapports entre l'intérêt général et la Constitution. Celle-ci n'a pas de disposition spéciale qui lui soit consacrée. Et pourtant la Déclaration de 1789 avait entendu frapper d'illégitimité toute autorité qui ne s'exerce pas dans un but d'intérêt général ». François Rangeon estime, pour sa part, que les Déclarations des droits de 1789, 1791 et 1795 font état de la notion d'intérêt général ou de « ses équivalents » qu'il détaille (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 141-142).

¹⁷¹ G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », in Dossier : Le Conseil constitutionnel et les divers branches du droit, préc., spéc. introduction.

¹⁷² M.-P. DESWARTÉ, préc., p. 53. Également, D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 45-48, spéc. p. 46 : évoquant « cette préoccupation de "l'intérêt général" (...) auquel la Constitution ne se réfère pourtant pas expressément (...) ».

(art. 14) et « la nécessité publique » (art. 17). Ces éléments textuels donnent corps à la notion d'intérêt général dans le champ constitutionnel.

211. Le Préambule de 1946 et la Charte de l'environnement ne sont pas dépourvus non plus de références à ce que doit réaliser, constitutionnellement, le système de droit. Dans le premier des deux textes, on peut faire état de ces éléments : on évoque l'exercice d'un droit de grève « dans le cadre des lois » (al. 7), l'existence d'« un service public national » (al. 9), l'idée que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » (al. 10), qu'« elle garantit à tous », « la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Le Préambule de 1946 traite également du « droit d'obtenir de la collectivité les moyens convenables d'existence » (al. 11), de « la solidarité » et de « l'égalité de tous les français devant les charges » (al. 12), de « l'égal accès » à l'instruction en tant que « devoir de l'État » (al. 13). Le Préambule requiert que la France « se conforme aux règles du droit public international » (al. 14), qu'elle consente « à l'organisation et à la défense de la paix » (al. 15), qu'elle vise « l'égalité des droits et des devoirs » avec l'Outre-mer (al. 16) et qu'elle recherche le « bien être » et la « sécurité » avec d'autres nations et peuples (al. 17). Enfin, la France doit permettre à d'autres nations, ses anciennes colonies, de gérer « leurs propres affaires », sous-entendant que la France a ses « affaires » (al. 18). S'agissant du seconde texte, la Charte de 2004, trois éléments peuvent, dans son Préambule, renvoyer à l'intérêt général : celui d'un « patrimoine commun », l'idée que « la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres *intérêts fondamentaux de la Nation* » (nous soulignons) ou encore que la Nation doive « répondre aux besoins » des générations présentes et futures.

212. Quant à la Constitution de 1958, outre la référence symbolique à « l'idéal commun » de l'alinéa 2 du Préambule de 1958, que l'on retrouve dans l'article 72-3 al. 1^{er} : « La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un *idéal commun* de liberté, d'égalité et de fraternité » (nous soulignons), il faut énumérer au mieux, dans la Constitution elle-même, et sans doute quelques-unes nous auront probablement échappé, celles de ses dispositions pouvant modifier la définition des droits fondamentaux : l'art. 1^{er} al. 1^{er} : « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens » ; l'art. 1^{er} al. 2 : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes » ; l'art. 2 alinéa 5 : « pour le peuple » ; art. 4 al. 3 : « La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation » ; l'art. 5 dans son intégralité¹⁷³ ; l'art. 16 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le

¹⁷³ « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités ».

fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances » ; l'art. 34 intégralement et en liaison avec l'art. 37 al. 1^{er} ; l'art. 53-1 al. 1^{er} : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées » ; l'art. 66 al. 1^{er} : « Nul ne peut être arbitrairement détenu » ; l'art. 72 al. 2 : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » ; l'art. 72 al. 4 : « Dans les conditions prévues par la loi organique, *et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti*, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences » (nous soulignons) ; l'art. 72 al. 6 de la Constitution : « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des *intérêts nationaux*, du contrôle administratif et du respect des lois » (nous soulignons) ; l'art. 74 al. 1^{er} : « Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République » (sous-entendu des « intérêts propres » au sein de l'intérêt de la République) ; l'art. 75-1 : « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France » ; enfin, signalons les Titres XIV « De la francophonie et des accords d'association » et XV « De l'Union européenne ». Cet inventaire, quoiqu'un peu « notarial », dresse le tableau indispensable à la compréhension des interactions entre les normes constitutionnelles, essentiellement de fond, et les droits fondamentaux. Il révèle la consistance potentielle ou effective de l'intérêt général poursuivi par le système de droit et que le Conseil constitutionnel a confirmée.

2. – L'intérêt général affirmé par le contentieux constitutionnel :

213. Au plan contentieux la première mention expresse de l'intérêt général par le Conseil constitutionnel résulte de la décision du 29 décembre 1984, dans laquelle le juge, saisi de la constitutionnalité d'une disposition législative prévoyant l'octroi de déductions fiscales pour toute entreprise ayant fait un don « à des fondations ou associations d'intérêt général à caractère culturel »¹⁷⁴, admet que la notion d'intérêt général participe à la définition des droits fondamentaux, en l'espèce le principe d'égalité : « Considérant que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation à la création et au développement d'un secteur d'activité concourant à l'intérêt général, notamment, comme cela est

¹⁷⁴ CC, 29 décembre 1984, déc. n° 84-184 DC, *Loi de finances pour 1985*, Rec. p. 94, cons. n° 23.

prévu par l'article 79, des fondations et associations d'intérêt général à caractère culturel »¹⁷⁵. Mais l'aboutissement de la longue marche constitutionnelle revient évidemment, huit mois plus tard, à la décision du 23 août 1985¹⁷⁶. Le Conseil constitutionnel y affirme pour la première fois que la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹⁷⁷. Par cette décision capitale, le Conseil réintroduit le lien nécessaire entre la loi et la norme suprême en signifiant que l'intérêt général – produit par la loi – *est* énoncé dans le respect de la norme suprême : « on pourrait dire, en imitant le Conseil, que la loi ne détermine l'intérêt général que dans le respect de la Constitution »¹⁷⁸. Corrélativement, il confirme que le contenu de la notion d'intérêt général n'est plus décidé en dernier ressort au Parlement mais par la Constitution¹⁷⁹, norme fondamentale de notre ordre juridique¹⁸⁰. En cela, il est particulièrement judicieux de parler de rupture par rapport aux républiques précédentes¹⁸¹. Le glissement que nous évoquions rejaillit sur la confiance alors traditionnellement attribuée à la loi par les membres signataires du pacte social libéral pour édicter les restrictions aux droits et libertés¹⁸². Plusieurs exemples jurisprudentiels confirment ce saisissement.

214. Ainsi l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Sauf par le truchement de la notion de service public, la présence de la notion d'intérêt général n'est pas évidente. Pourtant, « ce pilier

¹⁷⁵ CC, 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, précitée, cons. n° 25. Toute décision confondue, la jurisprudence constitutionnelle n'a eu recours à l'expression qu'à quatorze reprises, c'est dire si c'est peu, entre le 1^{er} janvier 1959 et le 23 mars 2012 (voir <http://recherche.conseil-constitutionnel.fr>).

¹⁷⁶ CC, 23 août 1985, déc. n° 85-197 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70, GDCC n° 38, p. 633-660.

¹⁷⁷ CC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, précitée, cons. n° 27. Gilles Lebreton va plus loin en considérant que « la loi n'est que l'expression indirecte de la volonté générale ». Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 36.

¹⁷⁸ J. SAINTE-ROSE, « L'intérêt général et le juge », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 1.

¹⁷⁹ Avec les risques que cette démarche implique. Voir sur ce point M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 19 : le Conseil constitutionnel s'expose forcément lorsqu'il doit, en qualité d'interprète authentique désigné par la Constitution, opposer le respect de la Constitution au législateur : « Admettre la notion d'intérêt général revient pour lui non seulement à critiquer l'appréciation qu'en a donnée le législateur, mais aussi à dégager une norme de valeur constitutionnelle ».

¹⁸⁰ Cette décision « exprime, en premier lieu, ce que nous avons appelé le principe de constitutionnalité (...), c'est-à-dire la soumission du législateur à la règle de droit, en l'occurrence la plus haute, la Constitution (...). Et il est explicité de manière lumineuse et définitive dans la présente décision du 23 août » (italique dans le texte). Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 38, p. 647. Voir, aussi, L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25-42, spéc. p. 36-38 ; du même auteur, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 33-48.

¹⁸¹ Voir P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 122-123 : « Par ce rappel de la soumission du Parlement à la Constitution, le Conseil confirme la rupture, voulue par le Constituant de 1958, avec un passé (III^e et IV^e Républiques) où ce principe avait été bien oublié. Aujourd'hui, il n'est de loi que conforme à la Constitution ; le Conseil est le gardien de cette conformité » (nous soulignons). « Pourquoi cette rupture ? La prise de conscience des inconvénients de l'absence de contrôle – et en particulier des facilités abusives ouvertes au législateur – dans un pays qui se veut un État de droit, fournit une première raison. Il faut y ajouter une démythification de la loi, dépouillée de son aura sacrée d'expression de la volonté générale pour être ramenée à "l'opinion d'une majorité passagère" » (p. 108).

¹⁸² D'« une confiance absolue en la loi », le système juridique français a dérivé vers une « confiance relative en la loi ». Cf. G. LEBRETON, op. cit., respectivement p. 34 et p. 35.

juridique »¹⁸³ de la procédure de nationalisation, constitutive de restrictions historiques au droit de propriété, véhicule nécessairement la notion d'intérêt général. Le Conseil constitutionnel en a décidé ainsi, à propos des lois de nationalisations de 1982, en lisant cette disposition par le prisme de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789¹⁸⁴ : « Considérant qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel que le législateur a entendu fonder les nationalisations opérées par ladite loi sur le fait que ces nationalisations seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage et procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » (nous soulignons)¹⁸⁵. Autrement dit, le législateur peut porter atteinte au droit de propriété à condition de prouver que donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage répond bien à un intérêt général, en l'espèce à un intérêt général strictement défini : la nécessité publique¹⁸⁶.

215. Autre illustration contentieuse, pour définir le droit fondamental qu'est le principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de recourir à une catégorie spécifique de la notion d'intérêt général, la notion « d'utilité commune »¹⁸⁷. Il s'agit de la décision du 16 mars 2006 : « Considérant que, si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus, elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ; que, dès lors, la Constitution ne permet pas que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes »¹⁸⁸. La notion d'intérêt général est sans aucun doute liée à celle d'utilité commune.

216. La notion d'objectifs à valeur constitutionnelle doit enfin faire l'objet d'une mention spéciale pour illustrer notre propos. L'examen effectué par Guillaume Merland est riche d'enseignements au titre de la présence de la notion d'intérêt général dans la matière constitutionnelle. L'auteur souligne

¹⁸³ Voir cette qualification dans L. RICHER, « Droit d'accès et service public », in *Intérêt général, concurrence et service public*, préc., p. 79.

¹⁸⁴ Article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Voir, partageant cette idée de prisme, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 31, p. 493-494.

¹⁸⁵ CC, 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18, GDCC n° 31, p. 457-499, cons. n° 19.

¹⁸⁶ Pour une opinion similaire tendant à établir la liaison entre « les exigences de l'intérêt général » et l'alinéa 9 du Préambule de 1946, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 90-91.

¹⁸⁷ L'article 1^{er} de la Déclaration de 1789 dispose : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Selon Ferdinand Mélin-Soucramanien, il s'agit de la première utilisation par le Conseil de cette notion. Cf. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Débats », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 69-79, spéc. p. 71.

¹⁸⁸ CC, 16 mars 2006, déc. n° 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, Rec. p. 39, cons. n° 15.

en premier lieu la filiation directe établie entre l'intérêt général et les objectifs de valeur constitutionnelle compte tenu de l'étroitesse des liens qu'il décèle¹⁸⁹. Alors, soutient-il, il est possible, en dépit des difficultés à déterminer le contenu hétérogène de la notion d'intérêt général, de l'identifier par avance dès que l'intérêt général peut s'incarner dans des normes constitutionnelles et singulièrement dans des objectifs de valeur constitutionnelle¹⁹⁰. Sa démonstration aboutit à découvrir dans les « droits à » reconnus par le Préambule de 1946 une source écrite à l'origine de laquelle le Conseil constitutionnel a construit pas à pas les objectifs de valeur constitutionnelle inclus dans la notion d'intérêt général nécessaire à la définition des droits fondamentaux¹⁹¹ : « C'est encore dans la création prétorienne et dans le développement d'une nouvelle catégorie juridique, en l'occurrence les objectifs de valeur constitutionnelle, que se manifeste le souci de protéger l'intérêt général face aux dangers d'un règne triomphant de l'individualisme »¹⁹². Énoncée autrement, cette assertion montre que les objectifs à valeur constitutionnelle ont vocation juridique à venir restreindre les droits fondamentaux, donc à les définir¹⁹³. Les professeurs Ardant et Mathieu précisent la notion d'objectifs à valeur constitutionnelle en distinguant au sein de cette notion deux catégories d'objectifs : « Certains représentent des démembrements de l'intérêt général auquel ils se rattachent. D'autres caractérisent des droits constitutionnels en matière économiques et sociales »¹⁹⁴. Du reste, quel que soit le rattachement, il faut comprendre qu'un intérêt général s'attache directement (démembrement) ou indirectement (droits économiques et sociaux) à la restriction d'autres droits fondamentaux en ce qu'il la justifie dans les deux cas. La loi est dorénavant « l'expression d'une volonté générale constituée et non constituante »¹⁹⁵. La vocation constituante des droits fondamentaux qu'assume la notion d'intérêt général ne peut donc résider que dans sa constitutionnalisation dont on doit mesurer, à présent, les implications au plan constitutionnel.

¹⁸⁹ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁹⁰ G. MERLAND, *op. cit.*, p. 119.

¹⁹¹ Voir cette démonstration dans G. MERLAND, *op. cit.*, p. 120-124.

¹⁹² G. MERLAND, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹³ Guillaume Merland identifiait en 2003 onze objectifs à valeur constitutionnelle dont l'énumération n'est pas sans intérêt : la sauvegarde l'ordre public, le respect des libertés d'autrui, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale, la transparence financière des entreprises de presse, la protection de la santé publique, la prévention des atteintes à l'ordre public, la recherche des auteurs d'infraction, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi et la lutte contre la fraude fiscale (Cf. G. MERLAND, *op. cit.*, p. 126). On notera dans cet inventaire exhaustif que le respect des libertés d'autrui, entendu comme le respect de tous les droits fondamentaux, se trouve rattachée à la notion d'intérêt général, signifiant ainsi que la définition des droits fondamentaux n'est pas isolée par le système de droit mais bien interdépendante. Sur ce dernier point, l'interdépendance, voir *infra* n°s 449-450.

¹⁹⁴ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 138. Au titre de la première catégorie, ils citent les exemples de « la préservation de l'ordre public » ou encore « la continuité des services publics » (p. 138). Quant à la seconde catégorie, il s'agit notamment « du droit à la santé » et « du droit à un logement décent » (p. 138).

¹⁹⁵ R. RICCI, « La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la démocratie », *in* *L'office du juge*, *préc.*, p. 517.

B. – Les implications de la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général :

217. Elles sont doubles. La constitutionnalisation de la notion d'intérêt général rétablit les liens entre la loi et l'intérêt général, des liens à la fois fonctionnel (1.) et organique (2.), liens qui s'étaient trouvés rompus au temps du légicentrisme.

1. – Le rétablissement du lien fonctionnel entre la loi et la notion d'intérêt général : la suprématie constitutionnelle

218. Définir les droits fondamentaux par la notion d'intérêt général dérivant de la norme constitutionnelle, c'est, pour paraphraser l'ouvrage du doyen Favoreu, considérer que la liberté est définitivement saisie par le droit¹⁹⁶. C'est, aussi, rendre compte de l'existence des droits et libertés à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes, à savoir le niveau constitutionnel ou suprême. Néanmoins, avant de pouvoir envisager ses conséquences (b.), il est indispensable, puisqu'enfin la Constitution est reconnue pour ce qu'elle est, une norme suprême, de se demander si la constitution peut être considérée comme l'expression juridique du pacte social libéral (a.).

a) – La constitution, expression juridique du pacte social libéral ?

219. Prolongement politique du pacte social libéral, il reste à s'interroger sur la nature de la Constitution à son égard. La question cruciale est de savoir si la Constitution française du 4 octobre 1958 constitue l'expression juridique du pacte social ou si elle n'est que sa conséquence normative directe¹⁹⁷. L'interrogation n'est pas exclusivement d'ordre théorique. Parvenir à y répondre de façon certaine permettrait de résoudre en partie le récurrent questionnement relatif à la caractérisation de la norme fondatrice de tout ordre juridique. Soit, en effet, que la constitution est la face juridique d'une même réalité (le pacte étant la face politique), soit qu'elle ne peut être qu'une suite, certes directe, mais distincte du pacte. Dans la première hypothèse, le pacte pourrait constituer la norme fondatrice grâce à l'adossement immédiat de la norme constitutionnelle à ce dernier. Dans la seconde hypothèse, la constitution est la norme suprême – solution généralement admise – mais elle ouvre la voie, de nouveau, à une déconnexion entre le système de droit établi et les membres signataires du pacte social

¹⁹⁶ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988. On passe effectivement « d'une approche idéaliste à une approche juridictionnelle » des droits et libertés (Cf. F. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, op. cit., p. 12).

¹⁹⁷ En soulignant, avec le professeur Troper, que « la jurisprudence du Conseil constitutionnel a fait évoluer la notion même de constitution (...) ». Cf. M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité, préc., spéc. I. Pour une perspective historique du terme de constitution, notamment, O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution*, préc., p. 7 et s.

libéral. Cette dernière considération ne doit pas être sous-estimée au regard de l'affirmation des droits et libertés. On se bornera, pour y répondre, à un examen de trois courants doctrinaux.

220. Le *Contrat social* de Rousseau semble exclure que le pacte puisse être regardé comme normatif. Son auteur considère que l'exercice de « l'autorité souveraine » ne constitue pas « des parties de cette autorité » mais des « émanations »¹⁹⁸. Or, note Bruno Bernardi, s'agissant de l'emploi du terme « émanation » qui est « emprunté à la théologie, il désigne exactement une puissance conférée par une puissance supérieure sans dessaisissement aucun »¹⁹⁹. Puis, il ajoute : « On pourra tirer de là que, pour Rousseau, le peuple souverain est un Dieu terrestre. Il en résulte avant tout que la souveraineté de la volonté générale doit être conçue comme puissance et non comme faculté »²⁰⁰. C'est cette approche qu'ont retenue les Constituants de 1789 en rédigeant l'article 3 de la Déclaration des droits comme suit : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »²⁰¹. Cependant, la Constitution du 4 octobre 1958 opère un glissement sémantique qui aboutit à juridiciser la notion de peuple. Son article 3 dispose : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ». Deux hypothèses peuvent être formulées. La première tendrait à accréditer la thèse de l'existence de deux peuples (et donc de deux souverains)²⁰² : un peuple souverain *dans* la constitution mais qui dans ce cas ne peut être, pour Rousseau, tout à fait souverain car le souverain ne peut jamais se lier lui-même. Et un peuple *hors* de la constitution (celui du pacte social) qui est du même coup hors du champ du droit. En résumé, la Constitution française détermine le détenteur de la souveraineté ce qui révélerait qu'elle n'est pas l'expression juridique parfaite du pacte social. Elle ne peut en être qu'un succédané. La seconde hypothèse signifierait qu'en affirmant que la souveraineté appartient au peuple, l'article 3 de la Constitution de 1958 n'effectue qu'un constat (celui du pacte social). La difficulté tient à ce que cette disposition si elle n'est pas une norme de droit, on pourrait revenir à la thèse suivant laquelle la Constitution est l'expression parfaite du pacte social mais, puisqu'elle n'est pas juridique, cela ne présente plus aucun intérêt. Tenter de qualifier la Constitution à partir de la notion de peuple aboutit à une mise en abîme et démontre, dès lors, qu'il devient délicat de retenir que la Constitution du 4 octobre 1958 est le pendant juridique du pacte social, sa formalisation en termes de droit, son expression juridique²⁰³. Il reste que Rousseau estime qu'« il n'y

¹⁹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 67.

¹⁹⁹ B. BERNARDI, note 70, in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 205.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Ils ont suivi en cela la doctrine de Sieyès comme le suggère F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 285.

²⁰² Sur cette question délicate, notamment J.-F. FLAUS, « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », *LPA* 23 juin 1997, p. 7-15.

²⁰³ À moins qu'il ne s'agisse d'une interprétation osée de l'œuvre de Rousseau. Cf. B. BERNARDI, note 129, in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 217 : « C'est une erreur fréquente que [de réduire] [les lois politiques] à des lois constitutionnelles, et de rabattre le droit politique sur le droit constitutionnel. La tradition française, en particulier dans l'enseignement du droit, s'est acharnée à occulter la sociologie chez Montesquieu et la politique chez Rousseau ».

a qu'un contrat dans l'État, c'est celui de l'association ; et celui-là seul en exclut tout autre. On ne saurait imaginer aucun contrat public, qui ne fût une violation du premier »²⁰⁴. S'il n'y a qu'un engagement pris, que faire de la Constitution ? Ou bien, elle n'est que l'appellation juridique d'une même réalité (le pacte social) ; ou bien, elle est une autre réalité ce qui exclut d'en faire l'expression juridique du pacte social, pour Rousseau, puisqu'elle ne peut constituer qu'une règle produite par le pacte. La constitution apparaît donc, et tout au plus, comme la conséquence normative directe du pacte sans pouvoir lui être assimilée²⁰⁵. Nous pouvons cependant opter pour une lecture sensiblement différente.

221. Nous la devons, en particulier, à Wilhelm von Humboldt qui distingue, pour l'œuvre de promotion de la liberté, l'union sociale de la norme fondamentale, c'est-à-dire de la constitution – ou toute norme dérivant de cette union sociale (association d'hommes) : « Car en effet, la constitution de l'État et l'union nationale, si étroitement qu'elles soient liées l'une à l'autre, ne doivent jamais être confondues. Sans doute, l'organisation sociale assigne aux citoyens, soit par la force et la contrainte, soit par la coutume et la loi, un rapport déterminé ; mais il en est encore un autre, librement choisi par eux, infiniment varié et changeant souvent. Et c'est celui-ci, c'est la libre action du peuple sur lui-même qui donne tous les biens dont le désir pousse les hommes à vivre en société. L'organisation de l'État proprement dite lui est subordonnée ; celle-ci est le moyen, l'autre est le but ; on la prendra toujours comme un moyen nécessaire et même comme un mal nécessaire, car elle est toujours liée à des restrictions de la liberté »²⁰⁶. Dès lors, il apparaît à la lecture de ce passage que si l'ordre juridique constitutionnel dérive de l'union sociale, c'est-à-dire du pacte, il est clair que la norme fondamentale – la constitution – constitue la formalisation juridique de ce pacte social. Allons plus loin. Si l'on veut que les droits et libertés accèdent à la réalité juridique, dont l'existence effective est l'objectif du pacte social libéral, la constitution doit être la norme suprême. C'est pourquoi, avec le Doyen Favoreu, « on peut dire, de manière schématique, que la Constitution a cessé d'être seulement une "idée" pour devenir une "norme" (...) »²⁰⁷.

222. Inversement, pour illustrer notre propos d'une réflexion contemporaine mais dans la droite ligne de la doctrine rousseauiste sur ce point, Gilles Lebreton considère, en se réclamant du

²⁰⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 137-138.

²⁰⁵ C'est cette interprétation qu'a choisie John Rawls pour construire sa *Théorie de la justice* et qui ressort clairement et globalement de son œuvre. Mais sa formulation la plus nette est visible lorsqu'il donne une structure séquentielle à la naissance de l'état social en « quatre étapes » desquelles il ressort que la constitution vient après l'adoption des deux principes de la justice dans la « position originelle ». Voir J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 231 et s.

²⁰⁶ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 187. Est confirmée incidemment, mais avec vigueur, la préséance de l'ordre juridique sur l'État.

²⁰⁷ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, p. 71-89, spéc. p. 72. François Terré évoquant une autre image suggestive en parlant de « l'imprégnation constitutionnelle de l'ordre juridique » (cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 207).

positivisme sociologique²⁰⁸, que la constitution n'est pas le pacte social bien qu'elle en soit nécessairement le prolongement en droit. « Toute société humaine repose nécessairement sur l'adhésion à un minimum de valeurs morales, dont elle détermine librement le contenu en fonction de ses traditions et de ses aspirations. Cette adhésion à des valeurs morales se traduit par un ensemble de croyances et de comportements, dont le respect spontané constitue un contrat social tacite qui fonde *l'autre contrat social, de nature politique*, par lequel le peuple manifeste sa volonté de constituer une communauté étatique » (nous soulignons)²⁰⁹. Par cette vision dualiste du contrat social, le professeur Lebreton estime qu'il faut se placer sur deux étages : « Le droit, en tant qu'instrument de réalisation du second contrat social, ne peut donc ignorer le premier, sous peine de sombrer dans le formalisme désincarné prôné par le positivisme juridique »²¹⁰. Seulement le respect du « contrat social tacite » n'est-il pas un impératif de l'état de nature, état dont on a vu qu'il ne permettait jamais par principe l'observation des droits et libertés ? Comment empêcher « l'autre contrat social » d'ignorer le premier ? Il y a là assurément une contradiction formelle invincible portant sur l'origine du caractère contraignant de toute norme fondamentale nous intimant presque l'ordre de postuler que seule la Constitution, norme suprême, est l'expression juridique du pacte social français²¹¹. Nous devons laisser, en dépit de notre détermination, la question en l'état car, finalement, qu'elle soit l'expression juridique du pacte social libéral ou sa conséquence normative directe bien que distincte, la Constitution française du 4 octobre 1958 procède au rattachement de la loi à la notion d'intérêt général entendue comme restriction imposant la définition juridique des droits et libertés²¹².

b) – Les conséquences du rétablissement du lien fonctionnel :

223. Les implications du rétablissement du lien entre la loi et la notion d'intérêt général, c'est-à-dire de la relation que la loi doit entretenir avec la notion en tant qu'elle signifie restreindre les droits et libertés pour les protéger, sont multiples²¹³. En premier lieu, le domaine de compétences attribué à la

²⁰⁸ Courant doctrinal hérité des travaux d'Émile Durkheim puis de Léon Duguit, nous l'abordons à partir de la présentation qu'en fait le professeur Aubert dans J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 22-23.

²⁰⁹ G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, op. cit., p. 363. Cette distinction théorique paraît être approuvée par Jacques Mourgeon. Voir J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 26-27.

²¹⁰ G. LEBRETON, op. cit., p. 363.

²¹¹ Cinquante ans après son adoption, le débat reste ouvert : elle « n'établit pas à coup sûr un contrat clair et lisible entre le pouvoir et les citoyens, mais cela en pose les bases » lit-on dans l'édition du *Monde* en 2008. Cf. « Bon anniversaire la Vè », in Dossier : « La Constitution de la V^{ème} République fête ses 50 ans », *Le Monde* du 5 octobre 2008, p. 2.

²¹² Au titre du saisissement de la norme constitutionnelle par l'intérêt général seulement (induction ; la politique saisit le droit). Quand il s'agira de traiter du saisissement de l'intérêt général par la norme constitutionnelle (déduction ; le droit saisit la politique), nous établirons que la Constitution française du 4 octobre 1958 ne peut être que la seule et unique norme juridique fondamentale bien qu'elle puisse être, aussi et simultanément, sur un plan politique l'expression du pacte. Cf. *infra* n^{os} 427-434.

²¹³ Au titre de celles-ci, ouvrons une parenthèse sur un point troublant évoqué par Virginie Saint-James. Voir V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 144-146. Cet auteur a montré, de façon originale, la place paradoxale des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dont la

loi par la Constitution « ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui *s'imposent à tous les organes de l'État* » (nous soulignons)²¹⁴. On assiste bien à une constitutionnalisation de la notion d'intérêt général par l'opposabilité effective de la norme constitutionnelle au législateur et, même, à tous les organes de l'État. Restreindre un droit fondamental au nom de l'intérêt général implique pour le législateur de respecter un cadre qui détermine tant le point de départ que le point d'arrivée de l'étendue de la restriction au nom de cet intérêt général.

224. En second lieu, l'intégration au rang de norme constitutionnelle de la notion d'intérêt général éclaire sous un jour nouveau la définition usuelle des droits et libertés. Il s'avère qu'un droit fondamental n'est pas simplement une « permission d'agir déterminée » mais plus exactement une « permission d'agir déterminée de rang supérieur ou de rang suprême » : « Si l'on veut, comme c'est l'objectif du libéralisme politique, que certains comportements ne soient juridiquement réglementés que dans une certaine mesure, il faut juridiquement déterminer cette mesure. Étant donné que dans les démocraties représentatives modernes, elle est donnée par les normes générales et abstraites formellement législatives, cela revient à délimiter les habilitations du législateur. Comme les compétences du législateur sont déterminées par la "Constitution" au sens formel, il s'ensuit que les droits fondamentaux seront des normes formellement constitutionnelles. Un ordre juridique ne comporte par conséquent pas de droits fondamentaux s'ils ne sont pas de rang formellement constitutionnel »²¹⁵. La constitutionnalisation de la liberté suit parfaitement celle de la notion d'intérêt général. Aux droits de l'Homme, notion philosophique sans garantie (parce que sans notion d'intérêt général), succèdent les libertés publiques. Elles correspondent à la juridicisation des droits et libertés en raison de la détermination législative de l'intérêt général. Enfin, la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général contribue à l'essor de la notion de droit fondamental. L'intégration de la notion d'intérêt général au rang constitutionnel a eu pour effet de générer la catégorie des droits fondamentaux. La consécration des droits fondamentaux, c'est l'intégration des libertés publiques et des droits de l'Homme au rang constitutionnel simultanément à l'intégration de la nécessité de la notion d'intérêt général dans le champ constitutionnel. Intégration par ailleurs double. Négativement : toute restriction à un droit fondamental doit être justifiée par un motif d'intérêt général conforme à la Constitution. Positivement : l'intérêt général est conforté parce qu'il découle directement de la norme

catégorie est prévue par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Elle conclut que l'utilisation des principes fondamentaux par le juge constitutionnel a conduit à remettre en cause la toute puissance du législateur alors que la clause de style devait constituer une forme de reconnaissance solennelle du travail libéral accompli sous les législatures républicaines : « ce qui semble être un hommage, écrit-elle, à cette puissance du pouvoir législatif représente en fait un des symboles de son affaiblissement » (p. 146).

²¹⁴ CC, 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18, cons. n° 18. « Le dernier membre de phrase est particulièrement significatif et important : aucun organe de l'État, aucun pouvoir institué n'échappe au respect de la norme constitutionnelle ». Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 412.

²¹⁵ O. PFERSMANN et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 89.

constitutionnelle. Une norme de rang égal à un droit fondamental exige une restriction à ce droit fondamental de rang égal. Dans cette mesure « les constitutions sont filles des libertés »²¹⁶.

225. L'exemple de la liberté d'entreprendre, reconstitué dans une perspective historique, témoigne des implications du rétablissement du lien fonctionnel entre la loi et la notion d'intérêt général puisque cette même liberté d'entreprendre bénéficiera de ce rehaussement normatif. Cet exemple, en révélant, incidemment, la place sacrée dont bénéficiait jusqu'alors la loi et le rôle déterminant qu'a pu assumer dans ce mouvement le juge constitutionnel français, souligne également avec relief combien la constitutionnalisation de l'intérêt général est un mouvement progressif et que, ici ou là, cette constitutionnalisation n'est pas achevée alors même qu'elle serait présentée comme telle²¹⁷.

226. La liberté d'entreprendre est restée longtemps dans le seul giron législatif comme en témoigne la décision du 27 juillet 1982 où le Conseil constitutionnel se borne à rappeler négativement que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue et qu'elle ne peut exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi²¹⁸. La première nuance apparaît lorsque le Conseil constitutionnel reconnaît positivement que la liberté d'entreprendre – qui n'est certes toujours pas plus générale et absolue – « s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi »²¹⁹. Alors que, dans la décision de 1982, la Haute juridiction concède l'existence d'une liberté d'entreprendre, celle-ci ne tient qu'à un fil, le fil législatif : sans loi, point de liberté d'entreprendre. En 1986, le Conseil consent, par la formulation qu'il choisit, à admettre l'existence de la liberté d'entreprendre puisqu'elle est là, si l'on ose écrire, et que seul son exercice est tributaire de la loi. Par conséquent, son existence ne dépend pas de la loi mais bien de la Constitution. Cependant, il faudra attendre le tournant opéré en 1989 pour que le Conseil « place la liberté dans le standard de base de la protection des libertés

²¹⁶ P. ARDANT, « Les constitutions et les libertés », préc., p. 61. Sur cette liaison extrêmement forte entre constitution et liberté dans la pensée du philosophe du libéralisme moderne, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 368-369 ; Chateaubriand, note le doyen Lescuyer, voit dans la constitution, « avec ses garanties, la liberté politique, le libre vote, la libre discussion, des lois et des intérêts nationaux, "la condition du pouvoir en France" (...) » (op. cit. p. 379) ; J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 233 ; Voir également : P. ROLLAND, « La garantie des droits », *Droits fondamentaux* n°3, janvier-décembre 2003, <http://www.droits-fondamentaux.org>, p. 179-218, spéc. p. 185 : « La constitution est donc l'assise de la "garantie sociale" et doit renfermer tout ce qui concerne la liberté d'un pays et celle des individus » ; La constitution est « la loi des pays libres » selon Pellegrino Rossi, cité par O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution*, préc., p. 5 ; *Contra* : la doctrine politique de Joseph de Maistre (XIX^{ème} siècle) est construite sur un postulat radicalement différent. La constitution n'est pas à penser pour être rédigée. Elle doit être rédigée en fonction des circonstances historiques dépendantes de la seule volonté divine. Dans cette mesure la constitution est la résolution d'une équation. Sur ce point, G. LESCUYER, op. cit., p. 432.

²¹⁷ Voir sur ces points J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, coll. Corpus Droit public, 2^{ème} éd., 2007, p. 65-66 : « La protection constitutionnelle effective de la liberté d'entreprendre ne dépend sans doute pas des formulations que le Conseil emploie lui-même pour théoriser son contrôle. Ces formulations n'en sont pas moins intéressantes à observer, notamment dans les changements qu'elles ont comportés car ces changements témoignent de la volonté de la part du Conseil sinon de renforcer son contrôle de façon automatique, du moins de marquer la place de la liberté d'entreprendre dans les libertés fondamentales ».

²¹⁸ CC, 27 juillet 1982, déc. n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48, cons. n° 13.

²¹⁹ CC, 16 janvier 1986, déc. n° 85-200 DC, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, Rec. p. 9, cons. n° 4.

fondamentales »²²⁰. Le Conseil décide en effet d'opposer dorénavant à la loi le cadre constitutionnel qui s'applique lorsque la norme du Parlement entend restreindre la liberté d'entreprendre : « considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée »²²¹. Le passage d'une protection législative jugée théorique à une protection constitutionnelle nettement plus effective est conforté par plusieurs décisions ultérieures du Conseil constitutionnel. Ce dernier juge désormais « qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »²²². L'action de restreindre la liberté d'entreprendre est clairement encadrée par les impératifs constitutionnels directs (« exigences constitutionnelles ») ou indirects (« justifiées par l'intérêt général ») – c'est-à-dire sous le contrôle du juge de la Constitution – et, dans les deux cas, sous réserve que les restrictions ne soient pas disproportionnées²²³. C'est en ce sens que Louis Favoreu a montré que le droit constitutionnel de la V^{ème} République « a pour objet, en sus des institutions, le système des sources ou système normatif et la protection des libertés et droits fondamentaux »²²⁴. Orienté tout entier vers la protection des droits et libertés devenant des droits fondamentaux, le droit constitutionnel contemporain ne pouvait éluder la thématique du rétablissement du lien organique entre la loi et la notion d'intérêt général, ainsi que le disait Louis Favoreu, il est contraint de porter ses règles sur le fonctionnement du « système normatif », notre système de droit libéral.

2. – Le rétablissement du lien organique entre la loi et la notion d'intérêt général : l'État de droit

227. Le lien organique que nous avons trouvé rompu lors de la légalisation de la notion d'intérêt général est réimposé au système de droit par le truchement du texte constitutionnel : l'État légal

²²⁰ J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, op. cit., p. 66. La décision visée est CC, 4 juillet 1989, déc. n° 89-254 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, Rec. p. 41.

²²¹ Voir CC, 4 juillet 1989, déc. n° 89-254 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, Rec. p. 41, cons. n° 5.

²²² CC, 16 janvier 2001, déc. n° 2000-439 DC, *Loi relative à l'archéologie préventive*, Rec. p. 42, cons. n° 13. Voir également la première décision en ce sens : CC, 27 juillet 2000, déc. n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 121, cons. n° 40.

²²³ La notion de disproportion, sur laquelle on reviendra plus longuement (cf. *infra* n° 456), illustre une fois encore que la liberté d'entreprendre existe, constitutionnellement, indépendamment de la loi qui la mettrait en œuvre ou qui la mettrait en cause.

²²⁴ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », préc., p. 74. Il devient, selon l'expression d'Olivier Gohin, « le droit statutaire de l'État ». Cf. O. GOHIN, « La Constitution française de 1958 et l'urgence », in *Constitutions et urgences*, atelier n° 2, 12 juin 2007, VII^e Congrès international de droit constitutionnel, Athènes, Zappeion Megaron, 11-15 juin 2007, <http://www.enelsyn.gr> (site de l'Association des constitutionnalistes grecs), p. 1-12, spéc. p. 1.

devient un État constitutionnel (a.). Et, dès lors que la Constitution du 4 octobre 1958 se trouve être la norme suprême de notre système juridique, le lien organique est reconstruit *in fine* autour d'une pièce maîtresse : l'État de droit (b.).

a) – De l'État légal à l'État constitutionnel :

228. L'absence de liaison dont ont eu à souffrir les droits et libertés est « réparée » par la reconnaissance de l'effectivité de la norme suprême. Il est mis fin à la « tradition hexagonale de mutisme constitutionnel en matière de droits fondamentaux [et] au rayonnement d'une culture légicentriste (...) »²²⁵. Car, avec la constitutionnalisation effective de la notion d'intérêt général, c'est enfin une contradiction soulevée par Philippe Braud qui se trouve définitivement résolue au profit des droits et libertés. L'auteur augurait dans l'affirmation selon laquelle l'État est à la fois la source du droit et soumis au droit une contradiction : « Producteur du droit, c'est-à-dire, en fait, exerçant le pouvoir d'enjoindre ou d'interdire, l'État est censé en même temps, selon la théorie juridique classique, lui être assujéti. C'est la conception d'un État de droit soumis au respect des libertés fondamentales et contraint de ne pas violer les règles, de procédure ou de fond, qu'il a lui-même édictées. Si admise qu'elle soit dans le langage courant, cette conception n'en recèle pas moins une contradiction majeure : comment l'État peut-il être, à la fois, source du droit et soumis au droit ? »²²⁶. Cependant, ainsi que nous le soutenions précédemment, l'État légal – celui issu du pacte social libéral – n'est pas à l'origine du droit mais sa première conséquence. Tout au plus est-il indispensable à l'initialisation pratique et à la continuation du processus juridique à rebours. Désormais, l'effectivité de la liaison étant rendue possible par l'observation globalement efficace de la norme fondamentale – la Constitution – par l'État lui-même, ce dernier n'est plus considéré comme la source du droit. S'il peut et doit produire des normes dans le respect de la Constitution, c'est nécessairement parce qu'il tient son pouvoir juridique d'une règle qui le précède. Il en résulte par ailleurs que, contrairement à l'État légal d'alors²²⁷, l'État constitutionnel n'est pas souverain. La souveraineté est théoriquement détenue par le peuple, corps politique constitué à partir de la réunion des membres signataires du pacte social libéral, dont la constitution est la première conséquence normative directe ou l'expression juridique. Avec l'avènement de l'État constitutionnel, il faut écarter cette contradiction puisque l'État ne produit qu'exclusivement des normes juridiques qui sont inférieures à la Constitution. Si

²²⁵ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 288. Ainsi que : D. TURPIN, « France (État des droits de l'homme en) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 438-443, spéc. p. 438 : « La France s'est dotée, en 1958, d'une constitution plus propice à restaurer l'autorité de l'État qu'à protéger les libertés ». On mettrait alors fin à ce déséquilibre originel.

²²⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 199.

²²⁷ La contradiction présentée ici était résolue alors de la façon suivante : l'État légal pouvait violer les règles qu'il édictait sans que, pratiquement, elle n'appelle une réaction normative (en normativiste, nous dirions sans une sanction globalement efficace et de nature à faire regarder cette violation, en cas de non sanction, comme un fait isolé).

l'existence historique de l'État n'est pas discutable, le propos développé montre que seul l'État constitutionnel – au sens d'un État fondé sur une norme qui le constitue – assure la liaison effective entre le pacte social et la règle restrictive des droits et libertés. C'est là tout l'apport du droit constitutionnel moderne que de remettre en cohérence les théories contractualistes relativement à leurs implications²²⁸. L'État constitutionnel, protecteur de la liberté, n'est pas antérieur à l'ordre juridique ; il ne peut, ni ne doit l'être. Toute autre lecture conduirait à nier la liaison établie entre le pacte social et l'objet des interventions de l'État, autrement dit reviendrait à créer la possibilité pour l'État de porter illégitimement et illégalement atteinte aux droits et libertés. La mutation juridique de l'État issu du pacte social libéral d'un État légal à l'État constitutionnel prépare celle plus fondamentale, dans le régime politique français, de la mutation de l'État libéral en un État de droit²²⁹. L'État, en tant que réalité juridico-sociologique, a changé : « À la fois esclave et protecteur des libertés, il tire sa légitimité de son aptitude à les développer, et à s'y soumettre »²³⁰.

b) – De l'État libéral à l'État de droit :

229. La mutation de l'État libéral par la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général se traduit par l'avènement du concept d'État de droit, lequel devient progressivement une réalité juridique tangible²³¹. L'État de droit « est celui qui n'exerce pas une contrainte arbitraire, mais une contrainte légale, c'est-à-dire justifiée par l'intérêt général »²³². Ce concept ne traduit pas exactement une novation dans un phénomène juridique qui lui préexiste et qui lui a donné naissance²³³, il est uniquement une innovation sémantique pour rendre compte de la continuation, au fond, de ce que la

²²⁸ Le doyen Favoreu soutenait cette assertion lorsqu'il affirmait que le saisissement des droits et libertés par le droit constitutionnel était « une exigence du droit constitutionnel moderne ». Cf. L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », préc., p. 77.

²²⁹ Nous entrons, dans l'histoire des idées politiques, dans le temps des « démocraties constitutionnelles », concept établi par Carl Joachim Friedrich (*La démocratie constitutionnelle*, 1958). Sur ce point, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 586. Pendant européen, sans doute, d'un « modèle idéal et intégratif de démocratie-libérale juridictionnalisée » (cf. Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 905-909, spéc. p. 905).

²³⁰ G. LEBRETON, « Un legs de l'U.R.S.S. à la C.E.I. : la Déclaration soviétique des droits de l'Homme du 5 septembre 1991 », *RDP* 1992, p. 281-314, spéc. p. 293.

²³¹ Voir J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 313 : regrettant l'approche du concept par le droit public à l'aube du XX^{ème} siècle, l'auteur dénonce : « érigé à la hauteur d'un véritable dogme, l'État de droit était conçu comme un postulat ou un axiome, dont la validité n'appelait nulle démonstration, et les manuels de droit public se bornaient à s'y référer de manière rituelle, sans approfondir réellement ses implications ». Mais il ajoute : « la construction de l'État de droit a été historiquement concomitante au développement du libéralisme : l'État de droit s'est épanoui sur un certain terreau idéologique, enraciné dans une certaine réalité sociale et politique, et l'absence des conditions qui ont permis son épanouissement rend la transposition de ses mécanismes artificielles (...) » (p. 364). En 1999, François-Xavier Aubry évoque la « vedettarisation planétaire » de la notion dans F.-X. AUBRY, « Réflexion à propos de l'État péréquateur », *LPA* n° 75 du 15 avril 1999, p. 19, spéc. introduction.

²³² F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 142.

²³³ À telle enseigne que Jacques Bouineau affirme que « la leçon la plus grande sans doute léguée par l'Antiquité réside dans la notion d'État de droit » (cf. J. BOUINEAU, « Antiquité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 48-49, spéc. p. 48-49).

logique juridique libérale avait exigé dès 1789²³⁴. « L'accent mis sur l'État de droit, constate Jacques Chevallier, s'inscrit dans la continuité directe du processus d'internationalisation des droits de l'homme qui s'est développé après la Seconde Guerre mondiale : l'idée avancée en 1789, suivant laquelle tout homme dispose, en tant que tel, de droits inaliénables et imprescriptibles, qui s'imposent à tout pouvoir, est alors concrétisée par un ensemble de dispositifs juridiques ; c'est bien toute une tradition libérale de limitation des pouvoirs de l'État, au nom des droits de l'individu, qui est ainsi réactivée »²³⁵. Il cristallise un aboutissement essentiel de la théorie du droit : « Au cœur de l'État de droit, il y a le principe selon lequel les divers organes de l'État ne peuvent agir qu'en vertu d'une *habilitation juridique* ; l'exercice de la puissance se transforme en une *compétence*, instituée et encadrée par le droit » (italique dans le texte)²³⁶. L'État, respectueux du pacte social, ne peut agir que conformément à l'ordre juridique qui l'institue. « Car c'est l'idée de réalisation de l'État de droit qui domine le droit constitutionnel moderne : toutes les institutions (y compris le Parlement) sont soumises au respect des règles de droit et notamment à celles qui protègent les droits fondamentaux : en sorte qu'elles ne peuvent limiter ceux-ci ou leur porter atteinte qu'en utilisant les voies normatives appropriées, et donc, en fait, en obtenant les majorités exigées pour adopter telle ou telle limitation »²³⁷. L'État de droit s'incarne désormais dans le principe de juridicité²³⁸.

230. Mais l'État de droit n'existe que si les conditions suivantes sont réunies : « La hiérarchie des normes n'a de sens et de portée effective que si des mécanismes existent pour retirer de l'ordonnancement juridique les normes non conformes ; et ces mécanismes n'ont de valeur que s'ils sont indépendants des titulaires du pouvoir normatif, permettent un examen "objectif" des actes incriminés et disposent d'une autorité qui s'impose à tous »²³⁹. En dernier ressort, il appartient donc au système de droit établi de mettre en place un contrôle permettant de s'assurer que l'ensemble des normes produites par l'ordre juridique respecte la norme suprême, à savoir la Constitution. Ainsi, les Révolutionnaires, s'ils ont jeté les premières bases du concept, n'ont pas établi l'État de droit en ne

²³⁴ « L'État de droit s'inspire d'une méfiance de principe vis-à-vis d'un État dont on cherche à encadrer et à corseter la puissance pour éviter qu'elle ne devienne oppressive : cette problématique est celle des révolutionnaires qui, en réaction contre les excès de l'absolutisme monarchique, entendent proclamer les droits inaliénables de l'Homme face au pouvoir et soumettre l'Exécutif à la volonté de la Nation (...) » (cf. J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 365).

²³⁵ J. CHEVALLIER, « La mondialisation de l'État de droit », in *Droit et politique la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 325-337, spéc. p. 327.

²³⁶ Voir J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 318.

²³⁷ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », préc., p. 79.

²³⁸ Voir sur cet aspect sémantique, P. CHRETIEN, G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, *Droit administratif, op. cit.*, p. 83-84 : il devient urgent de dépasser l'usage traditionnel de l'expression « principe de légalité » pour lui préférer celui de « principe de juridicité », l'usage de la première étant, à raison et selon ces auteurs, « approximatif ». Affirmer que le respect des droits et libertés passe par le principe de légalité est effectivement une source d'erreurs au regard de la maturité de notre droit positif. En outre, ainsi que le relevait le doyen Favoreu dès 1974, principe de légalité et « principe de constitutionnalité » étant eux-mêmes distincts, le principe de légalité ne pourrait expliquer le respect des normes constitutionnelles par la loi (cf., sur ce dernier point, L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, op.cit.*, p. 47-48).

²³⁹ Voir J. CHEVALLIER, préc., p. 325. Conditions non réunies, selon l'auteur, en 1988.

soumettant pas le Parlement au respect de la norme suprême. « Le principe de l'assujettissement de la loi à la constitution est en place dès la Révolution française, ce qui n'empêchera pas le développement du légicentrisme » remarque à juste titre Michel Levinet²⁴⁰. Aujourd'hui la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général « traduit une modification dans la manière de concevoir le pouvoir des gouvernants car, bien évidemment, reconnaître constitutionnellement des droits et libertés aux individus a pour conséquence une sérieuse limitation des pouvoirs des gouvernants »²⁴¹.

231. La mutation de l'État libéral, auteur suprême du droit, en un État de droit soumis au droit, trouve un écho remarquable dans l'évolution qu'a connue l'Allemagne relativement à la formulation d'une théorie générale de l'État. Elle illustre parfaitement la transformation française opérée en 1971 puisqu'elle en est la préfiguration emblématique²⁴². Elle mérite donc qu'on s'y arrête un instant. L'État allemand ramenait à lui tout le droit comme l'a rappelé Elisabeth Zoller : « La science juridique allemande est allée si loin dans la construction du concept abstrait d'État qu'elle en est arrivée à identifier le droit public à l'État et ne plus pouvoir concevoir la possibilité d'un droit public ailleurs que dans le cadre de l'État ou sous son contrôle »²⁴³. Sa fortune explique sans doute que l'on ait du mal à faire reposer l'ordre juridique sur autre chose que l'ordre étatique. Cependant, la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 a profondément changé la perspective de l'ordre juridique, à l'instar de la décision du Conseil constitutionnel de 1971. « Avec les droits fondamentaux qui fondent le système juridique, la doctrine ne peut plus construire le droit à partir de l'État. L'État n'est plus une réalité en soi. Il en résulte que la théorie générale de l'État soit se réduit à ne plus être qu'une théorie "juridique" de l'État, qui aboutit à faire de l'État une pyramide de normes installée dans le monde neutre et lisse d'une science des normes bien illustrée par Hans Kelsen et les travaux du normativisme, soit se construit sur des bases (la souveraineté du peuple) et avec des matériaux (les droits fondamentaux) tellement différents de la théorie classique qu'il ne s'agit plus de la même théorie. Dans la doctrine allemande contemporaine, l'État se définit par le droit, mieux encore, par son droit propre, *et toujours à l'intérieur de la Constitution* » (nous soulignons)²⁴⁴. Il nous semble que la

²⁴⁰ Lesquels sont transcrits dans D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 130.

²⁴¹ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », préc., p. 77. Voir la décision CC, 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18, cons. n° 18 à propos de laquelle Louis Favoreu et Loïc Philip diront : « *C'est l'affirmation* fondamentale de la plénitude de la réalisation de l'État de droit en France, dans la mesure où le législateur qui, jusqu'à une époque récente, échappait en fait sinon en droit à la soumission à la règle supérieure, est désormais astreint lui aussi, comme les autres organes de l'État, tels le président de la République et le gouvernement, au respect des règles qui lui sont supérieures. Le Conseil constitutionnel consacre donc ainsi une situation existant depuis plusieurs années mais qui n'avait pas fait l'objet d'une constatation aussi solennelle et aussi définitive » (italique dans le texte). Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 31, p. 457-499, spéc. p. 478.

²⁴² Selon Claude Leclercq, ce n'est que « depuis les années soixante-dix et quatre-vingts que la France a parachevé son État de droit ». Cf. C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 115.

²⁴³ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 48.

²⁴⁴ É. ZOLLER, op. cit., p. 49. Pour une analyse analogue, M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op.cit., p. 49-64, spéc. p. 49-50.

décision de 1971 synthétise, à partir de la doctrine allemande ainsi présentée, à la fois la lecture normativiste de la construction de l'État et confère à ce dernier ses bases politiques que constituent la souveraineté nationale et l'affirmation des droits fondamentaux²⁴⁵. L'État de droit est donc un État constitutionnel dont l'existence permet de faire vivre le système de droit libéral dans son ensemble mais qui ne donne pas à l'État une autre existence que celle dérivant de l'ordre juridique libéral. C'est pourquoi, l'État de droit constitue la dernière mutation de l'État et que « le contenu même des fonctions de l'État, loin de posséder une consistance autonome qui vaudrait de manière intemporelle, est en réalité étroitement tributaire d'une conception de l'ordre juridique qui seule lui donne son sens »²⁴⁶. Enfin, il faut souligner que le concept d'État de droit peut se résumer à l'extension à l'État des éléments constitutifs du pacte social : « Au cœur de l'État de droit, il y a donc fondamentalement l'idée de limitation du pouvoir, par le triple jeu de la protection des libertés individuelles, de l'assujettissement à la Nation et de l'assignation d'un domaine restreint de compétences (...) »²⁴⁷. On retrouve en effet les bases politiques du pacte social dans la formulation d'un triptyque : « L'État de droit recouvre ainsi une conception au fond des libertés publiques, de la démocratie et du rôle de l'État, qui constitue le fondement sous-jacent de l'ordre juridique »²⁴⁸. Cette lecture est corroborée par la « leçon » constitutionnelle que le Conseil constitutionnel donne dans les considérants n° 13 à 17 de sa décision du 16 janvier 1982²⁴⁹. Les auteurs des *Grandes décisions* remarquent que « cette mise en exergue constante de la Déclaration de 1789 dans les cinq considérants essentiels (...) a incontestablement pour signification que pour le Conseil constitutionnel, le peuple français a adopté une Constitution correspondant à *un certain type de société* » (nous soulignons)²⁵⁰. À leur suite, nous serions tenté d'écrire que le succès du pacte social libéral tient à ce que l'État de droit conduise, en dépassant l'état civil ou l'état juridique, à un *état de droit*²⁵¹.

²⁴⁵ « L'État de droit, c'est aussi, et surtout, l'adhésion au corpus des droits fondamentaux (...) ». Cf. J. CHEVALLIER, « La mondialisation de l'État de droit », in *Droit et politique la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant, op. cit.*, p. 335.

²⁴⁶ C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », préc., p. 130.

²⁴⁷ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 365. C'est pourquoi Rawls écrivait : « Il est évident que l'État de droit est étroitement lié à la liberté » (J. RAWLS, *Théorie de la justice, op. cit.*, p. 272).

²⁴⁸ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 365.

²⁴⁹ CC, 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation, Rec.* p. 18, *GDCC* n° 31, p. 457-499.

²⁵⁰ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit.*, n° 31, p. 480. Une société œuvrant, par principe, pour un juste partage entre liberté et égalité ? On peut le soutenir : « dans le contexte de l'État moderne, écrit M. Sermet, il résulte que toute société fondée exclusivement sur la valeur de liberté – avec à l'extrême la société libertarienne – ne peut pas fonctionner en raison de l'insuffisance de lien social. À l'inverse, l'absence de liberté – la société marxiste – empêche tout épanouissement de l'individu. Ces deux types de société, alors même qu'elles peuvent exister historiquement, sont voués à l'échec en raison de leur négation de l'homme ». Cf. L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien, op. cit.*, p. 198. Selon cet auteur, la « société intermédiaire et démocratique » que constitue la France, si elle affirme comme « valeurs suprêmes » la liberté et l'égalité, ne s'interdit pas « d'insister » sur l'une ou l'autre, la France ayant choisi l'égalité (p. 199).

²⁵¹ Carlos-Miguel Pimentel l'écrit avec justesse, l'État de droit correspond à la réalité de l'avènement du Droit : « On pourrait à cet égard distinguer trois grandes phases historiques dans la conception du droit : un âge de la justice, dans lequel l'ordre juridique est essentiellement conçu comme hiérarchie des cours, sans aucune distinction fonctionnelle autre que celle de la justice ordinaire et de la justice souveraine ; un âge de la souveraineté, dans lequel les révolutionnaires anglais rénoverent la vieille hiérarchie des cours pour en faire une hiérarchie des pouvoirs, législatif et exécutif ; un âge de la hiérarchie des normes, enfin, dans lequel la pyramide des règles de droit vint peu à peu se substituer à la hiérarchie des pouvoirs de la phase précédente ». Cf. C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », préc., p. 130. L'ancien conseiller constitutionnel Noëlle Lenoir adoptait sans conteste une

232. Ce double rétablissement, des liens fonctionnel et organique, entre la loi et la notion d'intérêt général, tels qu'ils doivent être selon les clauses du pacte social libéral, procède de la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général. La Constitution du 4 octobre 1958 impose autant un contenu à la loi en s'intéressant à la notion d'intérêt général (lien fonctionnel), qu'elle relie l'objet du pacte (restreindre la liberté pour la protéger) voulu par les membres signataires aux interventions juridiques du système de droit libéral pour définir les droits et libertés (lien organique). Aussi l'analyse contemporaine que formulent Philippe Ardant et Bertrand Mathieu doit-elle être pleinement approuvée : « Les droits fondamentaux occupent dans le droit constitutionnel contemporain une place prépondérante. À tel point que l'on peut considérer que le *système juridique dans son ensemble se reconstruit* autour des droits fondamentaux » (nous soulignons)²⁵². La consécration juridique des droits fondamentaux par le truchement de la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général participe en effet à la reconstruction logique du système de droit libéral ; nous dirions simplement que cette consécration conduit à replacer à leurs places les pièces d'un puzzle (le pacte social libéral) longtemps éclaté (en raison des conséquences non respectées de ce pacte social libéral). « La philosophie du contrat aura servi (...) à rappeler la grande philosophie de la liberté » pour reprendre une image suggestive de Paul Ricœur²⁵³. Ce disant, nous faisons et vivons l'expérience française d'une vérité transcendant les États ; celle de la suprématie ontologique de la norme constitutionnelle²⁵⁴. Le professeur Viala souligne, du reste, que « si l'épithète "fondamentaux" ne s'impose dans le vocabulaire juridique qu'à l'époque contemporaine, il n'en demeure pas moins que sa signification s'inscrit déjà au cœur de la philosophie des droits de l'homme (...) »²⁵⁵, voire même d'une « philosophie des droits fondamentaux »²⁵⁶.

approche très similaire sur le fond en résumant notre propre démonstration : « Selon l'article 16 de la DDHC, écrit-elle, "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Dans le langage d'aujourd'hui, on traduirait "Constitution" par "État de droit" (...) ». N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 1-6, spéc. p. 5. Nul doute que l'État constitutionnel se confonde, de nos jours, avec l'État de droit. Enfin le troisième considérant de la Déclaration universelle de 1948 déclare en écho « qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression » (nous soulignons).

²⁵² P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 131.

²⁵³ P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 982.

²⁵⁴ Puisque si « on compare les expériences nationales de justice constitutionnelle » lesquelles « s'inscrivant dans des traditions juridiques différentes et poursuivant des objectifs distincts (...) », il faut admettre que toutes « servent la même cause de la suprématie de la Constitution ». Cf. M. DE VILLIERS, « Conseil constitutionnel », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 49.

²⁵⁵ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Notions) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 307. Allant plus loin encore, Roland Ricci estime qu'avoir refusé le contrôle de constitutionnalité des lois jusqu'en 1971, c'était se fonder « sur une lecture erronée des idées de 1789 » et, renversant grandement l'approche habituelle, que « les conceptions de la loi des III^e et IV^e Républiques » étaient une « parenthèse » (cf. R. RICCI, « La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la démocratie », in *L'office du juge*, préc., p. 508 et p. 516).

²⁵⁶ Les termes sont de Gregorio Peces-Barba qui estime que leur première formulation – accréditant l'existence d'un puzzle éclaté – remonte aux XVII^e et XVIII^e siècles. Cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 109.

233. La constitutionnalisation de la notion d'intérêt général est montée en puissance depuis 1971 et permet d'approfondir la juridicisation des droits et libertés. Sensiblement ces derniers ne sont plus tout à fait des droits et libertés légaux. Ils deviennent, par la constitutionnalisation générale des droits et libertés et de la notion d'intérêt général, des droits d'une valeur juridique nouvelle et supérieure : des *droits fondamentaux*. Cependant, si la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général a contribué à lui conférer son caractère fondamental, les droits et libertés comme la notion d'intérêt général doivent également beaucoup au mouvement d'internationalisation qui affecte peu à peu le système de droit français. « Si [les] engagements internationaux ne sont pas systématiquement hostiles à la loi puisqu'ils lui réservent le soin de protéger certains droits qu'ils consacrent, ils permettent néanmoins de lutter contre les dérives liberticides de la loi. C'est particulièrement net sous la V^e République »²⁵⁷. C'est précisément ce qu'ont déclaré les 189 États membres de l'Organisation des Nations Unies lors du Sommet du millénaire, réunion extraordinaire des Chefs d'État et de gouvernement, qui s'est tenu au siège des Nations Unies (New York) du 6 au 8 septembre 2000 : « Nous reconnaissons que, en plus des responsabilités propres que nous devons assumer à l'égard de nos sociétés respectives, nous sommes collectivement tenus de défendre, au niveau mondial, les principes de la dignité humaine, de l'égalité et de l'équité »²⁵⁸.

§2. – L'internationalisation de la notion d'intérêt général :

234. La notion d'intérêt général connaît plusieurs mutations significatives de son contenu dès l'instant où elle est appréhendée, simultanément à celle de droits et libertés, en tant que norme du droit international. C'est à ce titre que nous parlerons d'*internationalisation* de la notion d'intérêt général.

235. À titre liminaire, nous devons souligner que la présentation de la relation entre le droit international et la notion d'intérêt général ainsi articulée dans notre argumentaire répond à un souci de clarté de notre discours²⁵⁹. On ne saurait refuser au droit international le crédit d'un intérêt manifeste et ancien pour la question des droits de l'Homme. « Il est loisible, apprend-on auprès du professeur Carreau, de trouver des "traces" de droit international dans la Bible, dans la pratique suivie entre les Cités grecques, dans celle de l'Empire romain et même au Moyen Âge, époque pourtant peu propice à

²⁵⁷ P. SERRAND, « Loi », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 664-669, spéc. p. 668.

²⁵⁸ Déclaration du 8 septembre 2000 des Chefs d'État et de gouvernement adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, 13 septembre 2000, résolution n° A/RES/55/2, texte disponible sur le site de l'ONU, <http://www.un.org>, p. 1, I-§ 2. Incluant « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (p. 1, I-§ 4 et p. 7-8, V-§ 24-25).

²⁵⁹ Notre souci pédagogique procède de la volonté de respecter la hiérarchie des normes en droit interne, d'une part, et, d'autre part, du succès de l'internationalisation des droits fondamentaux – et corrélativement de l'appréhension de la notion d'intérêt général – par le droit européen de la Convention, lequel ne pouvait, chronologiquement parlant, être évoqué qu'ici. Pour une approche différente, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 78 et s.

son existence »²⁶⁰. Si l'intervention du droit international s'est accrue depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, elle n'était donc pas totalement étrangère à nos préoccupations avant cette date²⁶¹.

236. Par ailleurs, si un ordre de priorité est juridiquement organisé par les rapports entre le droit interne et le droit international, cette internationalisation de la l'intérêt général répond au souci de ne plus laisser les États seuls maîtres de la définition des droits et libertés²⁶². Ainsi que le déclarait, en 1988, le dissident soviétique Andreï Sakharov, « nous savons tous aujourd'hui que les droits de l'homme ne relèvent pas des affaires intérieures de chaque pays : le respect des droits de l'homme détermine la confiance et la compréhension entre les peuples et, en fin de compte, la sécurité internationale. Nous tous, qui vivons sur cette planète, appartenons à une même famille, les critères qui président à notre jugement sur ce qui se passe dans un pays ou un autre doivent être universels, autant que faire se peut »²⁶³. La question des rapports entre les droits et libertés et la notion d'intérêt général n'est plus simplement une problématique interne ; elle s'inscrit, et c'est en cela qu'elle est saisie par le droit international, dans la conduite des rapports de la société internationale pour devenir une problématique en soi. La sauvegarde des droits et libertés, et par suite la détermination de la notion d'intérêt général, devient inéluctablement consubstantielle à la paix internationale car « il est clair, désormais, que des régimes politiques qui bafouent les droits de l'homme finissent tôt ou tard par menacer la paix internationale et qu'on ne peut donc sauvegarder celle-ci qu'en assurant une protection des droits de l'homme »²⁶⁴. Empruntant la même piste de réflexion, M. Sudre note que « la violation des règles de droit les plus élémentaires sur le plan national génère une violation symétrique des règles du droit international » et révéla, au sortir de la Seconde guerre mondiale,

²⁶⁰ D. CARREAU, *Droit international*, Paris, Pedone, coll. Études Internationales, 7^{ème} éd., 2001, p. 10. Par exemple : « C'est ainsi que la "société internationale" envisagée par la Bible repose sur ces deux idées-forces que sont "l'unité du genre humain" et le "pluralisme des nations" égales entre elles [...]. La défense et la protection des droits de l'individu est également présente dans la Bible. Un certain nombre de droits fondamentaux de l'homme sont en effet mentionnés (...) » (p. 11).

²⁶¹ Plus largement, sur la naissance et le développement du droit international depuis le XVI^{ème} siècle, D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 15-33. Pour une présentation nuancée de l'impact du droit international : H. THIERRY, « Esquisse d'une classification fonctionnelle des normes du droit international », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, op. cit., p. 297-308, spéc. p. 301-303. Si cet auteur s'accorde à voir, dans l'immédiat de l'après Première guerre mondiale, un développement significatif des règles internationales, lesquelles impriment au droit international, en inscrivant des considérations nouvelles, une « fonction éthique » (p. 301), leur effectivité demeure extrêmement faible avant cette « révolution » (p. 303), notamment compte tenu, selon Hubert Thierry, de leur rattachement au « "droit naturel" c'est-à-dire [à] une morale théorique fondée dans les œuvres des théologiens sur la tradition évangélique et scolastique et dans celle de Grotius sur la raison » (p. 302).

²⁶² Par exemple, s'agissant de la Convention européenne des droits de l'Homme, M. Sudre formule cette préséance conditionnelle (si l'on peut dire) en ces termes : « La Convention fixe des normes internationales à respecter par les États contractants dans leurs rapports avec les individus et confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. La Convention a donc un caractère second par rapport au droit interne : elle ne vise pas à supplanter le droit interne mais, si besoin, à le compléter ou à en pallier les défaillances ». Cf. F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 41.

²⁶³ Propos rapporté par C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 158.

²⁶⁴ P. WACHSMANN, *Les droits de l'Homme*, op. cit., p. 12. Faisant le même constat sur ce « lien très fort (...) entre le développement des relations interétatiques harmonieuses et le respect interne des droits de l'homme (...) », P.-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH* 1989, p. 19-29, spéc. p. 20 ; ainsi que G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 162-163.

« l'interdépendance de la paix et de la sécurité internationale (...) et du respect des droits de l'homme »²⁶⁵. C'est une constante pour les droits et libertés que de trouver leur réalisation effective dans l'internationalisation²⁶⁶. Il faut donc souscrire à l'idée que « l'organisation d'un système de protection d'amplitude universelle des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine est loin d'être de nos jours un projet utopique. Le souci de garantir partout et toujours ne serait-ce qu'un seuil minimal de respect va d'ailleurs de pair avec toute la philosophie qui anime les droits de l'homme »²⁶⁷. Comme l'écrit Marie-Luce Pavia de la fondamentalisation du droit, « ce droit *se diffuse* au niveau mondial (...) » (nous soulignons)²⁶⁸.

237. « Même la "patrie des droits de l'homme" – comme notre pays se plaît et parfois se complaît à être nommé – peut avoir besoin de repères internationaux »²⁶⁹. La création de la société internationale dans le droit fil de la naissance de l'Organisation des Nations Unies figure au nombre de ses repères. Le professeur Dominique Carreau relève que « les droits de l'homme sont visés parmi les préoccupations essentielles de l'O.N.U. – ce qui tendrait, ajoute-t-il, à montrer que l'on se trouve ici en présence d'une "matière d'intérêt international" »²⁷⁰. La Charte des Nations Unies devait ouvrir la voie en annonçant dans son Préambule la résolution des peuples des Nations unies « à proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes (...) »²⁷¹. Pour la première fois, un texte « fait pénétrer les droits de l'homme dans l'ordre international et *transperce l'écran de l'État* qui sépare droit interne et droit international » (nous soulignons)²⁷². Cette internationalisation des restrictions aux droits et libertés est approfondie, sous l'égide de la nouvelle organisation internationale et sous la plume de l'ancien Vice-président du Conseil d'État et ancien président de la Cour européenne des droits de l'Homme René Cassin, par l'adoption d'un texte majeur – et en dépit

²⁶⁵ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 11. Relativement aux détails de ce processus, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 45-49.

²⁶⁶ Jean-Claude Mavila, de l'Université de Brazzaville (Congo), plaide dès 1994 en ce sens à l'échelle du continent africain car, fait-il valoir, « il s'agit véritablement de dépasser la dimension nationale, comme c'était le cas jusqu'à présent, pour privilégier une action normative réelle ». Cf. J.-C. MAVILA, « Plaidoyer pour le respect des droits de l'Homme et des peuples pour l'Afrique de l'an 2000 », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 111-126, spéc. p. 123.

²⁶⁷ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 211.

²⁶⁸ M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 7.

²⁶⁹ E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA n° spécial* 1998, p. 66-74, spéc. p. 74. Quant « au retard » de la France dans ce domaine, C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 119.

²⁷⁰ D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 412. Affirmation qu'il faut, il est vrai, nuancer : « Toutefois, on ne peut s'empêcher de noter que tout ce droit d'origine "onusienne" est affecté de faiblesses qui rendent la portée de ces textes relatifs aux droits de l'homme pour le moins incertaine et en réalité limitée » (p. 412).

²⁷¹ Charte de San Francisco signée le 26 juin 1945 et créant, le 24 octobre 1945 date de son entrée en vigueur, l'Organisation des Nations Unies. Voir aussi C. LECLERCQ, op. cit., p. 55-56, lequel fixe également à 1945 le développement de l'« internationalisation de la protection des individus contre les gouvernements oppresseurs » (p. 55). D'où cette remarque généralisante du professeur Decaux : « La Charte des Nations Unies ne se contente pas d'évoquer les droits fondamentaux (...), elle en fait la fondation du système international (...) ». Cf. E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », préc., p. 68 et plus généralement, sur ce texte, p. 68-69.

²⁷² F. SUDRE, op. cit., p. 47.

de son absence de valeur juridique contraignante²⁷³ – la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948²⁷⁴. De cette résolution, l'éminent publiciste dira qu'elle « est universelle par son inspiration, par son expression, par son contenu, par son champ d'application, par son potentiel, et elle proclame directement les droits de l'être humain au regard de tous autres, à quelques groupes sociaux auxquels ils appartiennent les uns et les autres »²⁷⁵. L'époque des « nations à l'état de tribus, séparées par nature les unes des autres, inconscientes de la solidarité humaine » serait révolue²⁷⁶.

238. Ce processus d'internationalisation est constaté fréquemment comme le relève le professeur Sabino Cassese lorsque ce dernier évoque les mutations du droit administratif en France et des droits administratifs en Europe résultant tant de l'eupéanisation que de l'internationalisation : « Il n'est plus désormais de secteur du droit administratif, de la police à la protection de l'environnement, au contrôle financier, au commerce, etc., où il n'y ait une organisation internationale qui établit des standards, promulgue des directives, contrôle, etc. »²⁷⁷. L'internationalisation de l'intérêt général est un fait. Désormais, l'étendue de certains droits et libertés est garantie et limitée par des autorités et organes de contrôle internationaux lesquels peuvent, en outre, opposer le caractère objectif des droits de l'Homme²⁷⁸. Le contenu de la notion d'intérêt général s'en trouve *de plano* affecté. Les droits

²⁷³ Même après son adoption, « la célébrité de la Déclaration universelle ne s'est pas démentie. Par son ambition universaliste, ce texte continue de focaliser l'attention des hommes épris de liberté ». Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 128. On a pu voir dans ce texte « un instrument préjudicatif ». Cf. F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 8. En droit international, l'application de la Déclaration de 1948 est incertaine car, comme le relève Dominique Carreau, « ces règles ne possèdent pas les qualités intrinsèques requises pour être "auto-exécutoires" ou directement "applicables" » en droit interne (Cf. D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 413). Quant à la Cour internationale de justice, à notre connaissance, elle semble conférer une certaine valeur juridique à la Déclaration universelle en condamnant, parce que fondamentalement illicite au regard du droit international diplomatique (dont les deux Conventions de Vienne de 1961 et 1963) et du droit international général dont la Déclaration de 1948, la prise d'otages en 1979 à l'Ambassade des États-Unis imputable aux autorités iraniennes, voir, en ce sens, CIJ, 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3 § 91 : « Le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la déclaration universelle des droits de l'homme ». Voir, pour une opinion similaire sur cette jurisprudence, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 177-180 ; E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », préc., p. 70.

²⁷⁴ Adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, la Déclaration ne constitue en effet « qu'une » résolution dépourvue, pour ce motif, de valeur juridique en droit interne français. Le Conseil d'État a consacré cette solution par son arrêt CE, 18 avril 1951, *Élections de Nelay*, Rec. p. 189. Position au demeurant constante en faveur de l'inapplicabilité confirmée récemment à l'occasion des multiples requêtes dirigées contre la suppression de certaines juridictions suite à la réorganisation des sièges et ressorts de plusieurs juridictions opérée par la réforme de la carte judiciaire en 2008, voir CE, 19 février 2010, *M. Pierre M. et autres*, n° 322407, publié au *Recueil Lebon* : « Considérant (...) que les requérants ne sauraient invoquer utilement les stipulations de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui ne figure pas au nombre des textes diplomatiques qui ont été ratifiés dans les conditions fixées par l'article 55 de la Constitution ». Sur la Déclaration universelle de 1948, notamment, E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », préc., p. 69-70. Elle « est la pierre angulaire du système onusien (...) » (p. 70).

²⁷⁵ R. CASSIN, « L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme », in *Mélanges Georges Scelle. La technique et les principes du droit public*, L.G.D.J., 1950, t. 1, p. 77, cité par F. SUDRE, op. cit. p. 43.

²⁷⁶ H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme*, p. 66, cité par E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », préc., p. 68.

²⁷⁷ S. CASSESE, « Les transformations du droit administratif du XIX^e au XXI^e », *Droit administratif*, octobre 2002, p. 6-9, spéc. p. 8.

²⁷⁸ Sur ce point, nous renvoyons à F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 12-21 : pour résumer, la matière des droits de l'Homme, loin des principes classiques du droit international général, rend inopérant la condition de réciprocité et promeut l'effet direct des conventions protectrices des droits fondamentaux. Une telle

internes n'ont plus, seuls, la maîtrise de la définition des droits et libertés²⁷⁹. « Le droit international (...) n'est pas une catégorie à part, planant dans les nuées au-dessus du droit interne, à moins d'en revenir à un dualisme qui, en théorie comme en pratique, est largement dépassé »²⁸⁰. Cette dynamique mondiale est enfin illustrée par la multiplication, parfois laborieuse, au plan régional de catalogues de droits fondamentaux et d'instruments de protection des droits de l'Homme pour chacune des grandes aires géographiques de la planète et dont on renvoie à Bernadette Duarte la présentation précise²⁸¹ en ce sens que si, de nos jours, est évidente l'emprise internationale sur les agissements étatiques, les résistances nationales ont durablement dessiné le visage contemporain de la protection internationale des droits de l'Homme : « en Afrique, tout comme dans le cadre interaméricain, le contexte politique ralentit ou relance le processus d'internationalisation des droits de l'homme qui dépend nettement du bon vouloir des États »²⁸².

239. Pour apprécier l'ampleur de cette internationalisation nous devons préciser deux éléments. D'une part, il faut rappeler l'étendue de la suprématie conférée par le droit interne au droit international. Ce dernier s'impose aux normes infra-constitutionnelles en raison de l'article 55 de la

convention, souligne Frédéric Sudre, « est rebelle à toute idée de contrat et ignore le principe de réciprocité : la jouissance par l'individu des droits énoncés n'est pas conditionnée par l'attitude des États (...) » (p. 13). Du même auteur, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 57-60 (signification) et p. 60-78 (conséquences attachées à ce caractère).

²⁷⁹ Pour deux raisons en particulier. La première : « La souveraineté des États n'a jamais été totale : les États ne vivent pas en vase clos, en circuit fermé, en autarcie ; ils se situent dans un environnement international dont ils ne contrôlent pas toutes les données, se frottent nécessairement à d'autres souverainetés » (Cf. J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 113). La seconde : qu'au regard de la société internationale, le contenu de l'intérêt étatique qui serait exclusivement déterminé par le droit interne ne serait à l'évidence guère qualifiable d'intérêt général car « les intérêts nationaux (...) sont des intérêts particuliers au sein de la société internationale ». En ce sens, H. THIERRY, « Esquisse d'une classification fonctionnelle des normes du droit international », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, op. cit., p. 306. Le droit public international de l'extradition est un exemple moderne d'un intérêt général nouveau, celui de « l'effectivité de la justice au-delà des frontières » (cf. I. DE SILVA, « La protection des droits fondamentaux par le juge administratif de l'extradition : progrès et rupture », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, op. cit., p. 763-782, p. 773). Pour une description du phénomène et de sa nécessité, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 38-45.

²⁸⁰ E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », préc., p. 66 ; ainsi que G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 157-163 : « aujourd'hui, une définition des droits de l'homme est impossible sans considérer leur dimension internationale » (p. 157).

²⁸¹ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 7-17 : l'auteur fait mention successivement de la Convention américaine des droits de l'Homme (1969), de la Convention européenne des droits de l'Homme (1950), de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (1981) ainsi que de la Charte arabe des droits de l'Homme (1994) ; voir aussi la synthèse de F. SUDRE, op. cit., p. 164-176.

²⁸² B. DUARTE, op. cit., p. 15. Cette donnée est partagée par le Vieux continent ainsi que le souligne Mme Duarte quelques lignes plus loin (p. 16). Sur ce contexte politico-social de l'Afrique qui ne doit pas être surestimé, voir P.-G. POUGOUE, « Lecture de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 31-45. De manière plus globale, notamment : G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 160-161 : M. Peces-Barba considère que « le processus d'internationalisation » « est encore en grande partie au niveau de la Philosophie des droits, et non d'un Droit positif généralisé », si l'on excepte certaines avancées sectorielles (au sein de l'ONU) ou régionales (Conseil de l'Europe) ; F. SUDRE, op. cit., p. 129 : « La reconnaissance des droits de l'homme revêt un caractère global et universel, qui traduit un consensus apparent de la société internationale, une bonne conscience collective : les droits de l'homme *urbi et orbi*. Cette mondialisation du discours de proclamation ne saurait cependant gommer les différences entre les instruments de proclamation ».

Constitution du 4 octobre 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». À l'invitation du Conseil constitutionnel²⁸³, la Cour de cassation²⁸⁴ puis le Conseil d'État²⁸⁵ écartent toute loi, fût-elle postérieure, contraire à un engagement international²⁸⁶. Ce qui signifie que la notion d'intérêt général déterminée par le législateur doit être compatible avec les engagements internationaux de la France²⁸⁷. D'autre part, il faut observer que l'internationalisation de la notion d'intérêt général prend deux directions. Elle peut être substantielle à deux titres. Quantitativement lorsque l'on s'interroge sur les droits fondamentaux concernés. Quels droits et quelles libertés seraient internationalement saisis par le droit ? Qualitativement aussi lorsque le système de droit a préalablement accepté d'adopter une définition des droits fondamentaux – donc un contenu de la notion d'intérêt général – qui ne soit pas considérée comme en deçà du seuil minimal constitué par le droit international. C'est l'hypothèse des clauses de non recul ou de sauvegarde visant à contraindre les États à déterminer restrictivement la notion d'intérêt général²⁸⁸. L'approche substantielle dans ces deux composantes ne sera pas évoquée dans la mesure où elle suppose un examen très détaillé de l'ensemble des définitions retenues. L'étude entend se contenter de faire état du cadre dans lequel sont réalisées ces définitions. L'examen des sources formelles de la normativité internationale se révèle être l'approche la plus pertinente. Cette internationalisation, abordée sous

²⁸³ CC, 15 janvier 1975, déc. n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse (IVG I)*, Rec. p. 19, GDCC n° 23, p. 299-326. Notons qu'elle n'est qu'implicite puisque nulle part dans cette décision le Conseil n'invite, *expressis verbis*, les juridictions administratives et judiciaires à exercer le contrôle de conventionnalité annoncé par l'article 55. Voir, pour l'exposé de ce point de droit, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 23, p. 316-317, spéc. p. 317 : évoquant les « conséquences de cette autorisation implicite donnée au juge ordinaire (...) ». Il faudra très certainement au Conseil d'État l'explicitation de l'invitation par le Conseil constitutionnel pour qu'il décide, en 1989, d'exercer à son tour le contrôle de conventionnalité. Voir CC, 3 septembre 1986, déc. n° 86-216 DC, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 135, cons. n° 6 : l'article 55 impose le respect des conventions internationales, « même dans le silence de la loi » et « il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives (...) ».

²⁸⁴ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D. 1975, p. 497.

²⁸⁵ CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, GAJA n° 96, p. 683-694.

²⁸⁶ Pour un point de vue réservé sur « cette interprétation des plus divinatoires de l'article 55 de la Constitution », F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 220.

²⁸⁷ En la matière, la condition de réciprocité, inapplicable aux engagements internationaux relatifs aux droits fondamentaux eu égard à leur caractère objectif, est rendue inapplicable en droit français en dépit de son inscription à l'article 55 de notre Constitution. En ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 62-63. D'un point de vue plus formel, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 233 : « On s'accorde généralement à penser que, s'agissant d'une convention multilatérale pouvant être considérée comme un traité-loi, l'exigence de réciprocité (...) est écartée ». Le Conseil constitutionnel s'est efforcé de l'indiquer s'agissant du *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* signé à Rome le 18 juillet 1998 dans CC, 22 janvier 1999, déc. n° 98-408 DC, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. p. 29, cons. n° 12 *in fine* : « la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer ». Voir, enfin, P. SERRAND, « Feu la jurisprudence *Rekhov*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* », *Jus Politicum Revue de droit politique* n° 5, 2010, <http://www.juspoliticum.com>, p. 1-10.

²⁸⁸ Par exemple : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie » (art. 53 Convention EDH) ; « 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 l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres » (art. 53 CDFUE).

l'angle formel, et essentielle à la fondamentalisation de la notion d'intérêt général, s'est construite à partir de l'eupéanisation de notre droit (I.) tout en trouvant des relais dans le droit international général (II.). L'une et l'autre participent la « sédimentation normative des droits fondamentaux (...) »²⁸⁹.

I. – L'eupéanisation significative de la notion d'intérêt général :

240. Contribuant à la réalisation du « rêve européen », qu'annonçait avec clairvoyance Benjamin Constant à l'aube de la Restauration²⁹⁰, la création du Conseil de l'Europe²⁹¹ et de la Communauté européenne, à laquelle a succédé l'Union européenne, participe d'une définition européenne du contenu de la notion d'intérêt général. Leur importance respective ne doit pas être minorée puisque le droit de Strasbourg interfère dans la vie de plus de huit cents millions de sujets de droit. Cette observation est similaire pour le droit de l'Union quand bien même il n'intéresserait « que » cinq cents millions d'individus. À l'occasion du colloque consacré à l'intérêt général en tant que norme constitutionnelle, Denys Simon voyait dans la démarche scientifique de ce colloque combien le traitement de la notion par les droits européen et de l'Union était devenu fécond : « Il est en soi significatif que les organisateurs de ce colloque aient jugé utile, pour alimenter la réflexion initiée par le président Mazeaud sur la fonction de l'intérêt général comme norme constitutionnelle, d'introduire le regard des droits européens sur l'intérêt général national. Il s'agit sans nul doute d'une reconnaissance explicite et apaisée de l'interdépendance croissante des ordres juridiques nationaux et des systèmes juridiques communautaire et européen »²⁹². Dans un autre colloque, on peut relever que « les temps changent... Que ce soit pour s'en réjouir, le déplorer ou, plus simplement, pour le constater, aujourd'hui plus personne ne conteste sérieusement le fait que le droit européen constitue une source importante du droit administratif et, plus largement, du droit public français » et que « d'emblée, l'intérêt général, s'est en effet trouvé doublement affecté par les droits européens (...) »²⁹³.

²⁸⁹ F. POIRAT, « Déclaration universelle des droits de l'homme et Pacte de 1966 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 206-216, spéc. p. 216.

²⁹⁰ Notamment dans son discours de 1819 : B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 596-597 : « La division même de l'Europe en plusieurs États, est, grâce aux progrès des lumières, plutôt apparente que réelle. Tandis que chaque peuple, autrefois, formait une famille isolée, ennemie née des autres familles, une masse d'hommes existe maintenant sous différents noms, et sous divers modes d'organisation sociale, mais homogène de sa nature. Elle est assez forte pour n'avoir rien à craindre des hordes barbares. Elle est assez éclairée pour que la guerre lui soit à charge. Sa tendance uniforme est vers la paix ».

²⁹¹ Sur la genèse du Conseil de l'Europe et son incidence sur la promotion des droits de l'Homme, voir le propos de J.-L. BURBAN, *Le Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 1993, p. 7-12.

²⁹² D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 47. Aussi doit-on partager, aujourd'hui, la remarque formulée par Virginie Saint-James en 1995 : « Une vision assez optimiste de la pénétration des conciliations européennes peut être avancée si l'on considère que l'idée de conciliation est au cœur des interprétations européennes » (Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 418).

²⁹³ D. SZYMCAK, « Le droit européen, source de droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 51-68, spéc. et respectivement p. 51 et p. 57. Sur l'apport des deux droits européens

Il faut, à leur suite, admettre que la notion d'intérêt général, si elle est formellement validée *in fine* par l'ordre interne, résulte matériellement du droit européen de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (A.) et du droit de l'Union²⁹⁴ ou « droit unional »²⁹⁵ (B.).

A. – Le saisissement direct de la notion d'intérêt général dans le droit européen de la Convention :

241. « Révolutionnaire »²⁹⁶, l'eupéanisation de la notion d'intérêt général répond de prime abord à une volonté européenne de se prémunir contre l'échec des ordres nationaux à concrétiser les droits et libertés et à empêcher les systèmes de droit libéraux, actionnés exclusivement par leurs droits internes, de sombrer à nouveau dans la négation des droits et libertés. L'internationalisation, à l'instar de la dénomination exacte de la Convention européenne de *sauvegarde* des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, est une sauvegarde supplémentaire au profit des droits et libertés nationalement restreints²⁹⁷. Pierre-Henri Teitgen, ancien Garde des Sceaux de la IV^{ème}

aux droits fondamentaux, H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA n° spécial* 1998, p. 75-91, spéc. p. 76-85.

²⁹⁴ Compte tenu de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, de nombreuses dénominations officielles ont changé. Ainsi est-on invité à écrire *droit de l'Union* en lieu et place de *droit communautaire*. Pareillement, il convient de parler de la *Cour de justice de l'Union européenne* qui se substitue à la *Cour de justice des Communautés européennes*. Cependant, nous indiquons que nous ne nous interdisons pas de recourir aux anciennes dénominations lorsqu'il s'agira d'évoquer ce qui s'est fait antérieurement au 1^{er} décembre 2009 et ce, afin de garder au propos une certaine lisibilité. Enfin, restent en l'état les abréviations officielles *CJCE* et *TPICE* pour mentionner toutes les décisions rendues par ces juridictions avant le 1^{er} décembre 2009.

²⁹⁵ Nous nous sommes confronté non sans étonnement à cette formule, son emploi restant discret en France. Voir, pour cet emprunt au professeur de l'Université Friedrich Schiller d'Iéna (Allemagne) Matthias Ruffert, M. RUFFERT, « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 149-159, spéc. p. 158.

²⁹⁶ C'est le terme qu'emploie Jean-François Flauss pour qualifier le « modèle de protection internationale des droits de l'homme » née de la Convention européenne de 1950. Voir J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 69-108, spéc. p. 69. De surcroît elle n'affecte pas seulement les États parties, elle s'est aussi « infiltrée » dans le droit de l'Union : l'« appropriation de la Convention européenne (...) par la Cour de justice est plutôt une conquête par la Convention du système communautaire » (cf. O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 121-140, spéc. p. 126). Elle peut, du coup, inquiéter : « La culture juridique nationale a ses exigences que les juges européens ne comprennent pas. Il faudrait la leur faire connaître », sans doute en modérant les velléités impérialistes que l'auteur prête à la Convention (F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, respectivement p. 60 et p. 234). Pour une perception extrêmement « pathologique » de la relation jugée difficile entre la Cour de cassation et la Cour européenne, J. VAILHE, « Cour de cassation », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 114-121 : mentionnant « les « réticences, voire les résistances » (p. 115), « le choc » (p. 117) ou bien « le bras de fer » (p. 118). S'agissant des rapports entre droit administratif et droit européen, Norbert Foulquier insiste sur l'opposition première de leur philosophie. Quand le droit administratif, dit-il en substance, privilégie le communautaire, la Convention envisage en priorité l'individu. Voir N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, *op. cit.*, p. 84.

²⁹⁷ Sur ce texte, en tant que source formelle des droits fondamentaux sur le continent européen, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 134-137 ; ainsi que J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 69-108. Quant à la procédure laborieuse de ratification de la Convention par la France, J.-L. BURBAN, *Le Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, p. 72-80.

République, l'a très tôt expliqué, lors de son intervention du 5 septembre 1949, devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe fraîchement créé : « Les démocraties, dit-il, ne deviennent pas en un jour des pays nazis. Le mal progresse sournoisement ; une minorité agissante, comme l'on dit, s'empare des leviers de la commande un à un, les libertés sont supprimées secteur par secteur. L'opinion publique, la conscience universelle, la conscience nationale sont asphyxiées...Il faut intervenir avant qu'il ne soit trop tard. Il faut qu'il existe une conscience quelque part, qui *sonne l'alerte* pour les opinions nationales menacées de cette gangrène progressive, leur montre le péril. Une juridiction internationale au sein du Conseil de l'Europe, un système de contrôle et de garantie, ce pourrait être cette conscience dont nous avons tous besoin... » (nous soulignons)²⁹⁸.

242. Le saisissement de la notion française d'intérêt général par le droit conventionnel européen participe au mouvement de fondamentalisation de la notion²⁹⁹. Pour Wagdi Sabete, la question ne fait guère de doute : la limitation *nationale* à un droit fondamental doit toujours être « fondée sur l'intérêt général »³⁰⁰. Toutefois, ces restrictions portées aux droits et libertés ne devront plus seulement satisfaire le cadre constitutionnel mais aussi, par sa médiation, le cadre européen. C'est la voie ouverte, par le Conseil constitutionnel, remarque Olivier Dutheillet de Lamothe : « En refusant en 1975 de contrôler la conformité des lois aux traités internationaux, le Conseil constitutionnel a conduit les tribunaux, tant judiciaires qu'administratifs, a développé une nouvelle forme de contrôle de constitutionnalité des lois : le contrôle de conventionnalité (...). Malgré des différences apparentes, ce contrôle de conventionnalité nous paraît, en effet, s'apparenter très largement à un contrôle de constitutionnalité des lois (...) »³⁰¹. Nous souscrivons à cette analyse sous l'angle de la finalité du contrôle de la loi³⁰². Le contrôle de conventionnalité exercé par les juridictions ordinaires contribue, sur le fond même de la notion d'intérêt général, à soumettre la notion au cadre européen des droits et libertés incluant donc la conventionnalisation de la notion dans ce mouvement de fondamentalisation.

243. « La nature juridique ayant, elle aussi, horreur du vide, les tribunaux allaient s'engager dans la voie ainsi ouverte, selon un rythme très différent pour les juridictions judiciaires et administratives »³⁰³. Mais une telle démarche ne s'est pas faite sans heurts voire sans résistance³⁰⁴.

²⁹⁸ Propos rapporté par C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 109.

²⁹⁹ Mentionnons ici le rôle important joué, au plan européen dans l'affrontement des deux blocs (Est-Ouest), par le « troc » qu'a constitué, en quelque sorte, l'Acte final de la Conférence d'Helsinki signé le 1^{er} août 1975. Voir, pour une analyse rétrospective des implications de l'Acte sur le sort des droits et libertés en Europe (de l'Est surtout), G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 130-133.

³⁰⁰ W. SABETE, « Limitations aux droits », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 659.

³⁰¹ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, op. cit., p. 316.

³⁰² Car quant à sa forme, il faut convenir que le contrôle de constitutionnalité exercé par l'aile Montpensier du Palais Royal diffère notablement du contrôle effectué tant par le Palais Royal que le Quai de l'Horloge.

³⁰³ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, op. cit., p. 319.

« Aux yeux d'un juge, en particulier administratif, contrôler la conventionnalité d'une loi est un acte suffisamment contraire aux habitudes de révérence à l'égard du législateur, entretenues jusque dans les années soixante-dix, pour qu'il pose des conditions strictes au déclenchement même de ce contrôle »³⁰⁵. Les causes explicatives sont évidemment protéiformes. Jean-Paul Markus en identifie une des plus importantes : « Au titre de ce contrôle et de son objet, des investigations devront être menées, dont certaines cependant, bien que courantes à l'égard de l'administration active, ne se conçoivent guère à l'égard du législateur. En particulier, admettre un contrôle des faits qui ont présidé à l'adoption d'une loi, tant de leur matérialité que de leur qualification juridique, relèverait de la violation du principe de séparation des pouvoirs, même si parfois on est fondé à se demander dans quelle mesure une loi ne sert pas des mobiles autres que la volonté générale qu'elle incarne »³⁰⁶. C'est ainsi que réside toute la difficulté de l'admission effective, pleine et entière de la légalité internationale. L'intérêt général déterminé par le législateur sera revu et corrigé par un juge au nom d'un ensemble de règles internationales qui viennent poser un autre cadre à la détermination de l'intérêt général susceptible de venir restreindre les droits et libertés. Or, ce sont différentes sources de légitimité qui vont s'affronter dans la détermination finale du contenu de la notion d'intérêt général³⁰⁷. Cette conflictualité procède aussi, comme le rappelle le professeur Simon, de la perception de la norme restrictive de liberté par le juge européen : « la Convention européenne des droits de l'homme véhicule une conception d'un "ordre public européen", au sein duquel la limitation des droits et libertés garanties par la Convention peut être justifiée par des raisons d'intérêt général dont la pertinence et la portée font l'objet d'appréciations de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne convergent pas nécessairement avec les conceptions nationales de l' "intérêt général" »³⁰⁸.

244. C'est pourquoi, dans le traitement de la notion d'intérêt général, et contrairement aux cas de figure posés par le droit de l'Union, « il ne s'agit pas (...) d'un processus de substitution de l'intérêt commun à l'intérêt général national, mais d'un mécanisme de reconnaissance du droit des instances nationales de définir l'intérêt général national. Toutefois, ce droit n'est pas absolu, dans la mesure où il doit respecter les obligations acceptées souverainement par les États lorsqu'ils ont souscrit à des

³⁰⁴ « Le dialogue des juges (...) n'est pas forcément sans heurts » disait Patrick Wachsmann. Cf. P. WACHSMANN, *Les droits de l'Homme*, op. cit., p. 136. Quant à l'influence spécifique de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le contentieux administratif français, on se référera plus globalement à L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Paris, Economica, 1996.

³⁰⁵ J.-P. MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA* 1999, p. 99-112, spéc. p. 100.

³⁰⁶ J.-P. MARKUS, préc., p. 104. Aux yeux de François Terré, le contrôle judiciaire de la loi est contraire à notre tradition. Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 220-221.

³⁰⁷ Le professeur Markus montre que le juge pourra, dans ces conditions et en dépit des contradictions formelles entre la loi et la convention internationale, être amené à déclarer une loi compatible avec une convention en raison des buts poursuivis : « Il est donc des buts propres à légitimer aux yeux du juge la transgression par la loi d'une convention internationale » et d'ajouter d'emblée : « Ce sont des buts d'intérêt général ». Cf. J.-P. MARKUS, préc., p. 110.

³⁰⁸ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 49.

engagements conventionnels »³⁰⁹. La différence notable avec le droit de l'Union (examiné plus loin) tient à l'existence d'un encadrement des restrictions aux droits et libertés. Par principe, le droit européen, et les organes qu'il instaure – singulièrement les juges de Strasbourg – n'ont pas vocation à déterminer directement le contenu de la notion d'intérêt général, c'est-à-dire l'étendue de la restriction aux droits et libertés³¹⁰. Devant le juge européen, il s'agit de la classique marge d'appréciation laissée aux États partis pour déterminer le contenu de la notion d'intérêt général : « il s'agit en quelque sorte d'un principe de subsidiarité, qui laisse aux autorités nationales un pouvoir discrétionnaire qui se trouve seulement *encadré* par les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme » (italique dans le texte)³¹¹. Deux explications utiles peuvent être rapportées : « Cette solution est justifiée en premier lieu par une sorte de logique de proximité : les autorités nationales sont mieux à même d'apprécier l'intensité des exigences de l'intérêt général et les données économiques, sociales, politiques qui justifient l'intervention de la puissance publique. C'est ainsi que le juge européen laisse une marge de manœuvre aux pouvoirs publics nationaux pour évaluer les nécessités de l'ordre public, pour apprécier l'utilité publique en matière d'expropriation, ou pour réglementer le port des signes religieux dans les établissements d'enseignement. En deuxième lieu, la Cour européenne des droits de l'homme estime que l'intérêt général et les notions dérivés ou corollaires peuvent varier dans le temps et dans l'espace (...) »³¹². Le saisissement de la notion française d'intérêt général par le droit européen reste cependant direct en raison de la matière même de la Convention : la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Alors même qu'en application de son article 53³¹³, « normativement, la protection offerte par la Convention n'est donc que subsidiaire [en] réalité, il en va souvent autrement à partir du moment où le niveau de protection assuré par l'instrument européen équivaut au standard de protection le plus élevé »³¹⁴. La Cour, ainsi que cela a été dit plus haut, peut sans excès qualifier la Convention d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »³¹⁵ car la notion d'intérêt général ne peut plus échapper à l'emprise de ce texte lequel concentre une part

³⁰⁹ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op. cit.*, p. 52-53.

³¹⁰ « L'État demeurant le maître de cette balance des intérêts, sous le contrôle attentif du juge européen » selon Henri Labayle. Cf. H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *préc.*, p. 77 ; « Affirmer le droit commun tout en préservant l'autonomie nationale, tel est l'enjeu du droit de la Convention européenne des droits de l'homme » signale Frédéric Sudre (cf. F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge*, *préc.*, p. 224-242, *spéc.* p. 239).

³¹¹ « Mais la "marge d'appréciation" ainsi laissée aux États n'est pas illimitée ». Cf. D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op. cit.*, p. 53.

³¹² D. SIMON, *op. cit.*, p. 53.

³¹³ « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

³¹⁴ J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 71-72. Parfois même la Convention constitue, « pour bon nombre d'États, le standard maximum »... (p. 106).

³¹⁵ CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, série A, n° 310, § 75. Sur cette qualification de la Convention par les juges de Strasbourg, F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 4-6.

essentielle de l'eupéanisation de ladite notion³¹⁶. Essentielle mais non exclusive comme l'atteste l'eupéanisation poursuivie, incidemment, par le droit issu de l'Union européenne.

B. – Le saisissement progressif de la notion d'intérêt général dans le droit de l'Union européenne :

245. La notion d'intérêt général est si peu étrangère au droit de l'Union qu'on a pu énoncer qu'elle était « l'étalon invariable de toutes les initiatives et de toutes les décisions des membres de la Commission européenne »³¹⁷. Elle serait même la manifestation améliorée de « l'unité de l'Europe » esquissée depuis Victor Hugo et reprise par les pères fondateurs au lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour construire les Communautés européennes³¹⁸. Fabienne Kauff-Gazin a montré la réalité de « l'intérêt général communautaire » ou de « l'intérêt général européen »³¹⁹ : « il n'est pas exagéré, dit-elle, d'affirmer que l'intérêt général constitue l'alpha et l'oméga du droit communautaire (...) »³²⁰. À partir de (et dans le cadre de) la notion de Communauté de droit, traduction à l'échelle de l'Union de l'État de droit, l'auteur fait opportunément appel aux considérations contractualistes, le « contrat social communautaire », pour bâtir une logique de restriction aux droits et libertés au nom de l'intérêt général fondée sur les mêmes prémisses qu'en droit interne³²¹. Mais la signification de l'intérêt général de l'Union européenne n'a pas toujours été celle-ci.

246. Il ne doit pas être éludé ni minoré que le droit de l'Union n'avait pas pour but, aux origines, de participer à la définition des droits fondamentaux³²². Le droit de l'Union ne devait pas embrasser

³¹⁶ « La Cour européenne constitue le seul cas international de protection juridictionnelle des droits dont on puisse saluer les mérites et l'ampleur, sans oublier toutefois qu'il doit pour une grande part son existence et son succès à ce que les États font et acceptent de lui, et que, petite "mer de tranquillité" au milieu de terres éruptives, il ne concerne qu'à peine plus du quart des États de la planète et seulement le sixième de sa population ». Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme, op. cit.*, p. 116.

³¹⁷ É. ZOLLER, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 213.

³¹⁸ Sur la genèse de l'intérêt général au plan du droit de l'Union européenne, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire, op. cit.*, p. 4 et s.

³¹⁹ F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 5 et 6 (pour le premier emploi de ces terminologies).

³²⁰ F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 9.

³²¹ Voir son analyse, F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 425 et s. On retrouve ce contractualisme dans le vocabulaire de l'avocat général Marco Darmon dans M. DARMON, conclusions pour CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.* 1986, p. 1656, point 3 : « le pacte communautaire ».

³²² En ce sens, D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus ?" », *Pouvoirs* 2001/1, n° 96, p. 31-49, spéc. p. 32 : « Il n'est pas exagéré de penser que la protection des droits de l'homme n'était pas la préoccupation prioritaire des négociateurs du traité instituant la Communauté européenne » ; de même, s'agissant du juge de l'Union, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français, op. cit.*, p. 213 : « Il n'est pas dans les attributions de la Cour de justice des Communautés de traiter des droits fondamentaux ». L'auteur développe ensuite son argumentaire quant à la place évolutive des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union (p. 418-420) ; enfin, H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *préc.*, p. 79 et s. À l'inverse, Jean Paul Jacqué montre que, si l'on veut évoquer l'histoire de l'Union européenne, il faut remonter à la Seconde guerre mondiale, assurément l'une des périodes les plus graves de négation des droits fondamentaux. Cf. J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd., 2009, p. 2-3. Observation historique que note aussi J. BENZIMRA-HAZAN, « Droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 319-353, spéc. p. 320 : « les droits de l'homme *largo*

directement les droits et libertés compte tenu de son caractère « essentiellement économique »³²³. Il convient d'accepter ce « silence initial des traités »³²⁴. Ce en quoi le saisissement de la notion d'intérêt général est subséquent dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Mais il faut l'accepter sans en exagérer, non plus, l'impact car, comme l'écrit justement Jean Paul Jacqué, « il n'est pas possible d'exclure *a priori* toute interférence entre l'activité de l'Union et la question des droits fondamentaux »³²⁵. D'autant que « l'immédiateté et la primauté, poursuit le professeur Dubos, permettent en effet au droit communautaire de régir directement la situation juridique des individus. Il n'était donc guère concevable que puissent s'appliquer dans les systèmes juridiques nationaux des États membres, des normes fussent-elles communautaires, dont il n'était pas possible de vérifier leur conformité aux droits de l'homme »³²⁶. Si cet examen ne pouvait entrer par « la grande porte » des Traités, la Cour de justice de l'Union a été contrainte à reconsidérer, par d'autres biais, la relation de l'Union européenne aux droits fondamentaux³²⁷.

247. Certains systèmes de droit se sont montrés extrêmement sourcilleux quant à l'admission de ces questionnements devant le prétoire de l'Union et la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a été, comme on le sait, le fer de lance sinon la tête de pont de la « fronde »³²⁸, à tout le moins de la discussion engagée avec les juridictions de l'Union³²⁹. Le rôle de la Cour européenne des droits de

sensu n'ont jamais été étrangers à la culture des Communautés européennes qui, au sortir du second conflit mondial, reposaient sur l'idée, activement pacifiste, que le tissage entre eux de liens et intérêts économiques étroits interdirait aux belligérants d'hier de répéter l'histoire ».

³²³ J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 45-47, spéc. p. 45.

³²⁴ J. P. JACQUE, op. cit., p. 54.

³²⁵ J. P. JACQUE, op. cit., p. 55. Bref, dans une perspective poétique, ce serait d'abord un « mariage de raison » qui allait se transformer en « mariage d'amour » (cf. O. DUBOS, « Droit communautaire », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 261-275, spéc. p. 261).

³²⁶ O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 122-123.

³²⁷ Après un temps d'hésitation voire de refus pur et simple. Mais la lecture des arrêts n'est pas toujours concluante comme l'atteste l'un des premiers arrêts de la Cour de justice CJCE, 4 février 1959, *Friedrich Stork & Compagnie c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. 1/58, Rec. 1959, p. 43, point 4-A) : « attendu, en effet, qu'en vertu de l'article 8 du Traité, la Haute Autorité n'est appelée à appliquer que le droit de la Communauté ; qu'elle n'est pas compétente pour appliquer le droit interne des États membres ; que, de même, selon l'article 31 du Traité, la Cour n'a qu'à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité et des règlements d'exécution ; qu'en règle générale, elle n'a pas à se prononcer sur les règles de droit interne ; qu'en conséquence elle ne saurait examiner le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes du droit constitutionnel allemand (notamment les articles 2 et 12 de la loi fondamentale) » (nous soulignons). Derrière un refus apparemment péremptoire, la Cour a semblé réserver des hypothèses exceptionnelles (confirmant la règle générale) d'examen par elle de la définition de la notion d'intérêt général par le droit communautaire.

³²⁸ Nous empruntons l'expression à Frédéric Sudre dans F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 142. Laurence Burgorgue-Larsen y voit toutefois « un dialogue fructueux » (cf. L. BURGORGUE-LARSEN, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 127-134, spéc. p. 127).

³²⁹ Avant de décerner un « satisfecit » concernant la protection effective des droits fondamentaux par le droit de l'Union (dans une décision du 22 octobre 1986, *Solange II*), la Cour constitutionnelle fédérale « subordonnait son acceptation de la primauté du droit communautaire sur le droit national à l'existence d'une protection satisfaisante des droits fondamentaux dans le cadre des Communautés (...) » (décision du 18 octobre 1967, *Solange I*). Sur ce point, J. P. JACQUE, op. cit., p. 56-57, spéc. p. 56 pour la citation. Satisfecit souverainement révoquant... Cf. O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 123 : « Le système communautaire de garantie des droits fondamentaux (...) demeure bien dans son ensemble sous la surveillance de la Cour de Karlsruhe qui veille à ce qu'il assure un niveau de protection comparable à celui de la Constitution allemande ».

l'Homme n'est pas non plus négligeable, cette dernière ayant à son tour décerné un label de conventionnalité présumé (jusqu'à preuve d'une insuffisance manifeste) du droit de l'Union dans son arrêt *Bosphorus contre Irlande*³³⁰ en estimant « pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, "équivalente" (...) à celle assurée par le mécanisme de la Convention » (§ 165 de l'arrêt précité). Cette insistance a porté ses fruits. Au point même qu'on ait pu décrire sous un jour très favorable cette Europe des droits de l'Homme : « La construction d'un système autonome de protection des droits fondamentaux est certainement, souligne Olivier Dubos, l'un des plus remarquables fleurons de cette Europe des juges »³³¹. Le saisissement de la notion d'intérêt général n'est dès lors plus le grand absent lorsque la problématique des droits fondamentaux est entrée dans cet ordre juridique tel que l'a montré l'arrêt *Stauder* : « les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »³³². La question de la définition des droits fondamentaux et, par transition du contenu de la notion d'intérêt général, est entrée par les normes jurisprudentielles que sont les principes généraux du droit communautaire³³³. La Cour les a identifiés un à un en puisant à la fois dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres et dans les Conventions internationales pertinentes dont, en particulier, la Convention européenne des droits de l'Homme³³⁴. « Attendu que (...) les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces États ; que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent fournir des indications dont il

³³⁰ CEDH, Gr. Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, req. n° 45036/98, R. 2005-VI, spéc. § 151-156 pour les motifs pertinents de la Cour en ce domaine.

³³¹ O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 121.

³³² CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. 29-69, *Rec.* 1969, p. 419, point 7. Voir également CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70, *Rec.* 1970, p. 1125, point 4 : « en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ». Selon le professeur Dubos, « le rôle des traditions constitutionnelles communes revêt désormais un caractère relativement subsidiaire au regard de la Convention européenne des droits de l'homme » (cf. O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », op. cit., p. 124).

³³³ Sur la façon audacieuse de faire de la Cour de justice de l'Union quant à l'usage des PGD communautaires, O. DUBOS, « Droit communautaire », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 263 : « Le système juridique communautaire baignerait dans un halo de droits fondamentaux d'origine plus ou moins miraculeuse... ».

³³⁴ Le texte de Strasbourg est visé *expressis verbis* pour la première fois dans l'arrêt *Rutili* (CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, aff. 36-75, *Rec.* 1975, p. 1219, point 32) selon Frédéric Sudre, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 144-145. Ce texte « revêt, à cet égard, une signification particulière » tranche la Cour dans son arrêt *ERT*, CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, aff. C-260/89, *Rec.* 1991, p. I-2925, point 41. (Voir également CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Aff. 44/79, *Rec.* 1979, p. 3727, point 15).

convient de tenir compte dans le cadre communautaire »³³⁵. La définition des droits fondamentaux par l'ordre juridique de l'Union européenne est dorénavant tributaire de la détermination de la notion d'intérêt général par l'Union ainsi qu'en juge la Cour de Luxembourg dans un attendu tout à fait explicite³³⁶ : « attendu que si une protection est assurée au droit de propriété par l'ordre constitutionnel de tous les États membres et si des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles, les droits ainsi garantis, loin d'apparaître comme des prérogatives absolues, doivent être considérés en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés ; que, pour cette raison, les droits de cet ordre ne sont garantis régulièrement que sous réserve de limitations prévues en fonction de l'intérêt public ; que, dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits »³³⁷. Finalement, complétant les apports jurisprudentiels, le droit communautaire devenu le droit de l'Union, s'est enrichi par l'insertion directe des droits fondamentaux dans le droit primaire.

248. D'abord, la Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission officialise « l'importance primordiale » que ces institutions « attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des constitutions des États membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³³⁸. Viennent ensuite, successivement, l'Acte unique européen, le Traité sur l'Union européenne (1992) ainsi que le Traité d'Amsterdam (1997) et enfin le Traité de Lisbonne (2009). Ces textes ont promu en substance le développement de la démocratie et de l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'Homme et des

³³⁵ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen - und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. 4-73, *Rec.* 1974, p. 491, point 13. Jurisprudence complétée et systématisée depuis l'arrêt *ERT*, précité. En ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 145.

³³⁶ Dans une phraséologie qui n'est pas sans rappeler combien les origines de la liberté doivent à l'idée de commerce *lato sensu*, ce qui prend un relief certain quant on l'oppose aux origines de l'Union européenne. Notamment : C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 182 (note 3) : « Le commerce et la propriété ne sont pas un but du pacte social, mais peuvent être un moyen d'atteindre ce but ». Voir, aussi, le parallèle dressé par Benjamin Constant entre le commerce en tant que moyen alternatif à la guerre pour permettre à l'homme de parvenir à ses fins dans B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 597 : pour fonder le libéralisme moderne, le philosophe français affirme : « La guerre et le commerce ne sont que deux moyens différents d'atteindre le même but, celui de posséder ce que l'on désire. Le commerce n'est qu'un hommage rendu à la force du possesseur par l'aspirant à la possession. C'est une tentative pour obtenir de gré à gré ce qu'on n'espère plus conquérir par la violence. Un homme qui serait toujours le plus fort n'aurait jamais l'idée du commerce. C'est l'expérience qui, en lui prouvant que la guerre, c'est-à-dire, l'emploi de sa force contre la force d'autrui, l'expose à diverses résistances et à divers échecs, le porte à recourir au commerce, c'est-à-dire, à un moyen plus doux et plus sûr d'engager l'intérêt d'un autre à consentir à ce qui convient à son intérêt. La guerre est l'impulsion, le commerce est le calcul. Mais par la même il doit venir une époque où le commerce remplace la guerre. Nous sommes arrivés à cette époque ». Au XX^{ème} siècle, le lien très fort entre constitution d'un espace socialisé et commerce (en tant que lieu d'échanges, affectifs et/ou rationnels) est attesté, du point de vue sociologique, par Max Weber. En ce sens, J.-P. GROSSEIN, « De l'interprétation de quelques concepts wébériens », *préc.*, p. 705-706.

³³⁷ CJCE, *Nold*, précité, point 14.

³³⁸ JOCE, C 103 du 27 avril 1977, p. 1, § 1.

libertés fondamentales, intégrant au volet économique de l'Union une dimension politique³³⁹. « L'affirmation de valeurs fondamentales est sans doute le point le plus important »³⁴⁰ et l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a parachevé le long processus de détermination européenne de la notion d'intérêt général ainsi que des droits fondamentaux³⁴¹. Précisons que si cette dernière refonde une nouvelle architecture protectrice des droits fondamentaux, les acquis construits par le juge de Luxembourg et consolidés par le droit primaire sont conservés³⁴². Cela tient, si l'on relit le Traité sur l'Union européenne à l'aune des modifications introduites par le Traité de Lisbonne, à la préservation des droits fondamentaux « du droit de l'Union en tant que principes généraux » (Art. 6 TUE).

249. Le droit de l'Union prime, comme on le sait depuis l'arrêt solennel *Costa contre Enel*, le droit national³⁴³. Alors même que le Traité de Lisbonne est en retrait comparativement à l'éphémère Traité établissant une Constitution pour l'Europe³⁴⁴, il faut rappeler combien « la primauté est consubstantielle à la nature même du droit communautaire puisqu'elle conditionne son application uniforme »³⁴⁵. Ce principe de primauté interfère naturellement dans la détermination de la notion d'intérêt général national laquelle, dans son contenu, n'est plus directement décidée par le seul système de droit français. Son importance est accrue dès lors qu'il est corrélé, ce qui se vérifie particulièrement pour le droit de l'Union, au principe de l'effet direct consacré par l'arrêt *Van Gend en Loos*³⁴⁶ : « l'effet direct du droit communautaire réside dans sa capacité à créer des droits ou des obligations dans le chef des particuliers, droits ou obligations que ces derniers peuvent invoquer

³³⁹ Voir, J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 47-50. Quant à « l'insertion progressive des droits de l'homme dans les traités », voir p. 59-63.

³⁴⁰ J. P. JACQUE, op. cit., p. 49.

³⁴¹ En ce sens, J. P. JACQUE, op. cit., p. 63-67. Pour un exposé complet de ce processus, dans cet ouvrage, p. 54-77 ; ainsi que F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 141-162. Si la CDFUE a été dépourvue de valeur contraignante (cf. CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, Rec. p. 1) depuis son adoption le 7 décembre 2000, l'article 6 § 1 TUE dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne lui confère « la même valeur juridique que les traités ». Plus généralement, sur ce texte, J. BENZIMRA-HAZAN, « Droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 319-353 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 127 : « La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne est sortie de la clandestinité le jour où les États membres, de concert avec les institutions de l'Union, décidèrent de la rendre visible », en adoptant la CDFUE.

³⁴² C'est l'interprétation, à laquelle nous nous rallions, de J. P. JACQUE, op. cit., p. 61.

³⁴³ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141. « L'Europe dicte donc sa loi au droit français », disait Claude Leclercq dans C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 97-98. Plus consensuelle est la position de Didier Truchet qui rappelle le caractère intégratif du droit de l'Union : « L'intégration est un mécanisme original qui fait que droit communautaire est, en France, du droit français ». Cf. D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 115. Plus globalement, sur le principe de primauté du droit de l'Union, J. P. JACQUE, op. cit., p. 568-587.

³⁴⁴ « L'article I-6 de la Constitution européenne qui plaçait la primauté du droit européen parmi les principes fondamentaux de l'Union n'a pas été repris par le Traité de Lisbonne. Ce dernier se contente de prendre une déclaration n° 17 (Déclaration relative à la primauté) qui précise que "la Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence" (...) ». Cf. J.-L. SAURON, *Comprendre le Traité de Lisbonne*, préface de Jean QUATREMER, Paris, Gualino éditeur, 2008, p. 32.

³⁴⁵ J. P. JACQUE, op. cit., p. 570.

³⁴⁶ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3. Sur l'effet direct, J. P. JACQUE, op. cit., p. 587-600.

devant le juge national, lequel a l'obligation de les invoquer. Ainsi, le droit communautaire peut trouver sa pleine efficacité en devenant une source de la légalité en droit interne dont le respect est assuré par le juge national »³⁴⁷. Une détermination nationale de la notion d'intérêt général contraire aux règles du droit de l'Union serait donc incompatible avec la détermination par l'Union de la notion et encourt la sanction de l'inapplicabilité de la norme nationale en vertu de l'arrêt *Simmenthal*³⁴⁸. Le rôle du juge de l'Union ne doit pas être minimisé dans l'appréciation qu'il fait de la notion d'intérêt général servant à restreindre un droit fondamental. Ainsi, dans l'affaire *Bouchereau*, la gradation qu'il opère au sein de l'ordre public, lequel peut justifier une restriction à la libre circulation des personnes – droit fondamental de l'Union –, entre « le trouble social » et l'atteinte à un « intérêt fondamental de la société » est tout à fait exemplaire³⁴⁹. Pour expulser un ressortissant de l'Union européenne d'un État membre, l'État expulsant (en l'espèce le Royaume-Uni) ne peut se borner à invoquer une infraction pénale à la législation sur les stupéfiants. Il doit, en plus, justifier que ladite infraction, qui par définition – du moins en droit français – porte atteinte à l'ordre public, fait « apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public »³⁵⁰.

250. D'une manière générale, le principe en droit de l'Union est, lorsqu'il y a eu transferts de compétences de l'État vers l'Union européenne, la subordination du contenu de la notion d'intérêt général national à celui de la notion d'intérêt général défini par l'Union³⁵¹. Si les autorités de l'Union sont conduites à adopter des mesures restrictives des droits et libertés, la notion d'intérêt général de

³⁴⁷ J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 587.

³⁴⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des fiances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* 1978, p. 629. Le juge national est tenu d'écarter la norme interne, sauf la norme suprême comme on le verra, incompatible avec la norme de l'Union. Quant aux modalités pratiques de l'inapplicabilité du droit national contraire au droit de l'Union, voir J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 570-572. L'arrêt *Simmenthal* illustre emblématiquement l'absence de discontinuité normative dans la formulation de l'intérêt général depuis l'Union vers l'État membre en créant un lien fonctionnel entre le juge de l'Union et les juges nationaux, ainsi que l'a souligné F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 479-480. Ce point est confirmé par les prérogatives reconnues, aux juges nationaux par le juge de l'Union, en dehors (voire contre elle) de toute règle nationale de procédure. Il peut, en effet et de surcroît, suspendre provisoirement l'application d'une norme nationale dont il est allégué qu'elle violerait le droit de l'Union (CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factorame Ltd e.a.*, aff. C-213/89, *Rec.* 1990, p. I-2433) ou, sous certaines conditions, qui ferait application d'une règle de l'Union considérée elle-même comme illégale (CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG contre Hauptzollamt Itzehoe et Zuckerfabrik Soest GmbH contre Hauptzollamt Paderborn*, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, *Rec.* 1991, p. I-415).

³⁴⁹ CJCE, 27 octobre 1977, *Régina c. Pierre Bouchereau*, aff. 30-77, *Rec.* 1977, p. 1999, point 35 : « Qu'en tant qu'il peut justifier certaines restrictions à la libre circulation des personnes relevant du droit communautaire, le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ».

³⁵⁰ CJCE, *Régina c. Pierre Bouchereau*, précité, point 28. S'agissant, au surplus, du droit français et dans des matières connexes, il faut noter que l'intérêt général susceptible de s'opposer à la liberté d'aller et venir est également strictement entendu par le Conseil d'État lorsque, dans une affaire d'infractions à la législation sur les stupéfiants, il juge que le refus de délivrer un passeport à un citoyen français, auteur de faits pénalement réprimés, est illégal puisque fondé sur un texte législatif (le décret de la Convention nationale du 7 décembre 1792) qui « ne permet à l'autorité administrative de refuser un passeport que si les déplacements de l'intéressé à l'étranger sont de nature à compromettre la sécurité nationale ou la sûreté publique ; que les motifs invoqués pour refuser à M. Peltier la délivrance d'un passeport ne sont pas au nombre de ceux qui permettraient de justifier légalement un tel refus en application de ce texte ». Cf. CE Ass., 8 avril 1987, *Peltier*, *Rec.* p. 128, concl. MASSOT.

³⁵¹ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 49.

l'Union, conformément aux dispositions du Titre XV de la Constitution du 4 octobre 1958, se substitue à la notion française de l'intérêt général³⁵². Un conflit dans la notion d'intérêt général est susceptible ainsi de voir le jour : « la construction européenne provoque l'irruption d'une vision communautaire de l'intérêt général, liée comme on le verra aux objectifs et aux valeurs consacrées par les traités, qui n'est pas nécessairement convergente avec la lecture nationale de l'intérêt général, elle-même d'ailleurs susceptible d'être divergente d'un État membre à l'autre, et même, à l'intérieur de chaque État membre, d'un organe à l'autre ou d'une majorité à l'autre »³⁵³. Les troubles dans la détermination du contenu de la notion d'intérêt général ont été mis en relief, par exemple, sur la question disputée des interventions économiques des personnes publiques : « La méfiance du droit communautaire est en grande partie, cependant, d'une autre nature : ce qu'il suspecte, c'est la tendance des personnes publiques à fonder leurs choix sur des critères qui ne sont pas "purement" économiques et, notamment, à favoriser les "champions nationaux" – bref à ne pas se comporter comme des "opérateurs économiques avisés" et, par suite, à fausser le jeu de la concurrence sur les marchés économiques »³⁵⁴. L'accord sera parfois délicat à trouver sur le contenu de la notion d'intérêt général lorsqu'elle commande la création d'activités d'intérêt général devant, pour cette raison, relever du secteur public : « à côté d'activités dont on admet très généralement qu'elles sont, "par nature", non économiques, qui constituent une catégorie dont les limites sont contingentes et susceptibles d'évoluer en fonction du contexte économique, social ou idéologique, il est des activités qu'une personne publique peut externaliser hors du jeu du marché »³⁵⁵. Pourtant, en droit de l'Union, comme en droit français, pour être qualifiée d'intérêt général, une activité doit être reconnue comme un service essentiel. « L'idée de cohésion sociale et territoriale est donc au cœur de la définition du caractère essentiel du service »³⁵⁶. Or la détermination de l'activité d'intérêt général relève d'un choix national : « La responsabilité des États membres pour livrer et assumer une telle appréciation s'impose en conséquence, dans le cadre de leurs compétences pour définir ce qu'est un service d'intérêt général »³⁵⁷. Néanmoins, l'intervention des organes de l'Union européenne dans la définition de la notion d'intérêt général est particulièrement forte : « C'est d'abord le juge communautaire qui a cherché à définir aussi concrètement que possible le contenu de l'intérêt général à travers les obligations ou les charges qui sont imposées par les pouvoirs publics à l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG. De son côté, le législateur communautaire a également tendance à donner sa

³⁵² Sur l'idée de « substitution », voir D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op. cit.*, p. 52.

³⁵³ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op. cit.*, p. 49.

³⁵⁴ É. FATOME, A. MENEMENIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », in *Intérêt général, concurrence et service public*, *AJDA* 2006, p. 67-73, spéc. p. 67.

³⁵⁵ É. FATOME, A. MENEMENIS, *préc.*, p. 70.

³⁵⁶ S. RODRIGUES, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », in *Intérêt général, concurrence et service public*, *AJDA* 2006, p. 84-90, spéc. p. 86.

³⁵⁷ S. RODRIGUES, *préc.*, p. 86. Voir l'arrêt, cité par l'auteur, TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen SA c. Commission*, aff. T-17/02, *Rec.* 2005, p. II-02031, point n° 216 : « les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général (...). Partant, la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste ».

propre vision de l'intérêt général en se faisant de plus en plus précis dans la définition des obligations de service public susceptibles d'être imposées à l'entreprise missionnée ou dans les contours du service universel »³⁵⁸.

251. Subsiste la règle selon laquelle la définition par l'Union d'un droit ou d'une liberté « ne s'applique qu'aux institutions et organes de l'Union ainsi qu'aux États membres lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit communautaire »³⁵⁹. Le processus définitionnel de l'intérêt général par l'Union reste donc largement protéiforme³⁶⁰. Il a été établi que ses ressorts, liées à la construction atypique de l'Union européenne, sont empruntées de pragmatisme et d'évolutionnisme. Le schéma constructif habituel est probablement celui-là : « un intérêt au départ de nature essentiellement étatique, peut progressivement devenir un intérêt commun aux États, puis un intérêt commun partagé entre les États et la Communauté, ou un intérêt communautaire, voire un intérêt général communautaire »³⁶¹. L'une des clefs de compréhension tient à la nature de l'acte de l'Union. Chaque acte, expose Fabienne Kauff-Gazin, imprime à la définition de l'intérêt général de l'Union sa densité et, de façon proportionnellement inversée, réduit d'autant la marge de manœuvre des systèmes de droit nationaux³⁶². Quand le règlement définit directement le contenu de l'intérêt général, la directive organise la conciliation des exigences de l'Union et des impératifs nationaux pour le déterminer³⁶³, les « actes atypiques »³⁶⁴ émanant de l'Union suggèrent de placer tel ou tel questionnement dans le giron de l'intérêt général. Nous sommes assurément dans un « dégradé subtil » de construction de l'intérêt général³⁶⁵. À cela il faut ajouter, pour seule vraie nuance, qu'il n'y a aucune « compétence générale de l'Union pour légiférer en matière de droits de l'homme »³⁶⁶. « L'obligation de respecter les droits fondamentaux ne donne aucunement compétence à l'Union pour légiférer en la matière sauf lorsque le

³⁵⁸ S. RODRIGUES, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », préc., p. 87. Voir l'arrêt emblématique CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau c/ Régie royale des Postes belges*, aff. C-320/91, point 15, *AJDA* 1993, p. 865, note F. HAMON. Il reste qu'en la matière les attitudes ne sont pas toujours « belliqueuses » et, avec Noëlle Lenoir, « il suffit d'indiquer que le traité européen ménage la souveraineté des États dans la définition des activités ayant un caractère d'intérêt général ». Cf. N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 4.

³⁵⁹ J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 64.

³⁶⁰ Voir F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 117-134 (pour l'intérêt commun) ou p. 135 et s. (pour l'intérêt général *stricto sensu*). La principale différence relevée par l'étude réside dans le point de départ de la construction. Alors que l'intérêt commun va à l'intérêt général en partant de l'Union vers les États membres (États membres et Union, États membres entre eux), l'intérêt général *stricto sensu* part des États membres pour arriver à l'Union avant de retourner aux États membres (après une « coloration communautaire »). Ces deux mouvements sont bien expliqués p. 135-136.

³⁶¹ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 118.

³⁶² Détaillé dans F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 130-133.

³⁶³ Relativement à l'usage de la directive comme technique d'harmonisation des législations en vue de dégager un intérêt général de l'Union, F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 169 et s.

³⁶⁴ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 132 (faisant, selon l'auteur, référence au « droit mou » ou « soft law » élaboré par certains organes de l'Union comme la Commission, le Conseil et le Parlement et, emblématiquement, le Conseil européen pendant longtemps un organe informel d'impulsion et de coordination des politiques de l'Union). Dans la typologie traditionnelle des actes de l'Union, il s'agit des actes hors nomenclature (cf. J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 551-556).

³⁶⁵ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 134. Plus généralement, sur le détail du saisissement, on pourra lire les observations p. 144 et s.

³⁶⁶ J. P. JACQUE, op. cit., p. 64. Cette question est plus clairement posée par l'auteur aux pages 69-71.

traité le prévoit expressément »³⁶⁷. Si l'Union européenne n'a pas, en tant que telle, vocation à produire des droits fondamentaux, elle est désormais concernée par leur existence. Ce qu'il faut conclure est que la notion d'intérêt général, susceptible de restreindre les droits et libertés, n'est plus dans tous les cas définie par le seul droit interne et qu'il faut, à différents titres, tenir compte du droit de l'Union³⁶⁸. Il n'est plus acceptable de considérer que les droits fondamentaux ne sont pas une obligation instituée par, *voire constitutive de*, l'ordre juridique de l'Union européenne. « Cette obligation, inhérente au "contrat social" signé par les membres de la Communauté, constitue la preuve irréfutable de l'existence d'une Communauté de droit. Ces principes et valeurs communs fondent, justifient et *portent désormais l'ensemble du système juridique communautaire*. Nous pouvons, sans exagération, estimer que c'est désormais à l'aune de ces fondements communautaires que le juge devra sélectionner les intérêts généraux invoqués par les États en tant que dérogations et limites à l'application des règles du traité » (nous soulignons)³⁶⁹. En somme, en droit de l'Union, « on peut reconnaître à l'intérêt général une fonction de conciliation et d'équilibre entre les sujétions sociales et les droits et libertés existant dans une société »³⁷⁰.

252. « L'eupéanisation de notre droit n'a décidément pas fini d'en transformer le cœur »³⁷¹. Le professeur Carreau allant même jusqu'à soutenir que la Convention européenne « apparaît bien comme constitutive d'un *jus cogens* régional, européen, en matière de protection des droits de l'homme »³⁷² ; notion propre au droit international général.

³⁶⁷ J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 71. Quant à la répartition desdites compétences entre l'Union et les États membres et leur mise en œuvre selon les principes de subsidiarité et de proportionnalité, nous renvoyons aux éclairages de ce même auteur p. 133 et s.

³⁶⁸ Allons plus loin. S'agissant de l'espace Schengen, « cet espace unique implique nécessairement une *définition commune* et nouvelle de la libre circulation des ressortissants étrangers non communautaires en Europe » (nous soulignons). Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 40. Il n'est pas superflu de relever au hasard de la doctrine, comme le fit Jacques Robert, l'emploi de termes à forte connotation contractualiste relativement à la construction européenne lorsqu'il évoque la nécessité de « rediscuter un pacte commun ». Cf. J. ROBERT, « Un gâchis référendaire (29 mai 2005) », *RDP* 2005, p. 839.

³⁶⁹ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 158-159. Sur la notion de Communauté de droit, H. GAUDIN, « Communauté et Union de droit », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 179-183.

³⁷⁰ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 11.

³⁷¹ D. DE BECHILLON, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, op. cit., p. 53-64, spéc. p. 64. Y compris jusqu'à « l'érosion de son exorbitance » ? Pour reprendre la remarque ambiguë faite à propos du droit public par David Szymczak sauf si « l'intérêt général ne disparaît pas totalement sous la pression des droits européens et [qu'] il continuera à prévaloir sur les droits individuels (...) ». Cf. D. SZYMCAK, « Le droit européen, source de droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 68. La réception de l'intérêt général défini par l'Union ne se fait donc pas sans heurts (voir, s'agissant du Conseil d'État, F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 517-519).

³⁷² D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 88. Quant à « l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme au-delà du cercle des États contractants », se reporter à J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 102-106.

II. – L’appréhension limitée de la notion d’intérêt général par le droit international général :

253. Si « toute l’ossature du droit international est conçue en dehors de la perspective des droits de l’homme »³⁷³ lorsque se forme ce corpus juridique, une évolution vers une prise en compte de plus en plus réelle des droits et libertés, quoique longue, demeure sensible³⁷⁴. « La consécration internationale des droits de l’homme ne se réalisera qu’après le conflit planétaire de la Seconde Guerre mondiale »³⁷⁵. En effet, l’ « innovation fondamentale » qu’opère, à compter de 1945, le droit international consiste en un dépassement de la contradiction inhérente au droit international classique, selon laquelle la protection de l’homme ne peut être assurée que par le biais d’un droit interétatique fait par et pour les États (...) »³⁷⁶. La Déclaration universelle des droits de l’Homme de 1948 puis les Pactes internationaux de 1966, « ce que l’on tient communément pour "la Charte internationale des droits de l’homme" » écrit Florence Poirat³⁷⁷, sont les deux premiers virages caractéristiques de ce mouvement. Ce cap tracé permet d’écrire alors, aujourd’hui, que le droit international général joue un rôle non négligeable dans le traitement de la notion d’intérêt général à la fois dans l’ordre international (A.) et dans l’ordre interne (B.).

A. – La notion d’intérêt général, un intérêt international :

254. La notion d’intérêt général est perceptible dans le saut qualitatif qu’accomplit le droit international en adoptant, ainsi que l’affirme nettement Frédéric Sudre, « le postulat de l’égalité de tous les hommes » laquelle égalité est la marque nécessaire de la liberté réglée : « Dédit, poursuit-il, d’une certaine conception de l’homme et de ses rapports avec les autres hommes et la société, le [droit international des droits de l’Homme] aspire à exprimer une idéologie commune à l’humanité tout entière, dont le principe premier est celui de l’égalité de tous les hommes. L’homme, indépendamment de son statut politique, est considéré comme partout identique, quels que soient sa race, son sexe, sa

³⁷³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, op. cit., p. 24.

³⁷⁴ Dont on retrouve les grandes lignes, dans une perspective critique, dans F. SUDRE, op. cit., p. 25-37. L’auteur montre que la protection diplomatique ou les interventions d’ « humanité », pour ne citer qu’elles, ont un caractère politique trop accusé pour constituer un matériau intéressant pour les droits de l’Homme (p. 26-29) : « La protection des nationaux à l’étranger, organisée par le droit international général, respecte le monopole d’action des États et les institutions évoquées apparaissent comme des mécanismes ponctuels de portée limitée » (p. 28-29). Ce n’est qu’après la Première guerre mondiale que l’on assiste, pour résumer l’auteur, à un début de dépolitisation du droit international (p. 29-37) c’est-à-dire « à une montée de l’humanitaire dans le politique » (p. 29).

³⁷⁵ F. SUDRE, op. cit., p. 37.

³⁷⁶ F. SUDRE, op. cit., p. 38.

³⁷⁷ F. POIRAT, « Déclaration universelle des droits de l’homme et Pacte de 1966 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 207. La paternité de cette expression reviendrait au Comité des droits de l’Homme (29 octobre 1997). Voir E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », préc., p. 71.

religion, son opinion »³⁷⁸. De plus, M. Sudre établit la filiation philosophique, politique, religieuse, morale et idéologique entre les convictions « nationales » des droits et libertés et l'avènement d'une conviction internationale ; la seconde pouvant, ce qui est primordial à nos yeux, se prévaloir amplement des mêmes soubassements argumentatifs³⁷⁹. Progressivement le droit international va savoir « exprimer des valeurs – la dignité de l'homme, l'égalité des hommes – qui constituent un fonds commun à toutes les civilisations et à toutes les religions »³⁸⁰ et servir de réservoir à une détermination internationale de la notion d'intérêt général. Dans le même ordre d'idées, Elisabeth Zoller montre la naissance progressive d'un véritable droit public international (qu'elle oppose au droit international public), à savoir un droit de la chose publique internationale, peut-être embryonnaire mais d'ores et déjà perceptible. L'auteur évoque au titre de cet intérêt général de type international les biens matériels (les grands fonds marins, l'espace extra-atmosphérique) et les biens spirituels (la paix, la non violence, les droits de l'Homme, l'environnement etc.)³⁸¹. Ce que nous qualifions de droits de troisième génération pourrait aussi être en réalité des motifs d'intérêt général de nature externe ou internationale, c'est-à-dire relever de la chose publique internationale, au-delà des préoccupations des États dans le cadre de la société internationale et du droit international public (droit international classique). Le respect des droits de l'Homme, le droit à un air pur, le droit au désarmement, le développement durable seraient non pas des droits de l'Homme comme on a tendance à souvent le souligner mais la consistance matérielle d'un intérêt général de rang international. Le rôle du droit international revêt en conséquence plusieurs formes.

255. En particulier, son rôle est significatif lorsqu'il affirme l'existence de « normes impératives », le *jus cogens*³⁸² : « Jus cogens et droit naturel reposent sur le même fondement, la même conviction philosophique, à savoir qu'il existe un certain nombre de règles fondamentales liées à la conscience universelle et inhérentes à l'existence de toute société internationale digne de ce nom »³⁸³. Selon Dominique Carreau, *mutatis mutandis*, ce corpus de règles de droit positif ne serait pas sans analogie avec l'ordre public interne pour constituer, dans l'ordre international, « un ordre public international »³⁸⁴. L'auteur voit, par exemple, dans la IV^{ème} Convention de la Haye de 1907 les premières manifestations de ce *jus cogens* en « plaçant les populations et les belligérants sous la sauvegarde "des lois de l'humanité et les exigences de la Conscience publique" »³⁸⁵. Aujourd'hui, les normes de *jus cogens* sont consacrées par le droit international conventionnel : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international

³⁷⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 38.

³⁷⁹ Voir F. SUDRE, op. cit., p. 38-39.

³⁸⁰ F. SUDRE, op. cit., p. 44.

³⁸¹ Voir É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 15-17.

³⁸² D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 78 et s ; F. SUDRE, op. cit., p. 78 et s.

³⁸³ D. CARREAU, op. cit., p. 78.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ D. CARREAU, op. cit., p. 79.

général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »³⁸⁶. La détermination souveraine de la notion d'intérêt général par les États est affectée par ces règles impératives : « les États perdent la liberté de contracter sur toute matière d'intérêt international comme bon leur semble »³⁸⁷. En dépit d'un contenu changeant, figurent, par exemple, au nombre des normes de *jus cogens* – catégorie de normes « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » – « l'interdiction de la traite des êtres humains, de la piraterie, du génocide ou des principes humanitaires (...) » et surtout « la violation des droits de l'homme (au moins certains d'entre eux) et des libertés fondamentales »³⁸⁸. La Cour internationale de justice a pu faire allusion³⁸⁹ à la notion de *jus cogens* en considérant cette dernière comme un ensemble d'obligations *erga omnes*³⁹⁰. Les juges de La Haye ont eu en effet l'occasion de ranger indirectement parmi ces normes impératives « la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général »³⁹¹. « En dépassant le strict fondement volontariste du droit, l'affirmation que des normes coutumières relatives aux droits de l'homme ont la qualité de normes impératives de *jus cogens*, parce que d'intérêt commun supérieur, participe à l'ancrage du principe du respect des droits de l'homme comme élément constitutif d'un ordre public international en devenir »³⁹². Le système de droit français ne saurait, dans ces conditions, définir unilatéralement les droits et libertés sans tenir compte des règles impératives du droit international. En définitive, le droit international annonce sa supériorité sur les droits internes

³⁸⁶ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, adoptée sous l'égide de la Commission du Droit International, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331. Notons cependant que ce traité international n'a pas été ratifié par la France en raison précisément, et en partie, de son hostilité à l'égard des normes de *jus cogens*. Cf., sur le refus de la France d'adopter la Convention de Vienne, D. CARREAU, *op. cit.*, p. 82.

³⁸⁷ D. CARREAU, *Droit international*, *op. cit.*, p. 79.

³⁸⁸ D. CARREAU, *op. cit.*, p. 84.

³⁸⁹ Car, selon Dominique Carreau, la Cour s'est toujours gardée d'en faire une utilisation expresse. Voir, D. CARREAU, *op. cit.*, p. 86.

³⁹⁰ CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1970, p. 3, § 33 : « Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ».

³⁹¹ CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1970, p. 3, § 34. Plus généralement sur la pratique judiciaire internationale, D. CARREAU, *op. cit.*, p. 86-87.

³⁹² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 86.

« parce que l'homme est partout le même, les mêmes règles doivent valoir pour tout homme, à toute époque et en tous lieux »³⁹³.

256. Si la portée des décisions et avis rendus par les organes d'application internationaux est souvent moindre – en comparaison de la Cour de Strasbourg et de celle de Luxembourg –, les textes internationaux issus du droit international conventionnel, dont l'ordre interne fait usage, sont nombreux pour appréhender les restrictions apportées aux droits et libertés³⁹⁴.

B. – La notion d'intérêt général international dans l'ordre interne :

257. Il ne s'agira pas de dresser un inventaire de l'ensemble des déterminations internationales de la notion d'intérêt général mais de donner à voir, à travers deux textes internationaux applicables – pour partie au moins – dans notre ordre national, la consistance internationale de la version française³⁹⁵.

258. Citons d'abord la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990³⁹⁶. Son invocabilité avait d'abord été exclue par le Conseil d'État au motif suivant : « les stipulations de l'article 9 de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New-York le 26 janvier 1990 créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés »³⁹⁷. Pour pouvoir se prévaloir de la Convention de New York, encore fallait-il que les stipulations conventionnelles produisissent des effets directs à l'égard des particuliers. La saisine de la notion française d'intérêt général par le droit international était alors très indirecte. Le premier infléchissement est venu cependant du Conseil d'État lui-même lorsqu'il a accepté d'examiner au

³⁹³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 40. C'est pourquoi, les normes de *jus cogens*, en dépit des imprécisions dont souffre cette notion et d'une appropriation discutable voire aléatoire par les juridictions internationales (p. 80-85), peuvent préparer, annoncer comme nous le soutenons, une définition intangible des droits et libertés et, donc de l'intérêt général, ainsi que le reconnaît lui-même le professeur Sudre : « Son intérêt est autre et se situe, *de lege ferenda*, dans la perspective de la formation progressive du droit international » (p. 85-86).

³⁹⁴ Pour un panorama des textes principaux à vocation universelle, on peut se reporter à l'inventaire dressé par C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 63-47.

³⁹⁵ S'agissant des textes internationaux à vocation universelle et de ceux à vocation régionale, l'étude successive des premiers et des seconds par le professeur Sudre apporte un éclairage utile et, de leur rapprochement, ressort vivement la faiblesse relative des textes à dimension mondiale. Cf. F. SUDRE, op. cit., p. 130 et s. Par ailleurs, Emmanuel Decaux fournit la preuve qu'il n'est pas réaliste d'envisager l'ensemble du droit international conventionnel tant la matière est dense et éparpillée. Sur l'inventaire qu'il propose néanmoins, E. DECAUX, « Conventions internationales spéciales », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 108-114.

³⁹⁶ Entrée en vigueur le 2 septembre 1990, la Convention a été intégrée dans l'ordre juridique français par la loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 *autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant*, *JORF* du 5 juillet 1990, p. 7856 et le décret n° 90-917 du 8 octobre 1990 *portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990*, *JORF* du 12 octobre 1990, p. 12363. Voir la présentation de cette convention dans C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 66-70, et surtout son constat déplorable de la situation de l'enfance en France et dans le monde (p. 68-69) ; ainsi que J.-P. ANCEL, « Enfant (La Cour de cassation et la Convention de New York relative aux droits de l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 393-401.

³⁹⁷ CE, 29 juillet 1994, *Préfet de Seine Maritime c. Époux Abelmoulah*, *Rec. T.* p. 954 (article 9 de la Convention). Voir également pour une solution identique CE Sect., 23 avril 1997, *G.I.S.T.I.*, *Rec.* p. 142, concl. R. ABRAHAM (articles 24 § 1, 26 § 1 et 27 § 1 de la Convention). S'agissant du juge judiciaire, on pourra citer Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Bulletin* 1993, I, n° 103, p. 69.

fond le moyen tiré de la contrariété d'un refus de délivrance d'un titre de séjour au regard de l'article 9 de la Convention de 1990³⁹⁸. Enfin, il consacre l'applicabilité de l'article 3 § 1 de la Convention en lui reconnaissant un effet direct³⁹⁹. Désormais, la présente stipulation doit être intégrée à l'appréciation des restrictions aux droits et libertés prises par la puissance publique française⁴⁰⁰. À cet égard, l'applicabilité directe et l'effet direct sont deux éléments essentiels pour comprendre la prévalence de la notion d'intérêt général définie par le droit international dans la mesure où les premiers conditionnent cette prévalence⁴⁰¹. Les Pactes internationaux sont également importants. On peut l'illustrer en évoquant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dont le Conseil d'État s'est fait l'écho dans une décision *Deville* du 24 octobre 2005⁴⁰². La Haute juridiction administrative confronte le principe selon lequel « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »⁴⁰³ à un décret d'extradition visant un ressortissant belge. Dans l'appréciation qu'il fait de la restriction apportée aux droits du requérant, le juge est lié par une norme internationale qui prescrit de tenir compte du respect de la dignité humaine.

259. À ce stade de notre analyse, ce dont il faut convenir est de la réalité de l'incorporation des considérations conventionnelles du droit européen, des incidences fécondes du droit de l'Union et des incursions du droit international dans la détermination de la notion française d'intérêt général⁴⁰⁴. Toute exclusion de ces thématiques dissimulerait le rôle – singulièrement celui de la Cour européenne des droits de l'Homme – joué par l'internationalisation des droits et libertés dans la reconnaissance des droits fondamentaux. Le saisissement de l'intérêt général par le droit international, général et

³⁹⁸ CE, 10 mars 1995, *Demirpence*, D. 1995, p. 617 : était notamment visé l'article 16 de la Convention aux termes duquel : « 1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

³⁹⁹ Article 3 § 1 : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Voir CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, RFDA 1998, p. 562, concl. R. ABRAHAM : première annulation d'un acte administratif sur le fondement de la Convention de 1990. Quant au juge judiciaire, il ne devait faire application de cette disposition que très tardivement avec l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 211, p. 179. Sur la jurisprudence judiciaire, J.-P. ANCEL, « Enfant (La Cour de cassation et la Convention de New York relative aux droits de l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 396 et s.

⁴⁰⁰ Voir pour une application récente CE, Sect., 9 décembre 2009, *M. Paul A.*, req. n° 305031, publié au *Recueil* : dans cette affaire, le Conseil d'État est amené, pour apprécier la décision de refus de délivrance d'un visa, à intégrer dans le contenu de la notion d'intérêt général, outre le « droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale », le « risque de détournement de l'objet du visa de séjour à des fins migratoires », et « l'atteinte à l'ordre public », l'intérêt supérieur de l'enfant dont l'exigence découle du droit international.

⁴⁰¹ Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 193-204.

⁴⁰² CE, Sect., 24 octobre 2005, *Deville*, *Rec. T.* p. 689.

⁴⁰³ Article 10 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

⁴⁰⁴ En ce qui concerne l'étendue concrète de l'applicabilité des normes internationales dans l'ordre juridique interne français, dont l'analyse déborderait quelque peu le cadre de cette étude, nous renvoyons aux développements que Frédéric Sudre consacre aux « principes directeurs » du droit international des droits de l'Homme dans F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 193 et s. Certes, il ne faudrait pas penser que la question est seconde puisque la primauté est de nouveau posée (p. 195-198). Cf. *infra* n°s 507-517.

européens, associés au droit constitutionnel atteste de la vocation constituante d'une notion conçue comme la source de notre système de droit libéral.

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

260. En montrant que l'intérêt général avait vocation à structurer et constituer notre système de droit libéral, il en était la source même. Notion politique, l'intérêt général justifie la création du système de droit libéral et l'objectif même de son existence : définir les droits fondamentaux. Saisie à cette fin par le droit, la notion juridique d'intérêt général s'est traduite dans les normes de rang législatif avant de voir sa consécration – par la constitutionnalisation et l'internationalisation dont elle a fait l'objet – au rang fondamental de notre droit. C'est « l'approche classique » retenue par la doctrine majoritaire où « les droits fondamentaux désignent les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles et internationales (...) »¹. Comme le montre le professeur Mathieu, dans le cadre précis du droit constitutionnel, le rapport entre intérêt général et définition des droits fondamentaux est patent : « La prise en compte de l'intérêt général, non seulement comme instrument de limitation de tel ou tel droit individuel, mais comme objectif qui contient sa propre légitimité, doit conduire à réfléchir sur la conception qui tend à faire de la protection des droits fondamentaux individuels la seule matrice du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, si l'on renversait la perspective il ne serait probablement pas illégitime de considérer que le législateur doit poursuivre la satisfaction de l'intérêt général, sous la condition de ne pas apporter aux droits fondamentaux des atteintes touchant à leur substance même, ou des atteintes disproportionnées »². On retrouve en effet dans la notion les deux faces d'une même réalité. Première face, l'intérêt général qui commande les restrictions aux droits fondamentaux afin de les concilier entre eux. Seconde face, l'intérêt général qui constitue un objectif autre mais dont la mise en œuvre a une incidence sur les droits fondamentaux. Dans le premier volet, l'intérêt général a pour effet de limiter les droits fondamentaux parce que son objet propre est précisément de restreindre les droits fondamentaux. Dans le second volet, l'intérêt général a aussi pour effet de limiter les droits fondamentaux mais son objet n'était pas de restreindre immédiatement les droits fondamentaux. Ce second volet de l'intérêt général constitue l'expression de l'action publique lorsqu'elle poursuit des objectifs tenant à l'harmonie du corps social. Or, ce qui est particulièrement remarquable dans le propos de Bertrand Mathieu est l'invitation à renverser la perspective. Aussi apercevons-nous que ce renversement a pour effet de réunir nos deux volets sous la bannière d'une seule catégorie d'intérêt général : l'intérêt général que « le législateur doit poursuivre » ne doit pas méconnaître les droits fondamentaux, soit qu'il les restreigne directement, soit qu'il les restreigne indirectement.

¹ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 287.

² B. MATHIEU, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 6.

261. Cette présentation conduit alors à n'identifier au sein de la notion d'intérêt général qu'un seul objectif suprême pour la puissance publique : assurer la paix sociale dans le respect des droits fondamentaux. Cette idée nous semble justement systématisée par le professeur Mathieu : « Dépositaire de la fonction de déterminer l'intérêt général, il appartient également au législateur, non seulement d'arbitrer entre les droits et devoirs, mais aussi de fixer les règles propres à assurer un avenir et un vouloir communs »³. La notion d'intérêt général est donc porteuse d'un seuil critique en deçà duquel la puissance publique sera considérée comme démissionnaire de sa fonction principale. Il s'agit simultanément du contenu intangible de la notion dont la dénaturation entraînerait l'anéantissement de la notion d'intérêt général. Ce qu'Emmanuel Kant qualifiait dès le XIX^{ème} siècle en ces termes : « On peut dire que cette pacification universelle et perpétuelle constitue, non pas simplement une partie, mais le but final tout entier de la doctrine du droit dans les limites de la simple raison ; car l'état de paix est le seul état où le tien et le mien se trouvent garantis par des lois (...) »⁴ ; la paix perpétuelle conçue comme un « souverain bien politique »⁵. Ce contenu intransgressible, réduit *in fine* à l'existence harmonieuse de tous les droits fondamentaux, constitue l'objectif suprême de la société politique. Il est l'essence de la notion d'intérêt général. Peu importe la définition exacte, l'essence de l'intérêt général est cette notion qui dépasse les intérêts particuliers et permet que soit posée la question de l'intérêt de tous. C'est la première étape du cheminement de l'intérêt général vers les droits fondamentaux. C'était également, et surtout du point de vue de la théorie générale des droits fondamentaux que nous cherchons à bâtir, la condition incontournable pour qu'effectivement l'intérêt général fût à l'origine des droits fondamentaux.

³ B. MATHIEU, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 6.

⁴ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 183.

⁵ E. KANT, op. cit., p. 184.

Titre II : L'intérêt général, origine des droits fondamentaux :

262. L'association juridique de l'intérêt général aux droits et libertés dans notre système de droit libéral se confirme parce qu'elle poursuit la génération et la définition des droits fondamentaux¹. On voit par-là le deuxième effet induit par la notion dans la réaction en chaîne créée par le pacte social français depuis l'origine : résoudre le conflit inéluctable des droits fondamentaux, conflit provoqué par le postulat de l'égale liberté entre tous les signataires du pacte social. La notion d'intérêt général s'insère dans les « zones de friction » nées de l'existence des droits fondamentaux². Puis, au fur et à mesure du perfectionnement de la société, l'intérêt général va devenir une notion plus complexe en intégrant l'idée de la protection d'un vivre ensemble. De proche en proche, l'intérêt général devient aussi la garantie d'une paix sociale, d'une harmonie sociale. En effet, la notion d'intérêt général, corrélée à la définition de l'ensemble des droits fondamentaux, est tributaire dans son contenu de la reconnaissance par le droit objectif (le système de droit libéral) de nouveaux droits subjectifs (les droits fondamentaux). François Terré a écrit sur la relation indissociable qui s'établit entre la multiplication des droits fondamentaux reconnus par le système de droit et le contenu de la notion d'intérêt général : la seule liberté possible est celle « s'exprimant par rapport aux autres hommes et au sein d'une société, à laquelle s'attache le droit, cette sorte de lien entre les solitudes. Sa mission primordiale est d'équilibrer les antagonismes en préservant la sphère de chacun. Ce fut encore possible, et d'ailleurs non sans mal, aussi longtemps que la sphère de liberté de chacun garda des proportions raisonnables, à l'intérieur d'un espace global limité par l'ordre nécessaire au fonctionnement de la société. Mais ce fut de plus en plus difficile à mesure que l'on voulut étendre indéfiniment les libertés individuelles »³. Soulignant la fonction de la règle de droit, Jean-Luc Aubert énonce de façon remarquable que « le contenu de la règle de droit n'est jamais gratuit, jamais accidentel, jamais insignifiant. Il vise, au minimum, à assurer un comportement regardé comme *utile* au groupe social » (italique dans le texte)⁴. La notion d'intérêt général est dès lors à l'origine de la définition des droits fondamentaux lorsqu'est reconnu d'intérêt général, pour paraphraser le professeur

¹ Nous nous inscrivons, *a minima*, dans la fenêtre ouverte par Patrick Wachsmann relativement à l'introduction de la notion de droit fondamental en France : « La thèse qui sera soutenue dans la présente contribution, prévient l'auteur, est qu'il est pour le moins prématuré de parler de droits fondamentaux en France, à moins que cela ne soit pour indiquer le chemin qui reste à parcourir pour soutenir ce que ces termes impliquent » (nous soulignons). Précisément, c'est ce chemin, dont nous avons entrepris les premiers pas, que nous croyons continuer ici. Cf. P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », préc., p. 40.

² Pour reprendre une idée parlante de V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 150 : « la liste des droits reconnus par nos systèmes juridiques ne cesse de s'allonger, créant de multiples "zones de friction" entre les normes suprêmes ».

³ F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droit fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., p. 3.

⁴ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « U », 7^{ème} éd., 1998, p. 27.

Chapus⁵, ce que le système de droit libéral définit comme étant d'intérêt général. Cette proposition renferme une double conséquence. D'une part, l'intérêt général innerve l'ordre juridique parce qu'il l'irrigue entièrement. Il ne saurait en être autrement puisqu'il est la raison première et ultime du droit : perceptible dans ses fondations mêmes, il se prolonge jusque dans ses plus infimes ramifications⁶. Ce point confère à la notion d'intérêt général son aptitude juridique à définir les droits fondamentaux (Chapitre I^{er}). Elle justifie, nous semble-t-il, « une approche systémique » des droits et libertés, sans doute nouvelle⁷. Cependant, et d'autre part, la réalisation juridique des droits fondamentaux, et plus fondamentalement de la liberté, ne peut plus être pensée, par réflexe, en dehors de la règle de droit. La juridicisation de la notion d'intérêt général conçoit les droits fondamentaux dans le seul cadre de la société politique organisée par le système de droit et incarnée par l'État. Ce second point constitue la légitimation des droits fondamentaux par l'intérêt général (Chapitre II).

⁵ En reprenant la définition classique du service public : voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 587-590.

⁶ « En matières de libertés, tout l'éventail normatif est mis à contribution pour fonder les facultés les plus diverses ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 16 ; de même, sur ces prolongements, imputés toutefois au seul concept de droits fondamentaux, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 374-375. À l'objection tenant à une « constitutionnalisation illimitée par le biais des droits fondamentaux » (p. 154), nous répondons, avec M. Matthias Ruffert, qu'« il est reconnu que l'abstraction des droits fondamentaux nécessite une concrétisation en droit infra-constitutionnel » (p. 154-155). Cf. M. RUFFERT, « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 154-155. Sans cette concrétisation, nous serions confronté à une « carence » du système de droit : « La carence du Pouvoir se manifeste par une carence juridique lorsqu'il n'instaure pas les règles législatives et infra-législatives indispensables à la mise en œuvre d'un droit constitutionnel ou par le droit international qu'il a fait sien » (Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 80). Nous ne pouvons résister à la tentation de citer les mots célèbres du poète anglais du XIX^{ème} siècle Francis Thompson tant ceux-ci semblent avoir été écrits spécialement pour la circonstance : « Toute chose se trouve, d'un pouvoir éternel, de près ou de loin, en secret, reliée à toutes les autres, si bien qu'on ne saurait cueillir une fleur sans bousculer une étoile ».

⁷ Notamment, E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 159-164, spéc. p. 163.

Chapitre I^{er} : La définition des droits fondamentaux par l'intérêt général :

263. La règle de droit s'est vue conférer un contenu par le prisme de la notion d'intérêt général. La définition attendue de l'ensemble des droits et libertés, afin de les ériger en droits fondamentaux, exige la résolution des conflits susceptibles d'éclater entre ces droits et libertés. La notion d'intérêt général ayant vocation à saisir ces conflits, le droit français a progressivement construit le contenu juridique de la notion ; il lui a donné sa substance. Pour traiter cet aspect de la contribution de l'intérêt général à la définition des droits fondamentaux, en ce sens qu'elle substantialise le droit, nous ne prétendons pas à l'originalité, Didier Truchet nous suggérant cette division : « Fonctionnellement unitaire, l'intérêt général est extraordinairement divers matériellement, si divers qu'il est proprement indéfinissable »¹. Pour autant, le caractère proprement indéfinissable de la notion d'intérêt général nous sert². Son hétérogénéité matérielle lui permet d'absorber l'ensemble des conflits de droits fondamentaux. Ce premier caractère se pare, par transition, d'une homogénéité fonctionnelle qui confère à la notion sa capacité de normalisation de tous les conflits de droits fondamentaux. On verra que cette capacité de la notion d'intérêt général à absorber tous les conflits susceptibles d'éclater en raison de l'existence même de tous les droits fondamentaux se traduit de deux manières : la notion a d'abord une vocation exclusive à définir les droits fondamentaux dès lors qu'elle a la capacité à ramener à elle par filiation toutes les restrictions posées : c'est l'aspect attractif de la notion (Section 1^{ère}). Cependant, l'insaisissabilité pratique de son contenu fait, dans le même temps, de cette notion une source inépuisable dans la mesure où elle est alors en capacité théorique d'étendre son emprise sans borne autre que celle de la norme suprême : c'est l'aspect globalisant de la notion (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : La vocation exclusive de l'intérêt général :

264. Pour être reconnue valide par l'ordre juridique, une restriction à un droit fondamental doit objectivement être liée à la notion d'intérêt général. Faute de pouvoir établir que le lien entre une mesure restrictive et la protection de la liberté existe, le droit fondamental n'est plus défini et par conséquent il est privé juridiquement d'existence. Partant, un droit fondamental sans la notion d'intérêt général est inconcevable dans la construction théorique que nous avons établie. La notion d'intérêt général apparaît alors comme une source exclusive puisque d'elle seule dépend, en droit, la

¹ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 372.

² Précisément, à propos de l'intérêt général, Jacques Caillousse remarque que « les juristes savent bien que pour être vraiment efficaces, c'est-à-dire pour accomplir l'office qu'on attend d'elles, certaines catégories juridiques n'ont nul besoin d'être définies ». Cf. J. CAILLOUSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire français, op. cit.*, p. 134.

définition et par suite l'existence d'un droit fondamental. « Faute de loi subséquente, le droit est en quelque sorte mort-né »³. Ce trait caractéristique repose sur deux réalités inéluctables qui se répondent l'une et l'autre. Positivement, quelles que soient les dénominations circonstanciées données à un motif de restriction à un droit fondamental, ce motif est réputé systématiquement lié à l'intérêt général, faute de quoi, la liberté ou le droit dont on prétendrait qu'il fût fondamental ne le serait point. Dans ce cas, l'intérêt général est une condition expresse de la définition des droits fondamentaux (§1.). Négativement, l'absence d'intérêt général prive le droit fondamental de son existence. Elle conduit à ce qu'une liberté ou un droit quelconque demeure hors du champ juridique faute d'être défini. L'existence d'un droit fondamental présume l'intérêt général (§2.).

§1. – L'intérêt général, une condition expresse dans la définition des droits fondamentaux :

265. Il ne faut pas attacher une importance excessive aux « appellations », d'ailleurs non contrôlées, de l'intérêt général⁴. De multiples expressions traduisent l'intérêt général. La parenté sémantique a non seulement toujours existé, mais elle perdure encore aujourd'hui. Ainsi Mill n'aurait pas évoqué la notion d'intérêt général. Néanmoins il a affirmé : « Je considère l'utilité comme le critère absolu dans toutes les questions éthiques ; mais ici l'utilité doit être prise dans son sens le plus large : se fonder sur les intérêts permanents de l'homme en tant qu'être susceptible de progrès. Je soutiens que ces intérêts autorisent la sujétion de la spontanéité individuelle à un contrôle extérieur uniquement pour les actions de chacun qui touchent l'intérêt d'autrui »⁵. Les « intérêts permanents de l'homme » ne sont-ils pas ces intérêts supérieurs qui dépassent l'homme dans sa singularité ? N'incombe-t-il pas à la notion d'intérêt général d'autoriser « la sujétion de la spontanéité individuelle à un contrôle extérieur » ? Si les mots ne sont pas les mêmes, l'idée demeure que si une restriction aux droits fondamentaux est posée pour définir les droits fondamentaux, alors on est en présence de la notion d'intérêt général, quelle que soit la dénomination retenue. Le passé ne dément pas, nous semble-t-il, cette assertion.

266. Elisabeth Zoller a ainsi pu, en partant des origines romaines du droit public, montrer que la notion d'intérêt général n'est que le fruit d'un glissement sémantique : « la chose publique, la chose du peuple, qu'on appellera par la suite le bien commun, puis le bien public, puis l'intérêt public, et enfin l'intérêt général, tous ces termes pouvant être tenus comme des modes d'expression de la *res*

³ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 80.

⁴ Bien que les nuances, que telle ou telle dénomination retient, ne soient pas sans effet sur notre représentation du droit. Voir, sur ce point, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 11 : « Le bien commun thomiste ne signifie pas exactement la même chose que l'intérêt commun aristotélicien (...) ».

⁵ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 76.

publica »⁶. Or, ajoute le professeur Zoller, « la chose publique est ce qui *relie* les hommes entre eux ; elle forme la raison d'être de leur volonté de vivre ensemble » (nous soulignons)⁷. Quelle que soit la terminologie retenue de la notion sollicitée pour restreindre et donc définir les droits fondamentaux, ce qui importe, *per se*, est la fonction de la notion : relie-t-elle les hommes entre eux ? Établit-elle le lien indispensable entre restriction aux libertés et protection de la liberté ? A-t-elle pour fonction de restreindre une liberté pour protéger la liberté ? À ces questions, qui n'en sont qu'une, une réponse affirmative valide la présence de la notion d'intérêt général.

267. Un bref examen de notre droit positif – dont la doctrine rend compte – atteste de l'actualité de la pluralité des appellations de la notion d'intérêt général. Le professeur Simon, à la suite du rapport public du Conseil d'État consacré à cette question, en dressait un bref inventaire : « Le rapport public du Conseil d'État de 1999 avait bien montré que l'unité sémantique "intérêt général", comme diraient les linguistes, est particulièrement polysémique, que la profusion de termes proches ("intérêt collectif", "intérêt commun", "intérêt de tous", "intérêt national", "bien commun") favorise la confusion des idées. On peut ajouter de plus que le concept d' "intérêt général" ne peut être appréhendé en faisant abstraction des "produits dérivés", tels qu' "utilité publique", "ordre public", "service public", ou des déclinaisons de l'intérêt général telles que "sécurité publique", "moralité publique", "santé publique", "protection de l'environnement", "développement durable", "intérêt des générations futures"... »⁸. Néanmoins, il suggère un premier classement dont on peut faire état ici et s'articulant autour de trois grandes formes d'intérêt général : « les formes classiques de l'intérêt général » que sont : « ordre public, sécurité publique, santé publique... » ; « la dimension économique de l'intérêt général » que seraient : « justification des règles de police économique, organisations professionnelles, principes d'égalité » ; et, enfin, « l'intérêt général social » qui est : « emploi, protection sociale, lutte contre l'exclusion »⁹. Au plan des droits européens, David Szymczak enseigne que les bornes susceptibles d'être posées aux droits reconnus par ces *corpus* juridiques traduisent « la nécessaire survivance de l'intérêt général » sans se soucier d'établir ou de rappeler le lien entre les différentes clauses restreignant les droits fondamentaux et la notion d'intérêt général¹⁰. Gérard Cohen-Jonathan montre que la déclinaison européenne de la notion d'intérêt général a pour but essentiel

⁶ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 3.

⁷ É. ZOLLER, *op. cit.*, p. 3.

⁸ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 48. Polysémie quant au contenu de la notion que l'on retrouve, selon Denys Simon, dans la jurisprudence communautaire (de l'Union) : « l'intérêt général de la Communauté », « l'intérêt de la Communauté », « l'intérêt communautaire », « les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté », « l'intérêt général », « l'intérêt commun » (p. 50). Ajoutant que « le juge communautaire, pour sa part, semble employer indistinctement les différents thèmes dans un syncrétisme à peu près assumé » (p. 50). Cela montre que cette polysémie est inhérente à la notion. Également, sur cette précision d'ordre terminologique, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 60 (évoquant « la notion d'intérêt général [et] ses expressions assimilées ou voisines » et p. 63 et s. (déclinant et appréciant les occurrences de la notion).

⁹ Sur cette présentation, D. SIMON, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰ D. SZYMCHAK, « Le droit européen, source de droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p.65-66.

d'encadrer plus ou moins intensément le droit national et d'organiser son contrôle éventuel par l'organe de surveillance (la Cour) sans qu'il faille exclure, dès lors, l'idée que ces techniques de limitations d'un droit échappe à la logique que nous avançons. « Dans la Convention européenne, dit-il, les rédacteurs ont par exemple quelquefois opté pour une liste déterminée d'exceptions spécifiques (en ce sens, l'article 5 précise les six cas autorisés de privation de liberté) ; pour d'autres libertés (article 8, 9, 10, 11...), ils ont choisi une clause générale selon laquelle n'était admissible qu'une restriction prévue par la loi et jugée nécessaire dans une société démocratique pour ne pas entraver de manière disproportionnée la poursuite d'une fin légitime parmi celles énumérées dans la clause en question. Cette seconde technique octroie en principe aux autorités nationales une marge d'appréciation apparemment plus grande que le procédé de la liste limitative d'exceptions restrictivement entendues »¹¹. Faisant œuvre de doctrine, le rapport du Conseil d'État français de 1998, s'appuyant sur l'énumération du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention européenne, ajoute : « Cette énumération ne renvoie-t-elle pas, au fond, à ce qu'il est convenu de qualifier de fins d'intérêt général ? »¹². Faisant, pour le droit de l'Union européenne, un même inventaire, Stéphane Rodrigues voit que l'intérêt général est au cœur de la construction communautaire alors même que les qualifications retenues peuvent varier¹³. Fabienne Kauff-Gazin effectue une démonstration analogue en indiquant que les multiples expressions « du droit positif communautaire » ne doivent pas masquer qu'elles « se rattachent, de près ou de loin, à une fonction sociale essentielle : la transmutation du particulier en général, du divers et du dissemblable en unique et convergent »¹⁴. La formulation même d'un « intérêt général communautaire » a trouvé son domaine de prédilection « dans la jurisprudence relative à la limitation des droits fondamentaux » ajoute l'auteur un peu plus loin¹⁵.

268. Alors secrétaire général du Conseil constitutionnel, Jean-Éric Schoettl a eu l'occasion de le rappeler s'agissant cette fois de la jurisprudence constitutionnelle : « même si certains cas d'utilisation ne sont pas ancrés dans les textes, on peut penser que l'intérêt général n'est pas d'une substance étrangère aux droits et libertés classiques. À cela, trois raisons principales. D'abord, comme le Conseil constitutionnel l'a dit dans plusieurs de ses décisions, les motifs tirés de l'intérêt général qui sont mis le plus souvent en avant, comme la santé, la sécurité, l'ordre public, constituent des garanties, classiques et orthodoxes, de l'exercice des droits et libertés. De plus, l'intérêt général est souvent invoqué lorsque l'on pense aux droits et libertés des générations futures. Enfin, la notion est souvent évoquée lorsque sont en cause, de façon indirecte et diffuse, certains aspects des droits et libertés de

¹¹ G. COHEN-JONATHAN, « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 517-543, spéc. p. 522.

¹² *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, coll. EDCE, n°50, 1999, p. 291.

¹³ S. RODRIGUES, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », in *Intérêt général, concurrence et service public*, préc., p. 84-85 : outre le service d'intérêt économique général (SIEG), il ajoute le service universel ou encore le service d'intérêt général.

¹⁴ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 60 et p. 62 et s.

¹⁵ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 188-189.

plusieurs personnes »¹⁶. Cette position est partagée par Marie-Pauline Deswarte. L'auteur souligne, après avoir examiné la diversité des intérêts publics devant le Conseil constitutionnel, qu'en dépit des termes de circonstances, on revient toujours à la notion d'intérêt général¹⁷. Le professeur Mélin-Soucramanien confirme cet état du droit en indiquant combien nos textes sont un réservoir d'intérêt général. L'auteur signale ainsi que le Conseil constitutionnel a utilisé pour la première fois l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen comme norme de référence de son contrôle lors de sa décision du 16 mars 2006¹⁸. Or qu'infère-t-il de cette décision : « Ce visa est important car ce texte, peut-être le plus célèbre du droit français, *recèle paradoxalement encore des potentialités inexploitées*. En particulier, la seconde phrase de cet article qui fait référence à la notion d'"utilité commune" pourrait permettre de trouver un ancrage textuel à la notion d'intérêt général lorsqu'elle est utilisée afin de servir de justification aux dérogations au principe constitutionnel d'égalité » (nous soulignons)¹⁹. Pour sa part, Guillaume Merland, après examen de l'arrêt *Dehaene*²⁰, souligne que dans cette décision « le Conseil d'État certifie que l'absence de référence à l'intérêt général dans le septième alinéa du Préambule de 1946 ne doit pas faire douter de l'intention des rédacteurs de la Constitution : seules sont autorisées les restrictions législatives au droit de grève visant à défendre l'intérêt général »²¹. Ce dernier exemple montre combien la notion d'intérêt général irrigue notre ordre juridique puisque, en tout état de cause, elle ne pouvait être visée par la Constitution du 27 octobre 1946 : la loi y étant encore l'expression de la volonté générale, elle ne pouvait poursuivre que l'intérêt général.

269. Enfin, l'étude d'Étienne Picard portant sur la notion de police administrative a révélé incidemment la proximité des notions d'ordre public et d'intérêt général. L'auteur note d'abord qu'« on peut admettre que l'ordre public général est équivalent à la notion d' "intérêt public" ou à celle d' "intérêt général" (...) »²². Cette relation étroite tient à ceci : « Nous savons que par delà leurs différences relatives de contenu et de champ d'application (la notion d'intérêt général s'applique aussi dans l'ordre des services publics), cette notion et celle d'ordre public général n'accusent pas de différence de nature : elles peuvent toutes deux remplir le même *rôle d'habilitation*, rôle par lequel se

¹⁶ J.-É. SCHOETTL, « Débats », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 69-79, spéc. p. 70-71.

¹⁷ M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 27-34 : sont visés par exemple « intérêt national », « intérêt public », « priorité essentielle », « les besoins essentiels du pays », etc.

¹⁸ Voir respectivement F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (Le contrôle du respect du principe d'égalité) », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 70-73, spéc. p. 70 ; la décision CC, 16 mars 2006, déc. n° 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, Rec. p. 39, cons. n° 12 ; et l'art. 1^{er} de la Déclaration de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

¹⁹ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, préc., p. 70.

²⁰ CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, concl. Gazier, Rec. p. 426, *GAJA* n° 65, p. 410-420.

²¹ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 48-49.

²² É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 564.

caractérise leur essence »²³. C'est-à-dire habiliter le système de droit à édicter des restrictions nécessaires à la définition des droits fondamentaux.

270. Présente sous des appellations diverses, affirmée par prétérition ou non-écrite, la notion d'intérêt général est incontournable. Toutefois nous ne confondons pas les diverses appellations ci-dessus présentées. Deux auteurs nous y invitent²⁴. Virginie Sant-James écrivait, par exemple s'agissant de la relation entre ordre public et intérêt général, que le Conseil d'État avait adopté une lecture écartant toute confusion : « Il est vrai que la notion [d'ordre public] n'est en aucun cas, pour le juge administratif, synonyme d'intérêt général »²⁵. L'arrêt cité à l'appui de cette affirmation n'infirme pas la présente remarque de l'auteur car croire que la notion d'intérêt général peut se fondre dans la notion d'ordre public n'est pas concevable : si l'ordre public est une notion plus restrictive que celle d'intérêt général, alors la notion d'intérêt général ne s'épuise pas dans la notion d'ordre public. En revanche, il est clair que la notion d'ordre public s'épuise dans la notion d'intérêt général, celle-ci étant plus vaste que celle-là²⁶. Si le rapport de synonymie doit effectivement être exclu, cela procède de l'absorption de la notion d'ordre public par celle d'intérêt général. Guillaume Merland met judicieusement en garde contre la tentation de voir des synonymes et abonde en ce sens. L'exemple de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme lève toute ambiguïté²⁷. Alors que la privation du droit de propriété requiert une cause d'utilité publique, l'intérêt général justifie la réglementation de l'usage des biens. Autrement dit, la notion d'intérêt

²³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, *op. cit.*, p. 849.

²⁴ Et, plus globalement, pour une « généalogie » des différentes notions voisines de l'intérêt général, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 39 et s.

²⁵ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 184.

²⁶ Voir CE, 28 février 1986, *Ngako Jeuga*, *Rec.* p. 49 : dans la présente affaire, pour confirmer la légalité d'un refus de délivrance d'un visa d'entrée sur le territoire national par le consul de France opposé à un ressortissant camerounais, le juge administratif considère « qu'en l'absence de toute disposition conventionnelle, législative ou réglementaire déterminant les cas où le visa peut être refusé à un étranger désirant se rendre en France, et eu égard à la nature d'une telle décision, les autorités françaises à l'étranger disposent d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard, et peuvent se fonder non seulement sur des motifs tenant à l'ordre public, mais sur toute considération d'intérêt général ». Les motifs du Conseil d'État laissent apparaître que la notion d'intérêt général, moins exigeante, est aussi plus large que la notion d'ordre public. Notons toutefois que cette lecture ne préjuge pas de la possible extension, à l'inverse, du contenu des notions infra-intérêt général comme c'est le cas pour la notion d'ordre public. En ce sens, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 66 : « Assimilable à l'origine à la paix et à la sécurité intérieures et extérieures, elle étend de nos jours ses ramifications non seulement à ce que l'on appelle l'ordre public économique, qui regarde plutôt le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre, mais aussi à un *ordre public social* plus ou moins métissé d'hygiène, lequel concerne cette fois souvent la liberté d'expression » (italique dans le texte).

²⁷ Art. 1^{er} premier protocole additionnel à la Convention EDH : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être *privé* de sa propriété que pour cause d'*utilité publique* et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour *réglementer* l'usage des biens conformément à l'*intérêt général* ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » (nous soulignons). Sur le rapport généralité/spécificité entretenu par cet article européen (ainsi que par son article 3 de ce même Protocole), voir en particulier B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 409 : « la mention de la marge d'appréciation semble ici uniquement signifier que les États ont un espace de liberté pour choisir le "*but légitime*" sous réserve cependant de rester dans le cadre de l'intérêt général » (italique dans le texte) et plus généralement : « Quelle que soit la Convention en cause, il est requis que de tels aménagements aux droits de l'homme soient destinés à protéger certains objectifs comme l'intérêt général ou d'autres impératifs plus spécifiques énoncés par les dispositions conventionnelles applicables » (p. 536).

général entretient un rapport de contenant à contenu, les notions d'ordre public, d'utilité publique, de nécessité publique, d'intérêt public, d'intérêt national etc. sont considérées comme des catégories spécifiques incluses dans la notion plus large d'intérêt général²⁸. Du reste cette lecture pour être donnée en creux n'en est pas moins avalisée par un ancien membre du Conseil constitutionnel lorsque sont évoqués les motifs de recours à la notion d'intérêt général autant en droit conventionnel qu'en droit de l'Union : « Il s'agit de réserver à la puissance publique la possibilité de restreindre les libertés individuelles pour des motifs supérieurs d'intérêt général : la sauvegarde de l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, voire la moralité publique »²⁹. Partant, l'admission d'une restriction à un droit ou à une liberté implique que sa présence soit systématiquement reconnue comme avérée jusqu'à preuve du contraire.

§2. – L'intérêt général, une condition présumée dans la définition des droits fondamentaux :

271. Que faire des hypothèses où l'intérêt général n'est pas *expressis verbis* mentionné ? Cela voudrait-il dire qu'il fait défaut ? Nous répondrons qu'il ne faut pas confondre son absence réelle et sa présence sous des vocables différents. Car la notion d'intérêt général intervient de manière palpable quelle que soit sa dénomination. La démonstration de François Rangeon en fournit les clés de compréhension³⁰. En dépit de la variété nominative des missions étatiques, il montre, en substance, que leur rattachement commun à la notion d'intérêt général ne fait guère de doute : « Lorsqu'on examine la nature des missions étatiques (l'ordre, la sécurité, le bien-être, la justice...), on constate

²⁸ Voir pour cette présentation G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 5. En revanche, on retrouve dans cette remarque la distinction entre l'intérêt général conditionnant *toute* restriction (contenant) et l'intérêt général conditionnant *cette* restriction (contenu). Pareillement, relativement à l'article 17 de la Déclaration de 1789 (droit de propriété), il a été écrit que « le mot de "nécessité" suggère un emploi circonspect de l'intérêt général opposé au droit de propriété ». Quant à l'ordre public, il pourrait être un « intérêt général poussé au suprême degré ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, respectivement p. 101 et 182 ; ainsi que M. FRANGI, « Propriété (Droit de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 617-627, spéc. p. 619, pour les notions d'utilité publique et de nécessité publique ; de même, sur ces deux notions, P. WACHSMANN, « Les conséquences du rééquilibrage devant la justice administrative », in D. D'AMBRA, (dir.), *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2013, p. 145- 157, spéc. p. 146 : évoquant « des questions aussi complexes que celle de savoir si l'utilité publique conditionnant l'expropriation (...) correspond bien à la nécessité publique exigée par l'article 17 de la Déclaration de 1789 (...) ». Enfin, « d'un point de vue jurisprudentiel, l'intérêt général se constate alors que l'utilité publique s'apprécie » (cf. *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, coll. EDCE, n°50, 1999, p. 309).

²⁹ N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 4. Nous ne prétendons pas épuiser la question tant les difficultés d'ordre lexical sont, à vrai dire, innombrables. Le rapport qu'entretiennent les notions d'intérêt général et d'utilité publique complexe. Complexité aggravée par les sous-catégories elles-mêmes, comme c'est le cas pour la notion d'utilité publique, en ce sens D. LEVY, « Réflexions sur la notion d'utilité publique », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, *op. cit.*, p. 195-204, spéc. p. 204 où l'auteur conclut : « on constate donc qu'il n'existe pas véritablement de notion d'utilité publique. On rencontre des usages divers et contradictoires d'un terme ou formel ou fluctuant. L'utilité publique n'a plus de contenu, c'est désormais une notion dont sur le plan scientifique l'inutilité est publique ».

³⁰ Voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 24-25.

que chacune d'entre elles est reliée au principe de l'intérêt général »³¹. Nous voudrions montrer, alors, qu'au-delà des diverses appellations variables retenues, on retrouve toujours, au bout du compte, la notion d'intérêt général : ordre public³², intérêt national, utilité publique, respect des droits d'autrui³³ etc. dès l'instant où le contenu diversement qualifié renvoie en réalité au dépassement des intérêts particuliers de chacun parce qu'il concerne l'intérêt de tous les membres du corps social³⁴.

272. Rappelons que deux forces opposées sont présentes au sein du droit fondamental. D'un côté, la liberté ou le droit exerce une force à tendance centrifuge sur le droit fondamental en l'éloignant du cadre juridique *par lequel* et *dans lequel* le droit fondamental peut exister. De l'autre côté, la restriction au droit fondamental que représente la notion d'intérêt général exerce, au contraire, une force à tendance centripète sur ce même droit fondamental afin de le ramener le plus profondément possible dans le cadre juridique de concrétisation du droit fondamental. Aussi l'absence de la notion d'intérêt général, c'est-à-dire de la restriction au droit ou à la liberté, entraîne une négation du droit fondamental³⁵. C'est en ce sens que l'intérêt général revêt les traits d'une condition présumée. Pour devenir un droit fondamental, toute liberté ou tout droit doit impérativement être conditionné(e) par la notion d'intérêt général. Par suite, et par simple transition, la reconnaissance d'un droit fondamental, c'est-à-dire l'admission d'une liberté ou d'un droit dans l'ordre juridique, suppose l'intervention idoine de la notion d'intérêt général. Or, l'intervention de la notion d'intérêt général est si

³¹ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 24.

³² Lequel est, comme on le sait, décliné à son tour à l'article L. 2212-2 al. 1^{er} du CGCT : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

³³ Faisant cette liaison expresse entre intérêt général et, en l'occurrence, la liberté de religion d'autrui, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 428.

³⁴ Et pouvant, à la rigueur, constituer une forme possible de devoir. À notre connaissance, en droit français, seule la Constitution du 5 fructidor An III (22 septembre 1795) établissant le Directoire semble être allée aussi loin dans l'affirmation logique et corrélatrice des restrictions aux droits et libertés en les proclamant dans une Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen. S'agissant du droit international mention doit être faite de l'article 29 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 : « L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible ». Au plan régional, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme adoptée à Bogota en 1948 fait figure d'exception tellement sa structure formelle (composée de deux chapitres) semble opposer – comme un jeu de miroir – les droits de l'homme (chapitre 1^{er}) aux devoirs de l'homme (chapitre II), l'article XXVIII, dernière disposition du chapitre 1^{er}, faisant habilement la transition entre les droits et devoirs en ces termes : « Les droits de chaque homme sont limités par les droits des autres, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien-être général et du développement de la démocratie ». Document consultable à partir du site Internet de l'Organisation des États Américains : <http://www.oas.org/en/default.asp>. Plus largement sur la notion de devoir envisagée en tant que corollaire inévitable des droits, B. DUARTE, op. cit., p. 38 et s. La notion de devoir ne nous paraît pas complètement appropriée car elle crée un risque de confusion. Dans le cadre de la justification première des limites à la liberté de l'état de nature, la notion de devoir n'est pas sans intérêt. En revanche, une fois les bases de la liberté réglée de l'état civil établies, elle constitue un raccourci, certes commode, mais regrettable dès lors que le vocable « devoir » supposerait une contrainte ou une auto-contrainte pesant indûment sur un droit fondamental. En effet, du point de vue de la définition des droits fondamentaux, la restriction originelle ayant été acceptée – sans quoi il n'y aurait pas de droit fondamental –, il n'est plus possible au sujet de droits, théoriquement, de s'imposer une quelconque contrainte, obligation ou toute autre forme de devoir sans réintroduire, dans la construction juridique des droits et libertés, l'idée qu'un droit ou une liberté pourrait exister sans règle de droit.

³⁵ François Rangeon remarque que la fonction juridique de l'intérêt général est, selon lui, toujours présente en dépit d'une forme de subsidiarité. En ce sens, F. RANGEON, op. cit., p. 19 : « l'intérêt général apparaît toujours comme une norme seconde et indirecte permettant de justifier soit l'application d'une règle précise, soit au contraire la possibilité d'y déroger ». « Jamais, ajoute-t-il, dans la jurisprudence, l'intérêt général n'apparaît comme une norme directe. Il s'agit toujours d'un principe général de légitimation de la décision » (p. 20).

indispensable qu'elle ne peut être que présumée au point que nous pouvons affirmer que la définition d'un droit fondamental entraîne l'existence d'une présomption irréfragable d'intérêt général. Il s'agit bien d'une présomption irréfragable – qui ne souffre pas la preuve contraire – puisque l'absence d'intérêt général aboutit à l'inexistence d'un quelconque droit fondamental ou d'une quelconque liberté juridiquement protégée.

273. Dans ces conditions, il est clair que « l'omniprésence de l'intérêt général dans le droit administratif et, plus généralement dans le droit public, n'est guère discutable (...) »³⁶. Pourquoi ? La raison majeure tient à ce que la présence de la notion d'intérêt général dans la définition des droits fondamentaux est une suite, non contestable, du pacte social libéral. Sauf à considérer qu'il existe une possibilité de déconnexion entre la fin du pacte (restreindre la liberté) et la notion d'intérêt général (définir les droits fondamentaux), nous devons admettre que chaque fois qu'une restriction en vue de définir un droit fondamental est édictée, la norme restrictive répond à un motif d'intérêt général. C'est à cette lecture que le Conseil constitutionnel s'est rangé dans son rapport établi lors de la XIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, au nom de la France, lorsqu'il devait répondre à la question de savoir s'il existait des limitations aux droits de l'homme. La réponse est affirmative, « toutefois, il n'existe pas de disposition générale à cette fin »³⁷ souligne-t-il. La solution procède de cette présomption : « La plupart du temps, les limitations de droits fondamentaux résultent des nécessités inhérentes à l'exercice d'autres droits fondamentaux, qui sont de valeur équivalente, en l'absence de hiérarchisation entre ces divers droits »³⁸. Les deux exemples qui suivent permettent de rendre compte de l'inhérence de la notion pour définir un droit fondamental³⁹.

274. Certaines dispositions de la Convention européenne ne prévoient aucune restriction aux droits fondamentaux qu'elles proclament. Cela signifie-t-il, dans ce premier exemple, que certains droits sont sans bornes ? La réponse est bien évidemment négative⁴⁰. C'est le cas par exemple de l'article 3

³⁶ J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », préc., p. 327.

³⁷ « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle, XIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Nicosie, Chypre (15-19 mai 2005), *RUDH* 2005, p. 186-195, spéc. p. 188.

³⁸ « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », préc., p. 188. Un membre honoraire de l'institution confirmait en ces termes cette ligne jurisprudentielle : « la notion d'intérêt général est utilisée par le Conseil constitutionnel pour qualifier les motifs de nature à justifier une intervention de la puissance publique réductrice de certains droits ou libertés individuelles appelés à céder devant des impératifs collectifs ». Cf. N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 1.

³⁹ C'est ainsi que se conçoit le rapport entre un droit fondamental et sa nécessaire restriction outre-Rhin. En ce sens, C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 126 : « D'autres énoncés de droits fondamentaux ne prévoient aucunement l'intervention du législateur, qui ne peut donc en réglementer le contenu et les limites (...). Il ne s'ensuit pas que ces droits sont sans limites ».

⁴⁰ L'analyse des travaux préparatoires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 menée par Bernadette Duarte offre des exemples permettant de comprendre que toute restriction aux droits et libertés est nécessaire et peut se passer d'un énoncé en bonne et due forme. Voir B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 42-43 spéc. p. 43 : citant un intervenant aux travaux, elle indique : « Concernant l'article 12 relatif à la

du Premier protocole additionnel à la Convention européenne concernant le droit à des élections libres : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Il apparaît en effet qu'aucune restriction n'est franchement prévue⁴¹. La Cour a pu répondre néanmoins que des restrictions pouvaient parfaitement être adoptées : « La notion de "limitation implicite" qui se dégage de l'article 3 du Protocole n° 1 revêt une importance majeure quand il s'agit de déterminer la légitimité des buts poursuivis par les restrictions aux droits garantis par cette disposition. Étant donné que l'article 3 du Protocole n° 1 n'est pas limité par une liste précise de "buts légitimes", tels que ceux qui sont énumérés aux articles 8 à 11 de la Convention, les États contractants peuvent donc librement se fonder sur un but qui ne figure pas dans cette liste pour justifier une restriction, sous réserve que la compatibilité de ce but avec le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention soit démontrée dans les circonstances particulières d'une affaire donnée »⁴². Par ces motifs, la Cour confirme sans détour que, plus globalement, le contenu de la notion d'intérêt général peut puiser, au niveau du droit européen, dans le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention pour amoindrir les hypothèses d'exercice du droit à des élections libres. Mais, inversement, il est des cas où la notion d'intérêt général promeut des hypothèses d'exercice d'un droit fondamental afin d'en assurer concrètement et pratiquement son existence.

275. L'article 6 § 1 de la Convention, relatif au droit à un procès équitable, au sein duquel on ne trouve aucune indication expresse d'intérêt général promouvant ce droit⁴³, fournit le second exemple révélant la nécessité de la notion d'intérêt général pour définir ledit droit. La Cour, tenant compte des inégalités économiques et sociales qui empêchent l'accès effectif des plus démunis au juge, invite les États parties à la Convention à créer un mécanisme d'aide juridictionnelle⁴⁴. En apportant un soutien financier à tout justiciable, il pèse sur l'État une obligation positive de faciliter l'accès au tribunal, donc l'exercice de ce droit fondamental. Consacrée par le juge européen, dans l'affaire *Airey contre Irlande*, « l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice » constitue un motif d'intérêt général participant à la définition même du droit fondamental en cause⁴⁵. Et ce, d'autant plus qu'« un

liberté de circulation, il sera même suggéré de supprimer l'expression "les droits et libertés d'autrui" dans la clause autorisant des ingérences au motif qu'elle est "superflue, car il va de soi que les droits de toute personne s'arrêtent là où commencent ceux d'autrui" ».

⁴¹ Nous pourrions, ce que nous ne ferons toutefois pas, encore discuter des « conditions qui assurent la libre expression du suffrage » comme élément de restriction rattachable à la notion d'intérêt général.

⁴² CEDH, Gr. Ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n° 58278/00, R. 2006-IV, § 115.

⁴³ Article 6 § 1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre (...) ».

⁴⁴ Elle tend dans cette optique à rejoindre les craintes exprimées çà et là d'une « justice à deux vitesses », pour reprendre un slogan dans l'air du temps.

⁴⁵ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, série A n° 32, § 25. On trouve là une illustration de la théorie des obligations positives qui peut s'appuyer sur un principe cardinal d'interprétation de la Convention selon lequel la

obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique »⁴⁶. Il en résulte ainsi que la notion d'intérêt général est présumée dans toute définition des droits fondamentaux alors même qu'elle n'est pas expressément affirmée. Cette interprétation est partagée⁴⁷ par Bernadette Duarte lorsqu'elle écrit, en généralisant, que les clauses de limitations des droits et libertés reconnus par l'ensemble des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux « imposent alors que la restriction soit au moins prévue par la loi et prise dans un but spécifique qui relèvera de *l'intérêt général* » (nous soulignons)⁴⁸. Certes, poursuit-elle, alors même que l'ensemble des clauses restrictives des droits et libertés « constituent le cadre minimum et obligatoire au-delà duquel les Parties contractantes ne peuvent aller » figeant ainsi le réservoir à restrictions, cette lecture « ne signifie pas non plus que la reconnaissance d'un pouvoir de restriction dans des hypothèses qui se situent hors du champ d'application de telles clauses est impossible »⁴⁹. Restreindre un droit ou une liberté est ainsi inhérent à son existence puisque cela implique, au besoin, un pouvoir « implicite » de restriction⁵⁰. Ensuite l'auteur retrace la diversité des buts légitimes susceptibles d'être poursuivis pour restreindre nécessairement un droit ou une liberté⁵¹. L'énumération non-exhaustive de l'auteur et le caractère non-exhaustif des motifs éligibles au rang de fondement normatif à toute restriction traduisent, tout deux, l'indéfinie hétérogénéité de la notion d'intérêt général au plan du droit international et européen. Cette interprétation, alors même que la notion d'intérêt général serait « trop large » selon les participants à la rédaction du Pacte de 1966⁵², peut se prévaloir des divergences non résolues entre les rédacteurs des catalogues internationaux de droits fondamentaux. Certes, « l'intention de ces rédacteurs (...) est d'encadrer au mieux le pouvoir d'aménagement expressément

Convention « a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs » (CEDH, *Airey c. Irlande*, § 24, précité).

⁴⁶ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A n° 18, § 26. Cette jurisprudence est aussi une conséquence normale de la Convention laquelle garantit, dans son article 14, la jouissance pour tous des droits et libertés reconnus « sans distinction aucune, fondée notamment (...) sur la fortune (...) ou toute autre considération ».

⁴⁷ Il faut être rigoureux pour ne pas trahir la pensée de l'auteur. Voir, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 210 et s. S'il est vrai que Bernadette Duarte considère que le Pacte de 1966 et les Conventions européenne et américaine ont rejeté la technique rédactionnelle dite de la « clause générale de limitation » que l'on reconnaîtra dans l'article 29 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (p. 210-216), ce n'est pas pour autant qu'il ne ressort pas du droit positif – par la double juxtaposition des articles conventionnels et de la jurisprudence – une notion générale – l'intérêt général – visant à attirer l'ensemble des clauses spécifiques de limitation des droits et libertés en son sein. Car ce débat, ainsi qu'elle le soutient elle-même, se situe sur un autre plan : « Conscients que le choix d'une clause générale et exhaustive de limitation dans ces différents textes de nature non contraignante résulte précisément de cette caractéristique, les rédacteurs du Pacte et des Conventions européenne et américaine envisagent d'adopter le système opposé. Des clauses spécifiques à chaque droit sont considérées comme plus appropriées si le texte a vocation à s'imposer aux États et est destiné à accorder une protection effective aux personnes relevant de la juridiction de ces derniers » (p. 216).

⁴⁸ B. DUARTE, op. cit., p. 19. Il convient d'ajouter que les restrictions implicites intègrent nécessairement la notion d'intérêt général ainsi que le soutient, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, Bernadette Duarte (p. 181-183).

⁴⁹ B. DUARTE, op. cit., p. 258-263 spéc. p. 263.

⁵⁰ Nous reprenons le terme exact de Bernadette Duarte. Pour les développements de ce pouvoir « implicite de restriction » dans le droit de la Convention européenne, B. DUARTE, op. cit., p. 263-272.

⁵¹ B. DUARTE, op. cit., p. 315-327 (spéc. p. 315-323 pour le Pacte et p. 323-327 pour la Convention européenne notamment).

⁵² B. DUARTE, op. cit., p. 319.

reconnu afin de lutter contre la raison d'État et donc d'éviter tout abus dans son usage »⁵³. S'il existe effectivement un consensus sur la nécessité de limiter le pouvoir de restreindre les droits et libertés, les divergences mentionnées ne révèlent-elles pas l'impossibilité d'envisager toutes les hypothèses susceptibles d'autoriser des restrictions valides aux droits et libertés ?

276. Plus près de nous, le Comité directeur pour les droits de l'Homme et le Comité des ministres dans leur rapport explicatif au Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'Homme réitèrent le même constat, à savoir cette absolue nécessité de ne pas enfermer linguistiquement les définitions des droits fondamentaux au risque de lier juridiquement les organes chargés de mettre en œuvre ces définitions⁵⁴. Ainsi, le rapport insiste sur le choix d'une définition ouverte (article 1^{er} *in fine* : « ou toute autre situation ») : « Cette solution a été jugée préférable à d'autres, comme celle consistant à inclure expressément certains motifs supplémentaires (par exemple, le handicap physique et psychique, l'orientation sexuelle, l'âge), non par méconnaissance du fait que ces motifs ont pris, dans les sociétés actuelles, une importance particulière par rapport à l'époque de la rédaction de l'article 14 de la Convention, mais parce qu'une telle inclusion a été considérée comme inutile d'un point de vue juridique, puisque la liste des motifs de discrimination n'est pas exhaustive et que l'inclusion de tout motif supplémentaire particulier pourrait engendrer des interprétations *a contrario* indésirables concernant la discrimination fondée sur des motifs non mentionnés »⁵⁵. Enfin, à supposer même que le droit international des droits de l'Homme parvienne à dresser une liste exhaustive des motifs et buts d'intérêt général susceptibles de restreindre un droit ou une liberté, il n'est pas démenti, ici, que la nécessité de restreindre pourrait justifier encore l'extensivité des restrictions : « Ces différents "*buts légitimes*"⁵⁶ englobent à la fois des intérêts privés (au profit de groupes ou d'un particulier) et des intérêts publics destinées à protéger l'État ou la société. Ils correspondent en fait aux devoirs de l'homme qui s'imposent du fait des contraintes de la vie en société organisée démocratiquement et dont le respect est indispensable pour assurer à chacun l'exercice optimal des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Conscients sans doute du lien de dépendance qui existe entre la protection de ces derniers et les objectifs conventionnels précités, les organes internationaux de contrôle compétents n'hésitent pas interpréter de manière extensive ces impératifs

⁵³ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 327.

⁵⁴ Spécialement l'article 1^{er} (« Interdiction générale de la discrimination ») du Protocole n° 12 ouvert à la signature des États parties à la Convention le 4 novembre 2000 : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». À ce jour, ce Protocole, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, n'a ni été signé, ni ratifié par la France.

⁵⁵ Rapport explicatif au Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STE n° 177, <http://conventions.coe.int>, § 20.

⁵⁶ Dont voici la liste condensée qu'en donne l'auteur (B. DUARTE, op. cit., p. 334-335) : protection ou défense de l'ordre public, le respect des droits et libertés d'autrui, la réputation d'autrui, la protection de la santé publique, la protection de la morale ou de la moralité publique, de la sécurité publique ou de la sécurité nationale, la sûreté, la prévention des infractions pénales, le bien-être économique du pays, la prévention du crime, l'intégrité territoriale, empêcher la divulgation d'informations confidentielles, ou encore garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

d'origine conventionnelle »⁵⁷. Au final, il est déterminant de lire qu'« en l'absence de clauses spécifiques de restriction détaillant les buts "*légitimes*", c'est un objectif conforme à "*l'intérêt général*" qui est exigé tant dans le cadre du Pacte que des Conventions européenne et américaine » (italique dans le texte)⁵⁸. Il n'est certainement ni possible, ni nécessaire, de définir des listes de restrictions car le déploiement des droits et libertés suppose l'intérêt général.

277. Peu importe l'angle d'approche, la notion d'intérêt général intervient, de toute façon, positivement et négativement dans la définition des droits fondamentaux. En apportant les restrictions nécessaires à l'absorption des conflits de droits, lesquels conflits expriment l'existence même de ces droits, la notion a vocation à se saisir de tous les conflits susceptibles d'éclater. Il est alors aisé de considérer que chaque restriction à un droit fondamental procède forcément de la notion d'intérêt général. On peut le présumer sans risque puisque, faute d'intérêt général, la liberté ou le droit considéré ne serait pas juridiquement consacré. Aussi la question demeure-t-elle entière de savoir ce que recouvre précisément la notion d'intérêt général entendue comme norme générale de restriction aux droits fondamentaux⁵⁹. Interrogation constante car la présomption attachée à chaque restriction à un droit ou à une liberté justifie la vocation inépuisable de la notion d'intérêt général dans la définition des droits fondamentaux.

Section 2^{ème} : La vocation inépuisable de l'intérêt général :

278. « Il est impossible, anticipait Beccaria dès 1764, de prévenir tous les désordres engendrés par la lutte universelle que se livrent les passions humaines. Ils croissent en raison composée de la population et de l'enchevêtrement des intérêts particuliers, qu'on ne saurait diriger avec une précision

⁵⁷ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 335. Le Conseil d'État avait formulé en 1999, peu ou prou, les mêmes observations pour le droit interne : « La contradiction entre intérêt général et libertés publiques et individuelles paraît inscrite au cœur même de l'exercice de ces libertés. Est ici en cause la notion d'ordre public, qui est au centre de celle d'intérêt général, dont elle constitue une composante essentielle. Tout motif d'ordre public est réputé, pour le juge, servir l'intérêt général, et peut justifier que des restrictions soient imposées à l'exercice de certaines libertés, afin, il est vrai, d'en permettre un exercice ultérieur plus "complet", et sans entraves » (cf. *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 290).

⁵⁸ B. DUARTE, op. cit., p. 337. Voir, en outre, les développements pertinents sur la notion d'intérêt général employée, notamment, par le juge européen, p. 339-341.

⁵⁹ D'ores et déjà, lorsque par exemple l'on s'arrête sur le droit international, on pressent les obstacles qui se dressent au regard d'une extensibilité sans borne du contenu de la notion d'intérêt général : « Les restrictions, prévient M. Sudre, aux droits garantis doivent être prises dans l'intérêt de la vie étatique (sécurité nationale, sûreté publique, bien-être économique ou général du pays), de la vie sociale (sécurité publique, ordre public, santé ou moralité publique) ou des droits d'autrui au sein de la société. Sous couvert d'une nomenclature sélective, les textes conventionnels utilisent les notions les plus extensibles du droit public, qui touchent, par leur somme, à la notion générale d'ordre public. On mesure combien ces vastes possibilités offertes aux États de limiter les droits garantis risquent de vider ceux-ci de leur substance, en l'absence de tout contrôle organisé, et rendent exceptionnel un constat de violation du texte conventionnel pour défaut de but légitime d'une ingérence dans un droit garanti (...) ». Cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 218. On pourrait nous reprocher, en usant d'une notion *prima facie* plus large que la « notion générale d'ordre public » – avec laquelle la notion d'intérêt général est liée –, de nourrir ces dérives. Nous devons l'avoir à l'esprit et être vigilant dès maintenant.

mathématique vers le bien général »⁶⁰. Depuis lors la construction de la société et la multiplication des activités humaines ont conduit à l'affirmation de nouvelles prérogatives individuelles et collectives qui s'incarnent dans les droits fondamentaux. Ce renouvellement permanent, parce que la dynamique sociale est forte, rejaillit nettement sur le contenu de la notion d'intérêt général. Notion d'abord centrée sur une exigence principielle, la restriction aux droits fondamentaux, l'intérêt général va se développer, s'affiner en fonction de l'hétérogénéité des activités humaines. Du conflit originel, on peut déceler et décliner de nombreux conflits dérivés correspondant à des situations très diverses. Les motifs d'intérêt général se multiplient en même temps qu'ils se rationalisent. On passe d'une approche relativement frustrée des restrictions aux droits fondamentaux à une approche organisée, hiérarchisée et théorisée des restrictions aux droits fondamentaux⁶¹. Pour autant, l'importance de la notion, en raison de sa fonction de restriction aux droits fondamentaux, nécessite d'en dresser les contours. « De quoi l'État doit-il s'occuper ? Quel est le bon niveau de gestion des affaires publiques ? Ces questions, en elles-mêmes classiques, représentent aujourd'hui l'un des enjeux les plus importants du droit public »⁶².

279. Si, de prime abord, l'évidence était dans une distinction indiscutable entre intérêt « individuel » et intérêt « collectif », l'intérêt général n'étant pas, à coup sûr, dans le premier (intérêts particuliers), et se trouvant possiblement dans le second, Jean-Marie Pontier a aussitôt minimisé l'opérabilité de cette division : « la distinction entre les intérêts individuels (ou particuliers) d'un côté, l'intérêt collectif de l'autre, s'est imposée sans discussion. L'accord s'arrête là, car les divergences sont profondes sur ce que peut être (ou doit être) cet intérêt collectif, sur le point de savoir s'il est la somme des intérêts particuliers ou est d'une nature propre (...). Les termes mêmes utilisés montrent la difficulté de l'approche : on parle d'intérêt commun, d'intérêt public, d'intérêt général. Pour certains, ces expressions sont synonymes, pour d'autres, elles recouvrent des concepts distincts mais dans ce cas, à l'évidence, les définitions sont différentes selon qu'elles sont données, par exemple, par des philosophes ou des juristes »⁶³. On ne constate pas l'intérêt général ; on le cherche et surtout on le recherche. « Quant à ceux qui disent : "Est illégitime tout gouvernement qui ne tend pas au bien commun, la poursuite du bien commun étant la seule raison d'être de l'autorité publique", il est facile de leur répondre que cette idée est beaucoup trop large et beaucoup trop vague, car qui définira le bien

⁶⁰ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 47.

⁶¹ Plus globalement, sur cette question des rapports entre droits fondamentaux et réalité sociale, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 345-353, spécifiquement p. 349-353, et cet exemple problématisé révélateur des interactions entre réalité sociale et droits fondamentaux : « Si les biens susceptibles d'appropriation privée sont rares et que tout le monde ne peut être propriétaire, l'institution de la propriété sera importante pour le Droit privé, mais ne sera pas un droit fondamental. Si le travail est structurellement rare et qu'il n'est pas possible d'atteindre le plein emploi, parler de droit au travail va créer des attentes impossibles à satisfaire » (p. 351).

⁶² D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 66.

⁶³ J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », préc., p. 327.

commun emportant la conviction de tous les citoyens ! »⁶⁴. C'est en ce sens qu'il faut admettre la remarque de Marie-Pauline Deswarte pour qui « il n'y aurait pas d'Intérêt général préexistant »⁶⁵. Nous recherchons donc un contenu plus ou moins exact de la notion d'intérêt général. Cette recherche révèle que la notion d'intérêt général est d'une extrême hétérogénéité matérielle (§1.) dont on peut seulement fixer les contours en tentant une rationalisation (§2.).

§1. – L'extrême hétérogénéité de l'intérêt général :

280. On peut effectivement soutenir que toute entreprise visant à définir avec exactitude la notion d'intérêt général serait vaine. Cela tient d'abord à l'état du droit que nous avons dessiné : le contenu de l'intérêt général s'arrime à la redéfinition constante des droits fondamentaux et varie avec elle (I.). Pour cette raison juridique, le contenu matériel est aussi hétérogène que les dynamiques qui traversent le corps social puisque, en pratique cette fois, ces dynamiques ne sauraient être sans incidences sur les droits fondamentaux (II.).

I. – Une hétérogénéité extrême liée à la redéfinition constante des droits fondamentaux :

281. Le contenu intrinsèquement vaste de l'intérêt général procède de la fonction attribuée à cette notion. En effet, cette sollicitation de l'intérêt général pour définir les droits et libertés, c'est-à-dire les restreindre juridiquement en les érigeant en droits fondamentaux, n'a pas pour seul effet de poser les termes de l'aspect restrictif contenu dans la définition du droit fondamental. Ce serait une erreur de s'en tenir à cette lecture. Chaque fois que l'intérêt général permet de consacrer un nouveau droit fondamental, on peut sans excès considérer que ce sont tous les droits fondamentaux qui voient leur définition affectées. Car, à chaque restriction apportée à un droit fondamental, à chaque nouvelle définition d'un droit ou d'une liberté juridiquement accordé par le système de droit libéral, l'aspect positif d'un droit fondamental est modifié. Il ne doit pas surprendre que dans ce cas la nature même de la définition affichée par le système de droit est une définition relative. Les droits fondamentaux sont, dans leur existence, interdépendants les uns aux autres. L'admission par le Conseil constitutionnel dans le contenu de l'intérêt général, par le biais des objectifs de valeur constitutionnelle, du respect de la liberté d'autrui l'établit sans réserve : « Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier (...) la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec (...) les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public,

⁶⁴ P. BASTID, « Légitimité », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n°13, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 418-421, spéc. p. 420.

⁶⁵ M.-P. DESWARTE, « Intérêt général, bien commun », préc., p. 1299.

le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels (...) »⁶⁶. Nous observons la même conséquence en droit de l'Union puisque l'article 51 § 1 de la Charte des droits fondamentaux dispose en substance que la définition des droits fondamentaux est autorisée au nom du « besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Pareillement, le droit de la Convention européenne prévoit que les différents droits fondamentaux qu'il reconnaît au titre des articles 8 à 11 se définissent, aussi, en relation avec « la protection des droits et libertés d'autrui ». Cette dynamique constante de redéfinition européenne permanente des droits fondamentaux est décrite, avec certaines nuances, dans l'examen des « droits implicites » et des « restrictions implicites », notions que développe Bernadette Duarte, pour en rendre compte⁶⁷. Un droit fondamental est donc défini en étroite relation, par la collaboration de la notion d'intérêt général, avec les autres droits fondamentaux.

282. En définissant les droits fondamentaux, la notion d'intérêt général révèle subséquemment leur contingence substantielle et, *a fortiori*, leur relativité ontologique dont Philippe Ardant explique qu'elle remonte au pacte social français : « Car les libertés classiques ne sont pas absolues. Les constitutions prennent soin d'en préciser les limites. Et derrière celles-ci réapparaissent les idéologies. Sous la Révolution française, la primauté de l'individu, fondement du libéralisme, se traduisait dans la Déclaration de 1789 par le principe selon lequel "la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui", les droits naturels de chacun n'ayant pour "bornes" que les droits des autres membres de la société. Mais déjà réserve était faite aussi de l'intérêt de la société et de la défense de l'ordre public qui pouvaient justifier l'intervention du législateur. Peu à peu on a vu se mettre en place la définition d'un but social assigné aux libertés, qui deviennent relatives »⁶⁸. C'est montrer combien la notion d'intérêt général, norme juridique inhérente aux droits fondamentaux, en les consacrant, modifie leur nature. Les droits et libertés sont certes restreints pour exister juridiquement, mais cette transformation des droits et libertés en droits fondamentaux a aussi pour effet d'en modifier la nature. Alors que les droits et libertés étaient uniquement pensés en termes de droits « bruts », la valeur ajoutée par le concept de droit fondamental a abouti à leur socialisation. Les droits fondamentaux ne peuvent plus être considérés uniquement du point de vue des membres du corps social pris dans leur individualité, ils sont également saisis du point de vue de la société tout entière⁶⁹. Les droits fondamentaux ne peuvent être définis juridiquement par l'intérêt général que dans l'espace social ; l'interaction entre droits fondamentaux, intérêt général et ordre social détermine alors le contenu concret de la notion d'intérêt général.

⁶⁶ CC, 27 juillet 1982, déc. n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 5, cons. n° 5. À notre connaissance, cette décision mentionne pour la première fois l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est le respect de la liberté d'autrui.

⁶⁷ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 263-272.

⁶⁸ P. ARDANT, « Les constitutions et les libertés », préc., p.70-71.

⁶⁹ Ce qui pourra déboucher sur des formes ambiguës d'appropriation de la liberté par le droit. Cf. *infra* n°s 384 et s.

II. – Une hétérogénéité extrême liée à la dynamique sociale :

283. La notion d'intérêt général est une notion dont le contenu dépend en deuxième analyse de la dynamique sociale. Elle est tributaire, en son objet, des secousses conflictuelles qui traversent le corps social⁷⁰. Trois raisons principales peuvent alors expliquer l'hétérogénéité de l'intérêt général. Tout d'abord, la dynamique sociale n'est pas aussi aisée à saisir, ce que Beccaria, dès le XVIII^{ème} siècle, percevait à propos de toute société humaine : « la justice humaine ou politique, n'étant qu'un rapport entre l'action et l'état variable de la société, peut varier elle-même dans la mesure où cette action devient nécessaire ou utile à la société, et on ne peut s'en faire une idée claire que par l'analyse des rapports infiniment compliqués et changeants des combinaisons sociales »⁷¹. Le professeur Braud a affiné l'étendue de cette complexité : « l'observation de la vie en société révèle sans peine l'existence d'attentes ou d'exigences collectives. Les salariés d'une entreprise manifestent contre des réductions d'effectifs ; des parents réclament l'ouverture d'un nouveau lycée ; les résidents d'une banlieue se plaignent des moyens de transport insuffisants ; etc. Si disparates qu'ils soient quant à leur objet, leur ampleur ou leur nature, ces mouvements expriment toujours la réalité d'un fossé entre des aspirations d'une part, et le constat d'une réalité jugée insatisfaisante d'autre part »⁷². La puissance publique – puissance de l'humainement possible – ne peut pas agir autrement qu'en saisissant une réalité singulière de la situation du corps social. Ensuite, deuxième raison, écrit le professeur Pontier, « l'intérêt général n'existe pas en soi, indépendamment des hommes qui composent une société. Ce qu'il est, ou ce qu'il n'est pas, résulte donc d'abord de la perception que les hommes en ont »⁷³. Aussi, troisième raison, la notion d'intérêt général dépend-elle étroitement des droits fondamentaux existants et reconnus : « Si l'on considère l'histoire de nos libertés, on s'aperçoit que leur énonciation a précédé leur mise en œuvre. Il est possible d'en déduire que leur mise en application a influé sur ce qu'elles sont devenues, au fur et à mesure de leur insertion dans le système juridique, qui a lui-même évolué »⁷⁴. Si la notion d'intérêt général accompagne les droits fondamentaux, ces derniers en déterminent, par leur existence sociale, le contenu. Puisque les actions humaines sont virtuellement sans limite, elles impriment à la notion d'intérêt général son caractère infini. « Il n'est pas d'action humaine en cette vie qui ne soit le début d'une chaîne si longue de conséquences que la prévoyance humaine, aussi loin qu'elle se porte, ouvre aux humains une perspective sur la fin »⁷⁵. La potentialité des actions humaines est telle qu'il est chimérique de déterminer, et de prévoir, avec certitude toutes

⁷⁰ Parce que « la notion de conflictualité apparaît toujours au cœur de la dynamique sociale » rappelle Philippe Braud. Cf. P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 390.

⁷¹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 26-27.

⁷² P. BRAUD, op. cit., p. 387.

⁷³ J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », préc., p. 327.

⁷⁴ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 349.

⁷⁵ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 535.

les possibilités, selon nous, de configuration éventuelle des droits fondamentaux. « Quand bien même parviendrait-on à recenser l'ensemble des buts d'intérêt général à partir des décisions du Conseil constitutionnel, constate par exemple M. Merland, la liste serait aussitôt frappée d'incomplétude en raison de la contingence essentielle de l'intérêt général qui amène à découvrir continuellement de nouveaux démembrements »⁷⁶. S'il n'est pas possible de fixer un contenu à la notion d'intérêt général à partir du traitement de la réalité sociale objectivement constatable dont elle est porteuse, il convient de s'attacher à ce qu'est décidé, *in fine*, par le système de droit libéral. Le contenu varie non plus sous l'angle de la réalité sociale objectivement constatable, comme précédemment évoqué, mais bien selon l'angle de perception induit par la prise en charge de cette réalité par la puissance publique⁷⁷. Or, la conception de la notion d'intérêt général par la puissance publique obéit à un premier impératif qui découle directement de construction du système de droit. La conception de l'intérêt général ne peut être qu'une conception rationnelle, fruit d'une production normative.

284. On peut dès lors s'appuyer sur le « principe de discussion » tel que théorisé par Jürgen Habermas⁷⁸. Cet impératif serait applicable à la détermination du contenu de la notion d'intérêt général, contenu propre à valider une matérialité de l'intérêt général en liaison avec les droits fondamentaux dès lors que « selon la vision habermassienne de la démocratie, ce qui garantit au participant à la délibération la liberté de son consentement à la norme collective, c'est le fait que celui-ci puisse être produit à l'issue d'un *échange d'arguments rationnels* » (nous soulignons)⁷⁹. Or, selon le professeur Cayla, « pour Habermas, une discussion qui donne lieu à des échanges d'arguments rationnels ne peut se concevoir que si chaque participant vise l'entente »⁸⁰. Ce que nous sommes en mesure d'attester dans la mesure où toute discussion portant sur l'intérêt général vise à déterminer les restrictions aux droits fondamentaux que les membres du corps social accepteront, dans les conditions du système de droit établi, de supporter pour la réalisation juridique effective de leurs droits fondamentaux respectifs. Autrement dit, l'entente, considérée comme objectif de toute discussion intéressant l'intérêt général, est l'accord originel formalisé par le pacte social français. Dans le respect de cet impératif, une marge de manœuvre est laissée au profit de la puissance publique dès lors que la rationalité nécessaire à la production de la notion d'intérêt général n'interdit pas, elle aussi, la multiplication des conceptions de la notion. Cette marge de manœuvre a été systématisée à travers les conceptions dites classiques de la notion d'intérêt général. « À l'époque de l'État-Providence à son

⁷⁶ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 253.

⁷⁷ Les conditions pratiques du traitement de la réalité sociale par le système de droit n'est pas sans intérêt comme le prouve l'examen détaillé effectué Philippe Braud dans P. BRAUD, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 676 et s.

⁷⁸ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, traduction J.-M. Ferry, Paris, Fayard, coll. « l'espace du politique », 1987, cité par O. CAYLA, « Habermas Jürgen. Droit et démocratie. Entre faits et normes », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, *op. cit.*, p. 229-230.

⁷⁹ O. CAYLA, *op. cit.*, p. 231.

⁸⁰ *Ibid.* Quant aux conditions linguistiques et méthodologiques de la discussion habermassienne, pareillement O. CAYLA, *op. cit.*, p. 231-234.

zénith, il y avait naturellement extension maximale de cette propension ; au contraire, le retour en force d'un crédo libéral tend à freiner l'émergence de ce type de représentation »⁸¹. C'est dans cet espace que nous essaierons de rationaliser les diverses conceptions de l'intérêt général.

§2. – Essai de rationalisation des conceptions de l'intérêt général :

285. L'objet du débat porte dorénavant sur « la question de savoir si l'État doit avoir en vue seulement la sûreté, ou le bien général, matériel et moral, de la nation. La préoccupation de la liberté de la vie privée a principalement conduit à la première de ces deux assertions, tandis que l'idée naturelle que l'État peut donner autre chose encore que la sûreté, étant donné qu'une restriction abusive de la liberté est certes possible mais non nécessaire, a fait admettre la seconde »⁸². Si les termes du débat sont clairs, en revanche, il reste à expliquer ce qui fondamentalement permet de basculer d'une acception à l'autre de la notion. Pour expliciter cette interrogation, nous faisons nôtre la proposition du professeur Picard, en étendant sa problématique aux rapports entre intérêt général et droit fondamentaux. S'agissant donc de l'évolution du contenu de la norme de nécessité (c'est-à-dire l'ordre public comme fondement de la police), l'auteur note la possibilité logique d'une profonde mutation : « Le contenu étant purement axiologique, il n'y a guère de mesure de police qui *en soi* serait nécessaire : tout dépend des valeurs que se donnent ceux – législateur, administration, juge, opinion juridique dominante – qui ont, à des titres divers, le pouvoir de l'interpréter ou de le concrétiser » (italique dans le texte)⁸³. La scansion de l'intérêt général pourrait s'articuler alors autour de trois périodes dont le professeur Braud nous rappelle l'étendue⁸⁴. Première phase, l'affirmation réductrice : « L'action publique s'est longtemps limitée, dans les monarchies européennes traditionnelles, au maintien de l'ordre et aux relations extérieures »⁸⁵. Deuxième phase, l'extension : « L'interventionnisme de l'État s'amplifie au XIX^{ème} siècle, et se diversifie, incluant notamment le secteur de l'éducation et de la santé. Parallèlement les États modernes mettent en place un maillage plus serré et plus cohérent d'administration territoriale. Mais c'est le XX^{ème} siècle qui verra s'épanouir les politiques de l'État-Providence, caractérisées par le double souci de protection sociale et de

⁸¹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 680.

⁸² W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 26. En donnant les schémas possibles des missions de l'État, et par suite du contenu de la notion d'intérêt général, Humboldt perçoit d'ores et déjà l'État providence comme un État liberticide puisque la restriction, au nom du bien-être général, est à la fois « abusive » et « non nécessaire ».

⁸³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 646. D'où, par exemple, le fait que « la doctrine du bien commun permet à l'Église de condamner la doctrine libérale de l'État non-interventionniste ("État-gendarme") et de justifier, prenant acte des évolutions qui se sont produites au cours des années trente, les interventions économiques et sociales de "l'État-Providence" ». Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 75-76.

⁸⁴ Dans le même sens, mais à partir des concepts de « démocratie politique » et de « démocratie sociale », G. LESCUYER, « Libertés publiques », préc., p. 985-986. Il ne s'agit donc bel et bien de n'envisager que l'Europe, certains pays n'ayant pas expérimenté toutes les phases décrites par M. Baud. En ce sens, le cas du Japon, H. YAMAMOTO, « L'intérêt général en droit constitutionnel japonais », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 125 : « on considère que l'État moderne japonais, qui n'a pas fait l'expérience historique de l'État libéral, est interventionniste depuis son établissement ».

⁸⁵ P. BRAUD, op. cit., p. 676.

redistribution des ressources (...) »⁸⁶. Enfin, troisième phase, la nouvelle diminution : « Aujourd'hui, cet interventionnisme est sévèrement limité par le triomphe des principes de l'économie de marché à l'échelle européenne et mondiale »⁸⁷.

286. Ce schéma théorique met en lumière le dialogue permanent entre les conceptions classiques (I.), révélant ainsi leur limite, et la nécessité de repérer une conception française de l'intérêt général (II.). Nous assumons pleinement ce que cette schématisation aura d'excessive⁸⁸ car, outre les difficultés propres à l'ampleur de cette démarche⁸⁹, la discussion sur les différentes conceptions plausibles de l'intérêt général matérialise, *in fine*, l'enveloppe formelle de la notion. Avec François Rangeon, on peut affirmer que chacune des conceptions vise, ainsi, à justifier l'ordre civil quel que soit le courant de pensée auquel on peut la rattacher : « La volonté générale de Rousseau, la main invisible de Smith, l'intérêt général hégélien, l'utilitarisme benthamien, la conception transactionnelle et décentralisée de l'intérêt général chez Constant, et dans un autre sens, chez Tocqueville : toutes ces conceptions de l'intérêt général sont à la fois différentes et en même temps révélatrices, chacune à leur manière, d'un ordre économique et social qui cherche sa justification doctrinale »⁹⁰.

⁸⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 676.

⁸⁷ *Ibid.* Elle pourrait être révélée, mais nous ne cherchons ni à convaincre, ni à trancher la question, par la troisième génération de droits (les droits dits de solidarité) en tant, et dans cette seule mesure, qu'ils supposent aussi bien l'intervention de l'État que celle des autres acteurs sociaux (individus, groupes, entités privées, etc.), c'est-à-dire une abstention symétrique de l'État. Autoriser une association, par exemple, à participer à la définition de la notion d'intérêt général, c'est avoir supposé la non-intervention de l'État. Il est remarquable qu'à l'échelle de la construction européenne les mêmes phénomènes ont été observés de flux et de reflux des conceptions de l'intérêt général. D'abord cantonné à l'économique, l'intérêt général de l'Union connaît lui aussi des inflexions de type social qui ne se bornent pas uniquement à corriger l'économique (sur ces mouvements, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 292-307).

⁸⁸ Et de dogmatique, comme l'écrit M. Clamour. Voir G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., p. 179.

⁸⁹ Nous faisons nôtre la circonspection de Fabienne Kauff-Gazin : « Nous sommes conscients, concède-t-elle, de la caricature qu'une telle approche nous contraint à effectuer. Le modèle français de l'intérêt général a aussi été influencé par les penseurs libéraux et, inversement, le modèle anglo-saxon n'est pas exempt de traits "volontaristes" » (cf. F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 19). Dans le même sens, François Rangeon souligne la parenté conceptuelle, alors que nous serions tentés instinctivement de les séparer complètement, entre la conception américaine de l'intérêt général et la conception française : « Disons que la première est plus réceptive aux intérêts particuliers et la seconde à l'intérêt général ». Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 206-207, spéc. p. 206.

⁹⁰ F. RANGEON, op. cit., p. 192. Plus largement sur ces différentes conceptions de l'intérêt général, G. CLAMOUR, op. cit., p. 161 et s.

I. – Les conceptions classiques de l'intérêt général : de l'État gendarme à l'État providence

287. On peut, de prime abord, analyser les deux conceptions possibles⁹¹ de l'État garant des droits et libertés : l'État gendarme (A.) et l'État providence (B.). Ces deux « États » correspondent à deux lectures de la notion d'intérêt général laquelle suppose « la subordination du Pouvoir à l'accomplissement de finalités prétendues éminentes mais dont elle ne peut préciser un contenu évident ou logique. Plusieurs penseurs les ont réduites à la garantie de l'autonomie personnelle par la sûreté individuelle, la liberté de pensée, la propriété privée. Telle est la branche libérale, pendant longtemps la plus forte, de la théorie, caractérisée par le souci de minimiser le Pouvoir. Mais rien, ni en évidence, ni en logique, n'empêche que la préservation de la personne s'effectue aussi par la satisfaction de ses multiples besoins pour faire alors du Pouvoir un garant toujours plus sollicité, plus appelé à s'amplifier pour satisfaire aux revendications. Telle est la branche autoritariste, virtuellement totalitariste, de la théorie du contrat »⁹².

A. – La conception utilitariste de la notion d'intérêt général : l'État gendarme

288. Si les points de vue divergent notablement sur cette détermination minimaliste ou utilitariste, il n'est pas exagéré de dire que les courants de pensée, ci-après développés, ont pour « devise » commune initiale : « Le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins »⁹³. Avec les libéraux, précise François Rangeon, « l'intérêt général relève de l'ordre social : toute intervention de l'État visant à troubler ou contraindre cet ordre ne peut être que maladroite, néfaste, honteuse »⁹⁴. Pour tenter un résumé suffisamment clair pour notre étude, nous dirions que leur trait d'union est l'affirmation d'une définition négative de la notion d'intérêt général (1.). Définition négative dont les tenants de la conception utilitariste de la notion d'intérêt général doivent ensemble porter le fardeau : son caractère insuffisant (2.).

⁹¹ Il a été très clairement établi que chacune des deux conceptions mentionnées peut être corrélée à une « génération » de droits de l'Homme : à la première génération, la notion d'intérêt général est strictement entendue ; à la seconde, elle est largement entendue. En ce sens, E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 160. Répondons à l'objection d'une division arbitraire : il s'agit d'envisager l'intérêt général en relation avec la liberté, donc une notion qui doit être construite. Hors du champ des droits et libertés défini précédemment, il va de soi que d'autres conceptions de l'intérêt général existent. Sur celles-ci, notamment, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 17-18.

⁹² J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 28. Sur la gradation du pouvoir corollaire des obligations étatiques, P. MEYER-BISCH, « Obligations (Théorie des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 714-717, spéc. p. 717.

⁹³ H. D. THOREAU, *La désobéissance civile*, op. cit., p. 9.

⁹⁴ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 134.

1. – Une définition négative de la notion d'intérêt général :

289. Adam Smith (1723-1790) prépare, sur le terrain *économique*, la conception libérale d'un intérêt général réduit. C'est cet économiste écossais qui jette les bases du libéralisme politique⁹⁵. « Pour éviter que l'État n'empiète sur les libertés de l'individu, énonce François Rangeon pour rendre compte de Smith, il convient qu'il n'ait d'autre tâche que d'assurer la sécurité intérieure et extérieure et de pourvoir à l'éducation des citoyens et à l'entretien des ouvrages publics »⁹⁶. Cette conception minimale est relayée, dans la philosophie politique, par Wilhelm von Humboldt à la fin du XVIII^{ème} siècle⁹⁷. Le penseur prussien affirme que « le premier principe fondamental » à adopter pour l'établissement d'un ordre juridique protecteur de la liberté peut se résumer à ces maximes : « Que l'État se retienne de tout soin pour le bien positif des citoyens ; qu'il ne s'avance jamais plus qu'il n'est nécessaire pour leur garantir la sûreté entre eux et vis-à-vis des ennemis extérieurs ; qu'il ne restreigne jamais leur liberté en faveur d'un autre but »⁹⁸. L'auteur constate en effet que l'État peut poursuivre, en schématisant, deux buts : « Il peut chercher à promouvoir le bonheur, ou bien il peut se borner à vouloir empêcher le mal ; et, dans ce dernier cas, à empêcher le mal venant de la nature ou le mal causé par les hommes. S'il se contente du second de ces maux, c'est la sûreté seule qu'il cherche ; et c'est cette sûreté que j'opposerai à tous les autres buts possibles compris sous le nom de bien-être positif »⁹⁹. Qualifié également de « premier principe positif », le contenu de la notion d'intérêt général serait donc réduit à un objet exclusif pour Humboldt : la sûreté, autrement dit « la conservation de la sûreté, soit contre les ennemis extérieurs, soit contre les troubles intérieurs, est le but que doit se proposer l'État, et l'objet sur lequel son action doit s'exercer »¹⁰⁰. C'est à une définition « entièrement négative » de la mission de l'État que se livre le philosophe puisqu'on ne saurait être plus pragmatique : « Ainsi l'État se bornera à toucher aux actes qui empiètent immédiatement et directement sur le droit d'autrui, à décider le droit litigieux, à rétablir le droit violé et à punir le violateur »¹⁰¹.

⁹⁵ En ce sens, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 156-159.

⁹⁶ F. RANGEON, op. cit., p. 158.

⁹⁷ Conception qui résulte du reste de la méthodologie prônée par le projet politique inscrit dans l'œuvre de Humboldt selon Alain Laurent et Karen Horn : « Le propos de l'*Essai* n'est autre que de résolument inverser la hiérarchie des normes sociales et politiques établies. Soit de partir de l'individu et son exigence de liberté pour remonter au minimum d'État nécessaire à la garantie constitutionnelle de sa sûreté afin que puisse librement se développer l'individualité de chacun. Et d'établir que l'attribution de toute autre mission à l'État ne peut qu'être liberticide et nuisible à tous ». Cf. A. LAURENT, K. HORN, préface, in W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 8.

⁹⁸ W. VON HUMBOLDT, op. cit., p. 54.

⁹⁹ W. VON HUMBOLDT, op. cit., p. 34.

¹⁰⁰ W. VON HUMBOLDT, op. cit., p. 61. « Cette sûreté comme l'objet réel de l'action de l'État » (p. 115) accentuant la réification du contenu de la notion d'intérêt général. Il ne s'aurait s'agir par conséquent d'une notion abstraite et fuyante mais, dans la pensée d'Humboldt, d'une notion très concrète et saisissable.

¹⁰¹ W. VON HUMBOLDT, op. cit., p. 116. Voir son explicitation, p.127-128 : « Afin de prendre soin de la sûreté des citoyens, l'État doit, parmi les actes qui ne se rapportent immédiatement qu'à leurs auteurs, défendre ou limiter ceux dont les conséquences portent atteinte aux droits des autres hommes, diminuent leur liberté et leur propriété, sans ou contre leur volonté, ou bien encore les actes qui doivent vraisemblablement amener ce résultat (...) ».

290. Les thèses avancées par les physiocrates – avec en figure de proue le « prince économiste » – au cours du XVIII^{ème} siècle ne sont pas étrangères à une forme de législation *a minima*¹⁰². Dans la doctrine politico-économique qu'ils construisent, « le légis-lateur, comme son nom l'indique, n'est pas un légis-facteur ; il ne "fait" pas les lois, il les "porte" seulement au milieu de la société »¹⁰³. On la discernera de nouveau au XIX^{ème} siècle dans le libéralisme économique prôné par Benjamin Constant et son « État minimalitaire », expression que suggère d'employer, pour qualifier sa pensée, le doyen Lescuyer¹⁰⁴. « Le commerce, dit Constant, inspire aux hommes un vif amour pour l'indépendance individuelle. Le commerce subvient à leurs besoins, satisfait à leurs désirs, sans l'intervention de l'autorité. Cette intervention est presque toujours, et je ne sais pourquoi je dis presque, cette intervention est toujours un dérangement et une gêne. Toutes les fois que le pouvoir collectif veut se mêler des spéculations particulières, il vexe les spéculateurs. Toutes les fois que les gouvernements prétendent faire nos affaires, ils les font plus mal et plus dispendieusement que nous »¹⁰⁵. Peut-on mieux dire ?

291. Le libéralisme politique affinera les doctrines évoquées. Et, dans cette mesure, c'est très certainement à John Stuart Mill que l'on doit, en prolongeant les réflexions du libéralisme économique, une conception *politique* limitée de la notion d'intérêt général¹⁰⁶. Philippe Raynaud restituant la volonté de Mill de concilier la doctrine utilitariste (Bentham) et la liberté des modernes (Constant), affirme sur ce point : « Entre les deux, Mill va donc s'efforcer de montrer sur une base utilitariste que le seul fondement que l'on puisse invoquer pour restreindre la liberté des individus dans une société "civilisée" est la protection des droits des autres : l'individu ne peut pas être contraint à faire une chose ou à s'en abstenir parce que c'est bon pour lui ou parce que c'est moral, mais seulement parce que son action a des effets sur autrui : "la seule partie de la conduite de quiconque, pour laquelle il est responsable devant la société est celle qui concerne les autres. Dans la partie qui le concerne seulement lui-même, son indépendance est, de droit, absolue. Sur lui-même, sur son propre corps ou son propre esprit, l'individu est souverain" (...) »¹⁰⁷. La frontière complexe entre liberté et abus de liberté est visible pour Mill lorsque « partout où il y a un dommage défini, ou un risque défini

¹⁰² Voir G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 286-289. C'est, complète François Rangeon, précisément « chez les physiocrates », « une réaction contre colbertisme » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 155).

¹⁰³ G. LESCUYER, op. cit., p. 287.

¹⁰⁴ G. LESCUYER, op. cit., p. 368.

¹⁰⁵ B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 600.

¹⁰⁶ Avant lui, relate François Rangeon, le philosophe anglais Jeremy Bentham (1748-1832) jette les bases de l'utilitarisme. Voir F. RANGEON, op. cit., p. 160-162. Cependant, souligne-t-il, « Bentham s'enferme en réalité dans d'insurmontables contradictions. En voulant faire le bonheur du plus grand nombre, il fait celui d'une minorité. Il ne voit pas que l'intérêt ou l'utilité générale ne peut, sans contradiction, être la simple somme des intérêts individuels. Conscient de ces insuffisances, J. Stuart Mill tente, un demi-siècle après Bentham, d'asseoir l'utilitarisme sur des bases plus solides » (p. 161-162). Il faut concéder, en la matière, l'existence de multiples nuances au sein même des doctrines utilitaristes, en ce sens D. BARANGER, « Utilitarisme et droit de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 966-969, spéc. p. 968.

¹⁰⁷ P. RAYNAUD, « Mill John Stuart. De la liberté », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, op. cit., p. 404-409, spéc. p. 407. Voir également, F. RANGEON, op. cit., p. 162-166.

de dommage, soit pour l'individu, soit pour la société, le cas sort du domaine de la liberté pour tomber sous le coup de la morale ou de la loi »¹⁰⁸. Cette conception limitative est explicitée dans l'autre œuvre majeure de l'auteur *L'utilitarisme* : « La seule fin pour laquelle le pouvoir peut être légitimement utilisé par une communauté civilisée contre l'un de ses membres en dépit de sa volonté est de l'empêcher de nuire à autrui »¹⁰⁹. Frédéric Laupies voit dans cette conception minimale de la notion, pendant de l'État gendarme, la reformulation laïcisée de la liberté par le libéralisme politique, lequel s'est substitué à la Providence : « Pour concilier la liberté de l'action individuelle avec l'harmonie du collectif, il faut affirmer une providence immanente qui, sans violence, fait servir l'égoïsme individuel à l'intérêt général »¹¹⁰. Et d'ajouter : « L'État n'a pas à faire exister le paradis sur terre ; le jeu libre des actions individuelles est en mesure de faire exister le meilleur possible par la correction réciproque des actions »¹¹¹. L'État sert un intérêt collectif hautement restreint puisque le libéralisme politique postule que la notion d'intérêt général est *naturellement* poursuivie par l'activité des membres du corps social.

292. S'il est communément admis d'opposer à ces interprétations réductives de l'intérêt général l'approche française de ce dernier, dans les termes même du pacte social français, pourtant, le contenu de la notion d'intérêt général apparaîtrait *prima facie* singulièrement circonscrit à sa seule mise en œuvre *négative*¹¹². Étienne Picard a montré ce qui devrait animer la volonté de l'État libéral (« l'institution primaire libérale ») : « L'idée d'œuvre doit être très généralement définie comme *l'idée de liberté*. C'est elle qui, par adhésion des consciences individuelles à cet idéal, a provoqué la naissance de l'institution primaire libérale et sa substitution à l'institution primaire monarchique. Mais cette idée d'œuvre n'implique pas que l'état de liberté soit à réaliser. Selon le pacte institutionnel, la liberté est censément antérieure à l'existence de l'institution, de sorte que l'œuvre à réaliser est la "*conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme*", c'est-à-dire la liberté, la propriété, la sûreté et l'égalité et même la résistance à l'oppression, selon les termes même de ce pacte » (italique dans le texte)¹¹³. L'un des plus emblématiques visages de la Révolution de 1789, Emmanuel-

¹⁰⁸ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 187.

¹⁰⁹ J. S. MILL, *L'utilitarisme*, trad., Paris, Garnier-Flammarion, 1988, p. 149, cité par P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 94. Pour une présentation de ce courant politique, systématisé dans cette seconde œuvre de Mill : F. RANGEON, op. cit., p. 159-166 ; D. BARANGER, « Utilitarisme et droit de l'homme », op. cit., p. 966-969.

¹¹⁰ F. LAUPIES, *La liberté*, op. cit., p. 90.

¹¹¹ F. LAUPIES, op. cit., p. 90.

¹¹² Par l'article 2 de la Déclaration des droits : « 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 » (nous soulignons).

¹¹³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 490. Parallèlement, elle interdira pour un temps, jusqu'en 1848, la possibilité de droits-sociaux, puis leur consécration en 1946, lesquels eussent supposé des interventions étatiques positives. Cet individualisme marqué de la Déclaration de 1789 fournit l'occasion au professeur Lebreton de formuler cette remarque ironique : « Pourtant, le droit à la subsistance aurait été particulièrement bienvenu, car 1789 était une année de famine. Faute de l'avoir consacré, la Déclaration a transformé pour beaucoup de Français la liberté si joliment définie à l'article 4 en liberté de mourir de faim ». Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 78.

Joseph Sieyès, n'avait-il pas circonscrit très tôt le domaine de la loi à une égalité formelle ?¹¹⁴ « La loi n'accorde rien, écrit-il, annonçant la Déclaration des droits de 1789, elle protège ce qui est jusqu'au moment où ce qui est commence à nuire à l'intérêt commun. Là seulement sont placées les limites de la liberté individuelle »¹¹⁵. Aujourd'hui l'État gendarme est l'État assumant les seules fonctions régaliennes, ce que Philippe Braud décrit comme étant la fonction première de l'État libéral : « *la capacité régulatrice de l'État* vise à l'établissement des règles du jeu qui devront être respectées dans les relations sociales. Le pouvoir politique, en effet, a toujours la préoccupation de faire régner l'ordre ou plus exactement un certain ordre. Cela signifie d'abord qu'il se préoccupe de la sécurité physique des citoyens, ce bien le plus précieux, sans lequel la jouissance des autres biens reste vaine » (italique dans le texte)¹¹⁶. Tel est la ligne de conduite défendue par le libéralisme classique que résume le professeur Wachsmann : « les libertés reconnues sont des virtualités dont il appartient à chacun d'user s'il le souhaite et le peut (...) »¹¹⁷.

293. Cette conception utilitariste ou minimaliste de l'intervention de l'État trouve une expression historique dans sa formulation anglo-saxonne : « L'Angleterre était terre de libertés. Les lois de police y avaient un objet tout autre que celles en vigueur sur le continent ; elles ne visaient pas à réaliser le bonheur, encore moins la félicité du peuple (...) »¹¹⁸. « La finalité du gouvernement n'est pas de réaliser le bonheur de tous, mais de donner à chacun les moyens de réaliser son propre bonheur »¹¹⁹. La notion d'intérêt général ne sera dès lors pas comprise comme le dépassement abstrait des intérêts individuels mais comme leur « maximisation » : « Chose publique ou bien public ne sont pas au centre de ses préoccupations, sauf dans la mesure où le bien public est regardé comme la maximisation de la satisfaction des intérêts individuels »¹²⁰. John Rawls la résume également ainsi : « L'idée principale en est qu'une société est bien ordonnée et, par là même, juste, quand ses institutions majeures sont organisées de manière à réaliser la plus grande somme totale de satisfaction pour l'ensemble des individus qui en font partie »¹²¹.

¹¹⁴ Sur ce point de la pensée de Sieyès, E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 173-175.

¹¹⁵ E.-J. SIEYÈS, op. cit., p. 173.

¹¹⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 227. À l'extrême, on peut soutenir, en prenant appui sur Emmanuelle Bribosia, que la conception minimaliste de la notion d'intérêt général correspond à l'avènement des premiers droits, ou droits de première génération, ces droits civils et politiques « contre l'État ». Cf. E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 160.

¹¹⁷ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 26 : quant à « la question de savoir ce qu'il en advient réellement, si un usage effectif de la liberté est ou non possible pour tous [elle] est considérée comme dénuée de pertinence juridique et ramenée dans le monde du fait, dont il n'appartient pas aux pouvoirs publics de se préoccuper ». Pour un résumé des conceptions dites libérales de l'intérêt général, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 26 et s.

¹¹⁸ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 71. L'auteur « enfonce le clou » si l'on peut dire : le droit anglais « n'a aussi qu'une vague idée de la notion de chose publique (*res publica*) ou d'intérêt public à laquelle il ne croit guère et qu'il ne conçoit pas comme pouvant être distinct de la totalité des intérêts privés » (p. 73).

¹¹⁹ É. ZOLLER, op. cit., p. 95.

¹²⁰ É. ZOLLER, op. cit., p. 106.

¹²¹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 49, et plus globalement, p. 48-53.

294. Cette conception réductrice a connu une formulation légèrement différente de la lecture britannique outre-Atlantique mais appartient certainement à la conception plus générale, anglo-saxonne ou utilitariste. « La loi est conçue, nous dit le professeur Zoller s'agissant des États-Unis, moins en fonction d'un lointain et hypothétique intérêt général auquel personne ne croit que par rapport aux intérêts tangibles et réels des individus représentés dans les législatures. La loi réputée juste et bonne s'apprécie par priorité à l'aune de l'intérêt individuel des électeurs. L'intérêt public ne se conçoit qu'en partant des individus eux-mêmes et de leurs préférences, telles que celles-ci s'expriment dans les bulletins de votes »¹²². Alors qu'on verra que la lecture volontariste suppose que l'intérêt général se construise voire se décrète, l'intérêt général américain – l'intérêt public – se constate. De quelle manière ? En laissant les règles de l'économie, pour le dire très brièvement, prendre les mesures principales, la politique (et l'État) n'est saisie que subsidiairement : « Pragmatique, la société constate (...) que l'échange satisfait toujours les individus, du moins dans la plupart des cas. Elle en conclut que pour réaliser le bien public, il n'y a qu'à résoudre les problèmes nés des défaillances du marché (*market failures*), c'est-à-dire tout ce que l'échange ne satisfait pas »¹²³. Inévitablement, dans un tel système de droit, « la décision correcte est essentiellement une question de gestion efficace »¹²⁴. Nous croyons trouver, plus près de nous et dans la doctrine française, une représentation moderne de cet intérêt général minimaliste dans la figure de « l'État péréquateur » esquissée par François-Xavier Aubry¹²⁵. « La péréquation, dit-il, entendue dans son sens le plus large, correspond à l'idée que l'une des fonctions majeures de l'État qui s'auto-transforme serait une fonction d'arbitrage beaucoup plus qu'une fonction d'intervention »¹²⁶. La croyance d'une forme de laisser-faire, s'agissant de fixer les missions étatiques, se heurte néanmoins à la réalité du corps social et révèle rapidement son insuffisance, voire son aporie¹²⁷.

¹²² É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 138-139. Les motifs de la décision *Brown v. Hartlage* de 1982 rendue par la Cour suprême des États-Unis, rapportée par Elisabeth Zoller (p. 139), sont suffisamment explicites : « "La tradition de notre pluralisme politique est en partie fondée sur l'attente que les électeurs poursuivent leurs intérêts individuels à travers le processus électoral et sur l'espoir que l'addition de toutes ces poursuites individuelles fera avancer le bien de tous" ».

¹²³ É. ZOLLER, op. cit., p. 168-170, spéc. p. 169. Pour une analyse semblable, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 200-203.

¹²⁴ J. RAWLS, op. cit., p. 53. Selon M. Guillaume, la conception abstraite des libertés en France a longtemps contrasté avec la conception américaine précisément parce que cette dernière veut que les limites à liberté individuelle soient réalisées à partir d'un « développement contrôlé » des différentes « factions » qui s'annihilent entre elles. Cf. B. GUILLARME, « L'individu et le groupe », préc., p. 39. L'État gendarme suffirait à la réalisation de ce « contrôle ».

¹²⁵ Sur cette notion, F.-X. AUBRY, « Réflexion à propos de l'État péréquateur », préc. Il faut cependant être prudent : les missions positives ainsi « délaissées » le sont par l'État central au profit (ou au détriment) des instances de l'Union européenne (par le haut) et des collectivités territoriales – surtout les régions – (par le bas) ; cette « double dynamique » résumée par M. Aubry ne soustrait pas les missions d'intervention de la puissance publique et/ou de la collectivité. « Parmi les compétences régaliennes de l'État, une partie substantielle de celles-ci ont été, quant à leur exercice (*et non pas quant à leur propriété*), transférées soit au niveau supranational (Communauté européenne), soit au niveau infranational (...) » (nous soulignons, spéc. § II-A.).

¹²⁶ F.-X. AUBRY, « Réflexion à propos de l'État péréquateur », préc., spéc. introduction.

¹²⁷ La conception extrême de l'intérêt général qu'ont défendue les néo-conservateurs américains met à nue, assez crûment, l'irréductible contradiction d'un intérêt général laissé à la discrétion du corps social. En ce sens, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 203-204, spéc. p. 204 : « À la limite, l'État n'a pas à intervenir dans une société présumée exempte de conflits ». Une fois encore, si la société est « débarrassée » des conflits qui la traversent normalement, pourquoi faut-il tergiverser sur le rôle d'un hypothétique État ? La doctrine utilitaire-libérale, par certaines de ses aspérités

2. – Une définition insuffisante de la notion d'intérêt général :

295. L'objectivation de la notion d'intérêt général devait nous prémunir des tentations envahissantes de l'État et lui laisser, à la marge en quelque sorte, les seules missions strictement régaliennes au titre de la notion d'intérêt général qu'il poursuit pour définir les droits fondamentaux. Pourtant, mêmes les missions les plus régaliennes prêtent à discussion. Trois limites, conceptuelle, conjoncturelle et structurelle, seront évoquées.

296. La première limite, d'ordre conceptuel, à la définition minimaliste de la notion d'intérêt général tient à ce que, contrairement aux apparences, les missions les plus réductives de la puissance publique peuvent être extensivement entendues. Hobbes n'enfermait-il pas la notion d'intérêt général dans de strictes domaines en énonçant que « le souverain, c'est-à-dire l'État (dont il représente la personne), est réputé ne rien faire qui ne soit ordonné à la paix et à la sécurité (...) »¹²⁸ ? Or, les bornes de l'action étatique sont suffisamment larges, aux dires mêmes de Hobbes, pour offrir à la notion d'intérêt général un contenu très vaste. Si la charge du souverain est en effet d'assurer « la sécurité du peuple » remarque-t-il, « par sécurité, on n'entend pas ici une simple protection, mais aussi toutes les satisfactions de la vie, auxquelles chacun, par son activité licite, et sans danger ni dommage pour l'État, pourra parvenir pour soi-même »¹²⁹. Chez Hobbes, « le bien public tient en trois mots : sécurité, richesse, liberté »¹³⁰. Une « devise » de l'État Léviathan que l'on pourrait disséquer à l'envi et qui, à elle seule, témoigne du potentiel de l'intérêt général.

297. Au XVIII^{ème} siècle, Humboldt nuance à son tour sa perception du contenu de la notion d'intérêt général sur deux points discutables, illustrant encore les limites conceptuelles de la définition minimaliste de l'intérêt général. La première difficulté réside dans la variation que l'auteur consent à pointer du doigt s'agissant de s'entendre sur la notion de sûreté « puisqu'on peut y comprendre la sûreté contre tel ou tel *degré* de contrainte, ou contre tel ou tel acte attaquant le droit *de près ou de loin* » (nous soulignons)¹³¹. Alors même qu'il s'appuie sur une notion apparemment réductrice et en dépit de ses préventions¹³², Humboldt est acculé à admettre que la sûreté peut tout aussi bien être très

extrémistes, nous semble-t-il, se prive d'elle-même des moyens de concevoir ce que doit réaliser l'État. C'est sans doute la raison pour laquelle, en vérité, « les libéraux les plus convaincus ont tous réclamé un "État gendarme" » ! (cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 57).

¹²⁸ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 385.

¹²⁹ T. HOBBS, op. cit., p. 494. C'est pourquoi, écrit M. Rangeon, « Hobbes dénonce aussi par avance l'illusion utilitariste consistant à croire que les intérêts particuliers s'accordent naturellement avec l'intérêt commun » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 97).

¹³⁰ F. RANGEON, op. cit., p. 99.

¹³¹ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 116.

¹³² Voir W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 116 : « Mais cette étendue est d'une importance capitale ; si elle est exagérée, ou si elle est trop restreinte, alors, de quelques mots que l'on se serve, toutes les

largement entendue. C'est pourquoi, il propose, pour sortir de cette imprécision tendancielle liberticide, de la définir : « la sûreté, c'est l'assurance de la liberté légitime (...) »¹³³. Puis il ajoute afin de préciser son propos : « Cette sûreté ne sera donc pas troublée par toutes ces actions qui empêchent l'homme de faire agir ses facultés ou de jouir de son bien, mais seulement par celles qui l'en empêchent *illégitimement* » (nous soulignons)¹³⁴. Là encore, la détermination du contenu de la notion d'intérêt général est renvoyée à une autre étape puisqu'il faudra inclure, dans l'intérêt général, celles des actions qui sont illégitimes. Or, qu'est-ce qu'une action illégitime ? Seuls les organes chargés d'énoncer la notion d'intérêt général pourront se prononcer dans le respect, certes, des prescriptions de l'ordre juridique établi. L'autre difficulté, dans la pensée de Humboldt, découle de l'identification des destinataires de la sûreté : « Ceux dont la sûreté doit être maintenue, ce sont d'un côté tous les citoyens, et cela avec une parfaite égalité ; d'un autre côté, c'est l'État lui-même »¹³⁵. Certes, si « l'État ne devrait pouvoir réclamer la sûreté que pour le pouvoir qui lui est accordé et les biens qui lui ont été concédés »¹³⁶, nous pouvons remarquer que la protection seconde¹³⁷ reconnue à l'État ne fait pas de ce dernier un simple outil mais bien plus : une personne morale distincte, comme le concède Humboldt lui-même (« d'un autre côté »). Pourquoi distinguer les citoyens de l'État si ce n'est pour souffrir que ce dernier, en qualité de personne morale de droit public qui lui sera reconnue, agisse pour des motifs qui ne sont pas ostensiblement ceux des citoyens ?¹³⁸ L'élévation dans les préoccupations en faveur de la liberté opérée par cette dernière proposition, si elle n'admet pas directement qu'elle enrichisse le contenu de la notion d'intérêt général, à tout le moins, elle performe subrepticement son contenu¹³⁹.

298. Pour sa part, ne démentant pas les limites d'une définition négative de l'intérêt général au cours du XIX^{ème} siècle, Mill, lorsqu'il identifie ce qu'implique l'établissement des bornes à la liberté

limites sont confondues. Sans une détermination exacte de cette étendue, on ne saurait songer à poser justement ces bornes ».

¹³³ W. VON HUMBOLDT, *op. cit.*, p. 117.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ W. VON HUMBOLDT, *op. cit.*, p. 118. Sur ce point, la Déclaration des droits précédant la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 (An I de la République) était nettement plus restrictive dans la définition de la sûreté : « Article 8 – La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés ».

¹³⁶ W. VON HUMBOLDT, *op. cit.*, p. 118.

¹³⁷ « Car l'union de l'État n'est qu'un moyen subordonné auquel il ne faut pas sacrifier le véritable but qui est l'homme (...) ». Cf. W. VON HUMBOLDT, *op. cit.*, p. 118.

¹³⁸ Elle constitue certainement le prélude aux jurisprudences administratives particulièrement généreuses à l'égard de la puissance telle que, par exemple, CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, *Rec.* p. 280 (légalité des prestations d'une boulangerie militaire à l'égard d'autres services de l'État – en l'espèce des établissements pénitentiaires – alors même qu'elles seraient susceptibles de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie de boulangeries privées). Car « le Conseil d'État juge que la satisfaction des besoins de l'État par ses propres services justifiée par des raisons d'économie est conforme à l'intérêt général ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 63.

¹³⁹ Le constat du non saisissement de la notion de sûreté visée à l'article 2 de la Déclaration de 1789 par le droit français conduit même à reconsidérer les bénéfices de ladite notion au regard des droits fondamentaux « peut-être parce qu'elle est une notion dangereuse ». Cf. l'analyse approfondie de V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 432-433, spéc. p. 433.

en terme de conduite des hommes, améliore lui aussi – et peut être malgré lui – le contenu de la notion d'intérêt général. « Cette conduite, écrit-il, consiste premièrement, à ne pas nuire aux intérêts d'autrui, ou plutôt à certains intérêts qui, soit par disposition expresse légale, soit par accord tacite, doivent être considérés comme des droits ; deuxièmement, à assumer sa propre part (à fixer selon un principe équitable) de travail et de sacrifices nécessaires pour défendre la société ou ses membres contre les préjudices et les vexations »¹⁴⁰. En donnant un rôle à l'équité, le philosophe n'instille-t-il pas une once de variabilité dans la notion d'intérêt général ? En définitive, qu'il s'agisse de la sécurité hobbesienne, de la légitimité de Humboldt ou de l'équité de Mill, ces critères nous paraissent ne pas être des expédients solides pour remédier à la part de variabilité que présenterait le contenu de la notion d'intérêt général. « En toute hypothèse, et donc y compris dans le cadre d'une stricte orthodoxie libérale, l'État peut se voir aussi requis de dépasser le simple respect par ses organes et textes des droits de l'homme, pour être invité, au moyen de ses politiques et organes, à les protéger effectivement (...) »¹⁴¹. Ce dépassement, pensé à partir de l'effectivité des droits et libertés, conduit à observer une deuxième limite dans la conception minimaliste de l'intérêt général.

299. Cette deuxième limite, d'ordre conjoncturel, de la conception minimaliste ou utilitariste de la notion d'intérêt général tient aux inégalités qui ne sont pas résorbées par l'État gendarme, ni même dès l'origine de l'idée d'État – l'État antique qu'examinent Michel Borgetto et Robert Lafore¹⁴². Rendant compte de la genèse du concept d'assistance sociale, les auteurs soulignent que l'assistance sociale a, au départ, été pensée – pas exclusivement mais en partie – par le prisme d'une défense du corps social (donc loin d'une prestation positive à titre de solidarité) : « dans la Rome impériale (...) des moyens de subsistance étaient assurés aux plus démunis à titre sinon de dette de la société, du moins de devoir imposé à l'Empereur pour la nécessité politique de prévenir les atteintes à l'ordre public »¹⁴³. Il n'est pas étonnant, dans ce contexte, que l'État gendarme, soit signale l'insuffisance de l'intérêt général dans sa version minimaliste, soit n'a jamais signifié une conception minimalitaire de l'État. Le penseur italien Beccaria, dans *Des délits et des peines*¹⁴⁴, avait établi cette « conséquence générale » : « c'est qu'on ne peut appeler juste (ou nécessaire, ce qui revient au même) la punition d'un crime, tant que la loi n'a pas eu recours, pour le prévenir, au meilleur moyen possible,

¹⁴⁰ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 176-177. L'interprétation de l'œuvre de Mill faite par le professeur Pecès-Barba accreditée toutefois la thèse d'une « fermeture » plus lâche aux « idées socialistes ». En ce sens, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 150.

¹⁴¹ É. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 349-352, spéc. p. 351.

¹⁴² Voir M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 7^{ème} éd., 2009, p. 12 et s.

¹⁴³ M. BORGETTO, R. LAFORE, op. cit., p. 13. « Le thème de la défense de la société ou de l'ordre public a toujours été utilisé comme argument pour justifier l'aide sociale » (p. 27). Sur cet aspect de la pensée romaine, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 61 : l'auteur montre que, chez Cicéron, « l'utilité de la chose publique » n'est pas seulement prévention et répression des troubles et autres désordres. Elle aussi « un principe actif » qui recherche la « concorde ».

¹⁴⁴ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 134-137 et p. 166 et s.

étant donné les circonstances où se trouve la nation »¹⁴⁵. Le pénaliste Beccaria concédait lui-même que l'État gendarme ne puisse être exclusivement répressif ! La description rétrospective, par Jacques Mourgeon, des anomalies du libéralisme, lequel est « conservateur des inégalités », est, dans le même esprit, tout à fait éclairante¹⁴⁶. « La hantise obsessionnelle, concède-t-il, de la contestation du Pouvoir a certes permis de réduire celui-ci, mais pour mieux mettre au jour d'autres suprématies et contraintes que l'omnipotence du Pouvoir masquait. Or, enfermée dans une vision schématique de l'homme et s'épuisant dans la recherche de la limitation du Pouvoir, la tendance libérale s'est avérée en définitive non libératrice car incapable de délivrer, non pas l'homme, mais les hommes de tous les "fers" ne devant rien ou presque au Pouvoir »¹⁴⁷. Et l'un des paradoxes que soulève alors cette conception utilitariste, entendue comme la somme des intérêts individuels, est le retour à des conflits potentiels¹⁴⁸. Illustré par Élisabeth Zoller¹⁴⁹, l'individualisme forcené dont le droit anglais fit preuve au cours du XX^{ème} siècle a inspiré, en 1933, cette réflexion saisissante du professeur Harold Cooke Gutteridge : « Notre droit a consacré sans le moindre état d'âme une théorie de la protection des droits individuels qui n'est rien d'autre que la consécration d'un égoïsme sans borne »¹⁵⁰. Au XX^{ème} siècle, l'œuvre remarquable de John Rawls constitue la réflexion réactive la plus emblématique aux limites de l'utilitarisme en proposant un dépassement de cette doctrine jugée, finalement, peu judicieuse pour

¹⁴⁵ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 137. « Il vaut mieux prévenir les crimes que d'avoir à les punir ; tel est le but principal de toute bonne législation (...) » (p. 166). À son tour Constant dépassera ce stade minimaliste : « Il sait, écrit François Rangeon, que l'État libéral ne peut se contenter d'être un "État-gendarme" » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 170). Les multiples justifications à l'aide sociale apportée aux individus, et autorisant une extension du contenu de l'intérêt général, sont, dès Beccaria, le versant préventif de l'État, c'est-à-dire le visage « social » que l'État gendarme aurait toujours revêtu. Voir, pour une justification de notre proposition généalogique, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, op. cit., p. 27 : « l'aide sociale est imposée par l'intérêt général ou l'utilité collective : la société étant alors tenue de l'ériger non seulement parce qu'elle contribue de la sorte à diminuer la délinquance consécutive à l'indigence mais encore parce qu'elle tire profit de l'aide qu'elle distribue ».

¹⁴⁶ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 29-34, spéc. p. 30.

¹⁴⁷ J. MOURGEON, op. cit., p. 30-31. Prolongeant cette analyse, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 52-53, spéc. p. 52 : « C'est ainsi que Raymond Aron a considéré comme pleinement légitime la lutte contre les inégalités entreprise par l'État, relevant en particulier qu'à partir d'un certain seuil, la pauvreté équivaut à la servitude (...) ».

¹⁴⁸ Par une démonstration saisissante, Roland Castro a souligné la perversité d'un État gendarme qui se bornerait à faire la police dans la mesure où il contribue, lui aussi, à causer du conflit. Ainsi l'auteur, en dressant un tableau sombre du phénomène de communautarisation repéré dans les villes françaises (spécialement dans les banlieues), pointe une faille dans la définition minimaliste de la notion d'intérêt général par le prisme de la France urbaine moderne : « Comment se sentir intégré dans une société, avec les mêmes droits et devoirs que tout autre habitant de France, lorsque celle-ci ne s'est peu ou pas souciée de vos conditions de vie quotidienne, si ce n'est en termes de sécurité et donc de restriction de liberté ? » (p. 113). Cf. R. CASTRO, « La rue et la ségrégation sociale », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 111-115, spéc. p. 112-113. Constat soulignant, plus largement, les limites d'un modèle républicain selon Dominique Turpin, D. TURPIN, « Citoyenneté et nationalité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 147-151, spéc. p. 151.

¹⁴⁹ Voir l'affaire opposant le propriétaire d'un fonds qui avait détourné des eaux – privant une commune d'eau – pour obliger cette commune à lui racheter son terrain. La Chambre des Lords devait rejeter le recours de la commune en question puisque « la *common law* lui donnait le droit d'agir pour n'importe quel motif, y compris des motifs égoïstes, vénaux, moralement condamnables dès lors que son acte n'était pas constitutif d'un dommage causé par une faute juridique (...) ». Voir la présentation de cette affaire dans É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 108.

¹⁵⁰ H. C. GUTTERIDGE, « *Abuse of rights* », *Cambridge Law Journal*, vol. 5, 1993, p. 22 et p. 42, cité par É. ZOLLER, op. cit., p. 108. Dans le même sens, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 242-244.

fonder une philosophie morale intéressante pour les droits fondamentaux¹⁵¹. La déconstruction rawlsienne est radicale et exemplaire¹⁵². Plus récemment, des insuffisances du libéralisme, le Conseil d'État français écrira qu'il est nécessaire « de trouver une juste répartition des avantages, compatible avec l'efficacité économique » et de replacer « alors la question du rôle de l'État, en charge de la justice redistributive, au centre de la réflexion »¹⁵³.

300. Cependant, parmi les multiples raisons de mettre en doute l'utilitarisme comme la conception minimaliste de l'intérêt général, une raison structurelle emporterait, finalement, l'adhésion. C'est notre troisième et dernière limite. Ultime argument, d'ordre théorique, n'y a-t-il pas en effet une contradiction non résolue par la conception utilitariste de l'intérêt général ? Surtout quand elle est défendue par la – paradoxalement (trop ?) célèbre – *main invisible* d'Adam Smith !¹⁵⁴ En dehors du paradoxe tenant à son caractère invisible, nous nous interrogeons sur les contradictions de la logique interne qu'elle sous-tend. Si on table sur la satisfaction de la notion d'intérêt général par le libre agissement des intérêts privés, ne sommes-nous pas en droit de nous demander où se trouve, dans ces conditions, l'intérêt des membres du corps social à conclure un pacte social et à créer une puissance chargée de leur faire observer les règles de droit ce que, pourtant, les libéraux, comme Adam Smith, ne rejettent pas ? De la même façon lorsqu'Adam Smith, que nous retrouvons dans les réflexions de Fabienne Kauff-Gazin, « se propose de transformer le vice humain de l'égoïsme en vertu sociale »¹⁵⁵, en suivant à son terme logique sa pensée, il s'interdirait même de concevoir la puissance publique. « En laissant chacun libre de poursuivre son intérêt particulier, on favorise, en même temps, le progrès économique de la société et donc l'intérêt général » poursuit Mme Kauff-Gazin pour faire état de la pensée de l'économiste écossais¹⁵⁶. Si le vice est tellement capable (libre) de se muer en vertu, par quelle extraordinaire mesquinerie viendrait-on poser des règles juridiques pour corriger ce qui, dans

¹⁵¹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 19-20 (préface de l'auteur à l'édition anglaise de 1971) et p. 29 : « Mon objectif est d'élaborer une théorie de la justice qui soit une solution de rechange à ces doctrines qui ont dominé depuis longtemps notre tradition philosophique » ; « une solution de rechange viable » poursuit-il (p. 182).

¹⁵² En effet, John Rawls va beaucoup plus loin car il semblerait que ce soit toute la doctrine utilitariste qui pose problème au stade même de la conclusion du pacte social libéral. En ce sens, J. RAWLS, op. cit., p. 40-41. Si l'on acquiesce aux remarques qu'il énonce en la matière, c'est encore parce que les membres signataires ne peuvent être d'accord sur une telle définition utilitaire de la notion d'intérêt général. Cette éventualité est « tout à fait improbable » (p. 40) voire « incompatible avec une conception de la coopération sociale entre des personnes égales en vue de leur avantage mutuel » (p. 41) : « En l'absence d'instincts altruistes, solides et durables, un être rationnel ne saurait accepter une structure de base simplement parce qu'elle maximise la somme algébrique des avantages, sans tenir compte des effets permanents qu'elle peut avoir sur ses propres droits, ses propres intérêts de base » (p. 40-41).

¹⁵³ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 256.

¹⁵⁴ Voir, sur ce point, F. LAUPIES, *La liberté*, op. cit., p. 90 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., p. 23 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 157 : « La main invisible d'Adam Smith n'encourage presque jamais les droits fondamentaux ». À moins qu'elle ne soit invisible parce que ce sont « les forces du marché [qui] sont atteintes de myopie »... selon l'heureuse nuance de F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 458. Cette cécité est manifestement tenace, Élisabeth Lambert-Abdelgawad dénonçant, aujourd'hui encore, « la conviction trop répandue que la libéralisation des marchés, et non la démocratisation des régimes, assure un meilleur avenir de l'homme » (cf. É. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 121-124, spéc. p. 124).

¹⁵⁵ Voir F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 27.

¹⁵⁶ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 27.

l'état social, n'aurait pas besoin de l'être ? À moins de considérer que nous ne raisonnons pas sur le même plan¹⁵⁷, la doctrine d'un intérêt général secrété par les intérêts individuels de type économique défendue par Smith ne peut résoudre tous les conflits de droits fondamentaux. Cette anomalie de taille est pointée par Rawls : « il n'y a pas de raison de principe pour laquelle les gains de certains ne compenseraient pas les pertes des autres ou, et ceci est plus important, pour laquelle la violation de la liberté d'un petit nombre ne pourrait pas être justifiée par un plus grand bonheur pour un grand nombre »¹⁵⁸. La théorie rawlsienne des droits et libertés révèle avec luminosité qu'en définitive la notion d'intérêt général doit se définir positivement ; elle est une œuvre volontaire.

B. – La conception volontariste de la notion d'intérêt général : l'État providence

301. Cette conception renvoie à l'idée de concorde que développait Cicéron : « La concorde, c'est-à-dire l'harmonie politique, est le résultat d'une action volontariste menée par les citoyens ayant le désir de vivre ensemble et de régler de manière pacifique leurs différends »¹⁵⁹. À l'époque moderne, une telle vision de l'intérêt général exige un État plus présent. Exclu radicalement par Humboldt, l'État providence, à l'extrême, saisit donc la réalité sociale tout entière par la notion d'intérêt général. « Je parle, affirme Humboldt, ici de tout travail de l'État pour augmenter le bien-être positif de la nation, de tout soin pour la production du pays, pour l'entretien des habitants, soit direct, par l'établissement de maisons de charité, soit indirect, par l'encouragement de l'agriculture, de l'industrie et du commerce ; je parle de toutes les opérations financières et monétaires, de toutes les prohibitions d'importer ou d'exporter (en tant qu'elles sont établies pour cette fin) ; en un mot, de toutes les dispositions prises pour éviter ou réparer les dommages causés par la nature ; bref, de toute disposition de l'État ayant pour intention de maintenir ou de promouvoir le bien matériel de la nation »¹⁶⁰. Cette définition, parmi un ensemble foisonnant, met au jour l'élément essentiel de la lecture volontariste, à savoir l'idée que l'intérêt général est construit et qu'il se définit positivement

¹⁵⁷ Cette proposition nous vient de l'analyse du professeur Rangeon qui rappelle que l'Homme de Smith est « *l'homo œconomicus* » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 157). La thèse de Smith n'est donc ni vraie, ni fausse puisque, dès le début, nous ne partons pas du même « Homme ». L'Homme smithien suppose la possession d'un certain nombre de caractéristiques qui, déjà, divergent notablement de l'Homme « nu » de l'état de nature (ou celui précédant l'état civil). Comme Kropotkine (P. KROPOTKINE, *La Morale anarchiste*, op. cit., passim), qui réduisait l'homme à l'état de bête pour mieux le hisser au rang d'homme apte à énoncer, de lui-même, l'intérêt général sans médiation juridique, Smith, mais à partir de postulats différents et dans une perspective autre, semble, en suivant toutefois ce même procédé, avoir déjà « habillé » l'homme de l'état de nature de désirs « économiques ». Il n'est dès lors pas inexact que l'intérêt général se conçoive, fondamentalement et sous ce plan d'idées, à partir de l'économie. « L'intérêt d'une nation consiste en une augmentation de sa richesse. C'est la prospérité qui définit l'intérêt général ». De façon emblématique, M. Rangeon poursuit : chez Smith « la politique est contre nature » (F. RANGEON, op. cit., respectivement p. 157 et p. 159).

¹⁵⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 52.

¹⁵⁹ F. RANGEON, op. cit., p. 61.

¹⁶⁰ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 35.

(1.). Mais, tout comme la conception utilitariste de la notion, la conception volontariste tombe dans le piège redoutable que celui de prétendre saisir toute la réalité sociale (2.).

1. – Une définition positive de la notion d'intérêt général :

302. La notion d'intérêt général, mission de l'État lorsqu'il prend en charge la réalité sociale, n'est plus laissée aux acteurs privés. Elle peut être construite ; parfois elle doit l'être¹⁶¹. Michel Borgetto et Robert Lafore considèrent que la philosophie des Lumières, de manière générale, dès la fin de l'Ancien Régime et à l'aube de la Révolution française, a permis l'éclosion d'une solidarité du corps social à l'égard de ses membres en changeant profondément la perception de l'aide apportée par la société à ses individus : désormais, « la misère résulte principalement d'une mauvaise organisation sociale ; la société a une dette certaine et incontestable à l'égard des plus démunis (...) »¹⁶². On en voit les premiers signes chez « le libéral » Locke, par exemple, lequel ne défendait certes pas une intervention trop extensive de l'État, en revanche, il ne l'interdisait pas tout à fait comme le révèle le passage suivant de son *Traité* : « *La première et fondamentale loi positive de tous les États, c'est celle qui établit le pouvoir législatif*, lequel, aussi bien que les lois fondamentales de la *nature*, doit tendre à *conserver la société* ; et, autant que le bien public le peut permettre, chaque membre et chaque personne qui la compose » (italique dans le texte)¹⁶³. Si nous pouvons interpréter la pensée de Locke en indiquant que la notion d'intérêt général signifie le bien du plus grand nombre (et non pas le bien général), le philosophe anglais ne rejette pas pour autant la possibilité pour cette notion de tendre vers le bien de tous (« autant que le bien public le peut permettre »).

303. Après Locke, Montesquieu défendra une action imposée de l'État dans des hypothèses nettement circonscrites : « Quelques aumônes que l'on fait à un homme nu dans les rues, ne remplissent point les obligations de l'État, qui doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable, et un genre de vie qui ne soit point contraire à la santé »¹⁶⁴. Parce que selon l'auteur la diminution de la population d'une nation est toujours préjudiciable à l'existence de la collectivité, il faut s'attacher à protéger les plus faibles. Mais il ne s'agit pas d'une œuvre philanthropique. D'une part, et de façon pragmatique, parce que l'intervention positive de l'État donne à la notion d'intérêt général son effet préventif des conflits pouvant affecter le corps social : « L'État a besoin d'apporter un prompt secours, soit pour empêcher le peuple de souffrir, soit pour éviter qu'il ne

¹⁶¹ À en croire Georges Lescuyer, on trouve dans les écrits du philosophe athénien Périclès (V^{ème} siècle avant J.-C.) les premières esquisses de la « démocratie sociale », celle qui ne peut pas se passer de fraternité (de philanthropie dans la langue de Périclès) et qui essaie le « dépassement de l'égalité formelle par l'élévation des milieux inférieurs ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 42.

¹⁶² M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, op. cit., p. 15.

¹⁶³ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 242 § 134.

¹⁶⁴ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, op. cit., p. 792.

se révolte (...) »¹⁶⁵. Mais, d'autre part, Montesquieu ne se fait pas non plus le chantre d'un solidarisme débridé, en soulignant que l'aide doit demeurer momentanée : « Le mal est momentané : il faut donc des secours de même nature, et qui soient applicables à l'accident particulier »¹⁶⁶. Car, insiste-t-il, une assistance permanente serait ou contreproductive, ou, en annonçant une nation si misérable, irréalisable¹⁶⁷. Le baron de La Brède a construit cette approche distributive à partir de la conception qu'il se fait de l'égalité. « Quoique, dans la démocratie, l'égalité réelle soit l'âme de l'État, cependant elle est si difficile à établir, qu'une exactitude extrême à cet égard ne conviendrait pas toujours »¹⁶⁸. Cette réserve énoncée, « c'est à des lois particulières à égaliser, pour ainsi dire, les inégalités, par les charges qu'elles imposent aux riches, et le soulagement qu'elles accordent aux pauvres »¹⁶⁹. Autrement dit, Montesquieu entend rester dans le cadre conceptuel du libéralisme en apportant les quelques correctifs que réclamerait la conjoncture ; mais il demeure fidèle à la structure d'un intérêt général limitativement compris. Avant nos investigations savantes sur l'égalité, Montesquieu préfigure l'égalité devant la loi avec une touche d'égalité dans la loi, ou, pour le dire avec les mots d'aujourd'hui, il annonce l'égalité formelle tempérée par l'égalité réelle, notion à laquelle la doctrine marxiste n'est pas étrangère.

304. Cette conception ouverte de la notion d'intérêt général doit effectivement beaucoup à la doctrine marxiste et sa critique radicale des libertés formelles ; mais pas seulement. « Qu'on songe par exemple au droit de propriété, dont la Déclaration fait si grand cas. En 1789, le peuple des villes et des campagnes n'avait guère les moyens d'en jouir, étant à peine assez riche pour éviter de mourir de faim »¹⁷⁰. La question s'est effectivement posée avec acuité¹⁷¹. Elle revient à se demander si l'on est encore titulaire, pratiquement, d'un droit fondamental alors même qu'on ne dispose d'aucun moyen pour l'exercer. Cette conception, qui n'est toutefois pas nouvelle, trouve certainement un terreau favorable à son éclosion dans le socialisme associationniste, courant politique du XIX^{ème} siècle dont l'objet est justement « de concilier la liberté individuelle et la justice sociale par l'entremise de droits sociaux, économiques et culturels (...) »¹⁷². Elle s'enracine à la faveur des critiques de la liberté du libéralisme par la doctrine marxiste. « Il ne faut pas nier que certaines de ses critiques, parfaitement justifiées, ont fortement contribué à régénérer la notion de droits de l'homme. En démontrant

¹⁶⁵ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, *op. cit.*, p. 792.

¹⁶⁶ C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 793.

¹⁶⁷ Sur ces deux points, C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, *op. cit.*, p. 793.

¹⁶⁸ C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 154.

¹⁶⁹ C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 155.

¹⁷⁰ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 104. Sur les origines historiques et les premières expériences de « communisme » et de socialisme en France, babouvisme et blanquisme singulièrement, à partir de (et dès) la Révolution de 1789, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 485 et s.

¹⁷¹ L'Assemblée constituante en avait conscience puisqu'elle devait inscrire, au préambule du Titre 1^{er} de la Constitution des 3-14 septembre 1791, cet alinéa : « Il sera créé et organisé un établissement général de *Secours publics*, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer » (italique dans le texte).

¹⁷² Voir C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 18. L'auteur rapporte le rôle majeur joué, dans l'affirmation de ce courant politique, du « Français Proudhon (1805-1865) et du Britannique Robert Owen (1771-1858) » (p. 18).

l'importance de l'environnement économique et social sur leur effectivité (...), il a préparé la voie aux travaux destinés (...) »¹⁷³ à approfondir la consistance de la notion d'intérêt général en lui donnant des prolongements concrets¹⁷⁴. Lors de la révolution sociale qui conduisit à l'instauration de la Seconde République, Karl Marx mettait en garde ses contemporains contre une reconnaissance purement formelle des libertés par la Constitution du 4 novembre 1848¹⁷⁵. Au-delà de cet « uniforme constitutionnel qui les rendit invulnérables », dit-il, le philosophe allemand critiquait les faux-semblants, « les chausse-trappes policières », impliquant que « chaque paragraphe de la Constitution [contînt] en soi sa propre antithèse (...) »¹⁷⁶. Et ce dernier de terminer avec discernement : « tant que le *nom* de liberté fut respecté et que seule sa mise en œuvre effective fut empêchée – par voie légale, s'entend –, l'existence constitutionnelle de la liberté demeura intacte, immaculée, quand bien même son existence *vulgaire* fut anéantie » (italique dans le texte)¹⁷⁷. Il ne s'agissait donc pas de « tuer » l'intérêt général – comme on pourrait le croire au premier abord – mais bien de procéder à sa redéfinition pour mettre en œuvre concrètement les libertés. François Rangeon démontre que « la critique marxiste de la conception libérale de l'intérêt général » ne vise pas, ou, du moins, n'a pas contribué à la négation de l'intérêt général, bien au contraire, elle a permis son « renouvellement », « sa recomposition »¹⁷⁸. « Ce n'est pas l'idée d'intérêt général que Marx dénonce en tant que telle. C'est la déviation bureaucratique du pouvoir. Il met le doigt sur une des insuffisances de l'approche libérale de l'intérêt général, et montre que cet intérêt risque de venir en fait l'intérêt particulier de la bureaucratie »¹⁷⁹. Cette insuffisance est liée à l'approche exclusivement formelle de l'intérêt général, minimaliste parce qu'elle se contenterait de défendre les seuls intérêts particuliers de la classe dirigeante.

¹⁷³ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 36-37. Il faut ajouter ici l'œuvre de la pensée sociale chrétienne, emmenée notamment par Mounier, dont Virginie Saint-James indique qu'elle promeut « les droits "économiques et sociaux" comme préalable indispensable à l'effectivité des autres » (p. 37). Illustrant à l'envi la concrétisation maximale de la liberté, voir l'article 125 de la Constitution de l'ancienne U.R.S.S. du 5 décembre 1936 : « Conformément aux intérêts des travailleurs et afin d'affermir le régime socialiste, sont garanties par la loi aux citoyens de l'URSS : a) la liberté de parole, b) la liberté de la presse, c) la liberté des réunions et des meetings, d) la liberté de cortèges et démonstrations de rue. Ces droits des citoyens sont assurés par la mise à la disposition des travailleurs et de leurs organisations, des imprimeries, de stocks de papier, des édifices publics, des rues, des services des PTT, et autres conditions matérielles nécessaires à la réalisation de ces droits » (nous soulignons).

¹⁷⁴ Voir, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 67-69, spéc. p. 69 : « c'est bien de la pensée marxiste que l'on fait procéder le concept d'obligation positive qui se substitue à l'idée toute libérale de non intervention de l'État dans la sphère d'autonomie originelle des individus ».

¹⁷⁵ K. MARX, *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte*, op. cit., p. 110-112. Les professeurs Borgetto et Lafore évoquent, relativement à la Deuxième République, une « vigoureuse mais éphémère remise en cause » du libéralisme, tout en retenant la portée symbolique du régime (cf. M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, op. cit., respectivement p. 14 et p. 17-18).

¹⁷⁶ K. MARX, op. cit., p. 110 et p. 111.

¹⁷⁷ K. MARX, op. cit., p. 111-112. Pour une analyse similaire du libéralisme de 1789, G. LESCUYER, « Libertés publiques », préc., p. 986 : « L'expérience a montré que ses libertés n'étaient qu'un vœu pieux si l'on se bornait à leur proclamation solennelle, qu'elles n'étaient que leurre et duperie du fait de la dépendance économique dans laquelle l'individu était maintenu par la simple réalité quotidienne ».

¹⁷⁸ Voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 181 et s.

¹⁷⁹ F. RANGEON, op. cit., p. 185.

305. Cette opinion marxiste a été reprise en partie au niveau international : « la critique marxiste d'une conception libérale ignorant l'homme concret et sa dénonciation des libertés formelles vidées de tout contenu réel par les conditions matérielles d'existence de l'individu (...) impose, quant à la conception des droits de l'homme, la complémentarité des libertés et des créances, qui permettent de demander à la collectivité la satisfaction de besoins fondamentaux par laquelle les libertés prennent corps »¹⁸⁰. Dans une moindre mesure, la social-démocratie défend l'idée que les droits et libertés seront proportionnellement restreints aux exigences de bien-être économique et social de l'ensemble de la collectivité dès lors que du second dépend la pleine réalisation des premiers. Rawls l'a clairement soutenu : « C'est seulement quand les conditions sociales n'en permettent pas le plein exercice que nous pouvons accepter la limitation de ces droits. Les libertés égales pour tous ne peuvent être refusées que lorsque cela est nécessaire pour changer la qualité de la civilisation afin que, à la longue, chacun puisse jouir de ces libertés »¹⁸¹. Effectivement, à la suite de Marx, notamment, « une ère nouvelle s'ouvre alors à l'intérêt général, une ère qui sera celle d'une nouvelle conception, ou plutôt d'un ensemble de conceptions nouvelles qui vont accompagner et justifier le développement de l'État-Providence »¹⁸².

306. En France, la conception extensive de l'intérêt général est reçue juridiquement à partir du XIX^{ème} siècle et s'accélère au XX^{ème} siècle. François Rangeon estime que, d'un point de vue politique, le recul de l'État gendarme, annonciateur de l'État providence, est perceptible dès la fin du XIX^{ème} siècle d'où il ressort qu'en bute au mouvement ouvrier et syndical, l'État ne peut demeurer « étranger au social » et « ignorer les conflits sociaux qu'engendrent l'excès des inégalités »¹⁸³. Cet État providence « devient réalité dans les années 1930 »¹⁸⁴. Étienne Picard fait lui aussi remonter aux années Trente le développement de l'État providence et celui de l'action administrative : « À l'idée d'un ordre social naturel, fruit du libre jeu des forces vives de la société, s'est substituée la nécessité d'un ordre tout entier assumé par l'État »¹⁸⁵. L'effet quant aux droits et libertés est net : « La réglementation n'est plus ponctuelle, mais permanente et globale ; elle ne se préoccupe plus des seules activités "nuisibles", mais de toutes les activités sociales ; ainsi, au lieu de se borner à prohiber ou à enjoindre, l'administration normalise, institue des disciplines, délivre des licences, confère des statuts,

¹⁸⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 41.

¹⁸¹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 584.

¹⁸² F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 189. Plus largement, sur l'État providence, p. 190-194. De même, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 80 : « une structure administrative importante est par conséquent nécessaire à la satisfaction des droits-créances (...) ».

¹⁸³ F. RANGEON, op. cit., p. 189-190. « Le terme "État-Providence" est inventé à la fin du XIX^e siècle pour désigner l'intervention active de l'État en vue d'orienter l'économie et de fournir des prestations sociales » (p. 191).

¹⁸⁴ F. RANGEON, op. cit., p. 191.

¹⁸⁵ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 244 ; pour une datation analogue, avec en ligne de mire le célèbre arrêt CE Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583, GAJA n° 44, p. 272-281, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 63.

homologue, planifie »¹⁸⁶. Au fur et à mesure que les domaines d'intervention de la puissance publique s'élargissent parce que le système de droit estime qu'il y a lieu d'y voir des activités d'intérêt général, les restrictions aux droits fondamentaux vont s'en trouver affecter quantitativement au nom de cet intérêt général. L'État ne devient pas pour autant liberticide puisque l'origine des restrictions se trouve dans les impératifs décidés par le système de droit. Cependant, le glissement quantitatif de la notion d'intérêt général est relayé par un glissement qualitatif dans la perception de la notion par le système de droit : « l'évolution des valeurs libérales vers ce que l'on appelle couramment le post ou le néo-libéralisme, "le développement de la solidarité et de l'interdépendance sociales" (Duguit) font que les restrictions disciplinaires de la liberté sont de moins en moins laissées au hasard des circonstances, plus exactement, les motifs qui les fondent sont de moins en moins circonstanciels, exceptionnels, particuliers, temporaires ou locaux. La fonction disciplinaire, qui était conçue dans l'idéal libéral comme une dérogation quasi-anormale infligée à l'ordre statutaire, mais néanmoins fondée car nécessaire pour faire face à ses crises, à ses dérèglements voire à ses imperfections, tend de nos jours, de simple fonction de suppléance, à devenir, tout en restant disciplinaire, fonction de correction de cet ordre statutaire : l'évolution des valeurs du groupe social incite celui-ci à voir de plus en plus d'imperfections dans cet ordre statutaire "naturel" et à les ressentir non plus comme des défauts accidentels, partiels, mineurs, inévitables mais comme des *vices structurels* » (nous soulignons)¹⁸⁷. Ce glissement qualitatif met en évidence le traitement structurant qu'opère la notion d'intérêt général sur les définitions des droits fondamentaux par le saisissement de l'ensemble des conflits qui bousculent le corps social. Le professeur Peces-Barba indique, d'une manière acérée, les limites de toute abstraction en la matière : « Une considération abstraite de la liberté qui ne tient pas compte de l'existence de besoins vitaux (qui, s'ils ne sont pas satisfaits, empêchent l'individu de participer à la course pour la liberté) revient à tergiverser dans le vide »¹⁸⁸. Les limites conjoncturelles de l'intérêt général strictement entendu, liées à la réalité de la vie sociale, deviennent des propriétés d'une conception nouvelle de l'intérêt général que le droit français consacre, au sommet de la hiérarchie des normes, en 1946.

307. Cette conception volontariste – aboutissant à l'État providence – est effectivement reçue par la France avec la reconnaissance des droits sociaux en 1946. À partir de cette date, « l'État tend à être spontanément investi du soin de remédier à tous les maux »¹⁸⁹. Cette conception extensive est, fait

¹⁸⁶ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 1, *op. cit.*, p. 245.

¹⁸⁷ É. PICARD, t. 2, *op. cit.*, p. 646.

¹⁸⁸ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 189-190. « Les réflexions qui excluent l'idée de faire de la satisfaction des besoins essentiels la condition indispensable à la première dimension de la liberté [droits et libertés de première génération], ajoute-t-il, nous paraissent ici sarcastiques si ce n'est tragiques » (p. 201).

¹⁸⁹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 485-486 ; voir également G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 96 : évoquant « la socialisation de la société française » ; enfin, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 63 : « Par tradition, la France se caractérise comme un État interventionniste avec toutes les contradictions, les lenteurs et les bienfaits que cela comporte. La jurisprudence

remarquable, perceptible aussi dès l'adoption de la Convention européenne aux dires de Mme Duarte et conduit la Cour de Strasbourg, tout au long de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, à développer une jurisprudence visant à autoriser des restrictions aux droits fondamentaux fondées sur des considérations d'intérêt général variées et articulées autour de « l'obligation de ne pas nuire à l'intérêt général de la communauté »¹⁹⁰. La Cour s'engage fortement dans cette perspective lorsqu'elle estime qu'« éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique »¹⁹¹. À partir des années soixante-dix, le Conseil constitutionnel emprunte le même chemin et constitutionnalise, par le biais du Préambule de 1946, le resserrement étroit entre les différents droits fondamentaux en installant dans le paysage juridique français la nécessité de l'effectivité concrète des droits et libertés, c'est-à-dire le passage plus ou moins effectif des libertés formelles aux libertés réelles¹⁹². La loi « trouvera dans ses dispositions de quoi justifier – sans remettre en cause les libertés classiques – l'essor et le perfectionnement de l'État-Providence »¹⁹³. Le Conseil d'État devait le rappeler nettement en 1999 : « L'intérêt général ne se réduit pas, comme dans la vision libérale, à la protection des libertés. L'unité sociale ne peut venir, pour l'essentiel, que de l'État qui seul peut réduire les inégalités générées par la société civile. Son intervention est régulatrice de la sphère économique. Elle est surtout garante de compatibilité entre les libertés individuelles et le respect de ces principes indispensables à la réalisation de l'intérêt général que sont, selon la devise républicaine, l'égalité et la fraternité »¹⁹⁴. La puissance publique n'est pas seulement protectrice, elle devient libératrice : « Il est inconcevable que l'homme puisse asseoir seul sa liberté, l'État est invité à assurer les conditions de sa libération. Du droit-protection, on passe à une créance sur la collectivité (...) »¹⁹⁵.

administrative n'est guère hostile à un tel dirigisme ». Cet intérêt général extensif sera relié à la deuxième génération des droits de l'Homme, ceux qualifiés aussi de droits créances en tant qu'« ils impliquent une prestation de la part de l'État ». Cf., sur ce point, E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 160.

¹⁹⁰ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 55-59.

¹⁹¹ CEDH, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79, série A n° 98, § 47.

¹⁹² Sur ce point, M. BORGETTO, « Préambule de la Constitution de 1946 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 593-601, spéc. p. 598-599 : « il a accordé en effet pleine valeur constitutionnelle à la totalité des alinéas du Préambule, sans opérer de distinction entre eux en fonction de leur nature (...) de leur plus ou moins grande précision supposée ou encore de leur caractère davantage "programmatique" que positif... ».

¹⁹³ M. BORGETTO, « Préambule de la Constitution de 1946 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 600.

¹⁹⁴ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 263. Pour une observation analogue des droits constitutionnellement reconnus, le professeur Goesel-Le Bihan considère que les trois générations de droits consacrés par la Constitution de 1958 (de 1789 à la Charte de 2004), « cette pluralité », « [mettent] en œuvre la devise de la République inscrite à l'article 2 de la Constitution : « Liberté, Égalité, Fraternité ». Cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Quels droits reconnaît-elle ? », in Dossier : La Constitution en vingt questions – Question n° 4, préc., spéc. § I-1 *in fine*.

¹⁹⁵ G. LESCUYER, « Libertés publiques », préc., p. 986. L'État providence ne serait donc pas exclusivement un concept politique ; à certains égards, il est aussi un concept du droit constitutionnel, raison pour laquelle M. Peces-Barba évoque, à son sujet (« l'État social » pour reprendre la terminologie exacte de l'auteur), « la fonction promotionnelle du droit » (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 27).

308. Cependant, la puissance publique peut, sous prétexte de régler les conflits de droits fondamentaux, se saisir de la quasi-totalité de la réalité sociale. « Justifiée dans son principe mais dénaturée dans sa pratique, l'invocation de l'ordre social conduit, dans tous les régimes politiques, à l'évanescence des droits »¹⁹⁶. Ainsi, la définition positive finit par « trébucher » sur son contenu en rendant la conception volontariste « encombrante » pour les droits fondamentaux ; c'est pour cette raison qu'une conception extensive était « dénoncée comme vicieuse par les libéraux orthodoxes »¹⁹⁷.

2. – Une définition envahissante de la notion d'intérêt général :

309. Après avoir listé toutes les « conséquences fâcheuses » des interventions positives de l'État¹⁹⁸, Humboldt met en garde sur les risques de déliquescence du lien social, qu'entraînent ces interventions par l'atteinte qu'elles portent aux sources des droits fondamentaux, à mesure que les individus se dessaisissent de ce qu'ils devraient réaliser par eux-mêmes : « Comme chacun compte pour soi-même sur la sollicitude de l'État, chacun lui confie aussi et bien mieux encore le sort de ses concitoyens. Or cette conscience qu'ils ont de l'intervention de l'État affaiblit l'intérêt qu'ils devraient se porter les uns aux autres, tout comme l'impulsion de s'entraider »¹⁹⁹. L'originalité²⁰⁰ des arguments d'Humboldt pour rejeter l'État providence et une conception maximale de la notion d'intérêt général, outre qu'elle possède le mérite de sortir de la caricature stérile d'un État omnipotent et liberticide, tient indiscutablement à ce qu'une notion d'intérêt général trop largement entendue affecte le lien entre restriction aux libertés et protection de la liberté. Non plus par rupture, mais par une contraction telle entre la restriction et la protection que les deux extrémités de ce lien se confondent au point de le faire disparaître. Si l'État entend se saisir de toute la réalité sociale pour protéger tous les droits fondamentaux, il est alors obligé de tout restreindre. Or le bilan d'une telle démarche est pour Humboldt suffisamment grave pour ne pas provoquer aussi une rupture de la paix sociale : « Toutes les prescriptions de l'État, en cherchant à unir des intérêts divers et contradictoires, causent des collisions. Ces collisions amènent un manque d'harmonie entre les désirs et le pouvoir des hommes ; de là des délits. Donc plus l'État est oisif, si je puis ainsi parler, moins le nombre des délits est grand. S'il était possible, surtout dans des cas concrets, de compter exactement les maux qu'occasionnent les ordonnances de police, et ceux qu'elles empêchent, on trouverait toujours que le nombre des premiers surpasse celui des seconds »²⁰¹. Elisabeth Zoller rapporte l'exemple historique des excès d'un État

¹⁹⁶ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 88.

¹⁹⁷ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 50.

¹⁹⁸ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 36-39 et p. 35.

¹⁹⁹ W. VON HUMBOLDT, op. cit., p. 39. À la « main invisible » d'Adam Smith, peut-on opposer les « petites mains visibles » de Humboldt pour servir l'intérêt général ?

²⁰⁰ Il convient cependant de préciser que la philosophie politique d'Aristote est très certainement remise à l'honneur dans la mesure où ce dernier affirme, résume Georges Lescuyer, que « le bonheur individuel n'est que la conséquence et le reflet » du « bien-vivre social » (Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 79-81, spéc. p. 79).

²⁰¹ W. VON HUMBOLDT, op. cit., p. 113.

omnipotent, celui du Saint empire romain germanique, théorisée par la doctrine allemande sous le concept d'« État de police bien ordonné »²⁰² : « l'État bien ordonné est un État de police, et la police est le moyen par lequel l'État amène son peuple non pas seulement au bonheur, mais à la félicité (*Glückseligkeit*). Il ne suffit pas que les sujets du prince soient heureux tout seuls, il faut qu'ils soient heureux parce que tous le sont. Le prince s'efforce que ses sujets soient heureux à titre individuel et à titre collectif. La conception de l'intérêt public n'est ni libérale, ni républicaine, elle est unitaire ; la pensée du bien commun reste très prégnante ; il s'agit de faire le bien, coûte que coûte, et d'atteindre une situation où, si possible, l'intérêt public et l'intérêt privé soient réunis ; la liberté individuelle est étouffée. L'État de police bien ordonné tend à prendre en charge toute la société »²⁰³.

310. Sans remonter au Saint empire, l'exemple du droit fondamental à la santé proclamé par la Charte de l'Organisation mondiale de la santé du 27 juillet 1946²⁰⁴ achèvera de nous convaincre de cette descente liberticide : « Si l'on perd pas de vue que, pour cette Charte, "la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité", les Nations Unies se fixent ainsi un programme extraordinaire qui, à certains égards, possède quelque chose de prométhéen. Les États sont-ils tenus de mettre en œuvre jusqu'au bout de telles directives ? Ce serait peut-être instaurer un système politique totalitaire dont, à la longue, plus personne ne voudrait »²⁰⁵. Le risque s'accroît dangereusement de verser dans des formes plus ou moins avérées de totalitarisme dans le sens que lui donnent Jacques Chevallier et Danièle Lochak et qui se révèle être une caractéristique de ce type de régime : « L'État (...) est total/totalitaire dès l'instant où il peut contrôler la vie sociale dans ses moindres aspects : omniprésent, omnipotent, omniscient, l'appareil d'État couvre la société d'un maillage extrêmement fin et serré ; il dirige l'ensemble des activités sociales, soit directement, soit par le biais des organisations sociales qui constituent autant de relais de son autorité »²⁰⁶. On sait dramatiquement où mènent ce type d'excès : « la puissance d'État est utilisée au maximum dans le fascisme ou la national-socialisme, pour ramener la société de force à l'unité »²⁰⁷. Aussi la définition positive du contenu de la notion d'intérêt général, au vu des précédents de l'histoire, doit-elle répondre à un seuil maximal sauf à remettre en

²⁰² É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 57-62. L'exemple est significatif d'autant, ainsi que l'auteur le note, l'État de police a connu une fortune notable dans l'Europe monarchique continentale jusqu'en Russie (p. 58).

²⁰³ É. ZOLLER, op. cit., p. 58.

²⁰⁴ « La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain (...) », stipulation rapportée par A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 32.

²⁰⁵ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, op. cit., p. 32-33.

²⁰⁶ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 89.

²⁰⁷ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, op. cit., p. 86. Cependant, l'inverse serait tout autant concevable. Si l'emprise de l'État, via son Administration, sur l'ensemble du corps social peut signifier l'avènement d'un régime totalitaire, les auteurs énoncent « qu'on peut y voir la preuve de la dissolution de l'administration dans une société civile vivant en état d'autorégulation » (p. 111), c'est-à-dire que ce serait le corps social qui eût saisi l'État tout entier. N'est-ce pas ici un trait remarquable de la société communiste (p. 112) ? Ou bien est-on en présence d'une alternative entre régime totalitaire (p. 112-113) ou société totalitaire ?

cause l'objectif libéral du pacte qui était de protéger la liberté et non de l'étouffer²⁰⁸. Ce seuil maximal est semble-t-il atteint chaque fois que la notion d'intérêt général recouvrera une conception du bonheur, c'est-à-dire qu'elle prétendra définir, en lieu et place des membres signataires du pacte social libéral et de ce que leurs libertés individuelles leur diront, ce que doit être le bonheur des individus²⁰⁹.

311. Plus récemment, Guy Carcassonne condamnait cette évolution contemporaine en pointant les effets négatifs du double glissement réalisé dans le contenu de la notion d'intérêt général : « Selon l'article 5 de la Déclaration de 1789, "la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société". Mais le législateur contemporain se fait une si haute idée de la solidarité qu'il semble considérer que nuit à la société tout ce qui peut nuire à n'importe lequel de ses membres » (glissement quantitatif)²¹⁰. Mais, ajoutait-il aussitôt, « en même temps que s'est ainsi élargi le domaine que le droit est sommé de régir, le niveau d'exigence s'est élevé. La norme n'a plus seulement pour devoir d'assurer la liberté et de veiller, autant que faire se peut, à la sécurité. Il lui incombe de traquer le risque, voire l'inconfort ou le simple désagrément » (glissement qualitatif)²¹¹. Car, « à présent, apprend-on auprès de Jacques Mourgeon, la mise à l'écart de Dieu par beaucoup, la croyance en la maîtrise de la nature, les découvertes médicales et techniques depuis deux siècles, ont amené l'homme à vouloir abolir le danger jusque dans la menace et se délivrer de la peur jusque dans l'appréhension, exigeant une préservation de soi non seulement contre la nocivité de son semblable ou de ses activités, mais contre absolument tout ce qui lui nuit, catastrophes naturelles incluses »²¹². Et l'on ne nous reprochera pas de reprendre généreusement la démonstration du professeur Mourgeon lorsqu'il dit que

²⁰⁸ C'est précisément à cause de cela que l'État de police allemand entrera en crise : « À la fin du XVIII^{ème} siècle, le modèle de l'État de police entre en crise. Tout le monde n'est pas d'accord avec cette volonté envahissante de faire le bonheur de tous. Les libéraux revendiquent la liberté civile, la *libertas civilis* qu'ils vont chercher dans le droit naturel ; ils réclament une déclaration des droits de l'homme, première tentative pour définir des espaces de vie privée qui échappent au contrôle de la *polizei* qui veut tout régenter, tout contrôler ». Cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 62. C'est, en ce qui concerne la France, ce que dénonce Tocqueville au XIX^{ème} siècle. Voir G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 383.

²⁰⁹ Au contraire il semble que notre texte fondamental, la Déclaration de 1789, ait voulu se prémunir contre ce penchant puisqu'il déclare en préambule que « les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous » (nous soulignons). Une brève analyse sémantique du verbe « tourner » (voir *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 2584-2585) nous achemine à valider globalement l'idée que les droits et libertés reconnus par la Déclaration permettent d'*orienter* les conduites humaines vers le bonheur (indéterminé) et non d'*imposer* (signifié que n'a pas ledit verbe) un bonheur (déterminé). Comparé enfin à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de 1793 (« Le but de la société est le bonheur commun »), on pressent que la rédaction de la première – celle de 1789 – sera moins dirigiste que la seconde en termes de délimitation des objectifs de l'état civil.

²¹⁰ G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 37-45, spéc. p. 38.

²¹¹ G. CARCASSONNE, op. cit., p. 38. Nous aurions oublié la réflexion de Rawls soulignant la part d'imprévisibilité qui entoure le déroulement de la vie : « La réalisation du bonheur, au sens large, c'est-à-dire d'une vie heureuse, ou d'une période heureuse de sa vie, suppose toujours un certain degré de chance ». Cf. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 450.

²¹² J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 57. Phénomène aggravé par le fait que les menaces nouvelles qui pèsent sur la liberté ne sont plus nécessairement du fait des individus (pris individuellement) ou de l'État mais de pratiques nouvelles (bioéthique, nouvelles technologies, terrorisme, Internet, etc.). Notamment, sur ces points, D. TURPIN, « France (État des droits de l'homme en) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 442-443 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 155-157.

« pareille anxiété de soi causée par soi-même suscite inéluctablement un intense besoin de sécurité et provoque une hypertrophie corrélative du droit à celle-ci qui, sans être "le premier des droits", devient un droit premier, la sécurité étant considérée dans son sens le plus large pour ne plus se limiter à celle de l'intégrité physique et psychique de la personne et de sa propriété, mais s'étendre à ses aises, à son confort, à son mieux-être et mieux-vivre, à sa félicité en somme »²¹³.

312. Patrick Fraisseix voit, quant à lui, dans l'encensement des communautarismes modernes la cause des bouleversements que rencontre l'État aujourd'hui²¹⁴. Il démontre que la société postmoderne transforme les rapports entre les individus et l'État en conférant des droits collectifs à des groupes infranationaux : « Contrairement au schéma classique au sein duquel l'État unitaire est garant de l'intérêt général que le législateur définit afin de permettre à la politique du Gouvernement de s'en inspirer et de justifier l'action de l'administration contrôlée par le juge administratif en son nom, l' "État plurilégislatif"²¹⁵ car groupusculaire devient le dépositaire des intérêts claniques revendiqués et défendus qui obligent le législateur (voire le Constituant) à infléchir la complétude de l'intérêt général et qui impliquent des ajustements de la politique gouvernementale »²¹⁶. Pierre Mazeaud mettait en garde, s'agissant par exemple des tentations nouvelles de la discrimination dite positive, contre une altération de la notion d'intérêt général : « Le communautarisme une fois installé en droit, ses revendications sont sans limites. Sacrifiant les valeurs fondatrices de la République, à commencer par l'universalisme, une telle politique risque de diviser la Nation contre elle-même et rompt le lien social qu'elle prétendait retisser »²¹⁷. Le Conseil constitutionnel aurait construit une jurisprudence constitutionnelle des principes posés par les articles 1^{er} à 3 de la Constitution afin de prémunir la France de ces risques. Le Conseil estime que les articles 1 à 3 qui définissent les principes sur lesquels sont fondées la République et la souveraineté nationale « entrent dans la catégorie des dispositions qui ne peuvent être soumises à d'autres limitations que celles prévues par la Constitution elle-même. Elle échappent à toute démarche de "conciliation" de la nature de celle utilisée en d'autres matières par le Conseil »²¹⁸. Tout au plus, « en ces matières, la seule démarche de conciliation à

²¹³ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 58.

²¹⁴ P. FRAISSEIX, « De l'État-nation à l'État "groupusculaire" : chronique d'un dépérissement engagé », *D.* 2000, p. 61-67, spéc. p. 61 : il cite l'exemple de « peuples régionaux », les « groupes sexuels », sociaux etc.

²¹⁵ L'expression est de P. LAMPUE, *Droit d'outre-mer*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1969, p. 4, cité par P. FRAISSEIX, « De l'État-nation à l'État "groupusculaire" : chronique d'un dépérissement engagé », préc., p. 63.

²¹⁶ P. FRAISSEIX, « De l'État-nation à l'État "groupusculaire" : chronique d'un dépérissement engagé », préc., p. 63. Pour une analyse plus nuancée sur ce point précis, A. ROUX, « Constitution, expérimentation et décentralisation », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, op. cit., p. 218 : « L'unité du pouvoir normatif, condition du maintien du caractère unitaire de l'État, n'a pas pour corollaire l'uniformité du droit applicable sur le territoire et c'est en ce sens que l'on peut parler d' "État plurilégislatif" ».

²¹⁷ P. MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel M. Pierre Mazeaud, au Président de la République », 3 janvier 2007, www.conseil-constitutionnel.fr, p. 1-25, spéc. p. 9. Sur cette question de la discrimination positive, qui affecte considérablement la notion d'intérêt général, voir M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA* 2002, p. 561-572.

²¹⁸ « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in *Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, XIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Nicosie, Chypre (15-19 mai 2005), *RUDH* 2005, p. 186-195, spéc. p. 190.

laquelle peut procéder une autorité autre que le pouvoir constituant lui-même est celle qui consiste à réglementer l'exercice d'un droit fondamental, comme la liberté d'expression (...) dans des conditions qui le rendent compatible avec ces principes intangibles. Il s'agit en quelque sorte d'une conciliation "à sens unique" »²¹⁹. « L'importance accordée à ces principes par le Conseil constitutionnel est de nature à prévenir toute organisation de la Nation sur un mode "communautariste" »²²⁰.

313. Le constat de la contingence de la notion d'intérêt général est alors sans appel car « il faut bien comprendre que l' "intérêt général" est une notion dont il est difficile voire impossible de tracer les contours. Aujourd'hui, il est acquis que les intérêts particuliers doivent coïncider avec l'intérêt général. Ainsi, aider une entreprise à se développer peut être considéré comme un moyen de lutter contre le chômage : l'intérêt particulier de l'entreprise rejoint donc l'intérêt général de la société. On le voit, la distinction héritée de la Révolution française entre l'intérêt général et les intérêts particuliers n'est pas aussi nette qu'avant »²²¹. Comment cependant éviter que derrière la notion trop extensivement entendue ne se dissimulent des intérêts catégoriels voire purement privés ? Une des solutions se trouvent dans la proposition suivante du Conseil d'État : « Les tenants de la doctrine volontariste ne sont pas assurés que l'intérêt général se distingue toujours bien des intérêts privés parce qu'il peut en devenir le simple masque. La vitalité de la notion d'intérêt général vient néanmoins de ce qu'elle n'a pas de contenu préétabli. Il faut, à tout moment, préciser ses contours et faire valider, par des procédures démocratiques, les buts retenus comme étant d'intérêt général. Seuls ces buts peuvent justifier l'utilisation de moyens éventuellement dérogatoires au droit commun »²²².

314. Dès lors que la notion d'intérêt général peut être entendue comme facteur légal de résolution systémique des conflits, elle ouvre la voie à des interventions potentiellement vertigineuses. « Il ne faudrait pas, écrit Virginie Saint-James, que la seule façon d'assurer la réalité des droits les condamne à être victime de l'intervention abusive de la puissance publique »²²³. C'est pourquoi, une conception

²¹⁹ « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle, XIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Nicosie, Chypre (15-19 mai 2005), *RUDH* 2005, p. 186-195, spéc. p. 190.

²²⁰ « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », préc., p. 190.

²²¹ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 37-38.

²²² *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, coll. EDCE, n°50, 1999, p. 261. Dans le même sens, tout en le déplorant, D. MAZEAUD, « Action en justice et intérêt général en droit privé », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 37-51, spéc. p. 39 : « en droit positif, la frontière entre ces deux notions [intérêt général et intérêt collectif ou catégoriel] se fluidifie et se brouille en raison de la tendance législative et jurisprudentielle à reconnaître au profit de certaines catégories de personnes privées le droit d'agir pour assurer la défense d'intérêts collectifs tellement larges qu'ils se confondent peu ou prou avec l'intérêt général, à tel point même que parfois la qualification d'intérêt collectif apparaît comme un simple artifice particulièrement opportun qui permet, en réalité, au législateur de confier à une personne privée, ni plus, ni moins que la défense de l'intérêt général, ou une parcelle de celui-ci (...) ».

²²³ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 4. Une définition exagérément extensive de la notion d'intérêt général aboutirait au paradoxe du droit de propriété dont l'auteur met magistralement en exergue les tenant et aboutissant : assuré dans son principe, le droit de propriété n'en demeure pas moins franchement affecté dans ses modalités d'exercice. Cet affaiblissement correspond à une lecture envahissante de la notion d'intérêt général qui diminue le contenu substantiel du droit de propriété (notamment p. 388-391 et p. 395-396).

raisonnable de la notion d'intérêt général doit se garder d'être une conception volontariste – et dangereusement ambiguë²²⁴ – qui prétendrait embrasser l'ensemble des flux sociaux. *A contrario*, néanmoins, la conception volontariste a mis en évidence que l'intérêt général ne peut se réduire à un État gendarme. Une conception raisonnable doit pouvoir se construire sur cette base, laquelle est justement celle sur laquelle la conception française de la notion trouve son origine : « Prévaut cette idée que les *besoins d'intérêt général ne sont pas seulement l'addition des intérêts particuliers* » (nous soulignons)²²⁵. Cette assertion, portée par l'adverbe *seulement*, est riche de sens. La notion d'intérêt général, c'est plus que cela, c'est-à-dire qu'elle est plus qu'une simple addition des intérêts privés et, au fond, qu'elle n'est pas exclusivement portée vers les droits fondamentaux *per se*. Mais la notion d'intérêt général, c'est aussi cela, c'est-à-dire qu'elle ne saurait, sauf à se disqualifier, se désintéresser des droits fondamentaux. Elle les dépasse dans leur propre intérêt sans les écarter. Les besoins d'intérêt général « transcendent ceux-ci et acquièrent par là même cette spécificité qui fait de l'intérêt général *l'unique justification de toute activité publique* » (italique dans le texte)²²⁶.

315. La synthèse définitionnelle de la notion d'intérêt général proposée par François Rangeon, en prélude à son étude, traduit nettement, quoiqu'avec certaines nuances, cette jonction entre définition négative (version utilitariste) et définition positive (version volontariste), jonction, et cet aspect est déterminant pour dépasser leurs défauts respectifs, à laquelle on ne peut se soustraire : « Toute société, grande ou petite, repose sur un minimum d'intégration : elle suppose conjointement la persuasion et la contrainte. La notion d'intérêt général est révélatrice de cette ambivalence : recherche du consensus à travers la permanence des conflits. On peut ainsi expliquer le caractère contradictoire inhérent à la notion d'intérêt général. Cette dernière est traditionnellement définie comme une somme consensuelle d'intérêts particuliers, *et* comme le dépassement dialectique de ces mêmes intérêts. *Les deux définitions sont indissociables*. La première insiste sur le caractère concret, "palpable" de la notion : l'intérêt général ne doit pas être perçu comme un rêve, une utopie. La seconde traduit la nécessité d'un dépassement des conflits, et d'une réconciliation des intérêts particuliers. Pourquoi ces deux définitions apparemment inconciliables sont-elles en réalité indissociables ? Parce que toute société repose sur une dialectique du consensus et du conflit. Plus exactement, toute société est en même temps consensus et conflit, le consensus suppose la contrainte et s'analyse souvent comme l'effet

« La seule limite que l'on consente à l'action corrosive de l'intérêt général démultiplié est de ne pas dénaturer le sens des principes. Les juges constitutionnels, depuis la décision de 1982 relative aux nationalisations, soutiennent cette position et semblent donc penser qu'il est possible d'influer de façon aussi radicale sur le contenu des droits sans en toucher l'existence même » (p. 396).

²²⁴ Puisqu'on en n'avait pas perçu toutes les potentialités lors de la conclusion du pacte : « la théorie du contrat contient une ambiguïté redoutable permettant d'en tirer les conséquences les plus opposées au point d'affirmer, en renversant la formule, que "la conservation des droits conduit au mépris de l'homme" ». Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 27-28.

²²⁵ P. CHRETIEN, G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, *Droit administratif*, op. cit., p. 4.

²²⁶ *Ibid.*

d'une contrainte répétitive et intériorisée » (italique dans le texte)²²⁷. Cette lecture de l'intérêt général, construite sur l'indissociabilité des deux conceptions de l'intérêt général, produit une conception distincte des deux premières, à savoir, et à l'évidence, la conception développée par la tradition politique et juridique française qu'incarne, à nos yeux, l'État républicain.

II. – La conception française de la notion d'intérêt général : l'État républicain

316. « Dans la théorie française, l'intérêt public ne se confond pas avec la somme des intérêts privés ; c'est un choix politique, volontaire, fait de tous les intérêts mis en commun dans le contrat social. Le modèle républicain français se fonde sur une conception politique de l'intérêt public »²²⁸. À la notion d'« utilité publique » qui « se confondait avec la nécessité publique », a succédé une « notion beaucoup plus vaste, l'utilité sociale »²²⁹. La conception française de la notion d'intérêt général, dont l'État républicain est le vecteur²³⁰, revêt deux traits singuliers qui lui donnent sa figure. Elle suppose, d'une part, contre la conception utilitariste, l'irréductibilité des missions positives de l'État (A.). D'autre part, elle opère une synthèse de la notion d'intérêt général qui permet de revoir à la baisse les ambitions liberticides d'une conception volontariste débridée (B.). Le constructeur de la règle de droit devra sans aucun doute trouver un dosage subtil pour parvenir à l'exigence d'équilibre qui se profile ; il faut en effet « que, tel un sage architecte, il fasse reposer son édifice sur l'attachement des hommes à leur bien-être, de telle sorte que l'intérêt général soit le résultat des intérêts de chacun »²³¹. Politiquement, le droit français chercherait à éviter le « piège idéologique » entre deux conceptions fatales pour la liberté²³². Réussirait-il, du même coup, le tour de force de

²²⁷ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 9.

²²⁸ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 175. Sur cette liaison (à renouveler) entre volontarisme politique et « modèle républicain » de l'intérêt général, G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., p. 179.

²²⁹ É. ZOLLER, op. cit., p. 208. L'auteur voit d'ailleurs dans le XX^{ème} que « l'habitude s'est prise de ne plus dire "intérêt public", "mais intérêt général" (...) » (p. 209).

²³⁰ Ainsi que la première représentation institutionnelle au sens où le perçoit Noëlle Lenoir : « Dans notre pays, l'omniprésence de la référence à l'intérêt général dans la jurisprudence – administrative, constitutionnelle, mais aussi judiciaire – est présentée comme reflétant notre attachement à la République – traduisez un État fort et protecteur – et notre refus de céder à un "ultralibéralisme" destructeur du lien social et foncièrement inégalitaire ». Cf. N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 3. On a parlé ailleurs d'État « compassionnel », Cf. F. FRAYSSE, « Introduction », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 72.

²³¹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 178. Est-ce une préfiguration de « l'État propulsif » de l'économiste français Paul Leroy-Beaulieu (1843-1916) dans *L'État moderne et ses fonctions* (1891), qu'évoque F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 178 ? Leroy-Beaulieu « propose, contre l'État idole et contre l'État-minimum, un "État propulsif" c'est-à-dire un État qui soit non seulement "le gouvernail" de la société, mais aussi "l'hélice". Par cette métaphore suggestive, il veut signifier que l'État libéral doit à la fois guider la société vers un meilleur être, mais aussi l'inciter, la "propulser" dans ce sens » (italique dans le texte).

²³² Cf. M. FREEDEN, « Entre libéralisme et socialisme », préc., p. 45 : « Le concept de liberté est pris dans un piège idéologique étrange entre socialisme et libéralisme ». En creux, c'est assurément la position originale et conciliante (pour ne pas dire œcuménique) que suggère d'adopter Guylain Clamour quant à la confrontation entre intérêt général et concurrence : « Si proches et pourtant si éloignés, intérêt général et concurrence demeurent dans une logique d'opposition

joindre les deux conceptions évoquées et de réunir immanence et transcendance pour construire l'intérêt général ?²³³

A. – L'irréductibilité des missions positives de l'État :

317. C'est très certainement la première erreur que d'avoir tenté d'expliquer négativement les missions de l'État et par suite la notion d'intérêt général. Ainsi, par exemple, la conception restrictive de la notion de sûreté d'Humboldt souffre de certaines réserves de l'aveu même de son auteur. « Toutefois, note-t-il, il est beaucoup de choses dont l'appréciation exige des connaissances techniques qui ne sont pas le partage de tous, et par lesquelles la sûreté pourrait être troublée, quand un homme exploite à son avantage l'ignorance d'autrui, soit avec intention, soit de bonne foi. Alors les citoyens doivent avoir la liberté de demander pour ainsi dire conseil à l'État »²³⁴. En l'espèce, Humboldt fait référence aux médecins et aux juristes pour illustrer les professions ayant des « connaissances techniques » dont il confie, sans se contredire, l'organisation à l'État. Or, une telle assertion implique que l'État agisse positivement, qu'il soit en quelque sorte prestataire de service. De quel service ? Celui de garantir que tel individu est apte à exercer la profession qu'il brigue afin de ne pas, en exploitant « l'ignorance d'autrui », troubler la sûreté. Comment, dans ces conditions, ne pas voir l'embarras que suscite auprès du philosophe à la fois la flexibilité de la notion de sûreté et la conception systématiquement négative de son contenu qui s'avère, *in fine*, préjudiciable à autrui ? L'emploi de l'expression « pour ainsi dire » semble évacuer – et donc révéler ce malaise – trop rapidement la possibilité pour l'État libéral d'être chargé de missions positives²³⁵.

318. Une autre raison, justifiant l'intervention positive de l'État, tient pour partie à ce que Philippe Braud a schématisé autour de ce que nous serions tenté d'appeler un bilan coûts-avantages *a priori* entre une gestion répressive des conflits et une gestion préventive, laquelle peut s'avérer en pratique plus efficace dans la définition des droits fondamentaux : « Les coûts d'un conflit qui dégénère,

en forme d'alternative, comme si consacrer l'un revenait nécessairement à repousser l'autre. Pourtant les conceptions *volontariste* et *utilitariste*, dont l'opposition est à la source des incompréhensions actuelles, reposent toutes deux sur un substrat commun : la *modernité* et la place centrale de l'individu. Un fondement philosophique commun précède leur différenciation » (italique dans le texte). Cf. G. CLAMOUR, *op. cit.*, p. 16. Il n'est pas improbable que cet élément commun procède *in fine* de la conception républicaine de l'intérêt général.

²³³ Le professeur Rangeon propose une réponse positive mais cantonnée à l'*idéologie* de l'intérêt général. Nous espérons, et nous tenterons de le vérifier, qu'elle vaut aussi pour la *notion* d'intérêt général. Voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 29-30 : « L'idéologie de l'intérêt général opère une conciliation entre l'intérêt commun, immanent aux intérêts particuliers, et l'intérêt public, transcendant ces mêmes intérêts. Elle présente l'intérêt commun et l'intérêt public comme les deux faces de l'intérêt général, donc comme deux concepts indissociables et complémentaires ».

²³⁴ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, *op. cit.*, p. 124.

²³⁵ Voir également cet autre passage révélateur concernant l'éducation des enfants. Selon Humboldt, l'intervention de l'État est proscrite sauf exception : « Il n'y a que les cas où l'oubli de ces devoirs se produit ou est près de se produire, qui puissent autoriser l'État à se mêler de ces rapports de famille ». Alors même qu'il nous paraît difficile de rattacher l'éducation des enfants à la notion de sûreté, Humboldt se résout (malgré lui ?) à accepter – dirions nous dans le langage moderne – des cas d'ingérence légitimes dans la vie privée des citoyens... Cf. W. VON HUMBOLDT, *op. cit.*, p. 177.

peuvent se révéler bien supérieurs aux avantages escomptés d'une revendication active, non seulement pour ceux qui l'ont initié mais pour le groupe tout entier. Dès lors on comprend pourquoi toute société, toute organisation élabore en permanence un discours qui exalte la nécessité de l'unité et de la solidarité, fait l'éloge de la paix entre les nations ou, plus *mezza voce*, de la paix sociale à l'intérieur de la collectivité. Dans certaines familles politiques, le refus du conflit est associé surtout à l'éloge de l'ordre public ; dans d'autres, on insiste davantage sur le nécessaire dépassement des égoïsmes catégoriels ou nationaux, au nom de l'intérêt général »²³⁶. L'idée implicitement formulée montre que l'intervention positive de l'État peut s'avérer beaucoup plus bénéfique qu'un laisser-faire en matière de droits fondamentaux²³⁷.

319. Enfin, dernier argument de poids en faveur d'une conception volontaire de la notion d'intérêt général, celui tiré de l'écueil dans lequel la conception utilitariste, comme la conception maximaliste ou volontariste, peuvent tomber. Laisser au corps social secréter le contenu de la notion d'intérêt général peut s'avérer pareillement liberticide. Pointant les limites de la conception anglo-saxonne ou utilitariste de l'intérêt général, le Conseil d'État s'est soucié de ce travers potentiellement néfaste pour les droits fondamentaux : « Une telle conception du rôle de la politique se heurte toutefois à un double problème. Le premier est de savoir comment éviter que l'intérêt général ne soit que la conjugaison des intérêts individuels les plus puissants. La maximisation implique, en effet, qu'on ne peut faire que le bonheur de la majorité et non celui de tous. Le risque est donc que le bonheur des uns se fasse au détriment de celui des autres, que s'installe une forme de tyrannie de la majorité qui, dans un système représentatif, devient l'utilité particulière de la minorité gouvernante »²³⁸. « Le point d'orgue de cette évolution se situe en 1946 » avec l'adoption du Préambule de 1946 « qui a modifié les termes du pacte républicain originaire en profondeur »²³⁹. Selon l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, la France est aussi devenue une République « sociale ». « En tant qu'il se dit "social", le modèle républicain français met à la charge de l'État des obligations d'agir, justifiant la perpétuité des moyens initialement mis en œuvre pour le réaliser, les moyens de puissance publique »²⁴⁰. La notion française d'intérêt général est une construction politique volontaire sans tomber dans l'écueil du volontarisme.

²³⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 81.

²³⁷ Plus dramatiquement, exemple du Tchad à l'appui (1982-1990), le sociologue tchadien Ronelngué Toriairia observe que « l'accumulation de conflits non résolus et de privations de toutes sortes secrète un climat social pathologique favorable à toutes sortes de violations ». Cf. R. TORIAIRIA, « Paradoxes des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 68.

²³⁸ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 256.

²³⁹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 209.

²⁴⁰ *Ibid.*

B. – La synthèse française d’une notion d’intérêt général irréductible :

320. L’irréductibilité est significativement mise en exergue par la conception française de l’intérêt général. « La conception républicaine de l’intérêt public forme le cœur du modèle républicain français. Son idée fondatrice est simple, c’est la suivante : tout ensemble d’hommes qui constitue une nation forme une association qui a nécessairement pour objet une chose publique. Il existe donc un intérêt public, distinct des intérêts privés, *un intérêt public en soi* » (nous soulignons)²⁴¹. Assurément la filiation de la conception française de la notion avec la doctrine rousseauiste est établie et il n’est pas surabondant de citer une fois encore ce passage décisif de l’œuvre : « Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu’à l’intérêt commun, l’autre à l’intérêt privé, et n’est qu’une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s’entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale »²⁴². Que retrouve-t-on dans le présent propos de Rousseau ? Que la volonté générale est l’œuvre des membres signataires du pacte social libres et égaux. C’est donc en recourant à ces notions de liberté et d’égalité que la notion française paraît s’autolimiter d’elle-même. La relation entre liberté, égalité et, même fraternité, joue un rôle délimitant. Cette relation est si marquée en France par ces impératifs qu’on a pu lire qu’« il n’est pas nécessaire de rappeler, dans une revue française, que la tradition républicaine de ce pays associe la liberté à l’égalité et à une notion de solidarité sociale »²⁴³. Le contenu français de la notion d’intérêt général est plus large que la stricte observation des restrictions aux droits fondamentaux mais interdit d’aller trop loin dans le mouvement contraire du balancier. Ainsi, si la liberté implique l’égalité, en revanche, la réalisation de la liberté nécessiterait la fraternité²⁴⁴. Une telle lecture du contenu de la notion d’intérêt général procède manifestement de la pensée rousseauiste : « Si l’on cherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu’il se réduit à ces deux objets principaux, la *liberté* et l’*égalité*. La liberté, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au

²⁴¹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 11.

²⁴² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p.68-69. Pour une interprétation contraire, N. KANAYAMA, « Intérêt général : le pays de Rousseau aujourd’hui », in *L’intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 58 : selon Naoki Kanayama, « l’intérêt général de Rousseau n’est plus praticable aujourd’hui dans ses idées originales », autrement dit dans toute son orthodoxie.

²⁴³ M. FREEDEN, « Entre libéralisme et socialisme », préc., p. 46. Au surplus, elle constitue la devise de la République conformément à l’article 2 alinéa 4 de la Constitution de 1958. Voir également, sur cette liaison entre fraternité et solidarité sociale, en droit français, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l’aide et de l’action sociales*, op. cit., p. 29 et s.

²⁴⁴ « La Fraternité, servant d’origine aux institutions, inspirant les lois de son souffle, animant l’État tout entier de son esprit ». Armand Marrast, député de la Haute-Garonne, le 31 août 1848 devant l’Assemblée Constituante, cité par J. GODECHOT, *Les constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 258. De la même manière, dans le sillon tracé par Rousseau (nous semble-t-il), Rawls montre bien comment le « principe de fraternité », s’il est identifié au « principe de différence » qu’il promeut dans sa *Théorie de la justice*, peut être pensé pour favoriser les rapports de la liberté et de l’égalité en rendant tangible une forme d’égalité réelle. Voir, pour cette proposition, J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 135-137. Enfin, Michel Borgetto et Robert Lafore associent la fraternité, idée politique, aux apports de la Révolution française en évoquant la « consubstantialité qui a très tôt existé (...) entre l’idée de démocratie et les idées de fraternité et de solidarité (...) » (cf. M. BORGETTO, R. LAFORE, op. cit., p. 2).

corps de l'État ; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle » (italique dans le texte)²⁴⁵. Pour Gilles Lebreton, la conception française de la notion d'intérêt général, « l'idéal républicain français plus ambitieux », constitue une « synthèse réconciliant » les « thèses socialistes et libérales » des droits fondamentaux²⁴⁶. Guylain Clamour parvient à formuler, à travers le concept « d'intérêt général néo-moderne », « combinant immanence et transcendance »²⁴⁷, une proposition assez voisine puisque ce concept offre la possibilité de « considérer le jeu des intérêts particuliers dans la formation de l'intérêt général tout en réservant l'hypothèse de la transcendance »²⁴⁸. Dans ce sillage, il n'est peut-être pas exagéré de noter que le droit de l'Union européenne se fait, lui-aussi, « républicain ». Fabienne Kauff-Gazin part effectivement d'un constat similaire s'agissant de rendre compte de l'intérêt général en droit de l'Union : il ne peut se réduire au seul dénominateur commun aux États membres ; il est plus que cela²⁴⁹. Il est particulièrement saillant de lire dans son étude (*passim*) que l'intérêt général de l'Union n'est pas symétriquement identique à l'intérêt général des États membres, celui-ci est encore qualitativement différent de la seule addition des intérêts généraux de chaque État membre²⁵⁰. « Fidèle aux ambitions du contrat fondateur, la réalité communautaire atteste de la transcendance de l'intérêt général, non seulement à l'égard des intérêts particuliers ou collectifs, mais aussi face aux intérêts des États »²⁵¹. L'intérêt général de l'Union a, selon l'auteur, démontré « son aptitude à conduire un *réel projet politique* » (nous soulignons)²⁵², marqueur d'une conception constructive de l'intérêt général.

321. Il reste que, ayant rappelé ce qui vient d'être dit, aucun contenu véritablement déterminé *a priori* ne ressort de la notion française d'intérêt général. N'aurions-nous pas déplacé le problème en invoquant, comme par incantation, les notions de liberté et d'égalité ? Car, il paraît toujours, fût-ce

²⁴⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 91. La conception de l'égalité chez Rousseau concentre une part significative du projet libéral qu'il entend construire en tant qu'il est une juste répartition du contenu de l'intérêt général. « À l'égard de l'égalité, écrit Rousseau, il ne faut pas entendre par ce mot que les degrés de puissance et de richesse soient absolument les mêmes, mais que, quant à la puissance, elle soit au-dessous de toute violence et ne s'exerce jamais qu'en vertu du rang et des lois, et quant à la richesse, que nul citoyen ne soit assez opulent pour pouvoir en acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre » (p. 91). Rousseau défend donc une égalité de droit politique avec à la marge une certaine égalité de fait que la loi doit entretenir afin de préserver le citoyen (« Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de préserver la liberté de la volonté générale de chaque citoyen comme membre du souverain » cf. note explicative de B. BERNARDI, note 124, in J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 124). Autrement dit, il n'est pas question d'une égalité par la loi, mais d'une égalité dans la loi ce que confirme le passage suivant de Rousseau : « C'est précisément parce que la force des choses tend à détruire l'égalité, que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir ». Propos mis en relief par une note éclairante de l'auteur lui-même : « Voulez-vous donc donner à l'État de la consistance ? Rapprochez les degrés extrêmes qu'il est possible : ne souffrez ni des gens opulents ni des gueux. Ces deux états, naturellement inséparables, sont également funestes au bien commun ; de l'un sortent les fauteurs de la tyrannie et de l'autre les tyrans ; c'est toujours entre eux que se fait le trafic de la liberté publique ; l'un l'achète et l'autre la vend » (p. 92). L'intérêt général ne peut être qu'une notion moyenne.

²⁴⁶ G. LEBRETON, « Critiques des droits de l'homme et des droits fondamentaux », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 230-237, respectivement p. 236 et p. 235.

²⁴⁷ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *op. cit.*, p. 233.

²⁴⁸ G. CLAMOUR, *op. cit.*, p. 232.

²⁴⁹ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 7-8.

²⁵⁰ Voir, en particulier, sa démonstration, F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 203-211.

²⁵¹ F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 204.

²⁵² F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 211.

avec ces notions, difficile de s'accorder sur ce que doit effectivement contenir la notion d'intérêt général, elle-même inscrite dans le pacte social libéral. En vérité, cela résulte de ce que la notion d'intérêt général ne prescrivait rien d'autre que de mettre fin au conflit des libertés. Étant, dès l'origine, incapable en pratique de cerner toutes les causes possibles de conflits, la notion a été juridicisée en l'état. Dire, ensuite, de quelle façon l'intérêt général résoudra pratiquement le conflit est une question juridique à laquelle seuls les organes du système de droit libéral pourront répondre²⁵³. Il reste acquis que la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général en droit français a aussi constitutionnalisé une notion indéterminée en même temps que sa prévisible insaisissabilité. Pour autant, si la notion d'intérêt général apparaît indéterminée, cela n'est pas sans avantage car, avec Maryse Deguerge, on notera que « la souplesse présente bien des vertus : celle des notions et catégories juridiques permettant l'adaptation constante du droit au fait, *sans rupture* dans l'amélioration de l'état du droit » (nous soulignons)²⁵⁴. Dans un registre légèrement différent, celui de la prévisibilité des lois visant à restreindre un droit ou une liberté, la Cour européenne des droits de l'Homme indique, dans la même veine, que ces dernières « n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements des situations. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (...) »²⁵⁵. Le seul consensus auquel nous sommes parvenus dans l'étendue de ce contenu est que la notion d'intérêt général renvoie, de manière irréductible, à la volonté des signataires de résoudre le conflit originel créé par la liberté humaine. Or, cette résolution passe, comme nous l'avons démontré, par la création de la « société politique ». La lecture effectuée par le Conseil d'État relativement à l'opposition entre les conceptions utilitariste et volontariste de la notion d'intérêt général est riche d'enseignements quant à l'objectif des signataires du pacte social : « Nul doute que le débat entre les deux conceptions, l'une utilitariste, l'autre volontariste, de l'intérêt général, n'a guère perdu de son intensité. Il illustre, au fond, le clivage qui sépare deux visions de la démocratie : d'un côté, celle d'une démocratie de l'individu, qui tend à réduire l'espace public à la garantie de la coexistence entre les intérêts distincts, et parfois conflictuels, des diverses composantes de la société ; de l'autre, une conception plus proche de la tradition républicaine française, qui fait appel à la capacité des individus à transcender leurs appartenances et leurs intérêts pour exercer la

²⁵³ Avec les limites que cela comporte, voir G. TUSSEAU, « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 141 : Le concept d'intérêt général « est alors employé sans intention de faire référence au moindre fait empirique déterminé. Le seul emploi de l'expression suffit à modifier ou à justifier les normes en cause. Seule compte la manière dont ce terme "résonne" aux oreilles des acteurs juridiques, celui-ci étant susceptible de remplir les fonctions que l'on attend de lui dans le cadre des discours juridiques indépendamment de toute capacité à désigner quoi que ce soit de précis ».

²⁵⁴ M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 211-226, spéc. p. 213. Si l'auteur voit dans les notions indéterminées ou fonctionnelles une chance de garantir la construction de l'ordre juridique sans secousse dévastatrice, nous serions tenté d'ajouter que la notion d'intérêt général, *ès* qualité, s'inscrit dans la même veine en permettant de renforcer « sans rupture » le lien entre la norme de restriction et la protection de la liberté.

²⁵⁵ CEDH, 28 juin 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. n° 24699/94, R. 2001-VI, § 55.

suprême liberté de former ensemble une société politique » (nous soulignons)²⁵⁶. En effet, si le but de « toute institution politique » ou de « toute association politique »²⁵⁷ est la protection des droits fondamentaux par leur définition rendue effective au moyen des restrictions liées à la notion d'intérêt général (« la suprême liberté »), le contenu de la notion est perçue par le Conseil d'État comme porteuse du lien entre restriction et protection (« former ensemble »). Parce que la société politique consolidée suppose en permanence une liaison réactualisée entre les membres du corps social, la notion d'intérêt général doit être, elle aussi, en permanence, retravaillée dans son contenu. Et le génie de la conception française de la notion d'intérêt général est²⁵⁸, à nos yeux, d'avoir réussi à renvoyer dos à dos les deux conceptions, utilitariste et volontariste, de l'intérêt général en mettant en exergue leurs travers propres : la première en ne parvenant pas à consolider la société politique puisqu'elle supporte par principe la continuation des conflits au détriment de l'effectivité des droits fondamentaux ; la seconde, en oubliant le but de la société politique qu'elle saisit entièrement en la dénaturant, étouffe les droits fondamentaux²⁵⁹. Sans parvenir peut-être à un équilibre – mais le peut-elle ? –, la conception française propulse la recherche de cet équilibre sur le devant de la scène : « La diversité croissante des situations des droits de l'homme ne masque pas la permanence d'une dualité de tendances majeures et simultanées : la tendance de la revendication des droits à l'encontre du Pouvoir, et la tendance à l'organisation des droits par le Pouvoir. Portées à leur extrême, la première est mère de révolution, la seconde engendre l'oppression »²⁶⁰.

322. À l'aune de cette dernière remarque, il apparaît que la délimitation matérielle du contenu de l'intérêt général suppose « uniquement » de trouver le point d'équilibre entre *le tout et l'un*, entre l'ensemble des droits fondamentaux et un droit fondamental, autrement dit, entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. Ce disant, néanmoins, nous aurions construit un contenant sans contenu. Est-il possible de concevoir l'intérêt général sans pré-concevoir ce qu'il recouvre matériellement ?

323. La probabilité d'une notion fonctionnelle sans contenu préétabli ne doit pas être un obstacle au rôle attribué à l'intérêt général pour définir nos droits fondamentaux. Dire que l'essence de la notion

²⁵⁶ *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 353. « Plus proche » de la conception française nous dit le Conseil d'État. C'est pourquoi nous préférons parler de conception *volontaire* pour marquer notre nuance avec la conception volontariste de la notion d'intérêt général.

²⁵⁷ Respectivement : Préambule et article 2 de la Déclaration de 1789.

²⁵⁸ Point de vue qui n'est pas forcément partagé. Voir par exemple sur la conception récente de l'intérêt général en France, G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, op. cit.*, p. 41 : « L'espoir serait légitime de voir la multiplication des droits s'accompagner à la fois d'une prise de conscience des devoirs et d'une moindre présence de l'État. Sur ces deux plans, c'est l'inverse qui s'est produit ».

²⁵⁹ Voir G. CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 42 : « La Société de droit est une société contentieuse, fatalement menacée de submersion ».

²⁶⁰ En ce sens, J. MOURGEON, *Les droits de l'homme, op. cit.*, p. 17-18, spéc. p. 17. Préoccupations, au reste, de dimension mondiale. Voir, notamment, P.-G. POUGOUE, « Lecture de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale, op. cit.*, p. 39 : « le développement économique et social ne peut se concevoir sans le respect des droits de l'Homme ; mais les droits de l'Homme supposent un certain niveau de développement ».

d'intérêt général peut se définir par l'existence harmonieuse de tous les droits fondamentaux participe, en dernier recours, de l'acceptation d'un consensus langagier. S'il est vrai que nombre de concepts ou de notions charrient avec eux des idées extrêmement diverses, à l'instar de la notion d'intérêt général, y renoncer signifierait que « communiquer deviendrait une entreprise impossible »²⁶¹. Nous demandons alors simplement l'acquiescement non pas sur l'étendue exacte de la notion mais bien ce qu'elle doit être au minimum sauf à créer un contenu sans contenant – ce qui est intellectuellement inconcevable²⁶².

324. Il nous semble, au vu du « principe de non-contradiction performative »²⁶³ de Jürgen Habermas²⁶⁴, radicalement exclu de concevoir un contenant sans un minimum de contenu. L'analogie que l'on peut opérer avec le principe de non-contradiction performative élaboré par le philosophe de Francfort tient, en effet, à ce qu'il « commande de ne pas, en parlant, accomplir un acte qui contredit frontalement ce qu'on dit être en train de faire (...). Autrement dit encore, de ne pas, par exemple, promettre la lune, puisque, en promettant un objet impossible, on est en train de manifester nullement l'intention sérieuse de tenir sa promesse, dans le même instant où l'on affirme pourtant promettre »²⁶⁵. Ce principe, Habermas l'oppose aux « sceptiques », c'est-à-dire, à la théorie « selon laquelle il n'est rien possible de savoir de l'intention ultime de l'auteur à la seule considération du texte de ses énoncés (...) »²⁶⁶. C'est pourquoi, dans ce cas, résume le professeur Cayla, « le sceptique commet une insoutenable contradiction performative. En effet, il considère non seulement que son interlocuteur habermassien ne peut saisir son intention à travers ses écrits, mais aussi que lui-même ne peut saisir l'intention de son interlocuteur habermassien à travers les siens, pour en déduire qu'aucune communication naturelle n'est jamais possible et que, où l'on croit discuter, en réalité on ne discute jamais, mais on se livre à un dialogue de sourds »²⁶⁷. « Pour lever la folle absurdité de cette contradiction performative, le sceptique n'a plus le choix » que de se rallier « à l'éthique de la discussion » prônée par Habermas²⁶⁸. Sans qu'il soit besoin d'apprécier la portée du principe habermassien de non-contradiction performative dans toutes ses implications²⁶⁹, il nous offre la

²⁶¹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 734.

²⁶² Dans le respect, précisément, de la mise en garde de Philippe Braud, puisque nous affirmons ce qu'est le contenu irréductible de la notion d'intérêt général. Cf. P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 734 : « Simplement, il faut prendre conscience des risques de débordements hors du *noyau de cohérence* qui justifie la construction d'un concept déterminé » (nous soulignons). Sans ce noyau de cohérence, la notion cesserait d'exister y compris dans le langage.

²⁶³ Présenté et synthétisé dans O. CAYLA, « Habermas Jürgen. *Droit et démocratie. Entre faits et normes* », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, op. cit., p. 235.

²⁶⁴ J. HABERMAS, *Morale et communication, conscience morale et activité communicationnelle*, traduction C. BOUCHINDHOMME, Paris, Cerf, Coll. « Passages », 1986, cité par O. CAYLA, op. cit., p. 235-238.

²⁶⁵ O. CAYLA, op. cit., p. 235.

²⁶⁶ O. CAYLA, op. cit., p. 235-236.

²⁶⁷ O. CAYLA, op. cit., p. 236.

²⁶⁸ Dès lors que la solution du « silence le plus épais et de la solitude la plus hermétique » conduisant au suicide ne permettrait pas non plus au sceptique de soutenir sa théorie. Cf. O. CAYLA, op. cit., p. 236-237.

²⁶⁹ On peut, sur ce point, se référer aux objections formulées par Olivier Cayla et notamment celle – intéressante – tirée de l'absence de signification du suicide au soutien d'une théorie sceptique. Cf. O. CAYLA, op. cit., p. 237-238. Voir

possibilité de mettre en lumière une objection logique à toute assertion tendant à juger qu'aucun accord n'est concevable quant au contenu de la notion d'intérêt général. Car, dire qu'il est impossible de s'accorder sur un contenu minimal, c'est aussi s'interdire toute discussion²⁷⁰. Comment pourrait-on parler d'une chose qui ne renvoie à rien faute d'accord ? Faute de donner au contenant un dénominateur commun, l'alternative habermassienne est bien comprise : ou bien c'est la porte ouverte à des monologues multiples, ou bien à celle d'un dialogue de sourds ! C'est pourquoi, le contenu de la notion doit permettre de donner l'intérêt général, en dépit de son extrême hétérogénéité²⁷¹, son homogénéité fonctionnelle. L'intérêt général peut donc de façon pérenne contribuer à la définition initiale (pour les nouveaux droits fondamentaux) ou renouvelée (pour les droits fondamentaux existants) des droits fondamentaux.

également P. BRAUD, *op. cit.*, p. 751 : « Dans une relation, tout comportement même de silence ou d'abstention, exerce une influence si infime soit elle, et livre une information ».

²⁷⁰ Et par voie de conséquence autoriser un retour au conflit originel.

²⁷¹ L'hétérogénéité n'est ni une barrière, ni ne doit être un prétexte à empêcher, au préjudice des droits fondamentaux, la notion d'intérêt général de saisir l'ensemble des causes avérées et potentielles de conflits. Nous entendons insister ainsi sur la crainte qui ne doit pas exister – à ce stade – sur la prétention hégémonique de la notion d'intérêt général à saisir tous les droits fondamentaux.

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

325. Dire provisoirement que l'intérêt général canalise les restrictions aux droits fondamentaux revient à souligner l'attraction qu'il exerce sur les multiples et innombrables situations potentiellement conflictuelles dans l'existence des droits et libertés pour les ramener dans le giron du droit. Dans cette mesure le droit français est consolidé par la notion d'intérêt général. Cette consolidation débouche sur la garantie au profit de la règle de droit d'une forme de légitimation.

326. Si la notion d'intérêt général apparaît foncièrement malléable, cette qualité est espérée par la constitution même du corps social : les activités humaines étant ce qu'elles sont, il est inconcevable d'en prévoir la multitude ou d'en anticiper les exercices prochains. Cependant, une trop grande malléabilité confinerait à l'instabilité si la notion d'intérêt général n'était pas orientée. Elle présenterait même un danger certain pour les droits fondamentaux. Si l'objectif est de prévenir les conflits du corps social, la définition des droits fondamentaux contient en son sein le rétablissement permanent de la paix civile « car empêcher la discorde entre les citoyens, c'est là le propre et véritable intérêt de l'État (...) »¹. Cette proposition justifie la thèse visant à écarter tout contenu figé. Elle montre la réactualisation permanente des missions de l'État pour prévenir la discorde, c'est-à-dire la rupture de la paix civile constitutive de conflits de droits fondamentaux. « Pluralisme et conflits nécessairement inhérents sont au cœur de cette société et de l'homme des droits fondamentaux, que l'on peut appeler "homo democraticus", qui est histoire et qui fait son histoire en société. Mais, cette indétermination implique, nécessairement aussi, un accord, toujours renouvelable, sur les règles du jeu. Le droit des droits fondamentaux constitue une référence légitime pour cet accord et légitime, en retour, l'institution qui les fait advenir à la positivité »². Toutefois, compte tenu de ces observations, le contenu de la notion n'est-il pas encore idéal ? Peut-on vraiment parler d'un contenu matériel dès lors que, par un effet de mise en abîme, il est encore possible de discuter les conditions dans lesquelles notre système de droit fait exister tous les droits fondamentaux ?

327. C'est pourquoi, cette étude nous conduit, au terme de ce chapitre, à sonder de nouveau la signification profonde de la notion d'intérêt général lorsqu'on prétend la faire accéder au droit pour remplir une mission de définition des droits fondamentaux. La consolidation de la notion d'intérêt général, parce que l'intérêt général définit les droits fondamentaux, bénéficie en quelque sorte d'une « gratification » par réflexe qui rejaillit sur la fonction de la règle de droit entendue comme outil de définition des droits fondamentaux. En transcendant l'ordre juridique français de part en part et d'un bout à l'autre, l'intérêt général indique à chaque fois qu'est en cause la définition des droits

¹ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 128.

² M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 13.

fondamentaux si la bonne voie est empruntée pour remplir la mission qui est celle de notre système de droit libéral. Sans s'autoriser à la qualifier de « folle du logis »³, ne serait-ce par révérence bien comprise à son égard, la notion n'est toutefois pas sans parenté avec elle dès lors que c'est bel et bien par surgissement que sa présence est rendue visible par le système de droit français. Qu'entendons-nous par surgissement ? C'est tout simplement lorsque le système juridique dit que l'intérêt général est là. Le questionnement du professeur Truchet est de ce point de vue convaincant : « Qu'y a-t-il de commun entre le souci d'assurer la continuité de la règle dans le temps et celui de faciliter l'accès à un conservatoire municipal de musique, entre la sécurité et l'ordre publics et la volonté d'éclairer les acheteurs d'une œuvre d'art sur les intentions de l'administration quant à l'exercice de son droit de préemption, entre la construction d'une autoroute et la protection des nécessiteux, entre la bonne gestion des ressources en eau et la volonté d'éviter une concurrence excessive entre centres d'insémination artificielle..., si ce n'est qu'à un moment ou à un autre le Conseil d'État y a vu des intérêts généraux ? »⁴. Aussi faut-il observer empiriquement l'activité du système de droit pour connaître le contenu de la notion d'intérêt général. À chaque instant où son contenu est validé⁵, de dernier a posé les repères sur lesquels l'ordre juridique s'est appuyé pour définir – de manière conforme – les droits fondamentaux. La conséquence ultime relativement à la signification de la notion d'intérêt général est que cette notion n'est peut être pas porteuse uniquement d'un contenu substantiel. Elle revêt un aspect fonctionnel ou procédural.

328. La proposition habermassienne évoquée par Olivier Cayla corrobore nettement notre affirmation : « La référence à une raison universelle ne saurait consister en un contenu moral déterminé, mais seulement dans une forme procédurale qui rend possible d'associer à la prise de décision collective le libre consentement de tous, dans le respect de la pluralité des croyances et des convictions philosophiques »⁶. Garantir l'existence de tous les droits fondamentaux par leur *restriction-protection* passe par le respect de règles formelles ou procédurales. En définitive, la notion d'intérêt général tient à ce que, dans son contenu irréductible, elle prétend fixer non pas un domaine, une matière, une substance mais une procédure. À bien y regarder, on retrouve là les fondements de la théorie rawlsienne des droits et libertés lesquels sont construits à partir de postulats très similaires⁷.

³ Selon la célèbre métaphore de M. Chapus pour rendre compte des attermoissements du système de droit libéral relativement à sa gestion de la notion de voie de fait. Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, p. 868.

⁴ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général, Rapport public 1999*, *op. cit.*, p. 372.

⁵ Voyez ce qu'en dit notre pacte social dans son Préambule, c'est-à-dire la Déclaration des droits de 1789 : « afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, *pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique*, en soient plus respectés » (nous soulignons). La notion d'intérêt général organise la confrontation des actes du système juridique avec le contenu matériel que constitue l'existence harmonieuse des droits fondamentaux dans la société politique.

⁶ O. CAYLA, « Habermas Jürgen. *Droit et démocratie. Entre faits et normes* », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, *op. cit.*, p. 230.

⁷ Spécialement au moyen du concept de « justice procédurale pure », J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 115-121. Voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.* : l'intérêt général, écrit le professeur Rangeon, serait

Ainsi, écrit John Rawls, « la justice procédurale pure s'exerce quand il n'y a pas de critère indépendant pour déterminer le résultat correct ; au lieu de cela, c'est une procédure correcte ou équitable qui détermine si un résultat est également correct ou équitable, quel qu'en soit le contenu, pourvu que la procédure ait été correctement appliquée »⁸. Elle est enfin la manifestation « de la conception moderne d'une démocratie procédurale fondée sur une structure hiérarchisée des normes juridiques (...) »⁹. Nous sommes conforté dans cette lecture du droit positif par la remarque du membre du Conseil constitutionnel Olivier Dutheillet de Lamothe lequel considère que la différence de nature entre intérêt particulier et intérêt général, héritée de la conception rousseauiste de cette dernière notion, ne tient pas : « L'intérêt général, contingent et relatif, n'est que l'expression d'un arbitrage entre les intérêts particuliers, à un moment donné, par une majorité donnée, *conforme* ainsi aux règles démocratiques » (nous soulignons)¹⁰. Est d'intérêt général ce qui est régulièrement produit – selon la procédure établie – par le système de droit libéral¹¹. Le respect de la procédure suivie imprime au résultat obtenu sa qualité de restriction aux droits fondamentaux ; ce même respect rend éligible tel contenu au rang d'intérêt général. Or, dès l'instant où une règle de droit érige tel ou tel contenu comme étant d'intérêt général, ledit contenu à vocation à définir – en les restreignant – les droits et libertés. Dès lors que le système de droit respecte les mécanismes de production de la règle de droit issue *in fine* du pacte social libéral, la notion d'intérêt général légitime la fonction de restriction des droits et libertés, fonction qui est celle de la règle de droit.

historiquement né « d'une nouvelle conception du bien public », au XVIII^{ème} siècle, « une conception de type "instrumental" » (p. 105), dont la volonté générale de Rousseau serait le vecteur (p. 123-129).

⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 118.

⁹ É. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 350.

¹⁰ Table ronde intitulée « Le Parlement, le juge et l'intérêt général », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 81-108, spéc. p. 107.

¹¹ À l'occasion d'une de ses conclusions intermédiaires Virginie Saint-James faisait *mutatis mutandis* un constat analogue : « Les textes, à l'évidence, sont plus que flous en ce qui concerne "comment concilier". Mais ils sont plus prolixes quand il s'agit de répondre à la question : "qui doit concilier ? " ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 97. L'auteur se propose justement de développer « une théorie organique » (p. 98 et s.). Il n'est pas inutile de préciser que la diction de l'intérêt général par le système de droit doit être validée. Si elle ne l'était pas, elle ne serait pas le produit du système de droit et, *a fortiori*, nous ne serions pas en présence de l'intérêt général.

Chapitre II : La légitimation des droits fondamentaux par l'intérêt général :

329. Nous aurions pu tout aussi bien traiter de la normalisation des restrictions aux droits fondamentaux. En ce sens que la normalisation est ce processus sous-jacent qu'est « l'action de rendre normal » ou de « faire devenir ou redevenir normal »¹. D'une part, l'intérêt général apaise et assainit les relations conflictuelles entretenues par l'existence et la reconnaissance de tous les droits fondamentaux². D'autre part, la juridicisation de la coexistence des droits fondamentaux qu'il permet *justifie* de manière contemporaine la résolution des conflits de droits fondamentaux et tend à prévenir la dislocation de la société civile, *a fortiori* la révolution, en centralisant, en son sein, les multiples manifestations de la nécessité. Or, pour le système de droit, ce point est crucial : « l'invocation de la nécessité conduit à la publicité. Sans elle, il n'est pas question d'espérer la bravoure au combat, le paiement facile des impôts, le soutien des gouvernés. Si ce sentiment n'est pas partagé, si la "patrie" n'est pas unie derrière son meneur, l'ordre qui doit être sauvé ne le sera pas »³. La légitimation produite par la notion d'intérêt général devient une constante de la théorie générale des droits fondamentaux⁴. Mais de quelle légitimité parle-t-on ? D'une légitimité particulière et clairement délimitée, une légitimité essentiellement politique. Denys de Béchillon remarque d'ailleurs que définir la légitimité, spécialement à travers celle de la décision de justice, lui paraît ambitieux. « Une telle ambition supposerait qu'il soit possible de s'accorder sur une définition objective de la légitimité. Et il faudrait pour cela qu'il existe une place objective, elle aussi, d'où il soit possible de statuer à ce propos »⁵. Cependant, la place objective depuis laquelle nous portons notre regard, est celle du pacte social libéral. L'intérêt général légitime le droit en ce qu'il a pour objet de mettre en œuvre la réalisation de la liberté. Aucune autre forme de légitimité ne sera convoquée ici. Dans ce cadre-là, le besoin de légitimité est inhérent au droit.

¹ *Le nouveau Petit Robert de la langue française, op. cit.*, p. 1704.

² C'est aussi et sûrement une question très pratique comme l'ont souligné Jacques Chevallier et Danièle Lochak : « La force brutale n'a, par elle-même, qu'une efficacité limitée. D'une part, elle exige une dépense d'énergie considérable et son emploi est inévitablement discontinu. D'autre part, elle entraîne des réactions de la part des assujettis : le rapport domination/sujétion ne peut être regardé en face, dans sa nudité, sa violence, son arbitraire, sans susciter des comportements de retrait, de fuite ou de rejet. La violence physique doit être confortée et relayée par la violence symbolique, c'est-à-dire par des procédés de persuasion qui permettent à la fois de rendre son utilisation exceptionnelle et d'en redoubler les effets (...) ». Cf. J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative, op. cit.*, p. 80.

³ F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception, op. cit.*, p. 315.

⁴ On a montré que l'utilisation de l'adjectif fondamental permet de donner une légitimité aux organes qui en font usage et d'accroître ainsi leur pouvoir et autorité ou encore leur prestige. En ce sens, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », *préc.*, p. 328.

⁵ D. DE BECHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? », in *L'office du juge, préc.*, p. 470-480, spéc. p. 470.

330. Le droit est porteur d'un discours formellement légitimant. « Sa nécessaire vocation à l'effectivité lui interdit de se contenter de faire du bruit »⁶. Or, c'est la notion d'intérêt général qui donne à son discours cette consistance. Il est ainsi pleinement justifié dans son existence, dans sa fonction de restriction, *brevitatis causa*, il est légitimé en cohérence par l'intérêt général. L'intérêt général légitime de façon cohérente la définition des droits fondamentaux (Section 1^{ère}). Un discours parfois proche du mensonge⁷ ou, à tout le moins, d'une illusion dont les conséquences sont toutefois bien réelles. La notion aboutit à enserrer activement l'ensemble des relations des membres du corps social parce qu'elle renoue avec une conception hautement volontariste de l'intérêt général. Le rapporteur public Jacques-Henri Stahl déclarait d'ailleurs qu'« admettre qu'est d'intérêt général tout ce qui contribue à affermir ou rétablir le lien social n'est pas déraisonnable »⁸. À condition de trouver le juste équilibre, l'intérêt général peut s'immiscer partout et légitime, avec lui, l'intrusion de la règle de droit dans la moindre parcelle sociale. Cet élan, cohérent au regard du pacte social libéral, peut cependant prendre une telle ampleur et se retourner d'une certaine manière contre ce pacte en soulevant certaines irrégularités. Quelles sont ces irrégularités impropres à la réalisation des droits et libertés ?

331. Si nous soupçonnions la notion d'intérêt général d'en receler d'innombrables, sans doute serions-nous quelque peu excessif dans notre approche. Car, à l'heure de conjecturer un verdict, nous pourrions accuser la notion d'être coupable d'un seul – mais irrésistible – vice, celui d'une forme d'arrogance. La notion peut s'arroger subrepticement la légitimité (et le droit) de dire ce que sont les droits fondamentaux dans un mouvement constant. Un monopole inébranlable se forme à son profit dans la définition des droits. Le monopole n'est en soi guère contestable puisqu'il est une conséquence normale du pacte social libéral. Les règles de droit produites par le système de droit ont pour finalité de restreindre la liberté pour la protéger. Les signataires se sont entendus sur cette convention sociale. Aussi l'ensemble des restrictions susceptibles d'être édictées afin de gérer les situations conflictuelles relève-t-il, par déduction logique, toujours du système de droit. Nous l'avons dit, *les droits et libertés sont juridiquement définis ou ne sont pas*. La détermination des bornes aux droits fondamentaux hors du champ normatif érigé par le système de droit est radicalement impensable. La notion d'intérêt général devient alors un facteur d'exclusion des définitions prises hors

⁶ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 136.

⁷ Le droit n'est-il pas depuis le début de cette quête des bornes à la liberté un mensonge ? Dire que l'Homme est juridiquement libre alors même que, par nature, il se déchire n'est-ce pas un mensonge ? Dire que les Hommes sont égaux n'est-ce pas proférer une contrevérité puisque, par les lois de la biologie, certains sont plus robustes, d'autres plus grands, quelques-uns plus beaux... ? Dire que les Hommes sont convertis aux bienfaits du Droit en se plaçant sous sa divine protection n'est-ce pas une simple croyance sinon une mystification dès lors qu'ils le violent encore et toujours ? Dès lors qu'ils en ont fait leur chose et le manipule au gré de leurs pulsions fussent-elles raisonnées. Quand l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, que la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (Déclaration de 1789) n'est-elle pas dans l'imposture ?

⁸ J.-H. STAHL, conclusions pour CE Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, AJDA 1998, p. 539, cité dans *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, coll. EDCE, n°50, 1999, p. 299.

du système de droit. « Cette approche (...) aboutit à conférer à l'État le monopole de la formulation de l'intérêt général, à travers ses députés et son gouvernement chargé de le concrétiser. C'est là un trait saillant de la conception française de l'intérêt général »⁹. Le monopole esquissé tend à faire de l'intérêt général une notion exclusive des résolutions non juridiques des conflits de droits fondamentaux. Rien ne saurait être décidé, tranché, arrêté, etc. en dernier ressort en dehors, précisément, du ressort juridique. Tout y est inclus ; tout ce qui s'y trouve exclus n'existe pas juridiquement. Dans la mesure où le système de droit doit et peut définir seul les droits et libertés, au besoin en niant les éventuelles exigences exprimées en dehors de ses canaux, comment lui disputer ses prérogatives ? C'est là toute l'ambivalence, qu'il convient d'aborder ensuite, de la légitimation des droits fondamentaux par l'intérêt général (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : Une légitimation cohérente :

332. Paul Bastid définit le vocable « légitimité » en tant qu'il désigne « le fondement du pouvoir et la justification de l'obéissance qui lui est due »¹⁰. L'auteur a raison de préciser que la thématique n'est guère nouvelle¹¹. Néanmoins, les suites de notre étude ainsi qu'une analyse contemporaine et réactualisée de la théorie des droits fondamentaux fournissent à la notion d'intérêt général un nouveau chef de compétence, une fonction, utile au rapport d'autorité installé entre l'auteur de la norme et son destinataire : « Tout pouvoir revendique normalement un titre quelconque qu'il impose aux individus placés sous sa tutelle »¹². Nous reconnaissons dans la notion d'intérêt général ce *titre* dont peut se prévaloir le pouvoir issu du pacte social libéral. C'est pourquoi, nous entendons également par normalisation des conflits de droits fondamentaux la contraction potentielle du contenu de la notion d'intérêt général à un seul élément : une représentation de la *société politique*¹³ par sa légitimation¹⁴. « L'idéologie de l'intérêt général remplit dans la société moderne une fonction instituante, dans la

⁹ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 24.

¹⁰ P. BASTID, « Légitimité », préc., p. 418-421.

¹¹ « Le problème a reçu les solutions les plus diverses, depuis une interprétation purement religieuse, c'est-à-dire métajuridique, propre aux théocraties, jusqu'à une traduction purement logique et rationnelle s'appuyant sur l'origine consensuelle du pouvoir, en passant par des considérations de faits extra-juridiques telles que son ancienneté et sa durée ininterrompue ». Cf. P. BASTID, préc., p. 418. Alors même que l'Antiquité ne passe pas pour être l'archétype de la société des droits individuels, la question de la légitimité du pouvoir (à Athènes comme à Rome) parce qu'elle est posée dès cette époque a, parmi d'autres éléments, contribué à façonner l'Antiquité pour en faire le berceau originel ... des droits de l'Homme. Sur ce point, L. FONBAUSTIER, « Antiquité (Apports de l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 18.

¹² P. BASTID, préc., p. 418. Sur cet aspect précis, « l'intérêt général comme slogan justificatif », G. TUSSEAU, « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 143-149.

¹³ Nous utilisons le concept de « société politique » afin d'attirer, en son sein, toutes les notions et concepts susceptibles d'être légitimés par la notion d'intérêt général (système de droit, État, Nation, peuple, communauté), dans la mesure où la société politique, contrairement aux éléments mentionnés, repose en dernier recours sur le pacte social libéral mais, aussi, parce qu'elle rassemble toutes les terminologies contractualistes (état civil, union civile, société civile, etc.).

¹⁴ « L'idéologie » selon Jacques Chevallier. Cf., globalement, J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 11-45. Voir également, sur ce point mais du point de vue plus étroit de l'Administration, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 109.

mesure où elle produit l'identité indispensable à l'existence de la société et des institutions particulières qui la composent ; donnant du groupe une image d'ordre, de cohérence, d'intelligibilité, elle le fait apparaître à lui-même comme groupe uni et permet ainsi la constitution du social »¹⁵. Cette légitimation emprunte des voies multiples. On retrouve l'expression dans l'ensemble de l'ordre social institué, qu'elle soit « une tendance profonde et constante » ou bien un « penchant naturel » qui « se retrouve dans toutes les sociétés politiques »¹⁶. Il reste que, approuvée ou vilipendée, cette fonction légitimatrice est indispensable « dès l'instant où l'on admet qu'aucun ordre de contrainte ne peut subsister sans l'appui d'un système de valeurs fondant sa légitimité : l'idéologie est une dimension nécessaire de l'exercice du pouvoir et de l'existence des sociétés (...) »¹⁷. Cet effort doit commencer dès le plus jeune âge selon Montesquieu : « La vertu politique que constitue l'amour du bien public n'est pas innée ; elle ne peut s'acquérir que par l'éducation. L'enfant a toujours tendance, par nature, à ne voir que son intérêt particulier »¹⁸. La notion d'intérêt général justifie les manifestations et autres signaux destinés à légitimer la contrainte de l'état civil sur nos droits et libertés dans la pensée de Montesquieu : « Le bien public n'est pas une donnée naturelle qui va de soi et qui imprègne naturellement l'esprit des individus. C'est une vertu civique, un principe d'ordre rationnel qui doit être constamment répété, réitéré pour que progressivement les individus en prennent une conscience claire »¹⁹. Ces manifestations seraient donc légions.

333. Nous synthétiserons toutefois l'effet légitimant des définitions des droits fondamentaux par l'intérêt général en soulignant qu'il contribue à la préservation de l'ordre politique (§1.) et justifie la protection de l'ordre juridique (§2.).

§1. – La préservation de l'ordre politique :

334. L'Assemblée générale des Nations Unies ne s'y est pas trompée en insérant l'article 28 à la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 : « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente

¹⁵ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 37.

¹⁶ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 65. Mais l'intérêt général serait aussi une illusion : « les sociétés libérales utilisent artifices et subterfuges pour masquer tant bien que mal les conséquences restrictives du système organisationnel des droits » (p. 66).

¹⁷ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 124. C'est si vrai que tout ordre de contrainte paraît réclamer son mythe, son idéologie, sa légitimation. L'Union européenne n'échappe pas à la règle, en ce sens B. OPPETIT, *Droit et modernité*, op. cit., p. 36-37. Si l'on veut s'en convaincre, on lira le vibrant appel de Jean-Luc Sauron à construire « une mythologie commune ». Cf. J.-L. SAURON, *Comprendre le Traité de Lisbonne*, op. cit., p. 136-137. L'article 3 du Traité sur l'Union européenne décline incontestablement le volet légitimant conféré aux missions de l'Union par les rédacteurs du Traité (spécialement dans ses paragraphes 1 et 5). Voir, enfin, G. VEDEL, « Préface », in F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 5 : « Oui l'intérêt général n'est pas seulement la clé de voûte idéologique de l'État, mais celle de toute institution ».

¹⁸ Sur cet aspect de *l'Esprit des lois*, F. RANGEON, op. cit., p. 103-104.

¹⁹ F. RANGEON, op. cit., p. 104.

Déclaration puissent y trouver plein effet »²⁰. Les droits fondamentaux ont un besoin impérieux de société pour trouver leur plein effet. C'est en ce sens que la notion, nécessaire aux droits fondamentaux, rend indispensable le milieu propre à leur existence. Elle légitime alors autant le maintien de la société politique (I.) que la nature immuable du pouvoir souverain (II.).

I. – Légitimer le maintien de la société politique :

335. Au-delà de la réalité de la construction physique, réelle ou tangible de l'ordre social apaisé, la notion d'intérêt général a vocation à embrasser – voire embraser²¹ – toute la réalité du corps social. C'est l'un des aspects de l'intérêt général que de légitimer le maintien la société politique. Il remplit une fonction axiologique indéniable de solidification et d'arrimage du pacte social. Jacques Chevallier a pu démontrer la part d'idéologie que revêt cette notion dans la construction de la société politique : d'une part, « l'idéologie n'est pas pure et simple mystification et dénaturaion d'un réel qui resterait objectivement connaissable : elle est présente dans la fondation de la société et au cœur des rapports sociaux qu'elle traverse de part en part ; il y a imbrication profonde du discours et du réel, renvoi permanent de l'idéologie aux pratiques. D'autre part, et surtout, l'idéologie de l'intérêt général ne saurait être considérée seulement comme un système contingent de légitimation politique, lié à un certain contexte socio-économique – le capitalisme –, et résultant de certaines traditions culturelles – le libéralisme – ; elle semble répondre en fait à des exigences beaucoup plus profondes, puisqu'on la retrouve, sous des expressions diverses, dans l'ensemble des formes d'organisation sociales et politiques modernes »²². En renvoyant aux origines de la formation de la société, son état de nature conflictuel, et en universalisant ses conséquences, dès lors que la protection des droits fondamentaux ne peut être perçue uniquement comme une exigence franco-française, l'intérêt général réinstalle en permanence dans la mémoire des signataires du pacte social le besoin d'une société politique. De quelles façons ? « Par des actes, des conduites, des attitudes, insérés dans des pratiques cohérentes. De ce fait, l'idéologie acquiert bien une consistance matérielle : les idées sont indissociables des actes qui

²⁰ Moins nette que dans la Déclaration de 1948, cette légitimation peut cependant être repérée dans le passage suivant du Préambule au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 10 décembre 1966 : « reconnaissant que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, jouissant des libertés civiles et politiques et libéré de la crainte et de la misère, *ne peut être réalisé que si des conditions* permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, *sont créées* » (nous soulignons). Tout bien considéré, ces conditions ne tiennent-elles pas de l'existence de la société politique ?

²¹ Elle le fit tant et si bien qu'Élisabeth Zoller a pu écrire que « la Révolution française a été menée moins contre la monarchie, la constitution politique du royaume, que contre sa constitution sociale, la division de la société en ordres ». Cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 176. Quant à Christine Cadot, elle qualifie les événements qui troublent Paris en 1789 de « volcanisme révolutionnaire ». Cf. C. CADOT, « Une géométrie "naturelle" du politique : les rues de Paris et de Washington D.C. », préc., p. 52-53.

²² J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 11.

les font exister et les inscrivent de manière tangible dans le réel »²³. Du reste, si la fonction légitimatrice de la notion découle de la part d'idéologie qu'elle véhicule, en revanche, cette part d'idéologie procède, quant à elle, d'une certaine part de vérité : « L'idéologie n'est donc pas une simple construction imaginaire plaquée sur le réel pour en interdire la connaissance et le transformer en une sorte de "vécu opaque" : re-présentant le réel, elle se trouve à l'origine du procès de constitution du social, qui est inconcevable sans l'introduction d'une dimension symbolique »²⁴.

336. Décrivant les rapports entre l'ordre international et les États, Pierre-Henri Imbert constate pareillement l'effet légitimant que peut avoir l'intérêt général international – lorsqu'il traite des droits fondamentaux – sur le rôle de l'État : « Le respect des droits de l'homme est devenu un critère déterminant de la légitimité de l'État »²⁵. Dans l'ordre interne, François Rangeon dépeint clairement cette légitimation selon une valse à trois temps menée par trois acteurs différents : « Le caractère politique de la notion d'intérêt général, qui semble aujourd'hui universellement admis, repose sur un fonds commun de représentations partagées par tous : les élus, les fonctionnaires et le public. Les premiers fixent la parole légitime, le contenu politique de l'intérêt général ; les seconds se représentent l'intérêt général comme le fondement et la justification de leur fonction ; les derniers perçoivent l'intérêt général comme la finalité de l'État »²⁶. Une boucle indéfinie est née. L'intérêt général est, ainsi que l'écrit très justement M. Rangeon, « l'image de l'unité réconciliée »²⁷. Aussi ne s'attarde-t-on plus sur l'objet de la règle mais sur son effet. L'hypothèse classique de la règle pénale est immédiatement instructive.

337. Preuve de l'effet possible attaché à la règle de droit, dès 1764, le marquis de Milan Beccaria relève, pour la matière pénale, qu'« il est de l'intérêt général qu'il ne se commette pas de délits, ou du moins qu'ils soient d'autant plus rares qu'ils causent plus de mal à la société »²⁸. Il ne suffit pas que la règle réprime (objet), elle peut agir aussi en dissuadant les individus de la transgresser (effet). Le volet dissuasif du droit pénal participe sans nul doute de cet effet légitimant incombant à la règle de droit. Ce qu'il faut par conséquent intégrer dans l'architecture globale des droits fondamentaux est « qu'aucune société ne peut subsister sans principe d'ordre, sans système d'autorité »²⁹. Or, ce que permet l'intérêt général est l'acceptation continue de la résolution d'autorité des conflits de droits

²³ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 39.

²⁴ J. CHEVALLIER, op. cit., p. 37.

²⁵ P.-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », préc., p. 20-21.

²⁶ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 14.

²⁷ F. RANGEON, op. cit., p. 24.

²⁸ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 47.

²⁹ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 125. On retrouve cet aspect légitimant des décisions publiques dans la pensée de Hauriou telle que la développe Éric Desmons, É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 107-109.

fondamentaux dans la société en garantissant cette dernière de son maintien. On comprend, dans le même ordre d'idées, que dans une société juste, c'est-à-dire ayant accepté que la restriction aux droits et libertés avait pour cause la protection desdits droits et libertés, divers dispositifs seront mis en branle pour prévenir toute atteinte à l'ordre institué perpétré au nom de valeurs frontalement hostiles à la société juste. C'est l'hypothèse que développe John Rawls s'agissant de « la tolérance à l'égard des intolérants »³⁰. Il accorde aux « tolérants », ceux défendant la liaison restriction-protection dans la définition des droits fondamentaux, la faculté de limiter les droits fondamentaux des « intolérants », autrement dit, par exemple, « certains partis politiques, dans les États démocratiques, [qui] défendent des doctrines qui les obligent à supprimer les libertés constitutionnelles quand ils ont le pouvoir »³¹. C'est l'hypothèse connue de l'article 17 de la Convention européenne³² : « Replacé dans le contexte d'élaboration de la Convention de sauvegarde, l'article 17 a pour but de protéger l'ordre public interne des États contractants contre le danger totalitaire, fasciste ou communiste, et de sanctionner les atteintes contre la sûreté intérieure de l'État »³³. Sans viser directement l'article 17, la Cour européenne des droits de l'Homme juge, en Grande Chambre, qu'elle « doit, en tenant compte des circonstances de chaque affaire et de la marge d'appréciation dont dispose l'État, rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental d'un individu à la liberté d'expression et le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes » (nous soulignons)³⁴. En revanche, un État partie – la Turquie – a invoqué cette disposition pour justifier la retentissante dissolution d'un parti religieux (le Parti de la Prospérité) par la Cour constitutionnelle turque, fournissant une illustration supplémentaire de la possibilité de légitimer

³⁰ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 252-257.

³¹ J. RAWLS, op. cit., p. 252. On rejoint le « paradoxe de la tolérance » construit par Karl Popper (K. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, Paris, Seuil, 1979, p. 222) : « Une tolérance illimitée a pour conséquence fatale la disparition de la tolérance ». Cité par S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 183. Ainsi qu'en droit français dont on peut lire les grandes lignes dans P. ANCEL, « Abus de droit (Interdiction de l') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 1-3, spéc. p. 2 : « on peut bien admettre qu'en réalité l'interdiction de l'abus de droit n'est qu'un type de limites posées par le droit objectif aux prérogatives individuelles ». Et de préciser qu'il est un « mécanisme de correction judiciaire des injustices générées par un usage strict des attributs légaux d'un droit (...) », finalement destiné à saisir les situations non prévues par des textes jugés insuffisamment précis (*ibid.*).

³² Article 17 de la Convention EDH : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». Cette disposition, traduction de l'abus de droit européen, « permet de répondre aux éventuels détournements que peut engendrer l'exercice malhonnête des droits individuels. Ceux-ci étant présumés exister antérieurement à leur consécration administrative, il ne reste plus à l'administration que la possibilité de sanctionner leurs utilisations abusives ». Cf. N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., p. 346. On retrouve la théorie de l'abus de droit dans tous les grands textes internationaux, voir J. BENZIMRA-HAZAN, « Droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 330.

³³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 211. Pareillement, J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 92-93.

³⁴ CEDH, Gr. Ch., 25 novembre 1997, *Zana c. Turquie*, req. n° 18954/91, R. 1997-VII, § 55.

l'action étatique lorsqu'elle restreint un droit au nom de l'ensemble des droits³⁵. « "Pas de liberté pour les ennemis de la liberté", disait Saint-Just au nom du salut public » !³⁶

338. La notion d'intérêt général, en légitimant l'existence et l'exercice du pouvoir – cette relation d'autorité –, n'a donc pas modifié fondamentalement la nature du pouvoir. Le pouvoir, pour ce qu'il est, devient inévitable : le pouvoir « est là, inévitable car il n'y a point de collectivité sans tension, point de tension sans Pouvoir pour la résorber. Jamais parfaitement homogène ni totalement unanime, la société veut le Pouvoir à l'instar des grenouilles de la fable se cherchant un roi. Nul n'a jamais su pourquoi, malgré les souvent illustres tentatives d'élucider le mystère qui laissent le Pouvoir aussi inexplicable qu'inévitable. Ne convient-il pas, simplement, d'admettre que le Pouvoir est inséparable de l'homme car pour lui nécessité vitale ? »³⁷.

II. – Légitimer la nature immuable du pouvoir souverain :

339. La notion d'intérêt général ne nuit absolument pas à l'existence du pouvoir, bien au contraire. Parce qu'elle procède d'une nécessité (restreindre pour protéger la liberté) acceptée par tous et qu'elle n'est pas menacée, de ce fait, par le risque de discorde propre aux théories politiques non fondées sur elle, la notion d'intérêt général accroît le processus de consolidation séculaire du pouvoir souverain (A.). Mais, dans le même temps, en raison du caractère indéterminé de la notion, dont il a cependant la charge, le pouvoir sort brusquement et considérablement revigoré (B.).

A. – La consolidation accrue du pouvoir souverain :

340. Qu'il faille le regretter ou l'approuver, la notion d'intérêt général participe également, de manière incidente, à figer la nature du pouvoir, c'est-à-dire à maintenir en l'état une construction

³⁵ Voir CEDH, 31 juillet 2001, *Refah Partisi (parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, req. n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, confirmé par CEDH, Gr. Ch., 13 février 2003, *Refah Partisi (parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, req. n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, R. 2003-II (spéc. § 86-135).

³⁶ G. LEBRETON, « Liberté », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 619-622, spéc. p. 622. Avec toutefois les errements qu'une telle posture implique, en ce sens P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 32 : « L'avènement des idéaux de liberté et d'égalité suppose souvent une lutte contre les tenants de l'ordre ancien, qui suppose la mise en œuvre d'une répression au cours de laquelle des moyens autoritaires sont déployés (...) C'est en tout cas la caractéristique des processus révolutionnaires que de comporter une mise entre parenthèses, présentée comme transitoire, des Libertés, que l'on justifie par la fin visée, l'établissement de la Liberté. Cette logique est perverse ; elle méconnaît que, pour l'homme, les moyens importent au moins autant que la fin (...) ».

³⁷ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 11-12. M. Mourgeon, comme emporté par les flots de la légitimation qui s'opère ici, achève son propos en déclarant : « Aller à l'encontre de cette constatation irréfutable conduirait à tomber dans la fantaisie ou à sombrer dans l'imaginaire » (p. 12). Y compris l'hérésie... En ce sens, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 137 : reprenant la pensée augustinienne (V^{ème} siècle), l'auteur écrit : « Dieu a créé l'homme de telle sorte que la société civile, et par conséquent, le pouvoir lui sont indispensables ».

vieille de plusieurs siècles³⁸, selon des formules plus ou moins voisines que sont le rapport d'autorité, le rapport de commandement, l'exercice de la coercition ou de la contrainte ; dit autrement « le Pouvoir ne s'atténue pas en s'institutionnalisant ni ne s'estompe dans l'irradiation »³⁹. La notion d'intérêt général légitime le pouvoir souverain en ce sens que le second devient, grâce à la première, un acquis social sans lequel les droits fondamentaux ne pourront plus, *a priori*, se construire.

341. En changeant le fondement du pouvoir, désormais détenu par l'ensemble des membres signataires du pacte social libéral, l'intérêt général n'aura pas modifié l'essence même du rapport unilatéral qui s'inscrit entre la prescription juridique et son destinataire. Que son destinataire en soit l'auteur – ce qui n'est pas contesté du point de vue de la formation de la règle de droit – n'enlève rien à la manière dont la règle de droit exerce son autorité sur ce destinataire. Si cela revient à énoncer que le destinataire se contraint lui-même, demeure intacte, après la révolution initiée par le pacte social libéral, l'idée en soi de contrainte. L'auteur-sujet de la règle de droit n'est pas dans un rapport contractuel avec lui-même mais uniquement avec les autres auteurs-sujets (c'est-à-dire les autres membres signataires du pacte). Le contrat entre tous stipule donc que l'auteur de la norme juridique s'impose cette norme juridique dans un rapport d'autorité du type : je décide souverainement/j'obéis autoritairement. La sanction du non respect de cette maxime si l'on peut dire est, outre le danger d'un retour à un état conflictuel pour les droits et libertés, la violation d'une clause contractuelle⁴⁰.

342. Cette lecture banale du pouvoir remonte à ses origines monarchiques tel que l'Ancien Régime l'a institutionnalisé et que le pacte social libéral ne l'a pas modifié. « C'est pourquoi le pouvoir, tel qu'il est conçu aujourd'hui en droit public français, loin d'être le pouvoir limité de la tradition anglo-saxonne, est au contraire le pouvoir souverain, le pouvoir fort, au service de la nation, *qui doit et qui ne peut* travailler que pour son bien, bref le pouvoir d'État » (nous soulignons)⁴¹. Ce qui fait dire, à juste titre, à François Furet que la conception française du pouvoir n'aura pas changé d'une once, à savoir « l'adoration des Français pour le pouvoir : l'autorité absolue »⁴². La question que pose alors

³⁸ Si l'on considère le cas spécifique de la France, le professeur Saint-Bonnet démontre que les théories thomiste, d'abord et en devenir, et bodinienne, ensuite et surtout, ont jeté les bases essentielles de la souveraineté moderne du XIII^{ème} au XVI^{ème} siècles (Voir, notamment, F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 154-163). Ces bases n'ont pris – si l'on nous est permis cette image – aucune ride !

³⁹ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ Nous nous appuyons sur le rapport d'autorité créé par le concept de souveraineté dont, par exemple, Hobbes avait détaillé les mécanismes que récapitule François Saint-Bonnet : « Cette judicieuse mécanique conduit à l'obéissance absolue. L'artifice efface l'altérité dans les rapports de pouvoir (...) ». Cf. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 257.

⁴¹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 33. « Le pouvoir du modèle français est un pouvoir plénier, un pouvoir d'État » (p. 172).

⁴² F. FURET, *La Révolution en débat*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 1999, p. 55, cité par É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 33. Ceci fait la lumière sur la part d'ombre que recèle tout pouvoir constitué lorsque sa contestation, fût-ce dans des circonstances tragiques, est sagement cantonnée. C'est assurément l'attitude choisie par le Général de Gaulle lorsqu'en 1944 il prépare l'opinion publique à la mise en cause « mesurée » des agents publics ayant servi le régime de Vichy : « Cette prudence de de Gaulle, relate Éric Desmons, s'explique non seulement par l'impossibilité pratique de sanctionner l'ensemble de l'administration française, mais aussi, en ce qui concerne l'armée, pour éviter que la dissidence

avec pertinence le professeur Zoller est de savoir pourquoi la souveraineté, c'est-à-dire la manifestation d'un pouvoir politique légitime, « est restée comme à l'âge monarchique le concept fondateur du droit public, du droit public moderne s'entend »⁴³. La réponse doublement motivée qu'elle donne est sans appel : « La cause en est dans ce seul fait : la souveraineté a été historiquement et demeure toujours la condition de la liberté moderne. Elle a délivré l'homme des multiples pouvoirs qui pesaient sur lui au Moyen Âge, le pouvoir religieux, le pouvoir des seigneurs, pour les réduire à un seul, le pouvoir d'État, qui fut par la suite conquis par le peuple à la faveur des révolutions démocratiques (...). La souveraineté est restée parce qu'elle remplit une fonction qui est la clé de la liberté moderne. La souveraineté oblige à séparer entre le pouvoir public, le pouvoir de l'État, seul pouvoir légitime, et la foule des pouvoirs privés qui composent la société, et qu'il faut impérativement soumettre à la loi édictée par l'État pour préserver la liberté. C'est qu'il faut bien comprendre, avant de disposer de la souveraineté comme d'une notion inutile, que tout espace qu'elle ne remplit pas par la loi, a vocation à être occupée par le pouvoir privé »⁴⁴. Le pouvoir souverain, essentiellement le même⁴⁵, qu'il soit exercé démocratiquement ou autoritairement, est légitimé par la notion d'intérêt général parce qu'il est le seul à pouvoir produire son contenu et, ainsi, participer à la définition des droits fondamentaux. Dit d'une autre manière, sans le pouvoir souverain, la notion d'intérêt général n'est pas déterminée dans son contenu précis, rendant caduque toute définition des droits fondamentaux. Renversons le propos, la conclusion serait la même : l'intérêt général est le fruit du pouvoir public, du pouvoir d'État. Or « puisque le pouvoir n'appartient qu'à l'État, personne dans la société ne peut s'en saisir et en user pour son profit personnel (...) »⁴⁶. L'espace occupé par le pouvoir, en restreignant la liberté, est pris sur celui accaparé par les conflits. Lorsque le premier avance, les seconds perdent du terrain écrivent, finalement, Jacques Chevallier et Danièle Lochak : « L'espace politico-administratif n'est pas un lieu de pouvoir identique aux autres : qu'on lui assigne un rôle de régulation et d'intégration des particularismes sociaux (vision hégélienne), ou qu'on érige à l'inverse en instance de domination (vision machiavélienne), il reste placé au centre de la société ; c'est

imposée ne détruise la tradition d'obéissance, le loyalisme, envers l'autorité instituée ». Cf. É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 142-143. Cette « adoration » explique aussi la convoitise, mêlée de disputes, que peut susciter le pouvoir et justifie l'assertion sociologique de Marx selon laquelle on peut considérer « la prise de possession de cet énorme édifice d'État comme le principal butin du vainqueur ». Cf. K. MARX, *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte*, op. cit., p. 217. Enfin, une « adoration » toujours en vogue de nos jours pour François-Xavier Aubry selon qui « le corps social consent quasiment en permanence à se soumettre à un pouvoir central rigide et souvent à caractère élitare ». Cf. F.-X. AUBRY, « Réflexion à propos de l'État péréquateur », préc., spéc. conclusion.

⁴³ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 115. Et il s'est perpétué tout au long des régimes postérieurs à l'Ancien Régime grâce, en particulier, à la contribution décisive du premier Empire. En ce sens, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 417 et s.

⁴⁴ É. ZOLLER, op. cit., p. 115-116.

⁴⁵ Cette similitude est si vraie que si l'on revient à Bodin, on retrouve les mêmes effets de la souveraineté sur la règle de droit : « le souverain dispose du monopole de l'édition et de l'abrogation de la loi positive donc, quelles que soient les circonstances, il ne lui est refusé aucun moyen de sauver la république ». Cf. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 190.

⁴⁶ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 83.

toujours à partir de lui que s'unifie ou que se déchire le tissu social »⁴⁷. À l'invitation du professeur Mourgeon, nous ne feindrons pas « d'ignorer que les droits dérivent tous du Pouvoir »⁴⁸. La contrepartie moderne des droits fondamentaux définis par le truchement d'une notion d'intérêt général dont le contenu est arrêté par le pouvoir souverain de l'ensemble des membres signataires du pacte est la conservation irrémédiable d'un pouvoir illimité. Robert-Édouard Charlier a pourtant tenté de montrer que le pouvoir politique n'existe pas en lui-même sans but. « Il faut redire que la notion maîtresse de la vie publique et de son Droit, ce n'est pas le pouvoir et la puissance en soi (...) »⁴⁹. Pourquoi ? « Le pouvoir, les pouvoirs, tout court, à l'état pur, cela existe bien. C'est celui de la brute la plus forte ou la mieux armée, du racketteur sur ses victimes, du caïd sur les autres truands, de l'hypnotiseur sur son sujet, de l'être adoré sur l'amoureux »⁵⁰. Certes, mais qu'est-ce qui interdit de considérer que le détenteur de la souveraineté puisse devenir, pour lui-même, sa propre brute, ou son racketteur, caïd, hypnotiseur voire son être adoré... ?

B. – Le renforcement délicat du pouvoir souverain :

343. De façon inespérée, le pouvoir souverain va jouir d'un prestige immense puisqu'il n'est là, parmi nous, que pour servir la liberté. Aussi très rapidement n'est-il plus un pouvoir acquis. Il se fait, toujours au service de la liberté qui lui doit tout, un pouvoir conquérant. Rien n'interdit, inopinément, au pouvoir souverain de se saisir – souverainement – de ce dont il souhaite se saisir. Aucune limite ne préexiste si ce n'est de se prévaloir de la notion d'intérêt général, dont le contenu est déterminé par... le seul pouvoir souverain⁵¹. Puisque la nature du pouvoir n'est absolument pas modifiée dans le système de droit libéral, faute de bornes, les préventions de Montesquieu demeurent d'une redoutable actualité. Aux termes de sa célébrisime maxime politique, le baron de La Brède nous mettait pourtant en garde : « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »⁵². Or dès lors que le pouvoir est détenu par le peuple souverain, tous les hommes, tous les membres signataires du pacte social seront portés à en abuser puisque, précisément, nous avons atteint la limite, le souverain ne connaissant, et ne pouvant –

⁴⁷ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 63-64.

⁴⁸ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ R.-É. CHARLIER, « Préface », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, *op. cit.*, p. VII.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Exit donc tout questionnement relativement à l'existence même du pouvoir : ses détenteurs « évacuent simplement le problème fondamental de la légitimité, en adoptant pour règle de vie qu'il n'existe pas de justification au pouvoir : il est, parce qu'il est » (italique dans le texte). Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 631.

⁵² C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, *op. cit.*, p. 326. Plus près de nous, le philosophe américain James Burnham (*The managerial revolution* – en français *L'Ère des organisateurs* – 1940) réactualise le même constat : « l'objet principal de tous les dirigeants est, en pratique, de conserver leur pouvoir et leurs intérêts. Il n'y a pas d'exception. Aucune théorie, aucune promesse, aucune morale..., aucune religion de réfrène le pouvoir. Ni les prêtres, ni les militaires, ni les chefs ouvriers, ni les hommes d'affaires, ni les bureaucrates, ni les seigneurs féodaux ne diffèrent les uns des autres quant à l'usage qu'ils cherchent à faire du pouvoir » (Présenté et cité par G. LESCUYER, *op. cit.*, p. 633).

intrinsèquement – connaître aucune limite⁵³. « Non seulement la nation n'est pas soumise à une constitution, mais elle ne *peut* pas l'être, mais elle ne *doit* pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas » (italique dans le texte)⁵⁴. Dans une assertion passée à la postérité, Sieyès ajoute : « De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême »⁵⁵. Poussé jusqu'au terme de sa logique, ce potentiel, cette réserve de légitimité assurée au système de droit, consacre un paradoxe, une fuite en avant – doublée d'une spirale délétère – que décrivent Jacques Chevallier et Danièle Lochak : puisque « l'extension des normes multiplie les possibilités de non-conformité, la déviance devient inadmissible, insupportable ; elle crée, dans le dispositif de normalisation, une brèche par laquelle l'ordre social tout entier peut s'écrouler et qui doit donc être colmatée par de nouvelles contraintes. Le développement de l'emprise administrative sur la société s'accompagne dès lors de mouvements désordonnés, spasmodiques, du tissu social : ces mouvements se traduisent notamment par une montée de la violence sociale, à laquelle l'appareil d'État essaie de faire face en recourant lui-même à une force croissante ; violence d'État et violence privée tendent alors, par un processus catalytique, à s'alimenter réciproquement et à accentuer leurs effets respectifs »⁵⁶. Se trouve ainsi justifiée la protection de l'ordre juridique.

§2. – La protection de l'ordre juridique :

344. La visée légitimante de la notion d'intérêt général participe de la protection de l'ordre juridique destiné à définir nos droits fondamentaux. L'intérêt général nourrit un discours destiné à embellir le volet opérationnel voire technique de la protection du système de droit. « Les formules qui font état de la sauvegarde de l'ordre et du bien-être de la société ou des principes philosophiques et constitutionnels fondamentaux ne font qu'attribuer une valeur à la notion froide de l'État, conçu comme une institution ou comme le lieu où s'exerce la souveraineté »⁵⁷. Cette protection de l'ordre juridique libéral tient surtout du maintien du système de droit, sans lequel les droits fondamentaux ne sont plus protégés, c'est-à-dire définis⁵⁸. L'intérêt général légitimant la protection des droits

⁵³ Dans le même sens, E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 129 et s. « Il serait ridicule de supposer la nation liée elle-même par les formalités ou par la constitution, auxquelles elle a assujéti ses mandataires » (p. 129).

⁵⁴ E.-J. SIEYÈS, op. cit., p. 130.

⁵⁵ E.-J. SIEYÈS, op. cit., p. 132.

⁵⁶ J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 122-123.

⁵⁷ F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 35.

⁵⁸ Nous osons l'évocation du célèbre brocard lequel résume tout le propos qui suit : on ne peut scier la branche sur laquelle on est assis... Plus sérieux sera de se réclamer de la construction des droits de l'Homme par Jacques Mourgeon selon son triptyque « reconnaissance », « surveillance » et « dépendance » (par le ou du pouvoir). Celui-ci est primordial pour comprendre le brocard proposé. Cf., pour cette présentation de l'effectivité juridique des droits de l'Homme, J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 66 et s. Enfin, c'est aussi une exigence moderne que traduit le droit européen. En ce sens, CEDH, Gr. Ch., 8 juillet 2004 *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, R. 20004-VII, § 311-319 : la Cour a indiqué que les obligations conventionnelles de protection des droits fondamentaux par un État, fût-

fondamentaux, transcende la hiérarchie formelle, pour imposer la nécessité des droits fondamentaux au détriment de leur conformité aux règles de droit. Dans ces hypothèses, la notion d'intérêt général libère les organes d'expression parce qu'elle présuppose l'impérieuse nécessité d'être exprimée. Philippe Braud formule cette exigence pratique : « Sans potentiel humain, sans moyens matériels, sans soutiens qui légitiment leur action, les organes politiques et administratifs de l'État seraient réduits à n'être qu'un cadre vide, dépourvus de toute existence réelle. Ne pourrait être assurée ni la continuité des pouvoirs publics ni, *a fortiori*, leur capacité de réponse adéquate aux demandes sociales »⁵⁹. La sauvegarde d'un ordre matériel, tangible et palpable constitue inévitablement le préalable à l'existence d'un ordre juridique. Parce qu'en dernier recours, cet ordre matériel conduit juridiquement la définition de nos droits. On peut alors approximativement assimiler la protection de l'ordre juridique à l'état d'exception théorisé par François Saint-Bonnet : « L'état d'exception se situe au point de rencontre de trois éléments constitutifs : la dérogation (ou infraction), la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure »⁶⁰. L'intérêt général légitime cet état d'exception nécessaire, c'est-à-dire, en droit positif, l'ensemble des procédures de sauvegarde (I.). Cet intérêt général va plus loin. Il légitime, au-delà, la contrainte étatique (II.).

I. – Légitimer les procédures de sauvegarde :

345. « S'agit-il de l'institution étatique (...) ou de ce pour quoi existe l'État ? Faut-il sauvegarder l'État comme une fin en soi, ou en tant que moyen de régulation de la vie en société (...) ? La réponse est dans le second volet de l'alternative (...) : il s'agit de préserver l'État comme garant de l'ordre, mais c'est l'ordre qu'il faut sauvegarder parce qu'il rend compte de la cohésion de la "communauté politique", c'est donc la communauté politique qu'il faut sauver, et ainsi de suite » entrevoit François Saint-Bonnet⁶¹, jusqu'au pacte social libéral, ajouterons-nous, pour compléter et clore son énumération. Aussi doit-on caractériser cette légitimation au regard de sa fonction (A.) pour en révéler sa continuité (B.).

ce en période de crise, « subsistent même dans le cas d'une limitation de l'exercice de son autorité sur une partie de son territoire, de sorte qu'il incombe à l'État de prendre toutes les mesures appropriées qui restent en son pouvoir » (§ 313).

⁵⁹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 222. Dit d'une autre manière, « l'État n'est rien autre chose que l'idée de la souveraineté incorporée dans une machinerie gouvernementale, administrative, policière, fiscale, judiciaire » (cf. G. RENARD, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, op. cit., p. 485-499, spéc. p. 491).

⁶⁰ F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 27. Assimilation qui ne peut être totale dès lors que l'auteur identifie, qualitativement, « la situation exceptionnelle » en termes de seuil, « en deçà de la révolution et au-delà de la simple lutte politique » (p. 28).

⁶¹ F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 34-35.

A. – Une légitimation fonctionnelle des procédures de sauvegarde :

346. Inhérente à toute vie politique organisée, il n'est pas étonnant de trouver dans la philosophie politique l'affirmation théorique de la nécessité du processus de sauvegarde (1.) comme condition d'existence des droits fondamentaux. Le droit positif français reçoit nettement cette nécessité (2.).

1. – Une légitimation théorisée :

347. Le professeur Saint-Bonnet note, dans une assertion qu'il nous faut lire par inversion des propositions, l'évidente consubstantialité du pacte social et de sa sauvegarde : « l'étude de l'état d'exception n'a pas de véritable pertinence avant que l'institution [étatique] ait une finalité propre : le bien public (XII^e et XIII^e siècles) »⁶². Le processus de sauvegarde n'est guère nouveau mais il n'a pas été immédiatement au service de la liberté. Dans une perspective originairement non libérale (au sens moderne), la pensée thomiste considérait le bien commun comme critère de fondation et d'appréciation du processus de sauvegarde confié au roi. Le « bien commun se déploie, écrit le professeur Saint-Bonnet pour résumer la pensée de Saint-Thomas, de façon positive (procurer tout ce qui est nécessaire aux hommes [...]) et négative (préserver l'existence de la collectivité). Cette seconde mission est supérieure parce qu'elle est la condition de la possible mise en œuvre de la première. Vivre bien si possible, vivre tout court sinon »⁶³. La seconde mission – justifiant (en le théorisant) le processus de sauvegarde – demeure d'actualité au point que saint Thomas, écrit M. Saint-Bonnet, est parvenu « à une vision ontologique de la sauvegarde de l'État, fondant par là son absolue nécessité »⁶⁴. La modification de la première mission n'invalidera pas non plus les bases théoriques ainsi déployées. Elle ne fera que leur donner une tournure libérale lorsque les théoriciens du contrat social et les penseurs du siècle des Lumières eurent expliqué en quoi le maintien de l'état civil était une nécessité découlant du pacte social libéral.

348. Thomas Hobbes, parmi les théoriciens contractualistes, prodigue aux membres signataires du pacte un certain nombre de conseils pour remédier aux « maladies » ou « infirmités » qui peuvent, dit-il, affecter l'État et conduire à sa dissolution⁶⁵. La protection dont doit bénéficier le système de droit établi est si indispensable que l'auteur du *Léviathan* a fait de celle-ci sa vingtième loi naturelle impliquée par le pacte : « *par nature et autant qu'il peut, chacun est tenu, en temps de guerre, de*

⁶² F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 37. Cependant, la préservation de l'ordre établi est une donnée qui remonte jusqu'à l'Antiquité, qu'il s'agisse de se protéger d'un « péril extérieur » ou de « périls intérieurs ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 37.

⁶³ F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 124.

⁶⁴ F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 130.

⁶⁵ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 477. Voir plus généralement, le chapitre XXIX « De ce qui affaiblit l'État ou tend à sa dissolution », p. 476-493.

protéger l'autorité par laquelle il est protégé en temps de paix. En effet, celui qui invoque un droit de nature à la préservation de son propre corps ne peut invoquer un droit de nature pour détruire celui par la force de qui est il préservé. C'est manifestement se contredire soi-même » (italique dans le texte)⁶⁶. Hobbes va très loin dans la radicalité qui est la sienne s'agissant de la sécurité de l'État. En opérant par analogie avec les Écritures, il constate qu'une véritable « présomption » de licéité existe et autorise à réprimer dans l'œuf toute tentative de déstabilisation de l'État : « Pareille présomption d'une ratification future est parfois nécessaire à la sécurité de l'État ; ainsi, lors d'une rébellion soudaine, quiconque peut la supprimer par son propre pouvoir dans le pays où la rébellion commence, peut licitement le faire, sans loi expresse ou commission, et pourvoir à faire ratifier son action, ou à se la faire pardonner, pendant qu'il la fait, ou après l'avoir faite »⁶⁷. Ce disant, il donne aux sujets d'un État la garde, *a priori*, de sa protection. Ce qui est logique dans la construction hobbesienne de l'État.

349. Cette analyse sera corroborée implicitement, mais sans la radicalité de Hobbes⁶⁸, par Locke : « La raison pour laquelle on entre dans une société politique, c'est de conserver ses biens propres ; et la fin pour laquelle on choisit et revêt de l'*autorité législative* certaines personnes, c'est d'avoir des lois et règlements qui protègent et conservent ce qui appartient en propre à la société, et qui limitent le pouvoir et tempèrent la domination de chaque membre de l'État » (italique dans le texte)⁶⁹. Ainsi résumée, toute la construction du contrat social lockéen suppose nécessairement que la société civile doive se protéger, intérieurement et extérieurement, contre toute entreprise qui porterait atteinte à son existence. Locke « semble songer à une loi invariable de fonctionnement des républiques qui contraindrait irrésistiblement les hommes, lorsqu'ils entrent en société ou qu'ils y adhèrent, à confier la prérogative au prince pour qu'il se charge de sa sauvegarde »⁷⁰. Ce qui justifie que soit assurée en dernier lieu la protection du système de droit.

350. Autre apport essentiel, pour l'auteur de *L'Esprit des lois*, la protection de la liberté requiert elle-même sa propre suspension : « si la puissance législative, écrit Montesquieu, se croyait en danger par quelque conjuration secrète contre l'État, ou quelque intelligence avec les ennemis du dehors, elle pourrait, pour un temps court et limité, permettre à la puissance exécutrice de faire arrêter les citoyens suspects, qui ne perdraient leur liberté pour un temps que pour la conserver toujours »⁷¹. Enfin, Jean-Jacques Rousseau déclare que « l'inflexibilité des lois, qui les empêche de se plier aux événements,

⁶⁶ T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 955-956.

⁶⁷ T. HOBBS, *op. cit.*, p. 962.

⁶⁸ Bien qu'accessoire à notre étude, il ne nous paraît pas superflu d'indiquer, à la suite du professeur Saint-Bonnet, qu'Hobbes ne construit pas une théorie de la sauvegarde de l'État car celle-ci n'est qu'une conséquence logique et incontournable de la souveraineté hobbesienne. En ce sens, F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 253-260. En effet, conclut l'auteur, « la vision mécaniste de Hobbes ne laisse aucune place à l'exception. Tout pouvoir est donné à l'État de se conserver ; s'il échoue, il ne reste rien » (p. 260).

⁶⁹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 305 § 222.

⁷⁰ F. SAINT-BONNET, *op. cit.*, p. 268.

⁷¹ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, *op. cit.*, p. 331.

peut en certains cas les rendre pernicieuses, et causer par elles la perte de l'État dans sa crise. L'ordre et la lenteur des formes demandent un espace de temps que les circonstances refusent quelquefois. Il peut se présenter mille cas auxquels le législateur n'a point pourvu, et c'est une prévoyance très nécessaire de sentir qu'on ne peut tout prévoir »⁷². Pour Rousseau, deux moyens peuvent être utilisés pour sauvegarder le pacte. Le premier vise à conférer plus de pouvoirs au gouvernement : « Si pour remédier il suffit d'augmenter l'activité du gouvernement, on le concentre dans un ou deux membres. Ainsi ce n'est pas l'autorité des lois qu'on altère mais seulement la forme de leur administration »⁷³. Le second, plus important, rend compte avec acuité de la nécessité de l'ordre établi : « Que si le péril est tel que l'appareil des lois soit un obstacle à s'en garantir, alors on nomme un chef suprême qui fasse taire toutes les lois et suspende un moment l'autorité Souveraine ; en pareil cas la volonté générale n'est pas douteuse, et *il est évident que la première intention du peuple est que l'État ne périclite pas* » (nous soulignons)⁷⁴. Si, pour Rousseau, l'intention du peuple est évidente (non dépérissement de l'État), c'est qu'effectivement la survie de l'appareil étatique est liée à celui de l'ordre juridique lui-même porteur du respect des clauses essentielles du contrat social, à savoir la reconnaissance juridique des libertés. La protection des droits fondamentaux autorise donc leur propre limitation jusqu'au seuil de leur négation dès lors que de la survie de l'ordre juridique dépend leur existence.

2. – Une légitimation actualisée :

351. « À circonstances de crise, droit de crise » tel pourrait être le leitmotiv présidant à la reconnaissance par le droit d'un processus de sauvegarde⁷⁵. « Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême » selon Portalis⁷⁶. La nécessité de cette préservation du pacte social libéral est d'abord révélée par la protection répressive dont jouit le système de droit (a.) puis reconnue tant par le droit international (b.) que par le Conseil constitutionnel (c.). Ces trois niveaux normatifs attestent de l'actualisation du caractère légitimant de la notion d'intérêt général à l'égard de la définition des droits fondamentaux.

⁷² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 164.

⁷³ J.-J. ROUSSEAU, op. cit., p. 164.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 568.

⁷⁶ Propos tenus lors de la naissance du Code civil et rapporté par G. LEBRETON, « Ordre public », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 717.

a) – La coloration pénale des atteintes au système de droit :

352. « La violence d'État est généralement conservatrice, c'est-à-dire qu'elle se déploie pour protéger "l'ordre social" et se fonde sur une norme justificatrice : la légitime défense collective »⁷⁷. Ce que le droit pénal va matérialiser au premier abord. Car c'est une vieille idée que de pénaliser un certain nombre d'agissements considérés comme contraires au système de droit. À l'aube de la Révolution française et l'avènement du droit pénal moderne, le souci de protéger le système de droit – sans toujours il est vrai établir le lien entre protection et restriction aux droits et libertés⁷⁸ – est de nouveau évoqué par les légistes. L'avocat Target (qui a manifestement lu Beccaria⁷⁹), à l'occasion des travaux présidant à la rédaction du futur Code pénal de 1810, devait déclarer : « Les crimes les plus pernicioeux, et par conséquent les plus graves (...), sont ceux qui attaquent la sûreté de l'État, qui ébranlent les fondements de l'ordre et de la paix publique parce que, dans un seul attentat, ils contiennent tous les maux et tous les crimes »⁸⁰. Significative est cette nécessité de protéger pénalement l'État puisqu'on la retrouvera non sans solennité dans la théorie développée par Humboldt : « Parmi les infractions, il faudrait punir sévèrement celles surtout qui portent une atteinte directe et immédiate aux droits de l'État ; car quiconque méprise les droits de l'État, d'où dépend la sûreté privée, ne peut pas davantage respecter les droits de ses concitoyens »⁸¹. Et le philosophe allemand d'en appeler à une répression implacable : « Par conséquent, la peine la plus grave doit frapper celui qui a violé le droit le plus fondamental de l'État lui-même (...) »⁸².

353. Le Code pénal de 1994 consacre son Livre IV, de la partie législative, à la répression des « crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique »⁸³. L'article 410-1 du présent code suffit à en rendre compte : « Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en

⁷⁷ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 499.

⁷⁸ Jean-Marie Carbasse note en effet qu'« il s'agit avant tout de défendre l'État et son appareil contre tout ce qui pourrait l'affaiblir ou le contester : trahison, intelligence avec l'ennemi, attentats et complots contre l'Empereur et sa famille, dévastation et pillage de biens publics, désobéissance envers l'autorité publique, association ou réunion illicite, troubles causés par les ministres des cultes, délits d'imprimerie etc. ». Cf. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 402-403.

⁷⁹ Selon lequel « le premier degré [de désordre contre le corps social] est représenté par ceux qui tendent directement à détruire la société (...) ». Cf. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 48. Ce « sont les plus graves parce qu'ils sont les plus nuisibles (...) » (p. 54).

⁸⁰ Rapporté par J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 402. Voir l'article 412-1 alinéa 1^{er} du Code pénal : « Constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ».

⁸¹ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 161.

⁸² W. VON HUMBOLDT, op. cit., p. 172. *Contra* : Montesquieu appelle à une réponse pénale proportionnée – voire à la mansuétude – face aux tentatives de déstabilisation dirigées contre la république. Cf. C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, op. cit., p. 399 : « Quand une république est parvenue à détruire ceux qui voulaient la renverser, il faut se hâter de mettre fin aux vengeances, aux peines et aux récompenses mêmes ».

⁸³ On retrouve des dispositions intéressant la protection du système de droit dans la partie réglementaire du Code pénal aux Livres IV et VI (Titre IV).

France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ».

354. Cette protection pénale témoigne de l'insistance du système de droit à se protéger des entreprises visant à le déstabiliser⁸⁴. Elle se prolonge par la reconnaissance de mécanismes de dérogations aux droits fondamentaux par le droit international « autorisant l'État partie à *suspendre* la jouissance et l'exercice des droits proclamés en cas de guerre ou de danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation » (italique dans le texte)⁸⁵.

b) – Les mécanismes de dérogations aux droits fondamentaux inscrits dans les textes internationaux :

355. Sous-jacente dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948⁸⁶, la possibilité de déroger aux droits fondamentaux a été admise expressément dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 : « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale » (article 4 § 1). On retrouve une stipulation analogue dans la Convention européenne des droits de l'Homme aux termes de son article 15 § 1 portant dérogation en cas d'état d'urgence : « En cas de guerre ou en cas

⁸⁴ Une insistance qui n'est d'ailleurs pas sans soulever une profonde bizarrerie lorsqu'elle conduit le système de droit à priver l'un de ses sujets de droit de la qualité de membre signataire du pacte en application de l'article 25 du Code civil, spécialement son 1° : « L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'État, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride : 1° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ». Sans entrer dans des considérations juridico-politiques, lesquelles furent assez récemment vives (cf. le projet d'élargissement des cas de déchéance de la nationalité soutenu par les plus hautes autorités de l'État, *Le Monde* du 30 juillet 2010), la déchéance de la nationalité française – la nationalité traduisant juridiquement le lien contractuel unissant les membres signataires du pacte entre eux –, génère une incohérence de principe dans la construction du système de droit. S'il est admis que tout citoyen a nécessairement consenti au pacte, qu'à l'extrême limite on peut soutenir qu'il est en capacité de s'en exclure de son propre chef (ce que les autres pourraient néanmoins lui refuser), en revanche, peut-on accepter que les autres membres puissent, unilatéralement, lui ôter la qualité de partie au contrat sans eux-mêmes violer les termes de ce contrat ? La logique du pacte voudrait qu'on ne puisse déchoir de la nationalité française tout citoyen français qu'il soit français ou qu'il le soit devenu puisque dans un cas comme dans l'autre il l'est. À cet égard, dans son communiqué *sur la déchéance de nationalité, les roms et gens du voyage* en date du 9 août 2010, la Commission nationale consultative des droits de l'homme déclarait que « l'élargissement des cas dans lesquels une personne serait déchue de sa nationalité introduit une distinction entre les citoyens, ce qui est contraire au principe d'égalité » et qu'il « renforcerait de surcroît l'incertitude quant à l'appartenance à la nation de ceux qui ont acquis la nationalité française » (nous soulignons). Communiqué disponible sur le site de la CNCDH : <http://www.cncdh.fr>.

⁸⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 231.

⁸⁶ On peut le lire, notamment, à travers son article 28 : « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet » (nous soulignons). Mais elle n'est pas expresse.

d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international »⁸⁷. La doctrine relative à l'interprétation de l'article 15 de la Convention par la Cour européenne des droits de l'Homme a été fixée très tôt dans le célèbre arrêt *Lawless contre Irlande* : « Considérant que, dans le contexte général de l'article 15 (...) de la Convention, le sens normal et habituel des mots "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" est suffisamment clair ; qu'ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État »⁸⁸. Le droit conventionnel consent ainsi à avaliser, sous les conditions qu'il établit, la remarquable formule du juge Georges Maridakis dans la présente affaire : « Lorsque l'État livre un combat de vie ou de mort, nul ne peut exiger qu'il renonce à prendre des mesures d'exception extraordinaires : *salus rei publicae lex est*. C'est de ce principe que découle la disposition de l'article 15 (...) »⁸⁹.

356. L'un et l'autre de ces catalogues de droits fondamentaux soulignent, en la prévoyant, la nécessité de créer des mécanismes permettant d'éviter la faillite du système de droit dans la mission qui est la sienne de définir les droits fondamentaux⁹⁰. Cette nécessité étant, enfin, largement démontrée par le juge constitutionnel français.

c) – La confirmation par le juge constitutionnel du caractère suspensif des droits fondamentaux :

357. Le Conseil constitutionnel a pu donner au législateur une base constitutionnelle à l'existence d'un dispositif législatif d'exception à l'occasion de la décision *État d'urgence en Nouvelle*

⁸⁷ Pour un aperçu général du mécanisme européen de dérogation, F. TULKENS, « Dérogation », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 268 et s.

⁸⁸ CEDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande* (n°3), req. n° 332/57, série A n°3, § 28. En l'espèce, la Cour devait conclure à la conventionnalité de divers actes du pouvoir exécutif irlandais pris sur le fondement de la loi relative aux atteintes à la sûreté de l'État (*Offences against the State Act*) du 14 juin 1939 visant à prémunir la République d'Irlande contre les agissements des membres de l'I.R.A (*Irish Republican Army*) à la fois contre la République et contre le Royaume-Uni, singulièrement en Irlande du Nord (territoire sous souveraineté britannique).

⁸⁹ Opinion individuelle du juge Georges Maridakis, sous CEDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande* (n°3), req. n° 332/57, série A n°3.

⁹⁰ Des dispositions similaires sont inscrites dans la Convention américaine des droits de l'Homme (1969) ou de la Charte arabe des droits de l'Homme (1994). Voir F. TULKENS, op. cit., p. 267-271. En extrapolant, le droit de l'Union a pris acte de ces situations de crise dès lors que l'Union européenne, conformément à l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne, « respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

*Calédonie*⁹¹. Alors que les requérants, auteurs de la saisine, considèrent que seule la Constitution peut prévoir des atteintes même exceptionnelles et temporaires aux libertés, le Conseil répond en trois temps que nous résumons Louis Favoreu et Loïc Philip : « le législateur a reçu compétence (en vertu de l'article 34 de la Constitution) pour fixer les règles relatives aux libertés publiques et donc pour "opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public" ; cette compétence générale s'exerce même à défaut d'être prévue expressément par la Constitution ; et dès l'instant que celle-ci n'a pas exclu cette possibilité de prévoir un régime d'état d'urgence, elle n'a pas pu abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence »⁹². Le Conseil d'État s'est, au surplus, rangé à cette interprétation lorsque les mêmes griefs lui ont été présentés à l'occasion d'un recours dirigé contre un décret portant application de l'état d'urgence : « Considérant que la consécration du régime de l'état de siège sur le plan constitutionnel aussi bien par le second alinéa ajouté à l'article 7 de la Constitution du 27 octobre 1946 par la loi constitutionnelle du 7 décembre 1954 que par l'article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que le législateur, institue, dans le cadre des compétences qui lui sont constitutionnellement dévolues, un régime de pouvoirs exceptionnels distinct du précédent reposant, non comme c'est le cas pour l'état de siège sur un accroissement des pouvoirs de l'autorité militaire, mais, ainsi que le prévoit le régime de l'état d'urgence, sur une extension limitée dans le temps et dans l'espace des pouvoirs des autorités civiles, sans que leur exercice se trouve affranchi de tout contrôle ; qu'au regard de ces exigences, il n'y a pas entre le régime de l'état d'urgence issu de la loi du 3 avril 1955 et la Constitution du 4 octobre 1958 une incompatibilité de principe qui conduirait à regarder cette loi comme ayant été abrogée par le texte constitutionnel »⁹³. Par ailleurs, dans d'autres circonstances, le Conseil constitutionnel devait énoncer qu'il existe en droit français trois cas de suspension des droits fondamentaux : l'article 16 de la Constitution de 1958, l'article 36 du même texte portant sur l'état de siège et la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence⁹⁴.

358. Ce n'est donc pas la méthode requise ou utilisée en pratique pour protéger le système de droit qui importe mais l'objectif recherché : toutes les institutions, organes, mécanismes et règles de droit éventuellement prévues œuvrent vers le même but, la protection du système de droit. Reprenant ainsi à leur compte ce qu'écrivait Rousseau : « il n'y a que les plus grands dangers qui puissent balancer celui d'altérer l'ordre public, et l'on ne doit jamais arrêter le pouvoir sacré des lois que quand il s'agit

⁹¹ CC, 25 janvier 1985, déc. n° 85-187 DC, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 43, GDCC n° 37, p. 620-637, cons. n° 4.

⁹² L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 37, p. 620-632, spéc. p. 628. Voir également « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in *Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, XIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Nicosie, Chypre (15-19 mai 2005), RUDH 2005, p. 186-195, spéc. p. 192.

⁹³ CE, ord., 21 novembre 2005, *Boisvert*, Rec. p. 517.

⁹⁴ « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in *Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, XIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Nicosie, Chypre (15-19 mai 2005), RUDH 2005, p. 186-195, spéc. p. 191.

du salut de la patrie. Dans ces cas rares et manifestes on pourvoit à la sûreté publique par un acte particulier qui en remet la charge au plus digne »⁹⁵. Les états de crise sont non seulement nécessaires mais également préexistants. Cet « acte particulier » prend des formes tout à fait diverses en droit français qu'il n'est pas, dans le cadre de la présente réflexion, utile de préciser dans le détail. Qu'il s'agisse de mettre en œuvre des procédures existantes (pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution, état de siège, état d'urgence), d'actionner l'ensemble des législations propres à la défense du système de droit (Code de la défense, répression des infractions) ou bien encore de constater une urgence ou des circonstances propres à légaliser, *a posteriori*, des actes ou agissements des pouvoirs publics pourtant contraires au droit⁹⁶, le succès de la protection du système de droit n'est en définitive nullement une question de méthodes mais de buts. Sérier l'ensemble des dispositifs protecteurs du système de droit n'est pas une analyse pertinente⁹⁷. Car, menacé, le système de droit se protégera. Autrement dit, chaque fois que la survie des institutions étatiques essentielles à la définition des droits fondamentaux est en jeu, il se trouvera une norme appropriée à défendre lesdites institutions⁹⁸. « Se conformer à certaines règles prévues pour les temps normaux serait parfois "condamner l'État à mort" » ou lui permettre de « se suicider » pressent M. Saint-Bonnet en empruntant deux images saisissantes à André Mathiot et Florence Poirat⁹⁹. S'il n'est guère possible de prévoir toutes les hypothèses de dangers menaçant le système de droit, non plus que d'édicter par anticipation celles des règles de droit propres à exprimer, dans ces hypothèses, l'intérêt général, en revanche, est parfaitement prévisible qu'une règle interviendra¹⁰⁰. C'est l'une des difficultés majeures

⁹⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 164.

⁹⁶ Indiquons simplement qu'outre la protection constitutionnelle organisée par l'état de siège (art. 36 C) et les pouvoirs de crise du Président de la République (art. 16), il faut ajouter la protection législative (état d'urgence et Code de la défense) et administrative (construite par le Conseil d'État à travers les théories de l'urgence et des circonstances exceptionnelles).

⁹⁷ Car, en droit français, « l'ensemble des politiques publiques concourent à la sécurité nationale » (article L. 1111-1 alinéa 2 du Code de la défense). Le professeur Saint-Bonnet va plus loin en s'interrogeant sur l'utilité des législations d'exception. Sur cet aspect, F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 374-376 (concluant d'ailleurs qu'elles « ne sont pas véritablement utiles », p. 376).

⁹⁸ Et un juge pour l'avaliser ! En ce sens, T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 173 : « Un juge éminent et incorruptible a beaucoup de valeur en temps de paix, il n'en a pas en temps de guerre ». Entendons ici que l'idée de corruption, chez Hobbes, revient (non à remettre en cause l'intégrité du juge) à admettre que la fatalité peut incliner le juge vers l'acceptation de décisions qu'il n'aurait pas prises en l'absence de crise.

⁹⁹ F. SAINT-BONNET, *op. cit.*, respectivement p. 14 (citant A. MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles », in *Mélanges Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 415) et p. 22 (citant F. POIRAT, « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'État », *Droits*, 1992, n° 16, p. 83 et s.).

¹⁰⁰ Mais ne pas tout prévoir n'interdit pas d'anticiper un peu. Exclure du champ d'application des garanties de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ceux des agents publics qui participent « directement à l'exercice de la puissance publique et à l'accomplissement de fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État » (CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, req. n° 28541/95, R. 1999-VIII, § 70) illustre parfaitement cet effort. Parmi ces agents, les forces de police sont un « exemple manifeste » (CEDH, 27 juin 2000, *Frydlender c. France*, req. n° 30979/96, R. 2000-VII, § 33). Si la Cour de Strasbourg a une lecture de plus en plus stricte de cette « souplesse » laissée aux États comme en témoigne un arrêt CEDH, Gr. Ch., 19 avril 2007, *Eskelinen et autres c. Finlande*, req. n° 63235/00, l'exclusion d'agents en lien étroit avec le processus de sauvegarde n'est pas, en soi, écartée : « La Cour reconnaît l'intérêt qu'a l'État à limiter, pour certaines catégories de salariés, l'accès à un tribunal. C'est d'ailleurs au premier chef aux États contractants – en particulier au parlement national concerné – et non à la Cour qu'il appartient d'identifier expressément les secteurs de la fonction publique impliquant l'exercice de prérogatives discrétionnaires inhérentes à la souveraineté de l'État où les intérêts de l'individu doivent céder » (§ 61).

du processus de sauvegarde ainsi légitimé que d'être en capacité de transcender la hiérarchie des normes.

359. Il obéit en effet à un schéma en deux temps. Dans un premier temps, l'intérêt général qui doit être absolument et prioritairement exprimé est à l'origine de la création d'une normativité de substitution. Cette normativité est à la fois clandestine et, de manière contemporaine à son surgissement, contraire aux règles que le système de droit a établies. Mais cette normativité n'est que provisoirement illicite puisque, dans un second temps, une fois qu'elle a exprimé, malgré tout, l'intérêt général, elle est aussitôt soumise à l'attraction du système de droit. Le système de droit se réapproprie par un support juridique l'intérêt général, un temps qualifiable d' « électron libre », pour le ramener dans la hiérarchie formelle des normes. Alors, son existence juridique ne souffre plus la contestation, son procès en invalidation s'éteint *ipso facto*. Il apparaît donc clair que la normativité de substitution générée par d'impérieux motifs d'intérêt général n'a pas vocation à rester dans la clandestinité. Même créée de toute pièce par le système de droit au mépris de ses propres règles, elle se mue en normativité formelle ré-identifiée, comme telle, par le système de droit. C'est en ce sens que nous pouvons affirmer que le processus de sauvegarde ainsi assuré légitime – en la conditionnant – la liberté du système de droit dans la définition qu'il lui incombe des droits fondamentaux. Nulle brèche, nulle faille, nulle carence ne saurait durablement être ignorée dès lors qu'elle est potentiellement capable de subvertir l'ordre juridique tout entier¹⁰¹. Si l'on a bien voulu admettre qu'« une conception par trop monolithique du principe de légalité pouvant se retourner contre les intérêts vitaux de la société »¹⁰² est de nature à préjudicier, *in fine*, aux droits fondamentaux, il n'est pas exagéré de soutenir qu'en tout état de cause le système de droit se protégera des circonstances de nature à provoquer sa chute. Il est donc mal aisé de prévoir avec certitude ce que serait exactement la sauvegarde juridique du système de droit. En revanche, nous savons maintenant que la production normative de défense des institutions doit être continue ; il est alors manifeste que la protection de l'ordre juridique légitimée au nom de l'intérêt général assure à l'ordre juridique sa continuité normative.

B. – Une légitimation continue des procédures de sauvegarde :

360. À partir de l'analyse textuelle de notre pacte social, le professeur Gohin a pu démontrer dans quelle mesure la continuité de notre système de droit, bien qu'implicite, inonde la Déclaration des

¹⁰¹ Tout au plus peut-on imaginer qu'une menace, jugée au départ comme insignifiante, ne provoque que tardivement la réaction du système de droit. Dès qu'ils auront pris conscience de sa dangerosité pour les institutions de la République, les membres signataires du pacte social libéral agiront en conséquence.

¹⁰² M. DE VILLIERS et *alii*, *Droit public général*, *op. cit.*, p. 567.

droits de 1789¹⁰³. En effet, selon les termes du préambule de la Déclaration, cette dernière doit être « constamment présente à tous membres du corps social ». Quant aux « actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif », ils doivent être « à chaque instant comparés avec le but de tout institution politique ». En outre, « les réclamations des citoyens (...) tournent toujours au maintien de la Constitution ». Enfin, la continuité du système de droit procède, par transition logique, de l'article 2 de la Déclaration : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Si conserver les droits suppose une association politique, l'intérêt général suppose de préserver la continuité du système de droit sans lequel les droits fondamentaux ne pourront être conservés. Jean-François Flauss relève, relativement au champ *ratione loci* du droit conventionnel européen, que les préoccupations sont, toutes proportions gardées, les mêmes : « Soucieuse de prévenir dans le cadre de la CEDH le développement, voire la prolifération, en Europe balkanique et caucasienne, de zones de non droit, la Cour européenne a établi une présomption de compétence, quasi irréfragable, de l'État partie sur son territoire »¹⁰⁴. L'arrêt *Ilascu et autres contre Moldova et Russie*, cité en exemple par M. Flauss, est particulièrement net en ce qu'il traduit, par un raisonnement *a contrario*, la nécessaire continuité de l'application du droit – et des droits de l'homme européen – sur tout espace étatique quels que soient les troubles politiques que ledit espace traverse : « La Cour considère que, si un État contractant est empêché d'exercer son autorité sur l'ensemble de son territoire par une situation de fait contraignante, comme la mise en place d'un régime séparatiste accompagnée ou non par l'occupation militaire par un autre État, l'État ne cesse pas pour autant d'exercer sa juridiction au sens de l'article 1 de la Convention sur la partie du territoire momentanément soumise à une autorité locale soutenue par des forces de rébellion ou par un autre État »¹⁰⁵. L'intérêt général suppose, ainsi que l'écrivait Élisabeth Zoller, « la perpétuité des moyens (...) mis en œuvre » pour réaliser et faire vivre le système de droit¹⁰⁶. L'article 5 de la Constitution de 1958 ne confie-t-il pas précisément au Président de la République « la continuité de l'État » ?¹⁰⁷ Il n'est dès lors guère étonnant de retrouver ce principe de continuité exprimé en droit français en de multiples occasions. On évoquera, pour l'illustrer, sa reconnaissance par le Conseil constitutionnel (1.) et par le Conseil d'État (2.).

¹⁰³ O. GOHIN, « La Constitution française de 1958 et l'urgence », in *Constitutions et urgences*, préc., p. 1-2.

¹⁰⁴ J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 85. Au titre de la preuve contraire, « la perte de contrôle » d'une portion de territoire pour occupation militaire ou administration internationale (p. 86).

¹⁰⁵ CEDH, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, § 333.

¹⁰⁶ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 209.

¹⁰⁷ Voir la remarque incidente suivante dans *Le statut pénal du Président de la République. Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République présidée par le professeur Pierre avril*, Ministère de la justice, La Documentation française, coll. Rapports officiels, 2003, p. 26 : « le principe de la continuité, consubstantiel à l'État, implique que celui qui l'incarne soit toujours en mesure de le faire. Cette continuité s'exprime ou se traduit de différentes façons : "Le président, constitutionnellement parlant, ne dort jamais", disent les Américains ». Ajoutant en outre que cette continuité de l'État est « la mission » qui « est au cœur du mandat constitutionnel dont le peuple a investi le Président de la République » (p. 29). L'importance de ce principe ressort également de sa réaffirmation solennelle par la plus haute formation de la Cour de cassation. Voir le célèbre arrêt Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, Bull. civ. n° 11 : le président de la République « étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État ».

1. – Une continuité normative reconnue par le Conseil constitutionnel :

361. Le Conseil constitutionnel a consacré, au rang de norme à valeur constitutionnelle, le principe de continuité des services publics dans une décision du 25 juillet 1979¹⁰⁸. Olivier Gohin a vu dans la présente décision « une solution [qui] s'impose avec une conviction telle que le Conseil constitutionnel a pu l'affirmer sans base textuelle »¹⁰⁹. Cette conviction que la continuité du système de droit conforte le processus de sauvegarde est encore plus évidente dans les péripéties juridiques vécues par la loi de finances pour l'année 1980. Le Conseil constitutionnel avait en effet censuré la loi de finances pour l'année 1980 ce qui avait conduit « à une véritable impasse juridique »¹¹⁰. Dans la décision du 30 décembre 1979¹¹¹, soit immédiatement après la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de finances pour l'année 1980, le Haut Conseil reconnaît que « ni la Constitution ni l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances n'ont prévu explicitement la procédure à suivre après une décision du Conseil constitutionnel déclarant la loi de finances de l'année non-conforme à la Constitution »¹¹². La France n'avait donc plus de budget ! Comment aurait-elle pu définir les droits fondamentaux sans moyens ?¹¹³ Pour remédier à cette situation de non financement du fonctionnement de l'État, une nouvelle loi était adoptée – dans la foulée de la censure – par le Parlement, laquelle loi autorisait le Gouvernement à percevoir pour l'année 1980 les impôts et taxes existants dans l'attente, temporaire, de la future loi de finances pour 1980. Or, le Conseil constitutionnel, dans les pas d'un Condorcet¹¹⁴ pour admettre la constitutionnalité de cette loi

¹⁰⁸ Voir CC, 25 juillet 1979, déc. n° 79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail (Droit de grève à la radio et à la télévision)*, Rec. p. 33, GDCC n° 27, p. 366-382, cons. n° 1. Plus tard, mais la corrélation n'est guère surprenante, il constatait l'exigence d'une catégorie de services publics constitutionnels en « considérant que (...) la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou règles de valeur constitutionnelle (...) » lesquels services ne peuvent alors être privatisés. Cf. CC, 24-25 juin 1986, déc. n° 86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (Privatisations)*, Rec. p. 61, cons. n° 53 et, plus généralement, les explications de L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n°39, p. 661-684, spéc. p. 681-684 : « Répondent à ces conditions, de manière certaine, les services publics de la défense nationale, de la justice, des affaires étrangères, et de la police. Pour ces services publics, le rattachement à des dispositions de la Constitution ne fait pas de difficultés et, en toute hypothèse, on pourrait en quelque sorte les déduire de l'agencement même du système constitutionnel » (p. 682).

¹⁰⁹ O. GOHIN, « La Constitution française de 1958 et l'urgence », in *Constitutions et urgences*, préc., p. 2. Même constat dans L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 27, p. 366-382, spéc. p. 378.

¹¹⁰ L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., n°28, p. 383-409, spéc. p. 396. La déclaration de non-conformité totale de la loi de finances pour 1980 résulte de la décision CC, 24 décembre 1979, déc. n° 79-110 DC, *Loi de finances pour 1980 (Vote du budget I)*, Rec. p. 33, GDCC n° 28, p. 383-409.

¹¹¹ CC, 30 décembre 1979, déc. n° 79-111 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants (Vote du budget II)*, Rec. p. 39, GDCC n° 28, p. 383-409.

¹¹² CC, 30 décembre 1979, *Loi autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants (Vote du budget II)*, précitée, cons. n° 1.

¹¹³ Voir l'article 12 de Déclaration de 1789 : « La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique » et l'article 13 du même texte : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable ». On lit, du reste, dans la pensée de Rawls que le financement de l'État n'est pas une question secondaire. Cf., sur ce point, J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 308-309.

¹¹⁴ Au sens où cette figure et ce penseur de la Révolution française soutenait dans un discours prononcé le 6 juillet 1792, repris en substance par François Saint-Bonnet, que « la lecture normale est souhaitable quand la volonté nationale peut s'exprimer, l'interprétation exceptionnelle (en vertu de l'intention du Constituant) est évidemment nécessaire lorsque le

budgétaire non prévue par la Constitution – une loi de finances en bonne et due forme devant être votée –, n'hésite pas à « tordre » les textes (Constitution de 1958 et ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances)¹¹⁵ aux motifs « que, dans cette situation et en l'absence de dispositions constitutionnelles ou organiques directement applicables, il appartient, *de toute évidence*, au Parlement et au Gouvernement, dans la sphère de leurs compétences respectives, de prendre toutes les mesures d'ordre financier nécessaires pour assurer *la continuité de la vie nationale* » (nous soulignons)¹¹⁶. La décision du juge constitutionnel, peu orthodoxe, est-elle pour autant condamnable par principe ?¹¹⁷

362. La réponse est, « de toute évidence », négative. Car, ce n'est pas la méthode qui importe, c'est le but poursuivi, « la continuité de la vie nationale » écrit le Conseil. Certes, « le raisonnement qui consiste à dire : lorsqu'on est dans une situation non prévue par la Constitution, les exigences de la continuité de la vie nationale permettent... de ne pas respecter la Constitution, n'est guère satisfaisant (...) »¹¹⁸. Mais, *per se*, l'exigence de la continuité de la vie nationale emporte avec elle une nécessité supérieure qui ne nous paraît pas totalement dénuée de base normative¹¹⁹. Le Conseil constitutionnel y a vu une évidence. Cette dernière suffit à conférer une base normative car une « exigence constitutionnelle aussi forte que la continuité de l'État permet de prendre en compte telle ou telle situation d'urgence au titre de ce qui constitue une véritable régularisation de la situation de droit »¹²⁰. Autrement, nous serions bien embarrassés pour expliquer d'autres solutions juridiques produites par notre système de droit libéral et spécialement par le Conseil d'État.

2. – Une continuité normative reconnue par le Conseil d'État :

363. Au premier rang de ces difficultés, il faudrait condamner la théorie, fondée juridiquement sur la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, dite du « fonctionnaire de fait » et « d'après laquelle, en des circonstances exceptionnelles, des personnes ou des organismes sans compétence administrative peuvent exercer, dans l'intérêt général, les pouvoirs de l'administration, et

salut public l'exige, *l'interprétation normale étant alors tyrannique* » (nous soulignons). Cf., sur ce point, F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 293-295, spéc. p. 293.

¹¹⁵ En ce sens, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, n°28, p. 401 : « On peut (...) considérer qu'il prend une très grande liberté avec les textes de la Constitution et de la loi organique ».

¹¹⁶ CC, 30 décembre 1979, *Loi autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants* (*Vote du budget II*), précitée, cons. n° 2.

¹¹⁷ Pour autant, dans la présente affaire, nous n'excluons pas, ainsi que cela a été proposé, des solutions alternatives permettant de s'en tenir « au strict respect des dispositions constitutionnelles » (p. 401). Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *op. cit.*, n° 28, p. 401-402.

¹¹⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *op. cit.*, n° 28, p. 401.

¹¹⁹ *Contra* : « En définitive, la décision du 30 décembre est critiquable car elle ne se justifie ni sur le plan du droit ni sur le plan de la nécessité ». Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *op. cit.*, n° 28, p. 402.

¹²⁰ O. GOHIN, « La Constitution française de 1958 et l'urgence », *in* *Constitutions et urgences*, préc., p. 2.

même du législateur (...) »¹²¹. Il est vrai que, lors de sa première application par le Conseil d'État, la théorie du fonctionnaire de fait n'a abouti qu'à autoriser le maire à agir sans l'aval du préfet¹²². En revanche, le juge administratif a reconnu la légalité, au titre des circonstances exceptionnelles nées de la Seconde Guerre mondiale, des actes de particuliers pris pour l'administration de la commune de Saint-Valéry-sur-Somme en jugeant « que ces actes n'étaient pas étrangers à la compétence légale des autorités municipales ; que, dans la mesure où les circonstances exceptionnelles nées de l'invasion leur conféraient un caractère de nécessité et d'urgence, ils devaient, bien qu'émanant de l'autorité de fait substituée auxdites autorités, être regardés comme administratifs »¹²³. La théorie du fonctionnaire de fait a vocation à assurer la continuité du système de droit¹²⁴. Toutefois, dans ses applications, on perçoit une nuance sérieuse. Alors que dans l'hypothèse *Lecocq* (précitée) le Conseil d'État régularise une distorsion dans la hiérarchie des normes – le maire agissant en violation des procédures –, l'arrêt *Marion* (mentionné) avalise l'inapplication de la hiérarchie des normes puisque les membres signataires du pacte, agissant en lieu et place de l'autorité juridiquement désignée par eux, ne tiennent leur pouvoir d'édicter une norme d'aucune règle du système de droit. Dans une sorte de lit de justice, ils retiennent l'administration de la commune abandonnée par le système de droit. Cet état de fait est particulièrement problématique pour le système de droit auquel incombe pourtant la tâche de produire la définition des droits fondamentaux. Or, il nous semble, là encore avec la force d'un truisme, que la continuité de la société politique ait conduit le système de droit, par le biais du juge administratif, à créé une normativité *ad hoc* sans laquelle, dans les circonstances de crise, le système juridique serait privé de base normative et, plus gravement, de sa raison d'être. Cette préoccupation majeure de continuité n'est absolument pas étrangère à la très contestée jurisprudence *Dehaene*.

364. Ce souci de protéger le fonctionnement continu du système de droit est en effet symptomatique dans la célèbre affaire *Dehaene*¹²⁵. On se souvient qu'en l'espèce plusieurs fonctionnaires des préfectures, dont le sieur Dehaene, s'étaient vus infliger une sanction disciplinaire pour avoir participé à un mouvement de grève en dépit de l'interdiction qui leur avait été signifiée par le ministre de l'Intérieur¹²⁶. La question de droit posée au Conseil d'État était celle de savoir si la sanction avait une base légale. En effet, la Constitution du 27 octobre 1946, à l'alinéa 7 de son Préambule, prévoyait : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Que disait alors la

¹²¹ M. LONG et *alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., n°32, p. 193-200, spéc. p. 196.

¹²² CE Ass., 7 janvier 1944, *Lecocq*, Rec. p. 5 : en l'espèce, le maire de Fécamp avait établi, en juin 1940, une taxe temporaire sur les ventes effectuées par les commerces de ladite commune sans être dans la possibilité de recueillir, écrit le Conseil d'État, l'approbation du préfet.

¹²³ CE Sect., 5 mars 1948, *Marion*, Rec. p. 113. Cette théorie « permet aux personnes de bonne volonté de faire face à la carence des autorités légalement instituées (...) ». Cf. G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, coll. Compact, 2^{ème} éd., 2000, p. 186.

¹²⁴ En ce sens, M. DE VILLIERS et *alii*, *Droit public général*, op. cit., p. 1176.

¹²⁵ CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, concl. Gazier, Rec. p. 426, GAJA n° 65, p. 410-420. D'où le qualificatif de « solution extraordinaire » utilisé par R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, op. cit., p. 264.

¹²⁶ Pour les faits, voir M. LONG et *alii*, op. cit., n° 65, p. 411.

Constitution ? Que « l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une modalité et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte »¹²⁷, autrement dit, que la définition du droit fondamental en cause, le droit de grève, relève du législateur. Toutefois, aucune disposition législative, pourtant « annoncée par la Constitution »¹²⁸, n'était intervenue pour réglementer le droit de grève éventuellement exercé par des fonctionnaires d'autorité des préfectures. Une seule alternative s'offrait alors au Conseil d'État : ou bien, il constatait l'absence de réglementation faute de disposition législative – conformément au respect de la hiérarchie formelle des normes imposée par le Constituant – ce qui devait aboutir à l'annulation de la sanction ; ou bien, il constatait l'absence de réglementation mais, pour valider la sanction disciplinaire, devait la créer de toute pièce franchissant ainsi le Rubicon¹²⁹. Il opta pour la seconde branche de l'alternative en « considérant qu'en l'absence de cette réglementation la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations »¹³⁰. Assurément, il n'est pas inexact de dire que le Conseil d'État a permis au Gouvernement, certes sous le contrôle du juge administratif, de se substituer au législateur méconnaissant ainsi la hiérarchie des normes. S'agit-il pour autant d'une violation normative contraire au système de droit français ? Nous en sommes beaucoup moins convaincu¹³¹.

365. Cela tient à deux séries de considérations particulièrement prégnantes dans la décision du Conseil et qui révèlent l'attachement du juge aux conséquences du système de droit libéral. En premier lieu, le Conseil d'État ne prend pas de liberté avec le système de droit puisqu'en contrôlant la réglementation gouvernementale il rattache nécessairement la restriction apportée au droit de grève au système de droit. Le droit de grève est donc défini par le système de droit, par le truchement du Gouvernement et du juge administratif. En dépit d'une violation de l'exigence constitutionnelle imposant que la restriction procède de la loi ? En réalité, intervient, en second lieu, dans la décision,

¹²⁷ CE Ass., *Dehaene*, précité.

¹²⁸ CE Ass., *Dehaene*, précité.

¹²⁹ Car « admettre sans restriction la grève des fonctionnaires, ce serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle et (...) consacrer officiellement la notion d'un État à éclipses. Une telle solution est radicalement contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit public ». Conclusions du rapporteur public Gazier, citées par M. LONG et *alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, n° 65, p. 412.

¹³⁰ CE Ass., *Dehaene*, précité.

¹³¹ Et nous ne serions pas le seul à l'évidence : « Il y a, de plus, une certaine hypocrisie à prohiber le règlement quand il y a une carence manifeste du pouvoir législatif dans un domaine essentiel à la marche des libertés publiques ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 172. D'autres ont pu soutenir, dans une perspective d'apaisement, qu'une telle faculté reconnue au Gouvernement s'apparentait à « une compétence extra-constitutionnelle du pouvoir réglementaire ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 163. Une telle dénomination évite assurément les mots qui fâchent (inconstitutionnelle, voire même anticonstitutionnelle...) sans éluder pour autant le fond du problème.

une autre série de considérations. Elle tient au contenu de l'intérêt général : « Considérant qu'une grève qui, quel qu'en soit le motif, aurait pour effet de compromettre dans ses attributions essentielles l'exercice de la fonction préfectorale porterait une atteinte grave à l'ordre public »¹³². Le Conseil d'État décide par ce considérant que le système de droit l'habilite à autoriser le Gouvernement à restreindre le droit de grève parce qu'une définition moins restrictive serait susceptible de remettre en cause, selon le juge, l'édifice étatique dans son ensemble (« compromettre les attributions essentielles »). « Le juge administratif, écrit Virginie Saint-James, s'est refusé dans cet arrêt et dans sa jurisprudence ultérieure à considérer que l'absence de loi puisse conférer un caractère absolu au droit de grève, ce qui aurait conduit à négliger le principe de continuité des services publics, qui est analysé comme une composante de l'ordre public »¹³³. Or, si l'on a admis que l'État tout entier est nécessaire à la pérennisation de l'ordre juridique (au fonctionnement continu du système de droit), lequel est indispensable à la réalisation des droits fondamentaux (puisque sans lui, aucun droit ni aucune liberté ne pourrait être défini), l'intérêt général invite, en dernier ressort, à privilégier dans une vision plus large la protection du système de droit au détriment d'une vision plus courte et erronée de protection immédiate du droit de grève¹³⁴.

366. La notion d'intérêt général permet par conséquent de libérer les organes chargés de sa production des contraintes normatives présidant habituellement à cette production lorsque la protection des droits fondamentaux peut être, *in fine*, menacée. Transcendant la hiérarchie formelle, le système de droit écarte toutes les règles procédurales pour s'assurer que l'intérêt général sera exprimé¹³⁵. À vrai dire, ce que fait le Conseil d'État est, en dépit des apparences, salubre pour le droit de grève alors même qu'il le restreint objectivement¹³⁶. L'enseignement de l'arrêt *Dehaene* ne vaut d'ailleurs pas uniquement pour le droit de grève¹³⁷ ce qui tend à accréditer l'idée que l'intérêt

¹³² CE Ass., *Dehaene*, précité.

¹³³ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 149.

¹³⁴ « C'est, commente le professeur Chapus, une solution d'une hardiesse telle qu'elle est aussi remarquable en tant qu'illustration du réalisme et du pragmatisme en général de la jurisprudence administrative (...) ». Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, op. cit., p. 265.

¹³⁵ Les normes constitutionnelles deviennent dans ces hypothèses des règles de procédures. Elles apparaissent alors véritablement pour ce qu'elles sont : des règles d'organisation des pouvoirs publics. La décision du Conseil d'État, ce faisant, « pallie la carence législative en justifiant l'intervention d'un autre organe que le législateur », en l'occurrence l'Exécutif sous le contrôle du juge, et lève « un paradoxe au sein de notre hiérarchie des normes ». Cf., sur ces deux points, V. SAINT-JAMES, op. cit., respectivement p. 149 et p. 173.

¹³⁶ Nous demeurons strictement dans le cadre d'analyse juridique imposé par la décision du Conseil d'État. En effet, nous considérons que la question de savoir si la grève d'agents de préfecture ayant au moins le grade de chef de bureau est susceptible de porter effectivement atteinte à la continuité de l'État est une question de purs faits relevant de l'appréciation souveraine du juge administratif. Ajoutons cependant que la sanction disciplinaire a consisté, pour les intéressés, en un blâme. Enfin, disons que, rétrospectivement, le Conseil d'État, s'il a restreint le droit de grève dans les services publics, devait *ipso facto* le consacrer...

¹³⁷ Il en ressort nettement de l'incise du Conseil d'État, que nous soulignons, figurant dans l'arrêt *Dehaene*, précité : « considérant qu'en l'absence de cette réglementation la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit *comme à tout autre* en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public (...) » (nous soulignons). Par ailleurs, il est remarquable d'observer que ce sont les mêmes préoccupations qui incitent le juge judiciaire, en la matière, à prévenir, dans son domaine de compétence, la dégradation du système de droit. En ce sens, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et*

général, matériellement entendu, est prioritaire lorsqu'il en va de la protection de l'ordre juridique libéral dans son ensemble. Le maintien « contre vents et marées » de cette jurisprudence par le Conseil d'État¹³⁸ en dépit¹³⁹ et postérieurement à l'intervention du Conseil constitutionnel¹⁴⁰ conforte définitivement notre lecture puisqu'elle atteste de la préséance du contenu de l'intérêt général – dans les hypothèses les plus graves – sur les règles constitutionnelles. Faut-il s'en offusquer ? Cette éventualité est exclue. Car nous affirmons que, juridiquement, la continuité du système de droit, au titre de la définition des droits fondamentaux, est totalement garantie et légitimée par l'intérêt général. « L'intérêt général est pour les membres de l'appareil d'État un devoir et non un droit, une obligation et non une faculté »¹⁴¹. L'article L. 1111-4 du Code de la défense en organise l'étendue au sommet de l'État : « Dans le cas d'événements interrompant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et entraînant la vacance simultanée de la présidence de la République, de la présidence du Sénat et des fonctions de Premier ministre, la responsabilité et les pouvoirs de défense sont automatiquement et

libertés fondamentaux, op. cit., p. 134-135, spéc. p. 134 : « la Cour de cassation s'efforce elle aussi de "réglementer" l'exercice du droit de grève dans le secteur privé, afin qu'il ne dégénère pas en abus » (nous soulignons).

¹³⁸ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 224 ; voir ainsi CE Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, Rec. p. 90 dans lequel le Conseil reprend presque mot pour mot les motifs de son arrêt *Dehaene* : « Considérant qu'en l'absence de la réglementation ainsi annoncée par la Constitution, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état de la législation, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue desdites limites pour les agents desdits services ».

¹³⁹ « Si la décision confirme, en la reprenant, la jurisprudence *Dehaene* quant à la définition des limitations au droit de grève, elle la condamne, en revanche, en ce qui concerne l'autorité compétente pour définir ces limitations ». Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 27, p. 379.

¹⁴⁰ CC, 25 juillet 1979, déc. n° 79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail (Droit de grève à la radio et à la télévision)*, Rec. p. 33, GDCC n° 27, p. 366-382, cons. n° 1 : « Considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent" ; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (nous soulignons). Créditions, en revanche, le Conseil d'État d'une manifestation de « bonne volonté » lorsqu'une loi est intervenue. Ainsi dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir dirigé contre le décret d'application de la loi antérieurement déférée au Conseil constitutionnel (décision du 25 juillet 1979), le juge administratif suprême se conforme à la fois à l'existence d'une législation et au sens que lui a donné le juge constitutionnel. Dans CE, 1^{er} juillet 1983, *Syndicat unifié de la radio et de la télévision C.F.D.T.*, Rec. p. 293, le juge vise la décision de 1979 et en fait mention dans les motifs même de l'arrêt : « Cons. qu'il ressort des dispositions précitées du II de l'article 26, que le Conseil Constitutionnel, par sa décision du 25 juillet 1979, a déclarées conformes à la constitution, que le législateur a fait obligation aux services et aux personnels des sociétés de programme et de l'établissement public de diffusion chargés de ces missions d'assurer en toutes circonstances la création, la transmission et l'émission des signaux de radio et de télévision nécessaires à la diffusion des programmes prévus par les présidents des sociétés nationales de programmes quelles que soient la nature et la durée de ces programmes ; que le décret attaqué, pris pour l'application de ces seules dispositions législatives, précise, pour chacun des organismes en cause, la nature et l'étendue des missions ainsi définies et fixe la liste des services, bases, centres et installations dont les personnels peuvent être requis à condition qu'ils soient strictement indispensables à l'exécution des mêmes missions ; qu'il n'a pour objet ou pour effet ni de réglementer le droit de grève des personnels autres que ceux qu'il énumère et notamment des personnels des services de programmation des sociétés nationales de programmes de télévision qu'il appartient au seul président de chaque société de requérir, si la situation l'exige, dans les conditions définies au III précité de l'article 26 de la loi (...) » (nous soulignons).

¹⁴¹ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 25.

successivement dévolus au ministre de la défense et, à défaut, aux autres ministres dans l'ordre indiqué par le décret portant composition du Gouvernement »¹⁴². Toutes les situations de vacance du pouvoir prévues par la Constitution¹⁴³ font l'objet, par la présente disposition, d'une sauvegarde générale – en tant qu'elle relaye ou prolonge la Constitution – pouvant conduire à ce que le salut de la République soit confié, le cas échéant, au ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche ! Enfin, à supposer – bien qu'elles soient certainement improbables – que des circonstances conduisent à l'anéantissement de l'ensemble des membres du Gouvernement de la République, en dernière instance, le Conseil d'État légaliserait l'exercice des fonctions de défense pris en charge par quiconque – y compris l'auteur de cette étude... – en vertu de la jurisprudence *Marion* concernant la théorie du fonctionnaire de fait¹⁴⁴. « Quand le salut de la patrie presse tous les citoyens, perdra-t-on le temps à s'enquérir de celui qui a le *droit* de convoquer ? Il faudrait plutôt demander : Qui n'en a pas le droit ? C'est le *devoir* sacré de tous qui y peuvent quelque chose » déclarait Sieyès en janvier 1789 (italique dans le texte)¹⁴⁵. La protection de l'ordre juridique s'appuie alors sur la légitimation de la contrainte étatique, laquelle doit s'exercer en toute circonstance.

II. – Légitimer la contrainte étatique :

367. L'ordre juridique libéral est protégé, *via* la notion d'intérêt général, par l'assurance que la contrainte étatique s'exercera fût-ce, au besoin, en contournant les règles de droit voire en violation de la hiérarchie des normes. Cette légitimation de la contrainte du pouvoir incarné par l'État est fondée sur deux vecteurs. Le premier procède d'une incontestabilité de la normativité conduisant à l'inexistence de toute normativité (A.). Le second traduit la préservation logique de l'autorité publique par le pacte social libéral (B.).

¹⁴² La prérogative du ministre de la défense n'est pas protocolaire. En ce sens, S. COHEN, « Le pouvoir politique et l'armée », *Pouvoirs* 2008/4, n° 125, p. 19-28, spéc. p. 24-25. Il « est un des éléments clés de ce que les militaires appellent l' "autorité politique". Il est le trait d'union entre les armées et le président et le gouvernement » (p. 24). Sur la dévolution ministérielle des pouvoirs de crise, à partir de l'ordre de nomination des ministres, cf. par exemple le décret du 18 mai 2007 *relatif à la composition du Gouvernement*, *JORF* du 19 mai 2007, p. 9714.

¹⁴³ Spécialement son article 7 alinéa 4 : « En cas de vacance de la présidence de la République pour quelque cause que ce soit, ou d'empêchement constaté par le Conseil constitutionnel saisi par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres, les fonctions du Président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le président du sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement ».

¹⁴⁴ CE Sect., 5 mars 1948, *Marion*, *Rec.* p. 113. On peut fonder, au travers de l'examen historique de la dictature de la Rome républicaine proposé par François Saint-Bonnet, spécialement celles de Sylla et César (I^{er} siècle avant notre ère), la justification originelle (que M. Saint-Bonnet réfute) de la nécessité d'adapter les modes de désignation des dépositaires de l'autorité publique en temps de crise. Sur ces points, base de notre interprétation très moderne du décret du 18 mai 2007, F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁴⁵ E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, *op. cit.*, p. 144. Si le pouvoir exécutif est au cœur du processus de protection, c'est essentiellement pour des impératifs pratiques. En ce sens, E.-J. SIEYES, *op. cit.*, p. 144-145 ; ainsi que F. SAINT-BONNET, *op. cit.*, p. 289.

A. – De l'incontestabilité de la normativité à l'inexistence de toute normativité :

368. Le système de droit libéral ne saurait, sans qu'il y ait contradiction, abuser d'un droit en voie d'extinction. Pourquoi ? Essentiellement parce que « parler d'abus de pouvoir lorsqu'un gouvernement franchit les limites juridiques de ses prérogatives doit être nuancé quand ni les gouvernants ni les gouvernés n'ont le sentiment qu'il s'agit d'une violation »¹⁴⁶. La normativité cède progressivement le pas à la seule appréciation des faits, ce que l'intérêt général rend légitime. Trois éléments motivent cette proposition.

369. En premier lieu, les normes de référence, au plan interne, d'un éventuel contrôle des mesures édictées peuvent ne pas être celles de la normativité antérieure. Précisément parce que cette dernière ne trouve plus les moyens, compte tenu des circonstances de crise, à s'appliquer. Le contrôle des procédures de sauvegarde ne s'effectue qu'au regard de leur aptitude à atteindre le but recherché : le rétablissement de la normativité antérieure et du fonctionnement régulier du système de droit. Allons plus loin. La normativité antérieure, incarnée dans la norme suprême, supplie le système de droit de tout mettre en œuvre « pour que force reste, en définitive, à la loi »¹⁴⁷. Ce qui conduit à créer en permanence une normativité *ad hoc* seule en mesure de rendre réguliers au regard de l'ordre juridique les normes édictées et les agissements subséquents des acteurs du système de droit. C'est à une normativité en perpétuelle mouvement que s'apprécie la conformité des mesures prises au nom de la sauvegarde de l'ordre juridique. Autant dire que l'examen n'aurait pour d'autres buts que de faire avaliser, en apparence, les mesures adoptées. Le Conseil d'État ne le nie pas lorsqu'il juge que l'article 16 de la Constitution a « pour effet d'habiliter le président de la République à prendre toutes¹⁴⁸ les mesures exigées par les circonstances qui l'ont motivée, et, notamment¹⁴⁹, à exercer dans

¹⁴⁶ F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 315. On recherche, pour l'heure, « cet espace singulier de la nécessité », celui qui serait « ni dans ni hors du droit » (p. 328). Le poids des études de psychologie juridique ne sont pas négligeables : « La présence, voire la pression de considération sociales inhérentes au droit, qu'il s'agisse des cadres, des acteurs et des actes de la vie juridique, peut, dans cet ordre d'idées, alimenter de fructueuses réflexions » (cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 37).

¹⁴⁷ O. GOHIN, « La Constitution française de 1958 et l'urgence », in *Constitutions et urgences*, préc., p. 2 : l'auteur ajoutant que cette « contrainte de la loi, c'est-à-dire de la norme d'État, a été consentie par les citoyens eux-mêmes ou par leurs représentants ».

¹⁴⁸ Alors que selon la rédaction de l'article 16 alinéa 1^{er} : « le Président de la République prend *les* mesures exigées par ces circonstances (...) » (nous soulignons).

¹⁴⁹ Donc pas seulement des mesures législatives et réglementaires. Doit-on exclure la possibilité de prendre des mesures d'ordre constitutionnel par définition contraire à toute la normativité antérieure ? Claude Leclercq offre une réponse ambiguë. Voir, C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 171 : « le chef de l'État peut alors porter atteinte à l'exercice des libertés publiques, *de manière parfaitement constitutionnelle* » (nous soulignons). Atteinte parfaite parce que conforme ou parfaite parce que prévue par la Constitution ? Dans le premier cas, la Constitution, norme de référence de l'exercice du processus de sauvegarde « présidentiel », habilite le Président à exercer un pouvoir *dans* la Constitution. Il est tenu effectivement de tout faire pour rétablir l'ordre constitutionnel antérieur. Dans le second cas, la Constitution, norme d'habilitation, habilite le Président à exercer le pouvoir *par* la Constitution. L'article 16, eu égard à sa rédaction et

les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'article 37 le pouvoir réglementaire »¹⁵⁰. Car les mesures prises, grossièrement contraires aux règles de droit établies, ne sont regardées qu'en fonction de leur capacité à rétablir le système de droit dans ses prérogatives habituelles afin de définir les droits fondamentaux. On aboutit à vérifier non plus la conformité des mesures à l'aune d'une normativité, devenue parfaitement impropre à tout contrôle, mais à s'assurer de l'efficacité des mesures à rétablir l'État dans ses droits régaliens, au besoin en adaptant la normativité nécessaire pour demeurer, en apparence¹⁵¹, dans le cadre d'un État de droit. Comment expliquer ce glissement du traitement juridique de la réalité au saisissement du droit par la réalité ? Imperceptiblement, un dérapage peu ou prou maîtrisé (selon l'ampleur des violations commises à l'encontre de la liberté) s'opère entre le Droit et le fait¹⁵².

370. En deuxième lieu, la normativité d'exception des circonstances de crise, parce qu'elle devient paradoxale dans l'État de droit¹⁵³, ne peut être expliquée qu'au moyen d'un retour aux sources du pacte social libéral. Les membres signataires du pacte ont consenti à restreindre leur liberté pour protéger la liberté. Ils ont voulu définir leurs droits et libertés. À cet effet, ils ont élaboré un ordre juridique et créé une institution commune – l'État –, ceux-ci donnant naissance au système de droit libéral. Or, quel est le but de l'association politique ? Est-il de conserver *la règle de droit fondamentale* par-dessus tout parce qu'elle pose la définition première de la liberté ? À l'évidence non. Le but est la conservation de la liberté. La fin de l'association n'étant pas le respect de la Constitution, mais bien celui de la liberté. Dans ces conditions, il apparaît clairement que ce qui se joue au cœur de l'exercice du processus de sauvegarde est le résultat d'un choix logique procédant du pacte : la protection de la liberté par sa restriction au moyen *d'une règle de droit*, dont le contenu est

aux modalités évanescences de son contrôle, tiendrait lieu, au moins en cas de crise exceptionnelle, de Constitution à lui tout seul...

¹⁵⁰ CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, Rec. p. 143, GAJA n° 82, p. 546-555.

¹⁵¹ On ne s'y trompe pas lorsque l'on se demande si le droit n'est pas, « en fait, un simple faire valoir politique ». Cf. L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 215. De même, É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 186 : puisque « l'État ne peut survivre qu'en ne se soumettant pas intégralement, ou de façon constante, aux exigences de légalité [...] », dès lors « en rationalisant et en juridicisant ainsi la situation exceptionnelle, celle-ci se trouve réinvestie et justifiée par le droit ».

¹⁵² La synthétisation qu'en fait le professeur Sermet, évoquant la « doctrine de la nécessité » en période de crise, est particulièrement significative du malaise que provoque une lecture « jusqu'au-boutiste » du processus de sauvegarde : « La doctrine de nécessité fait l'impasse sur un point majeur : celui du contexte de crise qui emporte par définition un recul de la légalité et des garanties qui y sont liées. La doctrine de nécessité permet de valider, par exception, des mesures qui auraient été déclarées illégales en temps normal. Ses conditions de mise en œuvre sont contingentes [...], il n'y a pas de critères véritablement convergents. Les conditions sont fluctuantes et s'adaptent facilement, presque trop, aux circonstances de crise. En d'autres termes, la doctrine de la nécessité a des liens très forts avec l'opportunisme de l'utilitarisme et peut servir, à la limite, à valider n'importe quelle mesure ou situation ». Cf. L. SERMET, op. cit., p. 215).

¹⁵³ Elle s'en dispense. *Contra* : Mme Duarte esquisse une réponse différente en soulignant combien la mise en œuvre des régimes dérogatoires prévus en cas de crise exceptionnelle ne saurait « permettre de suspendre l'État de droit » en reprenant les mots de la Commission et de la Cour interaméricaines des droits de l'Homme. Cf. B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 200. Néanmoins, l'auteur admet que « les organes de Strasbourg ne se sont pas expressément prononcés en ce sens » mais qu'« il est possible de penser (...) que cette condition s'impose en Europe » (p. 200).

exprimé par l'intérêt général. Les membres de la société politique n'ont pas imposé telle ou telle règle de droit initiale nettement identifiée mais une règle de droit dont le contenu implique – toujours – une restriction-protection de la liberté. Ce n'est pas la règle de droit formellement conçue qui importe ; c'est sa matière, son contenu que lui donne, en cas de crise¹⁵⁴, une exigence accrue d'intérêt général. Aussi est-il pleinement concevable que la norme suprême, en l'occurrence la Constitution du 4 octobre 1958, soit écartée au nom d'un intérêt général qui lui est supérieur. Chaque membre du corps social est donc tenu de se soumettre à une normativité d'exception, en dépit d'une contrariété totale avec la Constitution, dans la stricte mesure où cette normativité est fondée directement sur le pacte social libéral et « parce que s'opposer à l'exécution de la loi reviendrait indirectement à s'opposer à l'application d'une volonté générale supposée toujours droite, c'est-à-dire en partie à [soi]-même »¹⁵⁵. C'est dans cette mesure que la rébellion se trouve proscrite « car la *rébellion* n'est que le recommencement de l'état de guerre » (italique dans le texte)¹⁵⁶. Est illicite l'acte de rébellion contre la puissance publique en ce qu'il conduit son auteur à un retour à l'état de guerre, c'est-à-dire à l'état de nature, celui-là même qui n'est que conflits de libertés. Se rebeller¹⁵⁷, c'est pareillement rompre le lien entre restriction à la liberté et protection de la liberté. Notre système de droit le sanctionne de la manière la plus nette, et de longue date¹⁵⁸. « L'obéissance préalable aux actes de l'autorité publique,

¹⁵⁴ Mais pas exclusivement ce qui ne doit guère surprendre. Il a été démontré de manière convaincante, dans un cadre certes différent (celui de la désobéissance), que tout système suppose, même mis en sommeil, l'existence de mécanismes de dérivations (et de fusibles...) du circuit normatif afin que la hiérarchie des normes ne soit pas mise en œuvre de façon à conduire à des situations absurdes. En ce sens, É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 179 : « La soumission à la lettre de l'administration à la loi peut donc être dommageable pour l'État. Est-ce là une preuve de l'inanité de la théorie de l'État de droit ? Oui, si l'on estime que la règle de la soumission de l'autorité politique au droit ne saurait souffrir d'exception. Non, si l'on conçoit que la non application d'une loi particulière peut parfois profiter, en dernière instance, au système légal en général, et que le devoir de désobéissance à la loi se fait dans l'intérêt bien compris de la loi elle-même : pour que les lois puissent être appliquées sans discontinuité, il est nécessaire que l'appareil administratif affecté à cette tâche fonctionne sans interruption ». La logique systémique globale que nous défendons pour les droits fondamentaux inclinerait à ne pas admettre une application systématique des règles de droit. Paradoxalement donc puisque, écrit Éric Desmons (en faisant siennes les données du conséquentialisme), en substance (p. 187-189), la réalisation de l'État de droit (valeur et/ou but) peut impliquer des entorses à l'État de droit (théorie, conception, doctrine).

¹⁵⁵ É. DESMONS, op. cit., p. 89-90. Méconnaître la volonté générale, c'est rejeter l'intérêt général porteur de la liberté. Or, souligne Éric Desmons (p. 89), « le citoyen doit obéir aux actes administratifs ou à la loi parce qu'il ne saurait *légitimement* s'ériger en interprète de leur légalité ou de leur constitutionnalité sans compromettre l'ordre public (...) » (nous soulignons).

¹⁵⁶ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 472. Selon Stéphane Rials, à qui nous laissons la paternité d'une telle interprétation que nous n'avons pas vue ni ne croyons pouvoir trouver dans *Léviathan* (et uniquement dans cette œuvre), si les lois menacent la vie d'un individu (son bien suprême chez Hobbes), « Hobbes consent – *ne peut pas ne pas reconnaître* – une forme purement individuelle de droit de résistance, le réveil non du droit de nature mais son exercice illimité, dans le cadre de la priorité absolue, pour l'individu, de son bien comme préservation de sa vie sur le juste défini par la loi » (nous soulignons). Cf., sur ce point, S. RIALS, « Préface », in É. DESMONS, op. cit., p. XXV. D'un point de vue strictement argumentatif, n'est-il pas plus significatif d'écrire une chose (l'interdiction de la rébellion) que d'en tolérer une autre implicitement (le droit de résistance) ? Au contraire, il apparaît nettement que si résistance il y a, elle se situe (comme nous le soutenons) hors du champ du juridiquement possible ou admis. Opinion partagée par... É. DESMONS, op. cit., p. 46-47.

¹⁵⁷ Nous y reviendrons mais il n'est pas inutile de relever d'ores et déjà la première signification que donne un dictionnaire de langue française de l'adjectif « rebelle » : « latin *rebellis* "qui recommence la guerre", de *bellum* "guerre". Qui ne reconnaît pas l'autorité du gouvernement *légitime* et se révolte contre lui » (nous soulignons). Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 2135. L'importance de la sémantique – dans le sillon tracé par Hobbes – est relevée par Stéphane Rials : « le rebelle, en recommençant la guerre, risque de plonger à nouveau sa communauté dans le drame supposé de l'état de nature ». Cf. S. RIALS, « Préface », in É. DESMONS, op. cit., p. IX.

¹⁵⁸ É. DESMONS, op. cit., p. 89 : « la Cour de cassation refuse d'admettre la désobéissance aux ordres illégaux, l'enfermant à dessein dès 1810 dans le délit ou le crime de rébellion ». Aujourd'hui, la rébellion est incriminée par l'article 433-6 du

même si elle entraîne des conséquences dommageables, est invariablement exigée des citoyens, que l'acte soit illégal ou non »¹⁵⁹. La survenance d'une contradiction manifeste entre les actes édictés par la puissance publique et la normativité antérieure n'est guère de nature à justifier un acte de rébellion puisque, écrit Éric Desmons, « l'obéissance préalable est requise *sans exception* et la rébellion contre l'autorité ne saurait être excusée par la prétendue illégalité de l'acte » (nous soulignons)¹⁶⁰. La Cour de cassation a considéré, rapporte le professeur Desmons, que « le dépositaire de la force publique est toujours présumé, lorsqu'il agit au nom de la loi, ne faire que ce qu'elle prescrit ou lui permet ; que ce n'est pas aux individus sur lesquels il exerce ses fonctions à se rendre juges des actes de cet exercice, et moins encore de les réprimer »¹⁶¹. La raison fondamentale est implacable : « le système (...) qui conduirait directement à autoriser chaque particulier à se constituer juge des actes émanés de l'autorité publique, serait *subversif de tout l'ordre public* » (nous soulignons)¹⁶². Il est inacceptable, aux yeux du juge répressif, que les membres du corps social puissent individuellement et/ou collectivement refuser de déférer aux commandements de l'autorité publique lesquels procédant, on le répète, du pacte social libéral. C'est pourquoi, il n'est pas non plus acceptable de prétendre refuser l'exécution d'une mesure de sauvegarde au nom d'une violation des droits et libertés puisque la Cour de cassation qualifie le délit de rébellion quel que soit le mobile de son auteur¹⁶³. Enfin, il n'est guère plus envisageable, dans le cadre du processus de sauvegarde, d'invoquer un moyen de défense tenant au droit de chacun d'être interprète de la norme d'exception contestée¹⁶⁴. Car, nous supposons naturellement qu'il n'y a aucune contestation sur le caractère inconstitutionnel de la norme d'exception. Quand bien même tous sans exception conviendraient de l'inconstitutionnalité manifeste de la norme d'exception, l'économie générale du processus de sauvegarde conduit autant à rendre absurde, comme nous l'avons dit précédemment, un pointilleux contrôle de conformité qu'à exiger

Code pénal : « Constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice ». Le fait de rébellion constitue un délit réprimé par les articles 433-7 et s. du Code pénal. Il n'est pas non plus, enfin, inutile de constater que les peines correctionnelles encourues ont été aggravées, depuis 1994, par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 *relative à la prévention de la délinquance*, JORF du 7 mars 2007, p. 4297. La rébellion est loin d'être une question incidente à la fois sous l'angle des dérives du processus de sauvegarde qu'au regard du constat établi relativement à l'inquiétude normative qui traverse le système de droit.

¹⁵⁹ É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 89.

¹⁶⁰ É. DESMONS, op. cit., p. 92.

¹⁶¹ Arrêt Cass., 1817, *Boissin*, rapporté (ainsi que les motifs que nous citons) par É. DESMONS, op. cit., p. 92.

¹⁶² É. DESMONS, op. cit., p. 92 : l'auteur cite ici l'arrêt Cass., 5 janvier 1821, *Bernard*. Citons également Cass. crim., 3 mai 1961, *Bull. crim.*, n° 234 : le prévenu ne saurait se prévaloir de l'illégalité éventuelle de l'acte de l'agent public au regard de l'article 122-4 alinéa 2 du Code pénal (refus licite d'obéir à un acte manifestement illégal), pour se soustraire au délit de rébellion (article 433-6 du Code pénal) ; ainsi que Cass. crim., 2 juillet 1987, *Bull. crim.* 1987, n° 281, p. 760 : « Attendu que les fonctionnaires de police auxquels le prévenu a été déclaré coupable d'avoir résisté agissaient dans l'exercice de leurs fonctions ; que dès lors la résistance du demandeur avec violences et voies de fait constituait le délit de rébellion envers l'autorité publique ».

¹⁶³ Cass. crim., 11 décembre 1924, *D.* 1925, 1., p. 87.

¹⁶⁴ Dans le sens développé par Éric Desmons : « Ce qui est supposé ici, c'est essentiellement la transparence de la loi et son accès à tous, sans le truchement d'interprètes autorisés : chacun est désormais capable de juger de la légalité ou de l'illégalité des actes d'exécution de la loi, de faire un usage public de sa raison ». Cf. É. DESMONS, op. cit., p. 93.

l'obéissance aux actes pris au nom de la protection-restriction de la liberté impliquée par le pacte social libéral.

371. Dans ce contexte, il est établi que la normativité antérieure cède le pas au pouvoir de fait¹⁶⁵. Il revient aux autorités préétablies par le système de droit de donner au pacte social libéral toute son étendue. La normativité d'exception devient une normativité *ad hoc* pour finir, le cas échéant, par sortir complètement de tout cadre normatif. Le Droit poursuivant les faits¹⁶⁶, telle est la ligne directrice que l'on doit inférer de l'usage, au degré le plus haut ou le plus fondamental, du processus de sauvegarde. Les normes se reconfigurent en permanence pour traiter adéquatement la situation sociale jusqu'à ne plus y parvenir. Ce mouvement est patent en droit administratif. En effet, « nombreux sont les administrativistes qui se sont efforcés de délimiter les contours jurisprudentiels de la "légalité d'exception". Elle consisterait en une juste proportion entre la gravité objective de la situation et l'élargissement des pouvoirs de l'administration. Cette démarche a peu de chance de succès car elle se fonde sur l'idée que légalité d'exception et légalité normale relèvent de la même logique, que l'on pourrait rationnellement délimiter à l'avance (par la jurisprudence) la quantité de prérogatives supplémentaires dont devrait disposer l'administration. Or les crises prennent toujours des formes inédites – une théorie des circonstances exceptionnelles ne peut être autre chose qu'une théorie des circonstances *présentes* – et l'évidence à une époque n'est pas la même à une autre » (italique dans le texte)¹⁶⁷. Le décrochage entre normativité et légitimité est alors inévitable¹⁶⁸. Dans cette situation, le « paradoxe qu'expriment, selon François Saint-Bonnet, les expressions contradictoires [...] "nécessité fait loi" et "nécessité n'a point de loi" » est résolu car désormais caduc¹⁶⁹. Ne pouvant s'abriter derrière le paravent d'une normativité incapable de faire face, le système de droit – du moins ce qu'il en reste – n'a d'autre option que de se prévaloir de l'onction de la légitimité que lui confère, en dernier secours, le pacte social libéral¹⁷⁰. Or, tant que l'autorité publique établie est en mesure de se prévaloir de la légitimité du pacte social libéral, tant que le dialogue n'est pas rompu¹⁷¹, il est évident que la légitimité de la protection de la liberté naturelle n'a aucune chance

¹⁶⁵ Parce que « la nécessité renvoie (...) à un fait qui heurte la norme, la normale ». Cf. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 1.

¹⁶⁶ En signalant que « d'octobre à décembre » 1793, « des mesures particulièrement rigoureuses sont adoptées presque chaque jour » par le Comité de salut public, François Saint-Bonnet montre l'expressivité et la vivacité d'un tel phénomène. Cf. F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 360-361.

¹⁶⁷ F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 357.

¹⁶⁸ À l'image de l'aéronautique, l'aéronef qui décroche est celui qui ne réussit pas à conserver l'altitude préconisée faute d'avoir maintenu la vitesse idoine lui permettant de ne pas piquer, par exemple, en raison d'une panne informatique. Lui (au système de droit) reprocherait-on, sans ses instruments de bords (la normativité), toute tentative pour se maintenir dans les airs jusqu'à son arrivée à bon port (le rétablissement de la normativité antérieure) ?

¹⁶⁹ F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 2.

¹⁷⁰ Si « la légitimité est assurément la conformité à une certaine règle » ainsi que l'écrit le professeur Bastid (P. BASTID, « Légitimité », préc., p. 419), le pacte social libéral est, dans le cadre de notre argumentaire, cette règle.

¹⁷¹ Au sens habermassien. Voir, sur ce point, l'analyse de la désobéissance civile – laquelle est constructive et ne peut être destructrice de l'état civil – soutenue par l'auteur allemand que livre Sophie Turenne : « L'engagement dans la désobéissance civile est la conséquence d'une rupture du dialogue idéal prôné par Habermas. Toutes les voix n'ont pas réussi à se faire entendre au moment de l'élaboration du droit. *La désobéissance civile doit contribuer à renforcer un ordre*

d'être reçue puisque, dans le cas contraire, nous supposerions vouloir revenir à l'état de nature¹⁷². Supposition brève mais radicale.

B. – De la préservation finale de l'autorité publique par la légitimité du pacte social libéral :

372. Dans notre époque contemporaine, où les droits fondamentaux se sont durablement installés, « la conception progressiste » de l'histoire s'écrit *dans* la société politique et non plus *contre* elle. Aussi « la bonne rue » est-elle « celle qui adopte le fonctionnement et les logiques du pouvoir républicain »¹⁷³. Le progrès n'est plus dans la révolution, il est dans le perfectionnement, dans la réforme de la société établie¹⁷⁴. L'origine de la légitimation illumine l'autorité publique établie ce qui n'est jamais sans incidence sur le saisissement de la réalité sociale des droits fondamentaux. D'une part, toute contestation quant à la légitimité des atteintes portées aux droits fondamentaux dirigée contre l'autorité publique est susceptible d'être inopérante (1.). Cette contestation est, de surcroît, contradictoire (2.).

1. – Une contestation inopérante de l'autorité publique :

373. L'examen de la légitimité doit cesser car, en droit positif, selon les mots de Duguit, celui-ci est impraticable : « Il est clair d'ailleurs que la question de la légitimité d'une insurrection ne pourra jamais se poser en droit positif devant un tribunal. Si l'insurrection triomphe, le gouvernement qui en sortira ne fera certainement pas poursuivre pour attentat à la sûreté de l'État ou pour complot ceux auxquels il doit le pouvoir ; et si l'insurrection échoue, il n'y aura pas un tribunal qui ose déclarer qu'il n'y a pas eu complot ou attentat à la sûreté de l'État parce que le gouvernement était tyrannique et que l'intention de le renverser était légitime »¹⁷⁵. L'historien Gabriel Naudé avait développé, dans les *Considérations politiques sur les coups d'État* (1639), une théorie tout à fait analogue, s'agissant de l'hypothèse spéciale du Coup d'État, et qui exprime idéalement le jugement que l'on peut porter,

constitutionnel par définition inachevé » (nous soulignons). Cf. S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 308-309.

¹⁷² À certains égards, le droit constitutionnel allemand se montre probablement plus rigoureux en objectivant – par deux conditions suffisamment explicites – l'utilisation du droit de résistance tel que l'énonce l'article 20 al. 4 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible ». En effet, plus fondamentalement, « la résistance à l'oppression y est donc une garantie du maintien de l'ordre établi et non une ouverture sur son éventuel renversement ». Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 86.

¹⁷³ S. HAYAT, « La République, la rue et l'urne », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 31-44, spéc. p. 37.

¹⁷⁴ Nous empruntons, pour partie, à Samuel Hayat la démonstration minutieuse qu'il effectue de l'introduction du suffrage universel comme expression politique exclusive de toute autre forme de légitimité politique pour adopter ce point de vue. Voir S. HAYAT, préc., p. 41-43.

¹⁷⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1928, p. 805-806, cité par É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 94.

par translation, sur l'issue probable de l'exercice du processus de sauvegarde : « Un coup d'État se justifie par sa réussite ; il est condamnable en cas d'échec. La légitimation ne peut intervenir qu'*a posteriori* »¹⁷⁶. La sécession conduit aux mêmes constats¹⁷⁷. Le professeur Saint-Bonnet, en concluant son étude de l'état d'exception lockéen, parvient à une conclusion qui généralise, selon nous, l'impasse dans laquelle on se trouve : « Si la prérogative est utilisée opportunément, les mesures attentatoires aux droits naturels restent valables parce qu'implicitement approuvées par l'absence de révolution. Si la défense du *Commonwealth* est un prétexte pour violer les droits de nature et tyranniser, l'usage de la prérogative, légal en la forme, est sanctionné par la résistance du peuple. Dans ces conditions, la réussite gouvernementale confère juridicité à l'usage de la prérogative, l'échec l'en prive. C'est, pour certains, le destin précaire de *tout* le droit constitutionnel : en l'absence de juge spécial, l'inconstitutionnalité ne peut être sanctionnée que par la révolte » (italique dans le texte)¹⁷⁸. Puisqu'il est quasiment improbable de régulariser juridiquement en totalité le processus de sauvegarde, la révolution reste la seule issue réellement envisageable ; seule échappatoire offerte, en terme de légitimité, pour résister car alors c'est le peuple tout entier qui s'insurge contre l'oppression.

374. À moins donc que le peuple lui-même ne s'oppose à la République. « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs »¹⁷⁹. Dans ce cas, l'évidence étant en totalité niée, il faut le concéder à John Rawls, les obligations réciproques cesseraient d'exister à l'égard des citoyens membres signataires du pacte faute de légitimité : « des relations d'obligation présupposent des institutions justes, ou du moins assez justes, eu égard aux circonstances. C'est donc une erreur que de reprocher à la théorie de la justice comme équité et aux théories du contrat social en général, le fait qu'elles impliquent l'obligation des citoyens vis-à-vis de régimes injustes qui obtiennent leur consentement par la force ou de façon plus raffinée. Locke, en particulier, a été l'objet de cette critique erronée qui néglige la nécessité de certaines conditions à l'arrière-plan »¹⁸⁰. La seule issue qui se dessine est par conséquent le succès, fortuit, d'une révolution. Alors les gouvernants sont déposés, le pacte rompu, l'état civil détruit. Un nouveau cycle libéral peut voir le jour et faire advenir une nouvelle liberté restreinte, établir un nouvel ordre juridique, le faire vivre en créant de nouvelles institutions communes. La révolution, parce qu'elle absorbe, *de facto*, toute la légitimité entourant le pacte social, est ce point de rupture définitif du lien unissant la protection et la restriction de la liberté. Elle constitue, achevée et réussie, ce point de non retour qui ôte à la puissance publique le dernier

¹⁷⁶ F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 219-225, spéc. p. 223.

¹⁷⁷ En ce sens, J.-P. FELDMAN, « Sécession (Droit de) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 890 : « Le droit international envisage la sécession de manière réaliste, hypocrite diront certains : comme une question de fait. Il n'y a pas de droit de sécession en droit international public (...), mais un fait de la sécession qui, en cas de succès, provoque des effets de droits ».

¹⁷⁸ F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 272.

¹⁷⁹ Article 34 de la Déclaration des droits précédant la Constitution du 24 juin 1793.

¹⁸⁰ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 142-143.

bastion de légitimité sur lequel elle pouvait s'appuyer pour prendre les mesures exigées par les circonstances de crise. La nécessité d'exprimer l'intérêt général pour protéger le système de droit, pourvoyeur de droits fondamentaux, est l'illustration remarquable que s'exercera jusqu'au point de rupture, c'est-à-dire ce point de non retour en-deçà duquel la notion commande, quoiqu'il advienne, la protection du système de droit établi et au-delà duquel la discussion relative à l'intérêt général cesse¹⁸¹. Cependant, il semblerait que la survenance, y compris dans la France moderne, d'une révolution soit peu probable. Car si on lit le mouvement révolutionnaire en trois dimensions, de sérieuses considérations peuvent y faire puissamment obstacle, réduisant par avance la pertinence d'une contestation totale de l'autorité publique.

375. La dimension pratique d'une révolution d'abord. Les enseignements du passé nous paraissent encore d'une grande acuité. La Boétie en était consterné dès le milieu du XVI^{ème} : « Il est incroyable de voir comme un peuple, dès qu'il est assujéti, tombe soudain dans un si profond oubli de sa liberté qu'il lui est impossible de se réveiller pour la reconquérir : il sert si bien, et si volontiers, qu'on dirait à le voir qu'il n'a pas seulement perdu sa liberté mais bien *gagné* sa servitude » (italique dans le texte)¹⁸². Démontrant combien les peuples ne sont pas tant disposés à faire la révolution¹⁸³, Locke déclare : « le peuple qui, naturellement, est plus disposé à souffrir qu'à résister, ne donnera pas avec facilité dans un soulèvement »¹⁸⁴. Cet aveu de réalisme est en outre largement conforté par les écrits sociologiques de Montesquieu : « Il semblerait que la nature humaine se soulèverait sans cesse contre le gouvernement despotique. Mais, malgré l'amour des hommes pour la liberté, malgré leur haine contre la violence, la plupart des peuples y sont soumis »¹⁸⁵. Renverser un régime, fût-il profondément liberticide, n'est guère évident comme en témoigne l'ironie du baron de La Brède : « Un gouvernement despotique, au contraire, saute, pour ainsi dire, aux yeux ; il est uniforme partout : comme il ne faut que des passions pour l'établir, tout le monde est bon pour cela »¹⁸⁶. Cette lecture est reprise dans la pensée contemporaine à l'instar du professeur Rials croyant « improbable » une « société civile capable de défendre collectivement les droits subjectifs de ses membres contre des gouvernants dévoyés »¹⁸⁷.

¹⁸¹ Nous avons retenu le sens historique du terme révolution et non son étymologie, c'est-à-dire « comme "retour sur soi", comme réitération de ce qui a été et comme prévision de ce qui sera (...) ». Étant entendu qu'une révolution concrète peut bien évidemment correspondre à son étymologie. Pour ces précisions terminologiques, F. CHATELET, « Révolution (Idée de) », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n°19, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 884-887, spéc. p. 884.

¹⁸² É. DE LA BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, op. cit., p. 21.

¹⁸³ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 308-309 § 223-225.

¹⁸⁴ J. LOCKE, op. cit., p. 313 § 229.

¹⁸⁵ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, op. cit., p. 181.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ S. RIALS, « Préface », in É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. XXI. *Contra* : F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 359 : « Aujourd'hui, si le président de la République usait de l'article 16 sans que les Français n'en ressentent la nécessité, il est probable qu'ils ne le toléreraient pas passivement ».

376. La dimension juridique de la révolution ensuite. En adoptant l'analyse du professeur Picard relativement à la fonction de police, nous pouvons résumer la part de risques que peut engendrer tout processus de sauvegarde au regard des droits fondamentaux. Sous couvert d'assurer la protection du système de droit, légitimé par l'intérêt général, l'ordre juridique ne peut-il pas devenir un réel facteur de négation des droits fondamentaux alors broyés par l'exclusive obsession de la protection du système juridique ? Et, ainsi, augurer des desseins révolutionnaires ? « La police, avance le professeur Picard, en tant que fonction de nécessité, est à la fois destructrice du droit et créatrice de droit. Destructrice du droit parce qu'elle est susceptible d'attenter, sur un fondement factuel et axiologique, à toutes les règles de notre droit, c'est-à-dire à toutes les implications du principe de légalité : celles-ci lui sont tellement antithétiques dans certaines circonstances qu'elles la réduisent à un pouvoir de fait, lequel peut néanmoins s'imposer en dépit de toutes ces règles : elle est capable de primer sur la volonté du législateur, d'ignorer l'ordre légal des compétences, de renverser la hiérarchie des normes, de briser tous les clivages de notre système juridique, en un mot, de fonder à peu près n'importe quelle mesure pourvu qu'elle apparaisse, à ceux qui ont le pouvoir de déterminer le contenu de la norme de nécessité, comme nécessaire à la protection de l'ordre institutionnel libéral : en accueillant la police comme fonction de nécessité – mais, par hypothèse, comment aurait-il pu faire autrement ? –, le principe de légalité s'est laissé investir par le principe de sa propre contestation »¹⁸⁸. Rapportée et transposée à notre étude, la question centrale d'Étienne Picard conduit à admettre que l'expression impérieuse de l'intérêt général est aussi capable de briser les exigences constitutionnelles suprêmes pour justifier – au nom de la survie du système de droit – toutes les restrictions possibles aux droits fondamentaux y compris les plus liberticides.

377. Dernières considérations enfin, la dimension argumentative de la révolution. L'intérêt général prend les traits d'un remède contre la discorde ; il est anti-révolutionnaire¹⁸⁹. En effet, il permet de normaliser les conflits de droits fondamentaux en rationalisant la résolution de ces conflits. Il dirige toutes les normes du système de droit vers la définition des droits fondamentaux en lui fixant comme objectif de les consacrer. Cette habilitation générale à définir les droits fondamentaux lui permet de fédérer ces restrictions aux droits et libertés en laissant libre le système normatif d'agir à sa guise. En

¹⁸⁸ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, *op. cit.*, p. 880. Aurait-on pu faire autrement s'interroge M. Picard ? Le professeur Saint-Bonnet suggère une réponse nuancée en raison de l'ambiguïté (voire l'hypocrisie ?) inexpugnable que recèlent les mécanismes de sauvegarde. En ce sens, Cf. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 27 : « Comment s'assurer que l'exception ne devienne pas la règle ? Les législations d'exception tentent d'encadrer les circonstances de crise pour favoriser un retour à la légalité normale dans de bonnes conditions. Elles tendent à prévenir les révolutions mais les facilitent en leur donnant une apparence de légalité : elles furent parfois le moyen de faire évoluer le régime, voire le bouleverser ». Et l'auteur de poursuivre : « On s'interroge alors sur le moyen d'éviter la contradiction – toujours en germe – entre l'invocation de la sauvegarde du régime et la volonté plus ou moins hypocrite de le voir périr » (p. 38). Le comble est, qu'enfin, « on assiste (...) à un retournement : les prérogatives exceptionnelles du pouvoir au Moyen Âge deviennent le fonds minimum des compétences de l'État moderne » (p. 145). Les développements du pouvoir royal de l'État médiéval vers l'État moderne que fournit l'auteur sont tout à fait convaincants (p. 146 et s.).

¹⁸⁹ Au sens de conserver en l'état l'établissement de la société politique telle que l'enseignait Rousseau. En ce sens, cette analyse évocatrice de F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 128 : « Le plus grand danger, dans un État, est que les individus se regroupent pour, associant leur incivisme, contester l'autorité du pouvoir central ».

cas de crises graves, comme nous venons de le voir, sa liberté est cependant finalisée puisqu'il doit absolument tout mettre en œuvre pour s'assurer des moyens de sa mission. Cette normalisation s'entend par conséquent de l'attraction de tous les droits fondamentaux dans l'orbite juridique créée par le système de droit. Elle implique, dans certaines circonstances, que l'intérêt général prenne une tournure comminatoire pour les droits et libertés puisque, il faut le souligner, discuter de la légitimité de l'ordre juridique n'est pas seulement inconcevable ; elle est probablement et aussi contradictoire.

2. – Une contestation contradictoire de l'autorité publique :

378. Dès lors que l'existence de l'ordre juridique libéral est nécessaire à celle de la vraie liberté, cette liberté restreinte par une règle de droit, et que cette restriction n'est possible que par le truchement d'une puissance commune – l'État –, les membres signataires du pacte social libéral accomplissent, quoiqu'il advienne, une formidable contradiction et violent les termes de leur contrat s'ils retirent, par principe, à la puissance commune la légitimité qu'elle tient du pacte social libéral. Ce dernier exclut donc que soit conçu le moindre commencement d'illégitimité. Pourrait-on même s'interroger sur la légitimité de la règle de droit en dehors des canaux du droit ? En posant cette question, nous retirerions à l'autorité publique, constitutionnellement établie (par le suffrage¹⁹⁰) et légitimée par le pacte, le monopole, d'abord, de l'appréhension adéquate de la réalité sociale, puis, de la définition des droits fondamentaux¹⁹¹. Dans ce cas, qui est en mesure de décider de l'illégitimité des mesures de sauvegarde et, par suite, de la définition des droits fondamentaux ?

379. À propos de la désobéissance civile, conçue comme vecteur de contestations de l'autorité établie, John Rawls faisait cette réponse déroutante : « À la question : qui doit décider ? La réponse est : tous doivent décider, chacun réfléchissant par lui-même, et, avec du bon sens, de la courtoisie et de la chance, on arrive souvent à de bons résultats »¹⁹². En dépit de la déférence que l'on doit à cet auteur prodigieux, une courte démonstration par l'absurde écarte la vraie ou fausse naïveté de Rawls :

¹⁹⁰ Le suffrage aura également intercédé en faveur de l'autorité publique chaque fois que cette dernière entendait disqualifier, sans interdire totalement la manifestation pacifique, toute voie de contestation politique violente au profit de l'expression organisée du corps électoral. Et il n'est pas surprenant que cette lecture soit demeurée si tenace compte tenu de l'histoire constitutionnelle française. Ainsi que le décrit le professeur Tartakowsky, la légitimation du suffrage remonte, activement, à la Deuxième République. En ce sens, D. TARTAKOWSKY, « Quand la rue fait l'Histoire », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 19-29, spéc. p. 20. Dans le même ordre d'idées, P. BASTID, « Légitimité », préc., p. 419 : « la consécration des gouvernements par le suffrage universel, deviendra (...) ultérieurement la base de toute légitimité démocratique (...) et les contestations ne porteront plus que sur la liberté et la sincérité des consultations populaires ».

¹⁹¹ Ce qu'avait relevé, à juste titre mais pour le justifier, le professeur Encinas de Munagorri : « L'État affirme alors un monopole sur l'édiction et l'application du droit. Toutefois, la désobéissance civile a pour ambition de réaliser un renversement de perspective juridique : le droit émane aussi des citoyens et les autorités publiques sont appelées à le reconnaître, le cas échéant au terme d'un rapport de force. Ce qui est en jeu dans cette lutte pour le droit, c'est donc le contrôle des modes de production du droit valide. Dans l'ordre interne, la clef de la validité juridique est dans les mains des juges, la serrure étant forgée par le législateur. Les désobéissants cherchent, par une sorte d'effraction démocratique, à forcer l'un et l'autre pour trouver un chemin vers le droit ». Cf. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La désobéissance civile : une source du droit ? », préc., p. 73.

¹⁹² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 429.

à quoi bon conclure un pacte social libéral ? Adoptant des réserves semblables aux nôtres, le professeur Desmons note qu'« il serait possible de discuter du réalisme de la théorie de Rawls, dont on doit dire qu'elle reste minée d'incertitudes : comment parier sur la courtoisie et la chance, par exemple ? »¹⁹³. S'il nous était loisible de systématiquement discuter, au regard de nos propres appréciations du pacte, les actes de la puissance publique, nous créerions un précédent regrettable pour la liberté. Qu'y gagnerait-on ?¹⁹⁴ Car l'angélisme dont fait montre Rawls contredit tout l'édifice politique de la liberté restreinte dès lors que si les membres signataires du pacte peuvent déterminer avec évidence (« du bon sens ») les limites nécessaires à leurs droits et libertés, l'ordre juridique libéral ne se justifie plus. « Parler (...) d'un droit à la désobéissance civile (...), ou d'un droit de résistance, est un non-sens, comme si l'on se référait à un droit au non-Droit »¹⁹⁵.

380. Il ne peut y avoir un droit de résistance, ni même un devoir de résistance¹⁹⁶. Les membres du corps social, ayant consenti par le pacte à l'établissement d'une société politique, ne peuvent s'en extraire, sauf à violer leurs engagements contractuels. Résister serait non seulement s'opposer à la République mais également à la volonté populaire car « la République représente tout un peuple »¹⁹⁷. Le système de droit, face au péril, exige en quelque sorte « un acte de foi » des sujets de droit¹⁹⁸. Il fallait, en amont, c'est-à-dire dès la fondation d'un processus de sauvegarde au cours du Moyen Âge, « dédramatiser » ce processus en s'assurant qu'il ne prêtât pas le flanc à la critique. Quoi de plus radical, précisément, que de priver l'observateur des mesures prises – et tout contradictoire potentiel – d'une once même infinitésimale d'argumentation, soutient le professeur Saint-Bonnet ? « Pour être acceptable et non tyrannique, la mesure doit apparaître comme extérieure à celui qui la prend tout en étant formellement prise par lui, comme pouvant être prise avec autant de rigueur par n'importe quel autre. Il faut déshabiller la mesure de ce qui symbolise la puissance, à savoir l'acte de pensée *et* l'acte

¹⁹³ É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 83. Allant plus loin, l'auteur remarque que « A. Bloom a vivement critiqué la théorie rawlsienne du choix rationnel en montrant sa légèreté » (p. 83). C'est peut-être pour cette raison que, dans sa postface à l'œuvre de Thoreau, *La désobéissance civile*, Guillaume Villeneuve termine son propos en demandant si « ses préceptes ne s'adressent peut-être qu'aux meilleurs, aux aristocrates ». Cf. G. VILLENEUVE, « Postface », in H. D. THOREAU, *La désobéissance civile*, op. cit., p. 56. Réponse de Sophie Turenne (S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 23) : « Seuls quelques-uns possèdent, cependant, cette confiance en soi, c'est-à-dire cette capacité de décider pour soi, envers et contre tout ».

¹⁹⁴ En ce sens, P. BASTID, « Légitimité préc. », p. 420 : « Le danger évident d'une telle attitude est de rendre le principe de cette autorité justiciable d'appréciations subjectives. Et au fond tout le monde y tombe ». « Car l'illégitimité une fois admise conduit à l'exercice de la résistance par la force, c'est-à-dire à la guerre civile » (*ibid.*). Dans le même sens, quant aux contradictions que recèle un éventuel « droit » à la désobéissance civile, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 100-101.

¹⁹⁵ G. PECES-BARBA MARTINEZ, op. cit., p. 177.

¹⁹⁶ Lorsque le système de droit aura perdu complètement toute légitimité dans la détermination du contenu de l'intérêt général et dans la définition subséquente des droits fondamentaux, il en ira autrement.

¹⁹⁷ S. HAYAT, « La République, la rue et l'urne », préc., p. 39.

¹⁹⁸ Nous empruntons cette notion religieuse à François Saint-Bonnet, lequel a relié de façon éclatante la sauvegarde de la communauté politique, s'agissant d'expliquer son origine moyenâgeuse, au critère tiré de « l'évidence ». Voir F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 140 et s.

de volonté » (italique dans le texte)¹⁹⁹. Par quel moyen ? « Pour ce faire, répond-il, le moyen utilisé est celui du *jaillissement, de la clarté, du truisme, de la vérité, bref, de l'évidence* » (nous soulignons)²⁰⁰. Cette « évidente nécessité » qui « convertit une décision normalement inconstitutionnelle en non-décision non inconstitutionnelle par une métamorphose qui appartient à un registre dont ni le politique ni le juridique ne peuvent rendre compte »²⁰¹. Aujourd'hui, certes nous conjecturons, l'évidence empêcherait forcément la discussion²⁰² : « L'évidence saute aux yeux du juge et se présente à lui comme immédiatement incontestable. Elle ne laisse aucune place au doute ; elle le chasse » dit encore très justement Camille Broyelle²⁰³. « Plus encore, l'évidence ne rend pas superflue la démonstration : elle la rend impossible »²⁰⁴.

381. Que l'on fasse de l'obstruction²⁰⁵ ou que l'on milite²⁰⁶, que l'on foment²⁰⁷ ou complote²⁰⁸, que l'on attente²⁰⁹, que l'on s'attroupe²¹⁰, et, enfin, que l'on s'insurge²¹¹, toute atteinte visant à détruire l'état civil garanti par l'existence d'une autorité collective préétablie – une autorité publique – sera réprimée comme étant, du point de vue du pacte social libéral, illégitime. Tout concourt à combattre effectivement cet « instinct humain d'insubordination »²¹². La loi humaine peut être considérée par chaque membre du corps social comme illégitime sans cesser d'être la loi²¹³. Si « le pouvoir est dans la rue quand les participants au mouvement parviennent à imposer leurs

¹⁹⁹ F. SAINT-BONNET, *op. cit.*, p. 141.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception, op. cit.*, p. 335.

²⁰² Voir F. SAINT-BONNET, *op. cit.* : si l'évidence, « par nature, n'est pas le produit d'une délibération » (p. 152) mais d'une « sensation de la majorité » dans son acception lockéenne (p. 267-268), M. Saint-Bonnet a montré que dès le XIV^{ème} siècle, à titre individuel ou collectif, elle a pu être contestée (p. 143-144).

²⁰³ C. BROYELLE, « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, préc., p. 273-282, spéc. p. 274.

²⁰⁴ C. BROYELLE, préc., p. 276.

²⁰⁵ Notamment en manifestant illégalement (article 431-9 du Code pénal).

²⁰⁶ Sur ce point clairement distingué de la désobéissance civile, J. RAWLS, *Théorie de la justice, op. cit.*, p. 404-408, spéc. p. 408 : « l'action militante ne se situe pas dans le cadre de la fidélité à la loi, mais représente une opposition plus profonde à l'ordre légal. On pense que la structure de base est si injuste ou si éloignée des idéaux qu'elle professe que l'on doit essayer de préparer la voie pour des changements radicaux ou même révolutionnaires ».

²⁰⁷ La répression de la provocation aux crimes et délits est nettement caractérisée par le Code pénal : art. 412-4 ; art. 412-8 ; article 431-6 ; art. 433-10.

²⁰⁸ Article 412-2 du Code pénal. Ainsi le système de droit est en mesure de mater « dans l'œuf » toute tentative de sédition.

²⁰⁹ Article 412-1 du Code pénal : « Constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ».

²¹⁰ Article 431-3 du Code pénal. Jacques Robert décrit bien l'état du droit de l'attroupement : « Il flotte autour de lui une présomption de volonté de troubler l'ordre public, de causer des incidents, de susciter des mouvements subversifs [...] Parce qu'il est, de nature, suspect, il est réprimé minutieusement » (cf. J. ROBERT, « La manifestation de rue », *RDJ* 2006, p. 829-846, spéc. p. 832).

²¹¹ Article 412-3 du Code pénal ; article 412-6 du même Code. Notons incidemment que la définition européenne du droit à la vie inclut expressément cette restriction d'intérêt général : article 2 § 2 : « La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : (...) c. pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

²¹² Critiqué par l'architecte de la société antique Hippiodame de Milet (V^{ème} siècle avant notre ère), voir G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques, op. cit.*, p. 35-39, spéc. p. 38.

²¹³ Pour paraphraser la proposition édifiante de Peter SUBER, *The Paradox of Self-Amendment, a Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*, New-York, éd. P. Lang, 1990 : « si la loi humaine peut être immorale sans cesser d'être la loi, il semble qu'elle puisse être illogique sans cesser d'être la loi ». Rapporté par A. LE PILLOUER, « "De la révision à l'abrogation de la constitution" : les termes du débat », in *Autour de la notion de Constitution*, préc., p. 17.

revendications, à infléchir une politique, à obtenir une démission »²¹⁴, ce n'est pas la rue qui a décidé mais l'autorité établie, sous une pression éventuelle et plus ou moins forte, qui doit être considérée comme l'auteur légitime des mesures adoptées²¹⁵. Car résister au pouvoir, conclut Éric Desmons dans sa thèse, jusqu'à sa destruction reviendrait logiquement à rendre caduc tout droit de résistance²¹⁶. Nous serions bien en peine de nous interroger sur l'opportunité de résister faute d'être en mesure d'identifier contre qui résister car « quand le pouvoir n'est pas résolu à forcer l'obéissance, il n'y a plus de pouvoir »²¹⁷. Si la répression possible nourrit la prévention du discours politique à l'encontre des membres du corps social qui tenteraient de s'arc-bouter derrière la légitimité personnelle de leur liberté, c'est que finalement l'intérêt général a su porter l'idéal du pacte social libéral et quasiment, et l'idée n'est pas trop forte, discréditer un prétendu contrôle social de son contenu hors des canaux juridiques de la société politique. « La rue manifestante n'est pas porteuse de légitimité politique car elle est interprétée comme ne représentant que des groupes particuliers. La République institutionnelle, au contraire, incarne l'ensemble des citoyens, et doit garantir leur droit à l'utilisation privée des rues »²¹⁸. Déférons alors au commandement de l'autorité établie : « Obéissance à la loi. Dispersez-vous » !²¹⁹

382. Il reste néanmoins qu'obtempérer à l'autorité établie ne résout pas, ici, la déviation en germe que révèle la dimension légitimante de la notion d'intérêt général. Cette dernière peut devenir potentiellement liberticide, fût-ce le fait du peuple tout entier²²⁰. Car, ce que Joseph de Maistre (XIX^{ème} siècle) avait stigmatisé pour dénoncer les faux-semblants de la Révolution, la souveraineté « est absolue de nature ; qu'on la place sur une ou plusieurs têtes, qu'on divise, qu'on organise les pouvoirs comme on voudra : il y aura toujours, en dernière analyse, un pouvoir absolu qui pourra faire le mal impunément, qui sera donc despotique sous ce point de vue, dans toute la force du terme, et

²¹⁴ N. MARIOT, « Le frisson fait-il la manifestation ? », préc., p. 97.

²¹⁵ « Aucun pouvoir ne se reconnaît jamais comme oppressif, la négation par lui-même de sa légitimité s'apparenterait en effet à un suicide politique ». Cf. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 227.

²¹⁶ É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 205-206.

²¹⁷ ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Gallimard, coll. Folio-essais, 1985, p. 159-160, cité par É. DESMONS, op. cit., p. 205. On peut en ce domaine parler d'une « impossibilité de structure, pour l'État, d'admettre qu'on lui résiste » (cf. P. WACHSMANN, op. cit., p. 228).

²¹⁸ S. HAYAT, « La République, la rue et l'urne », préc., p. 34. Philippe Braud défend une vision plus nuancée : « Dans les systèmes fondés sur la totale passivité des gouvernés », dit-il, « manifestations et attroupements sont donc associés à la notion de turbulence. Comme l'indique d'ailleurs l'étymologie du mot, la manifestation signale une affirmation collective d'existence politique, échappant peu ou prou au contrôle d'État. Spontanée ou organisée, elle menace les canaux institutionnels et la sérénité de l'ordre public ». Tandis que dans « les démocraties pluralistes » distingue-t-il, « les manifestations au sens moderne sont devenues un mode d'expression légitime des attentes collectives, constitutives d'une forme de participation politique officiellement reconnue ». Cf. P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 490.

²¹⁹ Article R. 431-1 du Code pénal : « Pour l'application de l'article 431-3, l'autorité habilitée à procéder aux sommations avant de disperser un attroupement par la force : 1° Annonce sa présence en énonçant par haut-parleur les mots : "Obéissance à la loi. Dispersez-vous" ».

²²⁰ « Montesquieu veut se défendre, rappelle M. Leclercq, contre l'arbitraire, quel que soit le détenteur du pouvoir (roi ou prince, ou assemblée) ». Cf. C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 16. C'est aussi la position défendue par Mill : « La tyrannie est de l'essence même du pouvoir » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 163).

contre lequel il n'y aura d'autre rempart que l'insurrection »²²¹. D'où cette conclusion rétrospective qui ne devrait pas surprendre : « les historiens, affirme le professeur Harouel, s'accordent pour conclure que le propre de la monarchie absolue était d'être limitée. Bien moins absolu que celui qui va naître de la Révolution, l'État de l'Ancien Régime laissait dans bien des cas aux gouvernés une plus large indépendance »²²². Si, à supposer qu'il l'ait énoncé²²³, « l'État, c'est moi » selon Louis XIV, le fait que nous puissions dire, aujourd'hui, « l'État, c'est nous », ne ferait qu'accentuer l'extraordinaire puissance du pouvoir d'État et annoncer une dévalorisation du pouvoir individuel. Cette conception de l'intérêt général, mise en œuvre par le seul pouvoir souverain, conduit à un face à face, « un ordre bipolaire »²²⁴, nouveau dans leurs poids respectifs, entre l'intérêt général et les intérêts individuels que la Révolution française avait préparé à partir de 1791 : « il n'y a plus de corporation dans l'État, *il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu, et l'intérêt général* » (italique dans le texte)²²⁵. Si « le social est réduit à une poussière d'individus atomisés » comme l'écrit François Rangeon²²⁶, nul ne saurait être surpris qu'ils ne s'envolent au moindre soupire de l'intérêt général ! On voit poindre les premières failles d'une théorie des droits fondamentaux fondée sur la notion d'intérêt général. Ce constat, *légitimement* discutable, n'en demeure pas moins *juridiquement* convaincant. La voie au dirigisme social de l'exercice des droits fondamentaux est dorénavant ouverte, comme une option plausible et structurelle, par la notion d'intérêt général. Elle témoigne de l'ambivalence de la notion d'intérêt général pour définir les droits fondamentaux.

Section 2^{ème} : Une légitimation ambivalente :

383. La notion d'intérêt général intègre tous les conflits de droits fondamentaux. Ce faisant, elle exclut toute tentative de gestion hors des canaux juridiques. La liberté, définie par l'intérêt général, est localisable à l'issue d'une voie de droit. Les membres signataires du pacte sont tenus d'emprunter les pistes juridiques tracées pour connaître la définition d'un droit fondamental ; aucun droit, ni aucune liberté ne saurait profiter du hors-piste. Contre Benjamin Constant, la notion d'intérêt général guide le voyageur dans les moindres chemins de la liberté²²⁷. On retrouve toutes les virtualités du lien social,

²²¹ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 431.

²²² J.-L. HAROUEL, « Ancien Régime », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 36-38, spéc. p. 36.

²²³ François Rangeon affirme que Louis XIV « ne l'a en fait jamais prononcée » et que cette phrase relève de la « tradition ». Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 135.

²²⁴ Cf. F. RANGEON, op. cit., p. 140. Benjamin Constant sera, suggère M. Rangeon, le premier à tenter de résoudre ce paradoxe né de la Révolution française : il « veut renouer les mailles du tissu social. Il s'interroge sur le vide qui sépare, l'individu de l'État (...) » (p. 166).

²²⁵ Rapport du député Le Chapelier (qui donnera son nom la loi des 14 et 17 juin 1791) cité par F. RANGEON, op. cit., p. 140.

²²⁶ Cf. F. RANGEON, op. cit., p. 140.

²²⁷ « Nous sommes des modernes, énonçait-il, qui voulons jouir chacun de nos droits, développer chacun nos facultés comme bon nous semble, sans nuire à autrui ; veiller sur le développement de ces facultés dans les enfants que la nature confie à notre affection, d'autant plus éclairée qu'elle est plus vive, et n'ayant besoin de l'autorité que pour tenir d'elle les

dans ces deux facettes que construit Émile Durkheim, montrant combien la société peut être amenée à « surplomber » l'Homme : « Parce que la société est au-dessus de nous, elle nous commande ; (...) parce que tout en nous étant supérieure, elle nous pénètre, parce qu'elle fait partie de nous mêmes, elle nous attire de cet attrait spécial que nous inspirent les fins morales. Il n'y a donc pas à chercher à déduire le bien du devoir ou réciproquement. Mais, suivant que nous nous représentons la société sous l'un ou sous l'autre aspect, elle nous apparaît comme une puissance qui nous fait la loi ou comme un être aimé auquel nous nous donnons (...) »²²⁸. On renouerait ainsi avec « l'orientation » juridico-spatiale que professait Sieyès : « Je me figure la loi au centre d'un globe immense ; tous les citoyens sans exception sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales ; tous dépendant également de la loi, tous lui offrent leur liberté et leur propriété à protéger »²²⁹. Au-delà d'un manque de fantaisie manifeste, la doctrine « hyper-logistique » de Sieyès, cette « tyrannie sociale » pour reprendre l'expression édifiante de Mill²³⁰, montre que les manières d'agir importent peu, une seule réalité se fait pressante : intégrer et réguler revient à exclure²³¹. La légitimation de la définition des droits fondamentaux devient ambivalente. Première manifestation de cette ambivalence, l'intérêt général est susceptible d'exercer un contrôle social sur les droits fondamentaux (§1.). Les limites qu'un tel contrôle révèle conduit, seconde manifestation de cette ambivalence, à autoriser un contrôle politique de l'intérêt général au nom des droits fondamentaux (§2.).

§1. – Un contrôle social des droits fondamentaux par l'intérêt général :

384. La légitimation de la définition des droits fondamentaux amène par conséquent l'intérêt général à autoriser un contrôle social des droits fondamentaux et, à travers eux, des droits et libertés. Ce contrôle social est à la fois matériel (I.) et formel (II.). Sur le plan matériel, l'intérêt général opère en rejetant tout objet défini en dehors du système de droit. Sur le plan formel, il tend à rejeter toute discussion engagée en dehors du système de droit. Le corps social dit ce que les droits fondamentaux

moyens généraux d'instruction qu'elle peut rassembler, comme les voyageurs acceptent d'elle les grands chemins sans être dirigés par elle dans la route qu'ils veulent suivre ». Cf. B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 611-612.

²²⁸ É. DURKHEIM, *L'éducation morale*, 1925, p. 84 cité par G. PAOLETTI, « La théorie durkheimienne du lien social à l'épreuve de l'éducation morale », préc., p. 280.

²²⁹ E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, op. cit., p. 173-174.

²³⁰ Expliquée par F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 163-164 : « Plus dangereuse est en effet cette "tyrannie sociale" car elle s'exerce au nom de l'intérêt général. Sous prétexte de le rendre heureux, la société étend son pouvoir sur l'individu. La tyrannie sociale est celle d'une société qui prétend se mêler de tout, qui "pénètre dans les détails de la vie" de l'individu et qui "enchaîne l'âme elle-même" ».

²³¹ « Durkheim précise bien qu'il s'agit de deux aspects inséparables d'une même réalité, dont ils expriment pourtant "des modes d'actions différents" » (cf. G. PAOLETTI, « La théorie durkheimienne du lien social à l'épreuve de l'éducation morale », préc., p. 280).

doivent être pour tous et limite drastiquement la possibilité de contester individuellement ce qu'ils sont.

I. – Un contrôle matériel des droits fondamentaux :

385. On peut parler d'un contrôle du contenu matériel d'un droit fondamental lorsque ce dernier est amené à subir une pression de l'intérêt général telle qu'elle vise à intimider aux titulaires de droits fondamentaux le sens de leurs droits, c'est-à-dire l'orientation sociale dans laquelle doivent s'exercer les droits fondamentaux (A.). Cette pression est aggravée par la situation contemporaine d'une éthique des droits fondamentaux (B.) que construit l'ordre juridique à travers la notion d'intérêt général.

A. – L'orientation sociale des droits fondamentaux :

386. Cette orientation est perceptible, notamment, lorsque le système de droit, par le truchement de ses organes, en vient à déformer la règle de droit pour définir les droits fondamentaux (1.) ou qu'il manifeste une propension à revenir vers une conception large de la théorie de l'abus de droit (2.).

1. – Une déformation problématique de la règle de droit :

387. Nous nous appuyons sur une seule affaire pour développer notre argumentaire : l'ordonnance de référé *Commune de Houilles* rendue le 8 juin 2005 nous paraît, en effet, illustrer une forme d'orientation sociale rampante des droits fondamentaux de façon symptomatique²³². Le juge ne comble plus un vide juridique ; il déformerait – au sens de tordre – la règle de droit²³³.

388. Dans cette affaire, le maire s'étant opposé à la création d'un « sex-shop », suite à des mouvements d'humeurs de ses administrés et en prévision de la création d'un pôle jeunesse à proximité, le Conseil d'État est saisi en appel par la Commune de la suspension de la décision de son maire par le juge des référés du Tribunal administratif de Versailles²³⁴. Le Conseil d'État estime,

²³² CE, ord., 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, req. n° 267836, mentionnée aux *Tables*. Voir, sur cet arrêt, S. HUL, « Quand l'absence d'illégalité manifeste vient au secours de la moralité publique », note sous CE, ord., 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, req. n° 267836, *AJDA* 2005, p. 1851-1853.

²³³ Voir, sur cette idée de torsion, l'analyse instructive de M. Latour : « On dira que les juges, à ce compte, offrent aux savants ce que certains épistémologues peignent comme un cauchemar pour la vérité scientifique : l'exemple même d'un arbitraire total par lequel une assemblée fermée décide sans autre arbitre extérieur qu'elle, sans autre outil que les mots, de ce qu'il faut tenir pour vérité, par simple consensus. Les juges sont libres, à ce compte, d'appeler un chat un chien, de considérer un esclave comme un affranchi (...), bref d'exercer tous les privilèges de cette *fictio legis* qui permet, en enfilant les "constructions prétoriennes", de faire en sorte que le bon peuple finisse par prendre des vessies pour des lanternes ». Cf. B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004, p. 253.

²³⁴ CE, ord., *Commune de Houilles*, précité. Comment doit-on lire ce passage de l'ordonnance ? « Si l'ouverture, à la suite de la décision du juge des référés du tribunal administratif, du « sex shop » n'a pas entraîné de troubles particuliers, il

contrairement au premier juge, que les conditions d'application de l'article L. 512-2 du Code de justice administrative ne sont pas réunies : « Considérant (...) qu'il résulte de l'instruction, et qu'il a été confirmé au cours de l'audience publique, qu'une école maternelle et une école primaire *sont situées certes à plus de cent mètres mais tout de même non loin du commerce litigieux* ; que, surtout, la commune aménage à proximité de ce commerce un pôle jeunesse, destiné à abriter des services d'animation, d'information et de loisirs à l'intention des jeunes ; que les travaux de réalisation de cet équipement public doivent s'achever dans les prochains mois ; considérant qu'eu égard à l'ensemble de ces éléments, et même *s'il n'est pas contesté que le projet de la société Cassandra ne tombe sous le coup ni de l'interdiction édictée par la loi du 30 juillet 1987 ni de l'incrimination prévue par l'article 227-24 du code pénal*, la mesure prise par le maire de Houilles, qui repose sur des motifs qui sont au nombre de ceux que les autorités chargées de la police municipale peuvent légalement retenir, apparaît fondée sur des éléments d'appréciation tirés de la tranquillité de la population et de la protection de la jeunesse qui ne font pas apparaître d'atteinte manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue la liberté du commerce et de l'industrie » (nous soulignons)²³⁵. Sans se prononcer sur l'opportunité de l'ouverture d'un « sex shop » dans les circonstances de l'affaire, on nous autorisera à relever les incertitudes de la motivation du juge des référés du Conseil d'État.

389. D'abord, il convient de noter que l'installation, à la date de l'ordonnance du juge, de ce type d'établissement était interdite à moins de cent mètres d'un établissement d'enseignement²³⁶. Ainsi la loi du 30 juillet 1987 applicable aux faits de l'espèce n'interdisait pas l'installation du « sex shop » situé à plus de cent mètres. Le juge en a décidé autrement parce que les établissements d'enseignement étaient « tout de même non loin du commerce litigieux ». Ensuite, le juge constate qu'un pôle jeunesse doit être construit « à proximité de ce commerce ». À quelle distance ? Dix, vingt ou cent mètres ? De même ce pôle est « destiné à abriter des services d'animation, d'information et de loisirs à l'intention des jeunes ». Si on peut supposer aisément qu'il s'agit de mineurs, ces services peuvent-ils être qualifiés, comme le prévoit la loi du 30 juillet 1987 dans sa rédaction en vigueur aujourd'hui comme à l'époque des faits, « d'établissement d'enseignement » ? Enfin, l'installation de l'établissement en cause n'entraîne pas dans les prévisions pénales. Ni interdite préventivement par la loi civile, ni punissable *a posteriori* par la loi répressive, l'installation du « sex shop » est judiciairement interdite pour des motifs d'ordre administratif validés par le juge par ce considérant :

résulte de l'instruction que la population du quartier d'habitation de caractère pavillonnaire où se situe le projet de la société Cassandra a témoigné d'une hostilité à ce projet qui s'est traduite par une pétition signée, à la date de l'audience publique, par 1600 personnes ». Il est important de savoir qu'en l'espèce le premier juge a estimé que les conditions du référé liberté de l'article L. 521-2 du CJA étaient réunies : atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (liberté du commerce et de l'industrie).

²³⁵ CE, ord., *Commune de Houilles*, précité.

²³⁶ Article 99 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 *portant diverses mesures d'ordre social* dans sa rédaction issue de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992. Ce n'est que par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 que l'interdiction a été portée à deux cents mètres. Texte disponible sur le site Legifrance.gouv.fr.

« Considérant qu'indépendamment de ces dispositions législatives, il appartient au maire, chargé de la police municipale en vertu de l'article L. 2212-1 du code général des collectivités territoriales, de prendre à ce titre, conformément à l'article L. 2212-2 de ce code, les mesures permettant d'assurer dans la commune le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques (...) »²³⁷. Dans l'espace normatif incertain qu'aurait laissé le législateur, le juge administratif a préféré faire prévaloir non pas tant une certaine morale publique au détriment de la liberté du commerce et de l'industrie²³⁸ qu'une restriction socialement exigée au nom d'un intérêt général localement et ardemment défendu²³⁹. Le juge aurait pu voir, nous semble-t-il, autant ce qu'il a vu (un vide législatif qu'il s'est empressé de combler) qu'une permission, une forme de tolérance voire de préférence du législateur pour la liberté du commerce et de l'industrie. Saisies cette fois du fond de l'affaire, les juridictions du premier et du second degré, si elles suppléent à la motivation elliptique du Conseil d'État – et nécessairement sommaire pour une ordonnance de référé – ont débouté la société propriétaire du « sex shop » en adoptant une ligne jurisprudentielle qui ne se démarque nullement de la Haute juridiction administrative. En particulier, la Cour administrative d'appel de Versailles ajoutant simplement au Conseil d'État, après l'avoir repris *in extenso*, « qu'il ressort des pièces du dossier que le projet d'implantation de ce commerce était situé non seulement à proximité des établissements déjà mentionnés, mais aussi sur un axe majeur de la ville reliant plusieurs équipements publics destinés aux enfants et aux adolescents, comme la bibliothèque municipale et divers établissements scolaires et qu'un arrêt de bus desservant les établissements scolaires était situé précisément en face de cet établissement »²⁴⁰. Le luxe de détails destiné à justifier l'arrêt d'appel ne sert pas, selon nous, la Cour de Versailles. Dans quelque sens que l'on retourne le problème, il ressort de cette espèce que l'installation dudit établissement n'aurait pu se faire qu'en rase campagne... peu propice comme on le devine au négoce reconnu par la liberté dite du commerce et de l'industrie. À l'inverse des juges, il est

²³⁷ CE, ord., *Commune de Houilles*, précité.

²³⁸ Sylvain Hul a d'ailleurs interprété cette décision en ce sens : « À cet égard, la décision commentée, qui vérifie l'existence de circonstances locales justifiant l'interdiction litigieuse, n'est donc, sans doute, originale qu'en tant que la moralité n'y figure que de façon elliptique ». Cf. S. HUL, « Quand l'absence d'illégalité manifeste vient au secours de la moralité publique », préc., p. 1853. Voir l'arrêt CE, ord., *Commune de Houilles*, précité, dans lequel le juge évoque « un établissement qui (...) présenterait, en raison des circonstances locales, des dangers particuliers pour la jeunesse ou pour la tranquillité de la population ». À l'inverse, il avait été moins intransigeant pour l'affichage publicitaire vantant les « messageries roses » dans CE, 8 décembre 1997, *Commune d'Arcueil c. Régie publicitaire des transports parisiens*, Rec. p. 482.

²³⁹ Les juges du fond ont confirmé la décision du maire en rejetant l'appel formé par la société Cassandre propriétaire du « sex shop ». Voir CAA Versailles, 13 mars 2008, *Société Cassandre c. Commune de Houilles*, req. n° 06VE01662, inédit. À notre connaissance, et à ce jour, aucun pourvoi n'a été formé à l'encontre de cet arrêt. Cependant, un point particulier de la motivation des juges attire l'attention. « Les habitants du quartier se sont fortement mobilisés contre le projet d'ouverture de ce sex-shop, notamment par voie de pétitions » (CAA Versailles, *Société Cassandre c. Commune de Houilles*, précité), pétition « signée, à la date de l'audience publique, par 1600 personnes » (CE, ord., *Commune de Houilles*, précité). Située dans le département des Yvelines, la Commune de Houilles comptait en 2008 près de trente mille habitants (source : site internet <http://www.ville-houilles.fr>). Autrement dit, 5 % de la population, provenant certes essentiellement du quartier concerné par le projet litigieux, « a témoigné d'une hostilité à ce projet » (CE, ord., *Commune de Houilles*, précité). Ne surdéterminons pas l'impact de l'arithmétique dans la motivation du juge administratif ce paramètre n'ayant pu à lui seul contribuer à la décision adoptée. Toutefois émettons une réserve sur « l'hostilité » des habitants : 95 % d'entre eux auraient été ou indifférents ou « intéressés » par le projet...

²⁴⁰ CAA Versailles, *Société Cassandre c. Commune de Houilles*, précité.

fort probable que le législateur civil et pénal ait entendu concilier véritablement ce droit fondamental et l'intérêt général en conditionnant la création de ce type d'établissement de manière à éviter la corruption de mineurs tout en préservant la possibilité réelle d'exercer ce type de commerce (jusqu'à preuve du contraire admis par le droit français). Le système de droit, dans cette hypothèse, par lacune législative ou zèle prétorien, a donc fait un choix d'orientation des droits fondamentaux. Dire, au surplus, que les circonstances locales auraient fait pression sur le juge pour juger en ce sens ne fait que corroborer notre analyse²⁴¹. Il est acquis que le corps social est en mesure d'interférer dans la définition des droits fondamentaux en orientant celle-ci. « L'abus » de la théorie de l'abus de droit constitue la seconde illustration de cette inclination normative.

2. – Le retour à une conception large de la théorie de l'abus de droit :

390. L'expansionnisme de la notion d'intérêt général traduirait, *mutatis mutandis*, la victoire de la conception large de l'abus de droit²⁴², ou « la conception du droit fonction sociale »²⁴³. Norbert Foulquier a montré qu'historiquement notre droit national avait opté pour cette vision : « Par leur exercice, les administrés ne pouvaient être autorisés à dénaturer leurs droits et libertés au point de nuire à l'intérêt général. Leur utilisation était déterminée par les conditions de leur reconnaissance et de leur obtention »²⁴⁴. Nous serions confrontés à une extension sans précédent de la théorie de l'abus de droit telle que les civilistes ont pu la développer. Or, traitant de la notion d'abus de droit, le professeur Ancel formule ce constat du renouveau de la conception du droit « fonction sociale » en partant de la réduction des prérogatives individuelles : « Il faut observer que certains droits subjectifs strictement déterminés ne sont pas susceptibles de donner lieu à abus, parce que le juge se refuse d'en contrôler l'utilisation. Ces *droits discrétionnaires* semblent cependant en nombre de plus en plus

²⁴¹ Pour une opinion légèrement différente, voir P. CHRETIEN, G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, *Droit administratif, op. cit.*, p. 495 : Les auteurs estiment, de manière générale, que l'on peut objectiver les circonstances locales afin d'autoriser une mesure de police administrative lorsqu'existe un risque de trouble à l'ordre public. Selon eux, les atteintes à la moralité publique sont en fait une atteinte à la tranquillité publique (composante de l'ordre public) en ce que l'immoralité peut troubler l'ordre public (conception matérielle).

²⁴² « Depuis le début du siècle, la doctrine est écartelée entre deux conceptions extrêmes. D'un côté, une conception individualiste, restrictive, subjective, à laquelle on attache habituellement le nom de Ripert, mais dont on trouve une première expression chez Saleilles, lequel définit l'abus de droit comme un "acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit (...)". À l'opposé la conception large, objective, présentée comme "socialisante" initiée par Josserand (...). Cette conception attribue aux droits une certaine fonction sociale, l'abus étant constitué par le détournement de cette fonction, de cette finalité, de cet esprit » (cf. P. ANCEL, « Abus de droit (Interdiction de l') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 3. À la suite de Samuel Etoa, nous intégrons, ici, les hypothèses d'abus de liberté à la théorie classique de l'abus de droit, voir S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français, op. cit.*, p. 60-61.

²⁴³ F. TERRE, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 422. Conception que l'on retrouve en droit espagnol et dans la pensée de G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 443.

²⁴⁴ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle, op. cit.*, p. 345.

limité » (italique dans le texte)²⁴⁵. D'où, sans doute, cette remarque de Jean-Pierre Marguénaud : « Depuis quelques années, dénonce-t-il, il est à la mode d'ériger des devoirs de l'homme en contrepartie nécessaire des droits de l'homme »²⁴⁶. Cette orientation juridique n'est d'ailleurs pas sans analogie avec la procédure de déchéance des droits fondamentaux qu'organise l'article 18 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 et dont on sait qu'elle téléologise fortement l'exercice des droits et libertés sous le contrôle, certes, de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe²⁴⁷. La déchéance des droits fondamentaux est une procédure pour abus de droit ayant valeur constitutionnelle qui consolide considérablement, puisqu'elle se situe à l'échelon normatif suprême, « une » interprétation finalisée du droit des droits fondamentaux (en l'occurrence un certain ordre, l'ordre constitutionnel libéral et démocratique). Ce premier constat ne sera pas contredit dès lors que le droit positif s'affiche ouvertement comme porteur de valeurs destinées à marquer la finalité des droits fondamentaux.

B. – L'orientation éthique des droits fondamentaux :

391. « Chaque fois que sont en cause des valeurs, chaque fois qu'on justifie une restriction à la liberté non plus par des impératifs matériels, concrets, immédiatement perceptibles, mais par des impératifs immatériels, la mise en balance des exigences contradictoires s'avère particulièrement délicate à effectuer »²⁴⁸. Il faut aller au-delà des effets légitimants de la notion d'intérêt général à l'égard de la liaison restriction-protection pour apprécier leur impact sur la liberté elle-même. « On ne peut en effet négliger la fonction symbolique de la règle juridique : le rôle du droit n'est pas seulement d'interdire ou de réglementer des comportements potentiellement nuisibles à autrui ou à la société, mais aussi de poser des interdits au nom de valeurs considérées comme fondamentales »²⁴⁹. Quelle est alors l'étendue de ces interdits ? C'est, sans doute non sans arbitraire, que nous croyons pouvoir distinguer deux situations différentes et objectives. Une première forme d'éthique peut être acceptée car, en protégeant l'homme de lui-même, la société vise en réalité à se protéger, elle (1.) ; cette situation entrerait encore dans les prévisions des articles 4 et 5 du texte de 1789, la société ayant le droit d'interdire les actions nuisibles dans la mesure où nuire à soi-même peut être considéré comme

²⁴⁵ P. ANCEL, « Abus de droit (Interdiction de l') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 3.

²⁴⁶ J.-P. MARGUENAUD, « Conclusions générales », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 119-128, spéc. p. 125.

²⁴⁷ Article 18 de la *Grundgesetz* : « Quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse (article 5, al. 1), de la liberté de l'enseignement (article 5, al. 3), de la liberté de réunion (article 8), de la liberté d'association (article 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), de la propriété (article 14) ou du droit d'asile (article 16 a) pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux. La déchéance et son étendue sont prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale ». Voir également, sur cet aspect novateur du droit allemand, A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », in *Le droit politique*, préc., p. 1-20.

²⁴⁸ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 26-27.

²⁴⁹ D. LOCHAK, préc., p. 19.

une nuisance dirigée contre autrui. En revanche, une seconde forme d'éthique des droits fondamentaux sera, sur la base du même raisonnement, forcément discutée. Une action est-elle toujours nuisible à la société lorsqu'elle nuit à soi-même sans, ce qui n'est guère contestée dans les espèces évoquées, qu'elle puisse constituer véritablement une nuisance pour autrui ? Doit-on et peut-on protéger l'Homme de lui-même sans gain pour la société ? (2.). Le glissement moderne quant aux enjeux éthiques ou moraux que recèle toute définition d'un droit fondamental « n'a pas seulement pour conséquence de conférer une légitimité nouvelle aux restrictions des libertés ; elle contribue aussi à élargir la notion de bien commun jusqu'à y inclure non seulement la protection d'autrui mais aussi la protection de l'individu contre lui-même »²⁵⁰. Ce glissement contemporain interroge donc fortement l'observateur du droit positif.

1. – Une éthique acceptable : « quand nuire à soi-même nuit à la société »

392. On est effectivement « conduit à se demander si la protection de l'ordre public induit aussi celle des individus contre eux-mêmes. Autrement dit, une mesure de police peut-elle être prise dans le but unique d'interdire ou de limiter un comportement nuisible seulement pour la personne concernée par cette mesure ? »²⁵¹. L'obligation du port de la ceinture de sécurité, attentatoire aux libertés, paraît procéder directement de ces considérations²⁵². Dans cette affaire, alors même que l'objectif d'intérêt général, tiré de la nécessité « de réduire les conséquences des accidents de la route »²⁵³, pouvait objectivement porter atteinte à la liberté individuelle des conducteurs puisque leur refus de porter la ceinture pouvait être interprété comme un acte libre (bien que préjudiciable à leur propre sécurité), le Conseil d'État a estimé, implicitement mais nécessairement, que leur propre liberté individuelle pouvait être définie, en l'espèce, par le pouvoir réglementaire sans qu'y fasse obstacle la circonstance que la protection de la liberté individuelle n'était pas en cause²⁵⁴. Cette lecture conduit sans nul doute à reconsidérer la liaison entre restriction aux libertés et protection de la liberté. Pourquoi ? Parce qu'il semble bien que cette première jurisprudence a pour effet de poursuivre la protection de la liberté non

²⁵⁰ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 20-21.

²⁵¹ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général, op. cit.*, p. 507. Voir également, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 711-712.

²⁵² CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve et Millet*, *Rec.* p. 330. Également, M. DE VILLIERS et alii, *op. cit.*, p. 507.

²⁵³ M. DE VILLIERS et alii, *op. cit.*, p. 507-508 : « La protection des individus contre eux-mêmes ne paraît donc pas de prime abord comme étant, en tant que telle, un but de police, l'obligation imposée se trouvant systématiquement justifiée par la référence plus ou moins explicite à un impératif de sécurité globalisée, en l'espèce la protection d'autres tiers usagers de la route ». René Chapus ajoute « les conséquences financières des accidents de la route (frais d'hospitalisation et de rééducation, pensions à la charge de la Sécurité sociale et des finances publiques) » tout en faisant remarquer qu'« il est difficile de croire que la réduction des dépenses sociales et publiques (toute souhaitable qu'elle puisse être) est un but de police (...) » (Cf. R. CHAPUS, *op. cit.*, respectivement p. 711 et p. 712).

²⁵⁴ La Chambre criminelle de la Cour de cassation a adopté une position sensiblement identique à son homologue administratif dans Cass. crim., 20 mars 1980, *D.* 1980, p. 521 : « attendu qu'en statuant par de tels motifs à l'égard de dispositions réglementaires prises régulièrement par l'autorité administrative compétente à l'effet d'assurer, outre la protection des conducteurs de véhicules, celle de leurs passagers et des autres usagers de la route, et qui ainsi, sont constitutives d'un règlement de police ayant pour objet la sécurité publique, le tribunal, qui a cru pouvoir à tort se faire juge de l'opportunité de la mesure instituée, a excédé ses pouvoirs ».

plus, au profit de ces titulaires, mais dans une abstraction dont la société serait devenue la gardienne. Cette analyse est partagée sur la base d'autres droits fondamentaux que la seule liberté individuelle par les organes de Strasbourg lesquels, par la voix de l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme, retiennent une approche relativement similaire. Les juges européens ont adopté une lecture presque identique au Conseil d'État dans l'affaire *X. contre Belgique* où le litige portait sur l'inconventionnalité alléguée de l'obligation du port de la ceinture au regard du droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention européenne)²⁵⁵. Pour décider de l'irrecevabilité de la requête du requérant, la Commission affirme que la mesure critiquée figure parmi les « très nombreuses mesures que les autorités sont amenées à prendre pour épargner au public divers dangers et, par voie de conséquence, à la société la contrepartie nocive qu'ils impliquent. Tel est le cas, par exemple, des appareils de sécurité imposés aux exploitations industrielles, de l'obligation d'emprunter les passages souterrains dans les gares ou les passages pour piétons sur les chaussées, ainsi que de nombreuses autres mesures de protection individuelle ou collective prises en vue de l'intérêt général. Le port obligatoire de la ceinture de sécurité par les conducteurs ou passagers d'automobiles, dont l'efficacité est attestée par de nombreuses statistiques faisant autorité, figure au nombre des mesures de ce genre. De l'avis de la Commission elles n'affectent nullement la "vie privée", quelque large que soit l'interprétation donnée à ces termes »²⁵⁶. Une approche analogue est illustrée par le port du casque pour les motocyclistes britanniques rendus obligatoire par le droit du Royaume-Uni. Alors que le requérant arguait d'une ingérence illégale dans l'exercice de sa liberté religieuse au titre de l'article 9 de la Convention européenne – le port du casque étant alors matériellement impossible simultanément avec le port du turban sikh – la Commission se place, pour déclarer irrecevable le grief de l'intéressé, selon nous, sur un terrain beaucoup plus large : « le port obligatoire d'un casque de protection est une mesure de sécurité nécessaire pour les motocyclistes. [La Commission] est donc d'avis que toute ingérence que le requérant pourrait avoir subie de ce fait dans l'exercice de son droit à la liberté de religion est justifiée pour la protection de la santé, en vertu de l'article 9 § 2 »²⁵⁷. Toute autre considération que celle tirée de la protection de l'intéressé, y compris contre lui-même, est exclue tant par cet extrait que par l'économie générale de la présente décision rendue par l'ancienne Commission.

393. En intégrant sans pouvoir s'y soustraire par ailleurs, dans le contenu de la notion d'intérêt général le respect des droits fondamentaux, le système de droit imprime aux droits fondamentaux leur caractère objectif²⁵⁸. Le professeur Chapus suggère une appréciation qui traduit bien la difficulté des solutions prises par la puissance publique. « Si c'est exact, note le professeur Chapus à propos du port

²⁵⁵ Commission EDH, déc., 13 décembre 1979, *X. c. Belgique*, req. n° 8707/79, D.R. 18, p. 255-258.

²⁵⁶ Commission EDH, déc., 13 décembre 1979, *X. c. Belgique*, précité, p. 256.

²⁵⁷ Commission EDH, déc., 12 juillet 1978, *X. c. Royaume-Uni*, req. n° 7992/77, D.R. 14, p. 234-237, spéc. p. 236-237.

²⁵⁸ Le droit de l'Union européenne n'a pas fait exception aux tendances directives de la société à l'égard de l'exercice des droits et libertés. Notamment, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 366 : « Il a été reconnu que la protection de la santé publique, objectif d'intérêt général communautaire, pouvait primer sur le droit à la vie privée ou sur le libre exercice des activités professionnelles, tout comme la protection de la santé des animaux ».

de la ceinture de sécurité, il est inutile d'entreprendre la discussion *juridique* d'une solution qui n'est pas juridique. On peut cependant rappeler que, aux termes de la définition constitutionnelle de la liberté, cette dernière "consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à *autrui*" (Déclaration de 1789, article 4). C'est d'une tout autre liberté qu'il s'agirait si on la concevait comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas "à la société" » (italique dans le texte)²⁵⁹. Ainsi, une telle conséquence, sans qu'il soit possible d'y remédier, répétons-le, crée un intérêt propre et autonome à poursuivre le respect des droits fondamentaux au profit de la société.

2. – Une éthique discutable : « quand nuire à soi-même ne nuit pas à la société »

394. De quoi s'agit-il ? « Au centre d'un éventail des possibles l'individu entend user et abuser de sa liberté individuelle y compris pour l'aliéner et penser que cela ne nuit à personne. Or, certaines valeurs que le droit entend encore défendre, appellent à l'inverse la restriction des possibles au nom de la protection du collectif »²⁶⁰. Une pratique d'ordre religieux a révélé la complexité de cette contrainte sociale pesant sur les droits fondamentaux. Dans une affaire intéressant le refus d'un patient appartenant au mouvement des « Témoins de Jéhovah » de recevoir une transfusion sanguine destinée à le sauver d'une anémie grave, le Conseil d'État a jugé « que compte tenu de la situation extrême dans laquelle M. X... se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ; que, dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris »²⁶¹. Il va de soi que l'on peut légitimement accorder au juge administratif un regard bienveillant sur la volonté de préserver la vie de l'intéressé contre lui-même, fût-ce en contrevenant aux convictions religieuses clairement énoncées de ce dernier. Mais le système de droit n'a-t-il pas fait un choix – celui d'une autre conviction comme le respect de la vie²⁶² – qu'il impose au pratiquant – et il faut le dire sans se dérober derrière des propos lénifiants et en dépit voire malgré ses propres convictions – alors même que le décès de cet adepte n'aurait pas entraîné un conflit matériel pour la société si ce n'est un conflit d'ordre moral ? Aussi inattendu qu'insensible eu égard à la teneur générale de l'étude qui tend à promouvoir la liberté, notre propos n'en dévoile pas moins certaines contradictions entre des légitimités qui s'affrontent, trop souvent, dans l'indifférence

²⁵⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 712.

²⁶⁰ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 4. C'est la même question que pose le professeur Pecès-Barba, en y répondant par l'affirmative pour ce qui est du droit à la vie : « peut-on agir sur la liberté de choix, lorsque son exercice met en péril le futur de la personne qui l'exerce, *sans affecter les tiers* ? » (nous soulignons). Cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 212.

²⁶¹ CE Ass., 26 octobre 2001, *Seneayake*, *RFDA* 2002, p. 146.

²⁶² Que l'Assemblée du contentieux ait été saisie prouve que le juge entendait trancher une question de droit qui dépasse la seule détermination d'une règle de droit applicable ; il voulait conforter – par la plus haute formation de l'ordre juridictionnel administratif – le choix idéologique présidant à l'identification de cette règle de droit.

générale et dont on masque bien vite les logiques au nom de principes juridiques uniquement postulés. Se borner à admettre certaines limitations aux droits fondamentaux par la seule évidence ne peut suffire et contribue à conforter certaines dérives du droit dans l'appréhension qu'il fait, au nom du corps social, de la définition des droits fondamentaux. Le système de droit a montré qu'il se faisait fort de pouvoir définir notre liberté au nom de notre dignité (a.), n'hésitant donc pas à basculer de la moralité publique à l'ordre moral (b.) et à remettre en cause l'adage juridique selon lequel la liberté est la règle (c.).

a) – De la dignité dans l'exercice de notre liberté !

395. Pour saisir la dignité, commençons par souligner que l'ancienneté de la notion ne peut affaiblir l'actualité de son intégration au droit positif²⁶³. Le catalogue le plus récent de droits fondamentaux ne fait-il pas du respect de la dignité sa première disposition ?²⁶⁴ Une première approche consiste à dire qu'« on peut de façon plus large considérer que toute mesure ou tout propos qui tend à retrancher une personne du cercle de l'humanité porte atteinte à sa dignité »²⁶⁵. Si « la dignité humaine est sans doute d'abord une notion intuitive, plus facile à percevoir qu'à définir »²⁶⁶, « elle doit l'être d'autant plus que son acception comme droit objectif en fait, non seulement un outil de protection toujours perfectible, mais aussi une menace permanente pesant sur la liberté des personnes »²⁶⁷. L'ambivalence de la dignité humaine paraît posée²⁶⁸. « La dignité favorise autant l'autonomie individuelle qu'elle

²⁶³ B. MATHIEU (B.), « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », préc., p. 97 : selon l'auteur, le principe de dignité est « au fondement de l'humanisme » depuis le XV^{ème} siècle. En revanche, son utilisation dans le droit positif est très récente.

²⁶⁴ À l'article 1^{er} du Titre I^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁶⁵ B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 197-233, spéc. p. 211.

²⁶⁶ B. JORION, préc., p. 215. Dans le même sens, B. MATHIEU (B.), « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », préc., p. 98 : « La dignité de la personne humaine est un principe dont chacun ressent intuitivement la réalité et la force, même si les appréciations relatives à sa consistance peuvent varier ».

²⁶⁷ B. JORION, préc., p. 215.

²⁶⁸ « Qu'est-ce que "la dignité de la personne humaine" sinon une pure valeur » se demande M. Picard (cf. É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 36). La complexité extraordinaire de la définition de cette notion de dignité oblige à une démarche prudente. Pour preuve, l'exception délicate que Kant admet à sa propre conception de la dignité de l'Homme et qui trahit la logique de son auteur. Comment interdire principiellement la réification de l'Homme (et de la femme) si l'on accepte néanmoins que les liens du mariage puissent, dans cet interstice social, l'autoriser ? Quelle abnégation de la logique défendue ! Voir, en ce sens, le passage suivant : E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 78-79, § 25 : « l'usage naturel qu'un sexe fait des organes sexuels de l'autre est une *jouissance* pour laquelle chacune des deux parties se donne à l'autre. Dans cet acte, un être humain fait de lui-même une chose, ce qui entre en contradiction avec le droit de l'humanité dans sa propre personne. Cela n'est possible qu'à l'unique condition que, quand une personne est acquise par l'autre *comme chose*, elle fasse en retour l'acquisition réciproque de cette dernière ; car ainsi elle se reconquiert elle-même et rétablit sa dimension de personne » (italique dans le texte). La circonstance qu'une telle entorse à notre dignité soit rendue acceptable, pour Kant, sous la seule condition du mariage (p. 79 § 25) emporte encore moins l'adhésion si l'on veut bien considérer que l'institution du mariage a toujours eu pour but de « civiliser » les relations entre les sexes...

justifie à l'inverse une intervention publique potentiellement liberticide censée garantir la reconnaissance réciproque de la valeur de la personne »²⁶⁹.

396. La réflexion menée sur le principe de dignité humaine²⁷⁰ par Benoît Jorion nous servira de point de départ²⁷¹. Benoît Jorion schématise les deux grands courants de pensée, principalement retenus dans la définition philosophique de la dignité humaine, et justifiant les deux pôles d'action de la dignité humaine. D'un côté, Jean Pic de la Mirandole (*Discours sur la dignité humaine*) considère que la dignité humaine procédant de la liberté de l'homme, ce dernier est alors libre de définir sa propre dignité. À l'inverse, et d'un autre côté, pour Emmanuel Kant (*Doctrine de la vertu*), l'homme ne pouvant être libre qu'à la condition de respecter sa propre dignité (la liberté procédant donc de la dignité), ce dernier n'a aucune prise sur sa propre dignité en ce sens qu'il ne pourrait s'en priver de lui-même, qu'il n'est pas en mesure de la définir de son propre chef²⁷². Deux conceptions radicalement opposées partant l'une du principe de liberté (dont la dignité est un attribut) avec Pic de la Mirandole, et l'autre partant du principe de dignité (dont la liberté est un attribut) avec Kant. Le premier des penseurs interdit *a priori* de limiter la liberté au nom de la dignité, le second estime que l'on peut invoquer la dignité de l'homme pour limiter sa liberté. Autrement dit, lorsque Kant préfère la dignité à la liberté, il prohibe le débat quant à la définition du droit fondamental au respect de la dignité sur le rapport entretenu entre dignité et liberté. *A contrario*, lorsque Pic de la Mirandole préfère la liberté à la dignité dans la hiérarchie des valeurs, il permet aux individus de définir, selon leur point de vue, l'étendue de la dignité. Que constate Benoît Jorion ? Que « chaque solution a ses inconvénients. Si la dignité de l'homme est supérieure à sa liberté, l'inconvénient, à partir du moment où une telle conception abandonne le terrain moral d'une définition abstraite et quasi métaphysique de ce que doit être l'homme, pour devenir, avec un degré de certitude suffisant, une catégorie juridique,

²⁶⁹ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. 17.

²⁷⁰ Consacrée et protégée par plusieurs textes, nationaux et internationaux. Citons, notamment : l'article 3 de la Convention EDH : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » ; le Préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine » ; l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée » ; l'article 16 du Code civil : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » ; enfin citons l'article 1^{er} de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997, conclue sous l'égide du Conseil de l'Europe, *sur la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* : « Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité (...) » (non ratifiée par la France à ce jour). En raison de la complexité de cette notion, il n'est pas excessif de citer largement les travaux intéressants celle-ci. Pour un aperçu général de la notion, M. FABRE-MAGNAN, « Dignité humaine », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 285-291 ; E. DREYER, « Dignité (Droits fondamentaux et) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 249-261 ; B. MATHIEU (B.), « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *RDP* 1999, p. 93-111 ; H. MOUTOUH (H.), « La dignité de l'homme en droit », *RDP* 1999, p. 159-196 ; S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 273-285, soulignant les « interminables discussions (p. 286) dont cette notion fait l'objet.

²⁷¹ B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », préc., p. 197-233.

²⁷² Voir B. JORION, préc., p. 218

est d'imposer un comportement-type, un ordre moral et de limiter la liberté au respect de ce standard comportemental. À l'inverse, si la liberté est supérieure à la dignité, la dignité de la personne humaine ne serait donc que ce que chacun définit. On peut alors être pris de vertige devant cette possibilité offerte de définir non seulement sa propre dignité, mais aussi celle d'autrui »²⁷³. Ces deux rapports possibles entre dignité et liberté débouchent sur une double conception de la dignité, conception il est vrai assez ambiguë. La « dignité-liberté est concurrencée par une dignité liberticide, dont la fonction est de limiter voire de nier certaines libertés au nom du respect de l'espèce humaine »²⁷⁴. Hugues Moutouh fait une analyse similaire en termes de fonction. La dignité humaine remplirait aujourd'hui deux fonctions desquelles il perçoit une coexistence quelque peu paradoxale : à une première dignité (supports de droits) qui fonde les droits de l'Homme, il oppose une dignité (support de devoirs) qui encadre les actions humaines voire impose un ordre moral²⁷⁵. Que dit notre système juridique ?²⁷⁶

397. Le Conseil constitutionnel ayant laissé au législateur une marge d'appréciation extrêmement large²⁷⁷, il convient de se tourner vers le Conseil d'État et les juges européens pour connaître la réponse de notre système juridique. Trois réponses possibles qui iraient de la moins « rigoureuse » pour la dignité (α.) à la plus « stricte » (γ.) en passant par une position intermédiaire (β.). Mais toutes confirment ce que Xavier Bioy pressentait : « le principe de sauvegarde de la dignité, voire le droit "à la dignité", affectent en profondeur l'ordonnancement des droits fondamentaux (...) »²⁷⁸.

²⁷³ B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », préc., p. 218.

²⁷⁴ G. LEBRETON, « Liberté », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 622.

²⁷⁵ H. MOUTOUH (H.), « La dignité de l'homme en droit », préc., p. 166.

²⁷⁶ Le professeur Mathieu suggère cette synthèse en droit comparé : « Ainsi, et de manière un peu caricaturale, l'on peut considérer que les pays anglo-saxons, influencés par l'utilitarisme, accordent une place essentielle au principe de liberté, alors que les pays de l'Europe continentale, du fait soit de leur histoire, soit de leur tradition catholique, privilégient le principe de dignité » (cf. B. MATHIEU, « Bioéthique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 103-107, spéc. p. 105).

²⁷⁷ La dignité de la personne humaine est consacrée au rang de norme à valeur constitutionnelle depuis CC, 27 juillet 1994, déc. n°94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (Bioéthique)*, Rec. p. 100, GDCC n° 47, p. 852-868. Sur l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle relative à la dignité humaine, X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 33-34. Estimant que le Conseil constitutionnel a adopté une position favorable, *in fine*, à la conception défendue par Pic de la Mirandole mais renouvelée, E. DREYER, « Dignité (Droits fondamentaux et) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 256-257. La décision CC, 27 juin 2001, déc. n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rec. p. 74, ne semble pas avoir modifié l'économie générale de la jurisprudence bienveillante du Conseil : « Considérant qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (cons. n° 5).

²⁷⁸ X. BIOY, *op. cit.*, p. 9.

α. – Le « laisser-faire » du juge de Luxembourg :

398. Le juge de l'Union était invité à répondre à la question préjudicielle introduite par le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne que nous résumerons ainsi : l'autorité de police de Bonn pouvait-elle interdire à la société Omega l'exploitation d'un jeu simulant des actes d'homicides alors même que cette interdiction, fondée sur le principe de dignité humaine reconnu en droit allemand, portait atteinte à la libre prestation de service consacré par le droit de l'Union ?²⁷⁹ La Cour de Luxembourg répond que « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine »²⁸⁰. Le motif principal retenu par la Cour de justice est à certains égards significatif de la filiation que l'on pourra opérer (ci-après) avec la position retenue par le Conseil d'État : « Le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, *même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services (...)* » (nous soulignons)²⁸¹. Le caractère objectif donné à la protection des droits fondamentaux, et spécialement à la dignité humaine, clôt la discussion sur ce que recouvre la dignité humaine puisqu'il ne s'agira jamais, bien que le droit de l'Union paraisse laisser la question ouverte (il ne s'y oppose pas), de permettre à un autre droit fondamental de venir définir la dignité humaine. En effet, la lecture de l'arrêt montre que ceux qui s'adonnent à cette activité susceptible de porter atteinte à la dignité humaine, en sont les « victimes » consentantes. Le juge de l'Union n'interdit donc pas d'interdire une atteinte à la dignité humaine contre les propres titulaires de ce droit fondamental. Mais il ne formule pas, se démarquant ainsi – selon nous – du juge administratif français et du juge européen, d'impératifs liant les autorités nationales lorsqu'elles entendent restreindre un droit fondamental au nom de la dignité humaine comme l'indique nettement le passage suivant de l'arrêt *Omega* : « Il n'est pas indispensable, à cet égard, que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre

²⁷⁹ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. I-9609. La Cour avait déjà eu l'occasion de signaler la protection due à la dignité humaine dans l'ordre juridique de l'Union en déclarant qu'il lui appartenait « dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne ». Cf. CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-377/98, *R.* 2001, p. I-7079, point 70. Plus généralement, « il était certainement fort difficile pour le juge communautaire de ne pas se laisser séduire par le redoutable phénomène de mode que constitue ce principe ». Cf. O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 129.

²⁸⁰ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, précité, point 41. La nuance, si on compare la position du juge de l'Union et celle (présenté ci-après) du Conseil d'État français, est la liberté laissée aux autorités nationales (« ne s'oppose pas ») par le juge de l'Union. Cependant, il pourrait aussi s'agir d'une politique jurisprudentielle de la Cour visant à laisser « une plus grande souplesse » aux États membres en leur permettant qu'une « interprétation d'un droit fondamental, qui n'était pas partagée par tous les États membres puisse être invoquée pour déroger à la libre prestation de services en se fondant sur l'ordre public ». En ce sens, J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 73-74, spéc. p. 73.

²⁸¹ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, précité, point 35.

corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause (...). [La Cour] n'a pas entendu, par la mention de cette conception commune, formuler un critère général pour apprécier la proportionnalité de toute mesure nationale qui restreint l'exercice d'une activité économique »²⁸². En d'autres termes, le juge de l'Union réserve la possibilité aux États membres, qui auraient une approche différente de l'Allemagne quant à ce qu'implique la dignité humaine, d'édicter des mesures de restriction plus « souples »²⁸³.

β. – Le « puritanisme » du juge de Strasbourg :

399. « La Cour européenne des droits de l'homme érige la protection de la dignité et de l'intégrité physique de la personne parmi les buts principaux de l'article 3 de la Convention et rappelle, avec constance, le caractère absolu du droit à la dignité humaine qui ne cède devant aucun autre intérêt, même en temps de guerre »²⁸⁴. Le juge européen a pu indiquer clairement que l'Homme n'était pas totalement propriétaire de sa propre dignité dans les célèbres affaires portant sur les pratiques sadomasochistes. Spécialement, dans la l'affaire *Laskey*²⁸⁵, où les requérants furent condamnés par les autorités répressives britanniques à diverses peines en raison notamment de l'administration de coups et blessures avec le consentement des « victimes », c'est-à-dire qu'ils furent condamnés pour des pratiques à caractère sadomasochiste²⁸⁶. Alléguant de la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée), les requérants furent néanmoins déboutés au motif que la Cour devait reconnaître que les mesures pénales adoptées par le Royaume-Uni constituaient, notamment, une mesure nécessaire dans une société démocratique et poursuivaient, à ce titre, un but légitime²⁸⁷. Bien que les motifs de la Cour ne soit pas d'une très grande clarté²⁸⁸, on perçoit nettement que ce qui retient l'attention de la Cour, ce n'est pas tant la gravité des blessures que l'atteinte que les requérants portent à leur propre dignité dont on ne saurait trouver meilleure illustration que dans ces mots : « le préjudice potentiel inhérent

²⁸² CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, précité, point 37.

²⁸³ Pour preuve, l'activité commerciale litigieuse était jugée licite au Royaume-Uni (*Omega*, préc., point 25) au nom d'une conception moins stricte de la dignité humaine par les autorités britanniques.

²⁸⁴ P. KRIKORIAN, « Le droit à la dignité et la liberté d'expression face aux crimes contre l'humanité », *D.* 2006, p. 1980-1982, spéc. p. 1981. Consacrant la dignité humaine de manière explicite : « les objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines ». Cf. CEDH, 22 novembre 1995, *SW c/ Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, série A n° 335-B, § 44 *in fine*.

²⁸⁵ CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, req. n°s 21627/93, 21826/93 et 21974/93, R. 1997-I. Pour une brève analyse circonstanciée, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 62-63.

²⁸⁶ On reste étonné de voir que la Cour n'ait pas tenu à définir avec plus de précision ce que recouvre expressément le sadomasochisme ne serait-ce que dans la perspective de la relation que cette pratique peut avoir avec la dignité humaine. À titre informatif, il ressort que le sadomasochisme peut être défini comme un « comportement sexuel dans lequel seules la douleur et l'humiliation procurent du plaisir ». Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, *op. cit.*, p. 2291. On veut bien, avec Frédéric Sudre, consentir à les qualifier de « comportements sexuels à "caractère extrême" » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 472). Mais il ne peut s'agir d'une qualification juridique.

²⁸⁷ CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, préc., § 48.

²⁸⁸ Elle finit en effet par conclure que les restrictions à la vie privée des requérants « étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé au sens de l'article 8 § 2 de la Convention » (§ 50).

aux actes en question »²⁸⁹. On le déduit en effet à la fois de la position explicite du Gouvernement britannique²⁹⁰ ainsi que de l'opinion concordante du juge Louis-Edmond Pettiti : « La protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non la protection de l'indignité de celle-ci ni la promotion de l'immoralisme délictuel »²⁹¹. La Cour consent donc naturellement à restreindre la liberté individuelle²⁹² des requérants non pas ni au profit de la société, ni à celui d'autrui (les « victimes » étaient consentantes) mais, d'autorité, dans leur propre intérêt. Dans ces conditions, l'exercice de certains droits fondamentaux étant limité y compris pour leur titulaire, il faut conclure que la société a, en quelque sorte, dans certaines hypothèses la possibilité de reprendre en main le destin des droits fondamentaux. C'est le sens des observations portées par Denys de Béchillon sur les dérives liées à cet arrêt quant aux limites prétendument objectives susceptibles de réduire l'autonomie individuelle : « On se souvient que, dans une veine très proche de celle qui avait inspiré le Conseil d'État dans l'affaire dite du "lancer de nain", la Cour de Strasbourg avait reconnu à l'État le droit de réprimer durement les pratiques sado-masochistes alors même que les partenaires impliqués étaient parfaitement consentants, ne s'étaient à aucun moment plaints de quoi que ce soit, n'étaient pas suspectés de pédophilie, ne s'étaient porté aucune atteinte justiciable de traitements médicaux – *a fortiori* d'urgence – et ne s'étaient livrés à rien qui eût ressemblé, de près ou de loin, à du prosélytisme, du racolage, ou de l'incitation pornographique à l'extérieur des espaces – privés – où ils avaient leurs habitudes. Pour sceller juridiquement cette répression, l'argument de l'arrêt tenait en substance dans l'idée que toute atteinte à l'intégrité du corps humain met à mal la dignité de la personne humaine. Et qu'il est loisible à l'État, dans une société démocratique, de châtier cela toujours, sans égard pour l'existence ou non d'un consentement de la personne considérée, fût-il indéniable. La libre disposition de soi aurait ainsi à s'arrêter aux frontières, réputées objectives, d'une humanité définie par d'autres que l'intéressé lui-même »²⁹³. On comprend le malaise juridique et combien cette reprise en main des droits et libertés peut s'avérer délicate. Après tout, la jurisprudence européenne ne va-t-elle pas à contresens de l'histoire de la sexualité telle que les droits de l'Homme la perçoivent ? La Cour européenne ne pourrait-elle pas décider que de telles pratiques ne sauraient faire

²⁸⁹ CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, préc., § 46.

²⁹⁰ CEDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, préc., § 40 : « Le Gouvernement affirme en outre que le droit pénal devrait chercher à détourner de certains types de comportements pour des motifs de santé publique mais aussi pour *des raisons plus générales d'ordre moral*. À cet égard, des actes de torture – comme ceux dont il est question en l'espèce – peuvent également être interdits parce qu'ils portent atteinte au respect que les être humains se doivent les uns aux autres » (nous soulignons). Dans la même veine, relativement à cet arrêt de la Cour européenne, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 51 : « Autant dire qu'il existe un ordre moral minimal, nécessaire à la conservation de toute vie sociale, que tout État qui se respecte est en droit de promouvoir coûte que coûte, dans les bornes de la justice ».

²⁹¹ Opinion concordante du juge L.-E. PETTITI sous CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, préc.

²⁹² En ce sens, la Cour effectue une conciliation entre l'intérêt général défendu par l'État et la liberté individuelle : « Le choix du niveau de dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante revient en premier lieu à l'État concerné car l'enjeu est lié, d'une part, à des considérations de santé publique et à l'effet dissuasif du droit pénal en général et, d'autre part, au libre arbitre de l'individu » (§ 44 de l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* précité).

²⁹³ D. DE BECHILLON, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, *op. cit.*, p. 55.

l'objet d'une restriction légale même si elles peuvent heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui les jugent immorales ?²⁹⁴ D'ailleurs, il n'est pas improbable de percevoir dans une affaire ultérieure un recul de la Cour perceptible sur la motivation concernant des pratiques à caractère sadomasochiste condamnées par l'État belge. La Cour estime qu'« en l'espèce, en raison de la nature des faits incriminés, l'ingérence que constituent les condamnations prononcées n'apparaît pas disproportionnée. Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas »²⁹⁵. Ce paragraphe a une tonalité moins péremptoire que l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni*, précité, dès lors que la Cour s'attache à un examen extrêmement concret des pratiques sexuelles litigieuses, ce qui ne ressortait pas nettement dans l'affaire de 1997²⁹⁶. Mais ce que l'on gagne en finesse (pour la définition des droits), il semble qu'on le perde en certitudes, contrepartie inéluctable de tout contrôle *in concreto* ou de tout usage de techniques jurisprudentielles telle que la méthode du faisceau d'indices.

400. La tendance à une conception extensive des buts de la société, ceux-là même qui autoriseront une restriction aux droits fondamentaux, était clairement dénoncée par Rawls. Ce dernier constate en effet les impasses du principe de perfection pour établir sa propre théorie²⁹⁷. L'illustration qu'il prend pour conclure son propos est très frappante : « lorsqu'on dit que certains types de relations sexuelles sont dégradantes et honteuses et donc devraient être interdites, ne serait-ce que pour le bien des individus en question et quels que soient leurs désirs, c'est souvent parce qu'on ne peut poser le

²⁹⁴ Nous empruntons à dessein les termes précis de la Cour européenne employés pour constater l'inconventionnalité de telles restrictions adoptées, à l'époque dans nombre de législations étatiques, en matière d'homosexualité. Voir CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, série A n° 45, spéc. § 60. Dans une affaire autrement plus dramatique pour la requérante qui sollicitait et des autorités britanniques et de la Cour le « droit de mourir » dans la dignité (suicide assisté en raison de la maladie invalidante de l'intéressée), les juges de Strasbourg ont rappelé l'orientation libérale que devaient avoir les droits nationaux en des termes dépourvus d'ambiguïtés : « La Cour observe que la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne. La mesure dans laquelle un État peut recourir à la contrainte ou au droit pénal pour prémunir des personnes contre les conséquences du style de vie choisi par elle est depuis longtemps débattue, tant en morale qu'en jurisprudence, et le fait que l'ingérence est souvent perçue comme une intrusion dans la sphère privée et personnelle ne fait qu'ajouter à la vigueur du débat. Toutefois, même lorsque le comportement en cause représente un risque pour la santé ou lorsque l'on peut raisonnablement estimer qu'il revêt une nature potentiellement mortelle, la jurisprudence des organes de la Convention considère l'imposition par l'État de mesures contraignantes ou à caractère pénal comme attentatoire à la vie privée, au sens de l'article 8 § 1, et comme nécessitant une justification conforme au second paragraphe dudit article ». Cf. CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, R. 2002-III, § 62.

²⁹⁵ CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99, inédit, § 85. Sur l'inflexion jurisprudentielle de la Cour, D. DE BECHILLON, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, op. cit., p. 56.

²⁹⁶ Faisant la même observation que nous en relevant cette inflexion – néanmoins tout en s'écartant de notre propre vision de cette jurisprudence – pour la déplorer, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 472 et p. 480-481 : « Il n'est pas certain qu'en faisant le choix de promouvoir le droit de disposer de soi-même le juge européen ait pour autant pris le parti de défendre la dignité humaine » (p. 481).

²⁹⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 362 et s.

problème dans les termes des principes de la justice. Au lieu de cela, nous retombons sur les notions d'excellence. Mais, dans ces questions, nous risquons d'être influencés par des préférences esthétiques subtiles et par des sentiments personnels de convenance ; et les différences, de ce point de vue, entre les individus, les classes et les groupes sont souvent aiguës et insurmontables. Comme ces incertitudes sont la plaie des critères perfectionnistes et mettent en danger la liberté individuelle, il semble qu'il vaille mieux faire entièrement confiance aux principes de la justice qui ont une structure plus précise »²⁹⁸. Il est évident que l'accord entre les signataires du pacte doit être un accord minimal et toutes les pratiques humaines ne sauraient être saisies par cet accord. Avec Rawls, « nous devons rejeter le critère de perfection comme principe politique et éviter, au nom de la justice, toute estimation de la valeur relative du mode de vie de chacun »²⁹⁹. Et Rawls d'insister sur ce point : « Cette manière démocratique de juger les objectifs les uns des autres est le fondement de l'estime de soi dans une société bien ordonnée »³⁰⁰. Ces critiques, reprises pour leur généralité, justifient l'existence de positions moins tranchées comme, on l'a vu, en ce qui concerne la Cour de justice de l'Union³⁰¹. Elles n'ont pas réussi, en revanche, à nous prémunir de positions considérablement plus intransigeantes telles que celle adoptée par le juge administratif français.

γ. – Le « rigorisme moral » du Conseil d'État :

401. La célèbre affaire du lancer de nain jugée dans *Commune de Morsang-sur-Orge* apporte une réponse sans ambiguïté dans la droite ligne de la conception kantienne de la dignité³⁰². Dans cet arrêt, le Conseil d'État intègre le respect de ce droit fondamental dans le contenu de la notion d'ordre public, et par transposition dans la notion d'intérêt général. Il juge en effet que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public »³⁰³, permettant « à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public »³⁰⁴. Puis, il ajoute, pour condamner l'attraction du lancer de nain³⁰⁵, « que, *par son*

²⁹⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 368. Voir également, p. 489-491.

²⁹⁹ J. RAWLS, op. cit., p. 481-482.

³⁰⁰ J. RAWLS, op. cit., p. 482.

³⁰¹ « Il était certainement fort difficile pour le juge communautaire de ne pas se laisser séduire par le redoutable phénomène de mode que constitue ce principe ». Cf. O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 129.

³⁰² CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. p. 372, concl. P. FRYDMAN, GAJA, n° 102, p. 737-746 ; P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », conclusions pour CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence* (2 espèces), RFDA 1995, p. 1204-1217. Jacques Mourgeon constate pareillement « ce renversement radical de perception quant à la justification des droits » (p. 59) dans l'ensemble des principaux catalogues internationaux de droits fondamentaux, lequel aurait « même infiltré nombre d'ordres juridiques internes, tel celui de la France » (p. 60), mais le regrette grandement. Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 59-63.

³⁰³ Voir la remarque incidente de L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 867, à propos de cet arrêt : « Mais assez curieusement il a estimé que "le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public" au lieu d'y voir une norme constitutionnelle ».

³⁰⁴ CE Ass., *Commune de Morsang-sur-Orge*, précité.

³⁰⁵ CE Ass., *Commune de Morsang-sur-Orge*, précité : « considérant que l'attraction du "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme projectile une personne affectée d'un handicap physique et

objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait *librement* à cette exhibition, contre rémunération » (nous soulignons)³⁰⁶. La présente décision révèle expressément le lien de parenté avec la lecture kantienne du principe de dignité humaine puisque « l'objet même » sur lequel s'exercerait la dignité humaine n'est pas « librement » définissable par la personne dont la dignité est en cause. « Le Conseil d'État laisse entendre que le principe de respect de la dignité de la personne humaine est une donnée objective et qu'il ne correspond pas à un droit subjectif (...). La dignité exprimerait ainsi l'essence de l'humanité, elle établirait l'appartenance de l'individu à l'humanité. En conséquence, aucun individu ne peut affirmer qu'il est titulaire d'un droit ("subjectif") à la dignité, et de même aucun individu ne peut disposer de sa dignité »³⁰⁷. Car « à travers chaque personne c'est l'humanité entière qui peut être atteinte et donc tous les autres »³⁰⁸.

402. La décision de la plus haute juridiction administrative a certes été discutée³⁰⁹ y compris – fait nouveau ? – par ceux qui s'en réclameraient : « On va plus loin et trop loin en refusant à l'être d'être soi-même, d'exercer ce choix intime aux implications personnelles qui est la marque insigne de la liberté humaine, cela en le châtiât pour s'être montré indigne de sa dignité par quelque action honteuse ou choquante même si libre, par exemple (...) en acceptant à des fins alimentaires que son corps de nain soit publiquement jeté de main en main tel un ballon de rugby (divertissement sanctionné ...) par le Conseil d'État français escorté en cela par une kyrielle de laudateurs aussi peu avisés que réputés "avertis") »³¹⁰. La vigilance de Jacques Mourgeon, si elle ne clôt pas les disputes, pointe un danger autrement plus insidieux : faire de l'homme un esclave de sa propre dignité³¹¹.

présentée comme telle ». Ce jugeant, la Haute juridiction se rallie à une conception « simplifiée » de la dignité humaine : « Pour simplifier, et sans entrer dans un débat philosophique sur cette question, la dignité de l'homme exige qu'il ne soit pas traité comme un objet, un moyen, mais qu'il soit reconnu comme sujet ». Cf. B. MATHIEU (B.), « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », préc., p. 98.

³⁰⁶ CE Ass., *Commune de Morsang-sur-Orge*, précité.

³⁰⁷ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 508.

³⁰⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Dignité humaine », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 288.

³⁰⁹ Voir par exemple G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, op. cit., p. 363-378 ; E. DREYER, « Dignité (Droits fondamentaux et) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 250-251 ; M. LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *Observations sous Comité des droits de l'Homme des Nations unies*, 26 juillet 2002, *Wackenheim c. la France*, *Rev. trim. dr. h.* 2003, p. 1024-1042, spéc. p. 1024-1025 : l'auteur rappelle cette « intense controverse doctrinale opposant les thuriféraires de la primauté du principe du respect de la dignité humaine aux contempteurs du prétendu retour à l'ordre moral, voire à ceux qui y voient le triomphe du "jusnaturalisme radical" sinon le germe du totalitarisme — débat sans fin possible puisqu'il renvoie à l'interrogation sur le fondement même des droits de l'homme et, plus généralement, de la liberté ».

³¹⁰ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 60-61.

³¹¹ Ou un « prisonnier »... Cf. J. MOURGEON, op. cit., p. 63 : « il faut maintenant déclarer : "Je suis digne, donc prisonnier de moi" ». « Que signifie [...] ce prétendu respect de soi-même que l'on devrait à l'espèce humaine ? » demande M. Dreyer (cf. E. DREYER, op. cit., p. 251). Muriel Fabre-Magnan suggère, semble-t-il, que l'atteinte à la dignité ne serait pas

Emmanuel Dreyer, considérant que pour le Conseil d'État « c'était pousser le raisonnement très loin » (trop loin ?), note qu'« il y a, dans cette conception "disciplinaire" de la dignité une démarche quasiment totalitaire. L'individu n'est plus envisagé concrètement mais dans l'abstrait »³¹². On aurait pu s'interroger sur la conventionnalité de cet état du droit au regard de la Convention d'Oviedo de 1997³¹³. Son article 2, consacrant « la primauté de l'être humain », stipule que « l'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur *le seul intérêt de la société* ou de la science » (nous soulignons). Enfin, si la discussion générale sur le principe de dignité reste en principe toujours ouverte³¹⁴, pour sa définition au rang de droit fondamental, elle l'est exclusivement *dans* le cadre du système de droit. Puisque, en effet, et du reste, la position du Conseil d'État paraît être suffisamment partagée, mais selon des degrés différents, tant par le juge de l'Union que par le juge européen, pour donner une image fidèle de notre tradition juridique, ainsi que nous l'avons établi.

403. Mais, plus largement, que cette décision s'opère devant le juge constitutionnel³¹⁵, les juges de Strasbourg et de Luxembourg ou devant les juges français, et quelles que soient les nuances que chacune de ces juridictions peuvent apporter à la définition de la dignité humaine, la décision du

consommée si elle était réalisée par la personne seule, sans l'assistance d'autrui : « On peut, pour soi-même, décider de se maltraiter et même se suicider. Il en est cependant autrement dans les affaires telles que celles du lancer de nain ou du sadomasochisme, où la victime, fût-elle consentante, y était maltraitée par autrui et non par soi-même » (cf. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 291). Le nain qui parviendrait à se lancer seul, sans l'intervention d'autrui (voir les circonstances de l'espèce), serait-il moins indigne de son humanité ? Est-on toujours respectueux de la dignité humaine lorsqu'on s'automutile, seul, selon des habitudes modernes parfois insoutenables ?

³¹² E. DREYER, « Dignité (Droits fondamentaux et) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, respectivement p. 250 et p. 251. « Cette première approche, annonce-t-il, de la dignité semble fort éloignée du respect des droits fondamentaux. Sous prétexte de respecter "l'humanité" dans l'homme, le juge en vient à nier sa volonté » (*ibid.*).

³¹³ Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 *pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*. Signée le 12 janvier 1998, elle n'a été ratifiée par la France que le 13 décembre 2011 (entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012).

³¹⁴ Ne serait-ce parce que les décisions de première instance dans cette affaire avaient conclu à l'annulation des arrêtés municipaux interdisant cette attraction, certes aux motifs que de tels pouvoirs excédaient les pouvoirs de police du maire. Voir respectivement TA Versailles, 25 février 1992, *Société Fun Productions, M. Wackenheim c. Commune de Morsang-sur-Orge* et TA Marseille, 8 octobre 1992, *Société Fun Productions, M. Wackenheim c. Ville d'Aix-en-Provence*, cités par M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 738. Notons que, saisi par le requérant Manuel Wackenheim, le Comité des droits de l'Homme des Nations unies a confirmé le sens de la décision du Conseil d'État français dans Comité des droits de l'Homme des Nations unies, 26 juillet 2002, *Wackenheim c. la France*, *Rev. trim. dr. h.* 2003, p. 1017-1024 spéc. p. 1023-1024, § 7.1-7.6, tandis que l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme devait déclarer la requête irrecevable (voir M. LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *préc.*, p. 1026). En outre, le Conseil d'État s'est de nouveau penché sur le principe de la dignité humaine dans des affaires ultérieures, voir notamment les arrêts cités par A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 24.

³¹⁵ Il faut néanmoins rendre justice au Conseil constitutionnel que d'avoir, sur nombre de questions éminemment éthiques, choisi une attitude empreint d'une très grande prudence. On l'a vu pour ce que recouvre la dignité ; on le voit encore s'agissant des embryons et du droit à la vie. Tel est l'enseignement de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 (CC, 27 juillet 1994, déc. n°94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (Bioéthique)*, *Rec.* p. 100, *GDCC* n° 47, p. 852-868). Dans cette décision, d'après l'analyse de Louis Favoreu et Loïc Philip, le Conseil juge que le législateur « a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons [...]. Le législateur est libre d'effectuer un tel choix, *comme d'ailleurs de faire le choix inverse*, car il n'y a pas, sur ce point, de "normes de constitutionnalité" » (nous soulignons). Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 860.

système de droit interdit que le contenu de la notion d'intérêt général puisse être déterminé en dehors de lui s'agissant de définir la dignité humaine. L'assertion des auteurs des *Grands arrêts* le confirme avec éclat : la dignité humaine « n'a pas seulement à être respectée par les autorités ; elle doit l'être tout autant par les individus dans leurs rapports entre eux et *par chacun pour soi-même. On ne peut consentir à sa propre dégradation* » (nous soulignons)³¹⁶. Si, par conséquent, les droits fondamentaux constituent des droits et libertés définis juridiquement, cette définition conduit à une objectivation de ces droits dont les titulaires ne possèdent plus la maîtrise dès lors que « l'atteinte à la dignité de la personne humaine, à laquelle nul ne peut consentir, constitue une atteinte à la société puisque le respect de cette dignité fait partie de l'ordre public »³¹⁷. Ce qu'Emmanuel Dreyer dit plus particulièrement de la dignité vaut, *volens nolens*, pour la notion d'intérêt général : « La dignité est de l'essence de l'homme. Longtemps, le droit a ignoré ses développements philosophiques pour n'en retenir qu'une approche essentiellement sociale. La dignité était autant un droit (à travers la protection qui lui était due) qu'un devoir (une exigence pour tout être humain). Mais, sur ce dernier point, elle fit l'objet de diverses manipulations. À l'issue de la seconde guerre mondiale, la recherche d'une éthique dans le droit a donc conduit à de nouvelles réflexions en termes de valeur qui permettent de présenter aujourd'hui la dignité comme la raison d'être des droits fondamentaux »³¹⁸. D'où cette remarque bien comprise quant à la préséance entre dignité ou liberté, et d'ailleurs valant commencement d'explication des différentes postures adoptées par les trois juridictions invoquées : « Le choix de l'une ou de l'autre de ces exigences comme principe cardinal de l'ordre juridique relève, en tout état de cause, d'un postulat idéologique »³¹⁹.

404. Alors l'intérêt général devient plus qu'une signification juridique dépassant la restriction ; il devient porteur de valeurs. Xavier Bioy illustre adéquatement la nature de l'emprise de l'État sur la dignité humaine de laquelle emprise il déduit que « s'organisent ce que l'on peut appeler des

³¹⁶ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 740. En cela, faute de contours législatifs clairs et prévisibles, laissant une certaine marge de manœuvre aux sujets de droit, ce n'est pas uniquement le juge qui est incontestablement un « donneur de leçons » (cf. E. DREYER, « Dignité (Droits fondamentaux et) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 258), c'est l'ensemble de notre système de droit... On peut d'ailleurs s'en émouvoir s'agissant du Conseil d'État puisque la juridiction, par la voix de son rapporteur public, avait été avertie des failles existantes dans ses connaissances de base. En ce sens, le propos révélateur de P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », préc., p. 1213 : « De fait, les contours du concept d'atteinte à la dignité de la personne humaine, auquel nous vous proposons de vous référer, sont loin d'être parfaitement intangibles ou immuables ».

³¹⁷ M. LONG et alii, op. cit., p. 745. L'analogie avec le droit pénal, et singulièrement la question du consentement de la victime de l'infraction, ne serait pas fortuite. Les considérations relatives au respect de la dignité de la personne humaine sont, en l'espèce, extrêmement proches de la philosophie du droit pénal : « le droit pénal, écrit Harald Renout, ayant pour objet la sauvegarde de l'ordre public et la défense des intérêts collectifs, la circonstance que la victime a consenti à l'acte ne saurait effacer son caractère répréhensible et paralyser l'action publique ». Cf. H. RENOUT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 243.

³¹⁸ E. DREYER, op. cit., p. 249.

³¹⁹ B. MATHIEU, « Bioéthique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 105. Dans le même sens, M. LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », préc., p. 1035 : « Face à un enjeu aussi crucial, il n'est guère de transaction possible (...) ».

"servitudes d'humanité" imposant des sujétions aux particuliers consistant en l'obligation de se protéger d'eux-mêmes au nom d'une dignité commune » (nous soulignons)³²⁰. Entre servitude et asservissement, le risque de dérives n'est désormais plus totalement exclu, ce que le Conseil d'État avait, sans doute avec un peu de recul, relevé dans son rapport consacré à l'intérêt général : « On voit bien, dans ces cas, comme dans celui du respect de la dignité humaine, le risque d'une atteinte indue, au nom de considérations d'intérêt général, au principe de liberté du commerce et de l'industrie. On voit aussi les risques que ferait peser sur les libertés une extension indéfinie des pouvoirs de police du fait d'une extension excessive de la notion d'ordre public »³²¹.

405. Le saisissement de la liberté par la règle de droit s'accompagnerait d'une moralisation des droits fondamentaux aux conséquences de laquelle il conviendrait d'adhérer³²². Ce serait une façon de rendre meilleure la liberté dans une perspective civilisationnelle. Une conception susceptible de nier toutefois la liberté, comme l'entrevoit Patrick Wachsmann, dans le domaine particulier des restrictions apportées aux libertés de consommer des produits nocifs pour soi-même : « l'État se chargeant d'imposer un mode de vie qu'il déclarerait sain : pourquoi, alors, ne pas imposer au citoyen quelques heures de culture physique, des horaires de coucher et de lever, un régime alimentaire et l'usage de ses loisirs ? »³²³. Définir les droits fondamentaux, ce n'est plus seulement rendre juridiquement effectif la liberté. C'est serait faire faire à la liberté un progrès et, en même temps, « améliorer » l'humanité³²⁴. Restreindre une liberté pour la protéger n'est pas un jeu à somme nulle. La moralisation des droits et libertés a ses contreparties ou ses conséquences. La première est le passage rendu plus praticable entre la moralité publique et l'ordre moral.

³²⁰ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. 44-45, spéc. p. 45.

³²¹ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, coll. EDCE, n°50, 1999, p. 294.

³²² Nous prenons le vocable « moralisation » dans son acception seconde, à savoir « élever moralement », « rendre conforme à la morale », comme on prétend moraliser la politique ou le sport. Sur ces éléments sémantiques, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1634.

³²³ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 429. Nous y sommes déjà... Cinq fruits et légumes par jour, trente minutes d'activités physiques quotidiennes et « ni trop gras, ni trop salé, ni trop sucré » ! (cf. les recommandations du Programme national relatif à la nutrition et à la santé – PNNS – trouvant sa base légale dans les articles L. 3231-1 et s. du Code de la santé publique).

³²⁴ C'est l'un de ces paradoxes dont la postmodernité, nouvelle ère des droits fondamentaux, a le secret. À bien y regarder, la postmodernité nous conduit à un recul sensible dans l'Histoire. En ce sens, cette remarque sur l'histoire de la conception de l'intérêt général : « À partir de la renaissance, la gestion de la chose publique s'est désormais réglée sur d'autres valeurs que le bien commun dans lequel, à la faveur du nominalisme triomphant, on n'a plus vu bientôt qu'un mot ne correspondant à aucune réalité tangible. La vieille notion de bien commun éclata quand, avec la montée de l'individualisme, l'usage s'établit de le restreindre au bien public, à côté nécessairement d'un bien privé, et elle s'estompa encore plus quand du bien public, on passa à l'intérêt public ». Cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 9. La réintroduction de valeurs – qui tempèrent l'individualisme – dans le champ de l'intérêt général n'est-il pas un retour à cette « vieille notion de bien commun » pétrie d'impératifs moraux ?

b) – De la moralité publique à l'ordre moral ?

406. De nouveau se pose la question de la démarcation entre un ordre moral, devant être exclu, et une moralité publique entendue comme ce minimum « d'idées morales communément admises à un moment donné par la moyenne des citoyens »³²⁵. Quand nous refusons le premier, dicté par le sommet, il faudrait admettre la seconde secrétée par le corps social car « l'autorité de police ne peut prévenir les désordres moraux sans porter atteinte à la liberté de conscience : ou alors, elle tend à imposer l'ordre moral »³²⁶. « D'autres admettent que la moralité publique émane de la conscience collective, mais craignent de la voir se transformer en instrument d'oppression des minorités. *Sans être totalement inexistant*, ce risque est extrêmement faible, car la moralité publique n'impose un conformisme que dans la conduite publique, non dans la conduite privée, encore moins dans la pensée : elle n'a pour fonction que de contribuer à maintenir la paix sociale, et non de moraliser l'individu, qu'elle laisse maître absolu de ses convictions » (nous soulignons)³²⁷. La séparation entre moralité publique et ordre moral est certes concevable : « On parle d'"ordre moral" lorsque les autorités de police utilisent leurs prérogatives non plus pour faire respecter la moralité publique, mais pour imposer à la société leurs propres conceptions morales »³²⁸. « Alors que la moralité publique vient d'en bas et constitue un facteur de paix sociale, l'ordre moral vient d'en haut et se veut un moyen de conquérir les âmes et d'opprimer les consciences »³²⁹. Mais comment distinguer l'une de l'autre ? « Il y a d'abondants exemples, prévenait Mill, qui montrent que cette volonté d'étendre les limites de ce qu'on peut appeler la police morale jusqu'à ce qu'elle empiète sur la liberté la plus incontestablement légitime de l'individu, est de tous les penchants humains l'un des plus universels »³³⁰.

407. Gilles Lebreton, pourtant hostile à l'ordre moral, nous semble le réintroduire par le biais de la moralité publique. « Le juge administratif veille au respect de la moralité publique ainsi définie. Il invite en effet clairement l'administration à utiliser ses pouvoirs de police générale pour faire obstacle à tout comportement ou manifestation susceptible, en troublant les consciences, d'y porter atteinte. Le désordre qu'il s'agit d'éviter ici n'est donc nullement un trouble matériel : *c'est un pur désordre*

³²⁵ Conclusions du rapporteur public Guldner pour CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, S. 1958, p. 73, extrait cité par G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, op. cit., p. 372. En l'espèce, « pour échapper au rôle de gardien de la morale en soi, le Conseil d'État a donc décidé que l'immoralité d'un film devait, pour justifier l'interdiction, être assortie de certaines "circonstances locales", dont le juge se réservait d'ailleurs le contrôle » (cf. M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., n° 79, p. 528).

³²⁶ Conclusions du rapporteur public Mayras pour CE Sect., 18 décembre 1959, *Société « les films Lutetia » et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, Rec. p. 693, S. 1960, p. 94, extrait cité par M. LONG et alii, op. cit., n° 79, p. 527.

³²⁷ G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, op. cit., p. 377.

³²⁸ G. LEBRETON, op. cit., p. 375.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 192.

moral, un pur trouble des consciences que la jurisprudence juge inacceptable parce qu'il choque profondément la conscience collective » (nous soulignons)³³¹. Qu'elle soit le produit de notre conscience collective, qualifiée alors de moralité publique, il n'en reste pas moins possible pour le corps social d'exiger de ses membres un certain conformisme moral pour la réalisation de leurs droits fondamentaux. La frontière est décidément floue³³². Dans ses conclusions pour l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*³³³, le rapporteur public Patrick Frydman prévient qu'il ne s'engagera pas sur le terrain de l'ordre moral lorsqu'il s'interroge sur le point de savoir si le motif tiré d'une atteinte à la dignité humaine entre dans les motifs susceptibles d'autoriser une restriction de police municipale aux droits fondamentaux : « cette question, qui revient en définitive à déterminer si le respect de la dignité humaine figure ou non au nombre des *composantes de l'ordre public* prises en compte pour l'exercice de la police municipale, pourrait *a priori* sembler devoir appeler une réponse négative. La notion d'ordre ne saurait en effet, bien entendu, être abusivement tirée vers celle d'*ordre moral*. Et, selon la conception classique de la police municipale, telle que l'entendait à l'origine la doctrine, la "moralité publique" était en principe envisagée comme un facteur externe à l'ordre public proprement dit, sur lequel elle n'était susceptible de rejaillir que par le biais de risques de désordres matériels » (italique dans le texte)³³⁴. Il estime en effet « que le respect de la dignité de la personne humaine constitue bien, précisément, l'une de ces "idées morales naturellement admises" dans la société française contemporaine, ainsi que suffisent à en témoigner les différents textes et décisions de jurisprudence que nous avons précédemment mentionnés »³³⁵. Mais il ne nous semble pas certain qu'il ait réussi à observer cette règle de prudence. Le rapporteur public ne s'est jamais caché de proposer, pour résoudre le conflit entre liberté individuelle et dignité humaine érigée pour la circonstance en cinquième composante de l'ordre public, une analyse éthique du conflit afin de conforter l'office du juge : « À cet égard, se pose d'abord une question préalable, qui ne peut d'ailleurs trouver sa solution que dans *l'intime conviction de chacun*, et qui est de déterminer si le lancer de nains encourt effectivement ou non, par sa nature même, un tel reproche » (nous soulignons)³³⁶. Et le présent auteur

³³¹ G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, op. cit., p. 372.

³³² C'est l'un des travers congénital des notions dites indéterminées, telle que la notion d'intérêt général, car comme on peut le voir à propos de la notion d'ordre public, celle-ci n'est pas totalement étanche non plus et qu'elle pouvait « dévier » très tôt vers des considérations éthiques. En ce sens, É. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., t. 1, p. 217 : « l'exemple de la police du cinéma n'est pas isolé : celle des débits de boissons, des jeux, de la presse en constituent d'autres. Sous couvert de "bon ordre", de "décence", voire d' "hygiène morale", il arrive que la police municipale elle-même vise bien en réalité la moralité publique ; les exemples sont encore assez nombreux et le juge invoque quelques fois directement la moralité comme but légal de la police générale ».

³³³ Voir CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. p. 372, concl. P. FRYDMAN, GAJA n° 102, p. 737-746 (affaire dite du « lancer de nain »).

³³⁴ P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », préc., p. 1210.

³³⁵ P. FRYDMAN, préc., p. 1211.

³³⁶ P. FRYDMAN, préc., p. 1207. Précisément, le rapporteur public nous livre manifestement son sentiment plus que son analyse juridique. Son sentiment en reprenant notamment l'opinion du corps social (p. 1207-1209). « Claire en théorie, la frontière entre moralité publique et ordre moral peut toutefois s'avérer parfois illusoire en pratique. Sans sombrer dans le pessimisme (...), on doit en effet convenir qu'il arrive aux autorités de police et aux juges de ne pas parvenir à faire totalement abstraction de leurs convictions éthiques et personnelles ». Cf. G. LEBRETON, op. cit., p. 376.

de livrer une conclusion assez nette : « il nous apparaît que le spectacle critiqué doit bien être regardé comme portant atteinte à la *dignité de la personne humaine*. Aussi étendue que soit la liberté d'expression, une attraction consistant ainsi, en vue de flatter les plus vils instincts, à ravalier au rang d'objet une personne handicapée à raison même de son handicap, ne nous paraît en effet pas pouvoir trouver sa place dans une société civilisée. Les réactions du corps social précédemment évoquées, qui montrent à quel point ce spectacle a été ressenti comme une régression par rapport aux efforts d'intégration sociale des handicapés déployés dans les dernières décennies, ne font que renforcer cette analyse. Du reste, on pourrait être tenté de se demander si une attraction aussi méprisante que le lancer de nains ne porte pas, à la vérité, tout autant atteinte à la dignité des spectateurs qui y participent ou y assistent qu'à celle des nains eux-mêmes... » (italique dans le texte)³³⁷. « L'enjeu, note-t-il encore, est précisément ici de sauvegarder l'exigence morale particulièrement solennelle que constitue le respect de la dignité de la personne humaine »³³⁸.

408. Toutefois, il faudrait, probablement, se garder de donner une trop grande éthique aux droits fondamentaux car nous risquons d'ouvrir une boîte de Pandore³³⁹ ou, à tout le moins, nous livrer à un procès social hors normes³⁴⁰. « On peut, certes, se féliciter de cette protection accrue de la dignité de

³³⁷ P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », préc., p. 1209.

³³⁸ P. FRYDMAN, préc., p. 1211.

³³⁹ Ce qu'a fait Patrick Frydman en faisant référence, dans ses conclusions précitées, à l'indignation de la comédienne Mimie Mathy, de son vrai nom Michèle Mathy (Mimie un « diminutif » sans doute de Michèle...), à l'encontre de ce type de spectacles. Mais pourquoi ne pas nous y engouffrer à notre tour ? Quiconque a été spectateur de l'émission télédiffusée « Fort Boyard » retransmise sur la chaîne publique *France 2* (donc par le service public...) se souvient forcément que l'attrait de ce divertissement reposait aussi (mais pas seulement) sur les rôles « inoubliables » de Passe-Temps (Alain Prévest) et Passe-Partout (André Bouchet), tous deux nains. L'émission, tournée où l'on sait et réalisée dans les conditions que l'on connaît, aurait-elle eu le même intérêt en termes d'audience sans eux ? Et que dire des calambours, souvent grotesques, du personnage de « mini-moi » interprété par l'acteur américain (et nain) Verne Troyer dans la saga comique *Austin Powers*. Serions-nous à ce point pervers, indignes, pour aller nous en amuser dans les salles obscures ? Enfin, le Conseil d'État se fait fort de protéger, en cas de carence de la loi, les activités qui par leur objet même porte atteinte à la dignité humaine. S'il fallait préserver la société humaine de ce qui la dégrade, qu'attend-on pour interdire la prostitution, la mendicité et les clowns dans les cirques ? Nous partageons ainsi le scepticisme du conseil juridique de Manuel Wackenheim devant le Comité des droits de l'Homme des Nations unies. Voir Comité des droits de l'Homme des Nations unies, 26 juillet 2002, *Wackenheim c. la France*, *Rev. trim. dr. h.* 2003, p. 1017-1024, spéc. p. 1022, § 5.2 : « D'après le conseil, cette jurisprudence, à l'aube du XXI^e siècle, réactive la notion d'ordre moral en direction d'une activité aussi marginale qu'inoffensive comparée aux nombreux comportements réellement violents et agressifs que tolère actuellement la société française ». Voir aussi, sur ce point, la « liste » ouverte de M. LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », préc., p. 1036.

³⁴⁰ Hors normes, à deux titres. D'une part, le concept fluctuant de dignité humaine déstabilise le cadre juridique présidant à la définition des droits fondamentaux, chacun pouvant définir la dignité selon ses propres vues, et, surtout, lorsque les vues du juge prévalent, le débat social se transporte en totalité dans le prétoire. D'autre part, ce procès social est hors normes, aussi, parce qu'il n'est pas équitable en raison d'une forme de partialité qu'il revêt dans son actualité. On présente Manuel Wackenheim comme coupable (ci-après, c'est ce que note O. CAYLA, « Le coup d'État de droit ? », *Le débat* n° 100, mai-août 1998, p. 108-133, spéc. p. 126), en tant qu'il exacerberait l'individualisme des droits fondamentaux. Voir, notamment, M. LEVINET, préc., p. 1040-1042. En se demandant si les refus des juridictions d'adhérer aux thèses soutenues par le conseil juridique de M. Wackenheim « au nom de l'autodétermination personnelle, [et de] consacrer le droit absolu » de choisir son mode d'être et, partant, à souscrire à une conception de la liberté qui est celle de l'hédonisme post-moderne », Michel Levinet, nous semble-t-il, révèle déjà un parti pris, celui d'un requérant coupable de ses agissements. Or, selon nous, est-il judicieux d'écarter si promptement la thèse d'un requérant victime de ses agissements ? Le rapporteur public Patrick Frydman n'aurait-il pas biaisé, dès le départ, la controverse en sollicitant Michèle (« Mimie ») Mathy au soutien de ses conclusions en droit ? Si l'on nous permet cette analyse quelque peu triviale, la comédienne n'est-elle pas l'arbre qui cache la forêt ? Pour une comédienne naine, combien de nains élus, préfets, professeurs de droit ou

la personne humaine. Mais on peut aussi s’effrayer des risques de dérive engendrés par la formulation précitée. Car en libérant les maires de l’allégeance aux circonstances locales, le Conseil d’État a ouvert une dangereuse boîte de Pandore, de laquelle pourrait bien ressurgir la tentation de l’ordre moral »³⁴¹. Sous prétexte de juridiciser l’exercice d’une liberté, nous aurions en réalité cédé à des arguments moraux susceptibles de dire ce que doit être notre liberté. C’est sûrement l’une des raisons qui expliquent la perplexité voire le malaise où l’on peut se trouver lorsque l’on tente de justifier des décisions de justice par une telle imprégnation d’éléments moraux. « L’étude des influences est un sujet qui dérange : oser évoquer la raison d’État, la défense de certaines valeurs, l’utilité économique et sociale, voire la pression des groupes d’intérêts n’est pas de bon aloi »³⁴². « Le nain de Morsang-sur-Orge s’est vu condamner, dans un enthousiasme assez général, à ne plus pouvoir gagner sa vie comme il l’entendait librement, parce que le Conseil d’État a eu le génie de placer sa décision sous les espèces scintillantes de la dignité de la personne humaine. Sous ce rapport, mieux vaudrait donc que le juge, à l’instar du personnel politique, ne se prive pas de faire vibrer la corde sensible »³⁴³. Cet avis est partagé par Danièle Lochak qui souligne le risque d’un ordre moral déguisé en dignité : « même si c’était le seul moyen de donner un fondement juridique à l’interdiction par les maires des spectacles de lancer de nains et même s’il a pris soin d’éviter toute référence à la moralité publique, on peut craindre qu’il n’ait contribué ainsi à brouiller la frontière entre protection de la morale et protection de la dignité, avec le risque que la seconde ne devienne l’alibi de première »³⁴⁴.

409. Enfin, Olivier Cayla remarque qu’il existe une certaine témérité pour le juge, et spécialement pour le rapporteur public, à vouloir interdire le lancer de nains. Selon les vues du rapporteur public, « la soumission délibérée d’une victime à des actes de violences n’a nullement pour effet de retirer à ceux-ci leur caractère pénalement répréhensible »³⁴⁵. Or, à l’évidence, cette témérité procède

encore juges ? En disant que l’atteinte à sa propre dignité par Manuel Wackenheim est, ce que la définition même de l’indignité signifie, qu’il résulte du « lancer de nains » que le requérant s’est soustrait de lui-même du cercle de l’Humanité et que cela ne se peut car il n’en a pas le droit, la société prétend ramener l’intéressé dans l’Humanité. Mais où était donc M. Wackenheim pour devoir ainsi se livrer à un « spectacle » « vulgaire, malsain et, au total, scandaleux » (cf. M. LEVINET, préc., p. 1029) ? Le requérant n’est-il pas, d’une certaine façon, d’ores et déjà exclu de cette humanité ? Et dans ce cas, est-on certain qu’il s’y trouvait de son fait, ou de celui de la société ? On le voit, dans le second cas, la société peut-elle réprimer une indignité dont elle est, seule, coupable ? Il ne s’agit pas, ici, de défendre la thèse du requérant mais de montrer qu’il faudrait sans doute faire un pas de plus dans la compréhension des convictions qui nourrissent la controverse afin d’atteindre un degré d’objectivité supplémentaire. La lecture de la communication du Comité des droits de l’Homme dissimule assez mal la possibilité que l’État, français en l’occurrence, se donne « bonne conscience » : « il serait, dit-il, choquant que le principe fondamental du respect dû à la personne humaine cède devant des considérations matérielles propres au requérant – et par ailleurs peu répandues (...) » (cf. CDH, *Wackenheim c. la France*, précitée, p. 1021, § 4.5). Contrairement à ce qui est affirmé plus haut dans la communication (cf. CDH, *Wackenheim c. la France*, précitée, p. 1021, § 4.5), l’État ne concilie pas exactement la liberté du travail et la liberté du commerce et de l’industrie avec la dignité humaine. Tout simplement parce qu’il ne répond pas, jamais en fait, aux arguments développés, devant le Conseil d’État et par le conseil devant le Comité, et qui, selon nous, sous-tendent une indignité primitive imputable à la société.

³⁴¹ G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l’ordre moral », in *Mélanges en l’honneur du professeur Gustave Peiser*, op. cit., p. 378.

³⁴² M. DEGUERGUE, « Des influences sur les jugements des juges », in *L’office du juge*, préc., p. 371.

³⁴³ D. DE BECHILLON, « Comment légitimer l’office du juge ? », in *L’office du juge*, préc., p. 473.

³⁴⁴ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 20.

³⁴⁵ O. CAYLA, « Le coup d’État de droit ? », préc., p. 126.

nécessairement d'une conviction acquise. « Par ce rapprochement avec le droit pénal, ainsi que l'appréciation selon laquelle la rémunération du nain "est sur un plan moral une circonstance aggravante plutôt qu'atténuante", le juge administratif introduit nettement, sans toutefois la nommer, l'idée de *faute*, c'est-à-dire, dans la perspective morale du caractère absolument sacré d'une humanité transcendante et indisponible, d'un péché si grave et manifeste qu'il ne *devrait* se traduire juridiquement que par sa répression par la loi pénale » (italique dans le texte)³⁴⁶. Au besoin en déformant les règles de droit : « le fait qu'aucune loi pénale actuellement en vigueur n'incrimine, en l'occurrence, la pratique du lancer de nain ne saurait apparaître que comme une *lacune du droit positif*, qu'il appartient alors nécessairement au juge de combler, au titre d'un devoir absolu bien plus que d'un pouvoir » (italique dans le texte)³⁴⁷. Cette jurisprudence dite du « lancer de nains » est inquiétante pour les droits fondamentaux, et à travers eux, la liberté. Olivier Cayla n'a peut-être pas tort de s'en alarmer : « Toujours est-il que le jusnaturalisme radical qui oriente cette jurisprudence administrative conduit à un renversement difficilement réfutable de l'esprit de l'État de droit dont elle était auparavant porteuse. La lacune du droit positif, notamment pénal, qu'elle invoque pour légitimer l'édiction par le juge d'une nouvelle règle de compétence au profit du maire (et donc du juge lui-même, qui contrôle le maire), ne se conçoit en effet qu'en vertu du principe, antilibéral par excellence, que *ce qui n'est pas formellement interdit n'est pas nécessairement permis non plus, ce qui inverse purement et simplement l'adage définissant précisément l'esprit du droit pénal* » (italique dans le texte)³⁴⁸. Est-ce la fin de l'adage juridique selon lequel *la liberté est la règle, l'interdiction, l'exception* ?

c) – De la fin de l'adage *la liberté est la règle, l'interdiction, l'exception...*

410. Ce serait la fin d'une certitude³⁴⁹. La notion d'intérêt général autoriserait le système de droit à restreindre la liberté pour la protéger sous la condition de... Examinant avec lucidité l'indétermination

³⁴⁶ O. CAYLA, « Le coup d'État de droit ? », préc., p. 126.

³⁴⁷ O. CAYLA, préc., p. 126.

³⁴⁸ O. CAYLA, préc., p. 130. Pour un point de vue positif sur la jurisprudence administrative, G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser, op. cit.*, p. 377 : « C'est le mérite du juge administratif de l'avoir compris. Entre les deux précipices d'un moralisme totalitaire qui prétendrait tout régenter et d'un individualisme sauvage affichant son mépris de l'opinion publique, il mène le droit administratif sur le chemin de la liberté ».

³⁴⁹ Au moins celles-ci : Norbert Foulquier, rappelant « les principes de l'État de droit libéral », écrit que « dans un tel État, la liberté individuelle prévaut ; elle précède l'action administrative. L'administration peut certes la limiter, elle ne la crée pas, elle a même parfois l'obligation d'en conforter l'exercice par les administrés ». Cf. N. FOULQUIER, « Rapport de synthèse », in *Les droits publics subjectifs des administrés, op. cit.*, p. 231-238, spéc. p. 237 ; Danièle Lochak indiquant, quant à elle, les seules causes légitimes de restriction aux libertés : « Des bornes peuvent être légitimement posées aux libertés, soit pour organiser la coexistence entre des libertés qui peuvent entrer en conflit, soit pour concilier l'exercice de la liberté reconnue à chacun avec les exigences de la vie en société » Cf. D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 15. Enfin, CEDH, 24 juillet 1968, *affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n^{os} 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, série A n^o 6, B. § 5 *in fine* : « Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers ».

de la notion de police administrative, Étienne Picard se demande : « La multiplication et l'aggravation des immixtions de la puissance publique dans des domaines jusque-là préservés, le dépérissement des droits subjectifs autorisent-ils à nous transmettre, sans autre réexamen, l'aphorisme selon lequel "la liberté est la règle et la restriction de police l'exception" ? »³⁵⁰. « En effet, la libre détermination du nain, son libre consentement et sa liberté du commerce et de l'industrie (...) ont été sacrifiés, selon certains auteurs, sur l'autel de la décence collective. L'autodétermination individuelle a ainsi fait les frais de la définition sociale de ce que doivent être la liberté et l'individu. La police administrative n'intervient plus pour poser des limites extérieures à l'activité privée. Elle détermine ce que doit être l'humanité »³⁵¹. Si ce n'est la fin de l'adage évoqué, du moins faudrait-il le réécrire à l'aune d'une moralisation engagée des droits fondamentaux : *La liberté est généralement la règle, l'interdiction généralement l'exception*. Pour l'envisager, posons cette question : le droit est-il toujours apte à trancher des débats aussi complexes que sont les débats moraux ? Le système de droit ne substitue-t-il pas ses choix juridiques à des solutions morales, philosophiques ou éthiques qu'il appartient aux individus eux-mêmes, en conscience, de régler ? Sous prétexte qu'il faille absolument décider pour l'harmonie du corps social, l'adoption d'une règle de droit serait incontournable. Mais ne vaut-il pas mieux dans certains cas extrêmes préférer la désunion qu'une union forcée ?³⁵² La réponse sera négative puisque les droits fondamentaux ne sont plus seulement des droits et libertés définis, ce sont des droits et libertés définis selon des valeurs que la notion d'intérêt général promeut en les créant³⁵³. Les droits fondamentaux ne sont pas uniquement la réalisation juridique de la liberté ; ils réalisent juridiquement la liberté dans un sens déterminé ; ils réalisent une certaine liberté, qui n'a peut-être plus grand-chose à voir avec la promesse de liberté donnée à l'entrée dans l'état civil³⁵⁴.

411. Philippe Ardant et Bertrand Mathieu font état d'une typologie des droits et libertés fondamentaux axée autour de leur « consubstantialité »³⁵⁵ qui accrédite la thèse d'une définition

³⁵⁰ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 1, *op. cit.*, p. 34. Répondant positivement : « Pratiquement, la liberté n'est plus le principe mais l'exception » (p. 245).

³⁵¹ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, *op. cit.*, p. 92.

³⁵² Il nous semble, avec le professeur Dubos, que c'est l'option préférée par la Cour de justice de l'Union lorsque, saisie accessoirement de ce qu'est le droit à la vie, elle évite d'avoir à consacrer la définition d'un droit fondamental nouveau « eu égard à la disparité des législations des États membres et à la sensibilité persistante de cette question ». Cf. O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 128-129 (spéc p. 128 pour la citation).

³⁵³ Au terme d'une interprétation originale de notre droit positif, le professeur Lebreton suggère que lorsque certaines facultés sont reconnues et protégées par la seule loi (dont l'avortement qui est considéré comme une atteinte à la vie par le christianisme), cela indiquerait – *a contrario* – un choix éthique du corps social : « La meilleure façon de respecter la mauvaise conscience de la société à l'égard de certaines libertés, n'est-elle pas de reconnaître à celles-ci une simple valeur législative ? » (cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 143-145, spéc. p. 145).

³⁵⁴ Pour Peggy Ducoulombier, confirmant nos premières craintes, la Cour européenne (de façon surprenante puisqu'elle est le juge des droits de l'Homme) serait elle aussi engagée dans cet infléchissement de la règle de priorité donnée à la liberté – ou dans une révision de son « dogme interprétatif » pour reprendre ses mots (p. 462). Cf. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 461-466.

³⁵⁵ Voir leur présentation, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 136-137.

finalisée de la liberté. Cette démarche contemporaine³⁵⁶ conduit, selon eux, « à une redécouverte de la logique de ces textes [constitutionnels] qui reconnaissent, parmi les droits qu'ils affirment, des droits spécifiques en ce qu'ils sont consubstantiels à l'homme »³⁵⁷. Au sein des droits fondamentaux, trois principes sont qualifiés par ces auteurs de « consubstantiels » : « le principe de dignité, le principe de liberté et le principe d'égalité. Ce sont des attributs de l'homme, liés à son appartenance à l'humanité »³⁵⁸. Or, si l'on admet que ces droits fondamentaux consubstantiels, définis en « fonction de la protection de l'humain », « contribuent à une certaine renaissance du droit naturel (*sic*) »³⁵⁹, alors il n'est pas interdit de se demander si la notion d'intérêt général, requise aux fins de définition, n'est pas porteuse d'une mise sous tutelle par la société politique des fins assignées aux droits fondamentaux³⁶⁰. Est-on certain de ne pas déposséder secrètement les titulaires des droits fondamentaux de leur droit à ne pas fixer de fins aux droits fondamentaux ? Par l'orientation que révèle cette intéressante typologie des droits fondamentaux n'aboutit-on pas à faire des droits fondamentaux non pas un moyen au service de l'humanité mais un but pour l'humanité ? Nous avons certes suggéré que le concept de droit fondamental était une étape incontournable dans l'effectivité des droits et libertés. Aussi constituait-il un but à atteindre pour le système de droit. En revanche, nulle part nous avons sous-entendu qu'il fallait assigner un but aux droits fondamentaux. Preuve du malaise que l'existence de « principes matriciels » ou « substantiels » est susceptible de créer dans la doctrine, Dominique Turpin, s'il accorde à cette existence la possibilité d'opérer une forme de hiérarchisation, estime – à juste titre – qu'à l'égard de ces droits fondamentaux plus fondamentaux que d'autres, « le juge dispose certes d'une certaine marge de manœuvre mais sans que l'on puisse parler de hiérarchie, *si ce n'est d'ordre politique* » (nous soulignons)³⁶¹. Assurément, une telle perspective nous paraît en contradiction avec les motivations premières des membres signataires du pacte social libéral. Le Préambule de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 ne proclame-t-il pas « que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme *sont les seules causes* des malheurs publics et de la corruption des gouvernements (...) » (nous soulignons) ? Lit-on dans cette disposition essentielle de notre pacte que l'absence de fin assignée aux droits de l'Homme est une cause des malheurs publics ? Aux termes de l'article 2 de cette même Déclaration des droits, on peut lire que le « but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de

³⁵⁶ En partie liée, soulignent Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, aux « menaces que font peser sur l'homme de nouvelles sciences et de nouvelles technologies ». Cf. P. ARDANT, B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 136.

³⁵⁷ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 136.

³⁵⁸ P. ARDANT, B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 137. « Sans que soit établie une véritable hiérarchie entre les droits fondamentaux, certains principes deviennent des principes majeurs, des "principes matriciels" en ce qu'ils engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes » (*ibid.*). « Ils sont (...) d'une autre nature » (cf. B. MATHIEU, « Bioéthique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 104).

³⁵⁹ P. ARDANT, B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 136.

³⁶⁰ Cette inclination est d'autant plus regrettable qu'elle n'est pas sans rappeler les tristement célèbres « libertés soviétiques » de la Constitution de l'URSS du 7 octobre 1977 et leur caractère finalisé. Voir, sur les dérives des « libertés réelles » du marxisme-léninisme, G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 109. Propos complété par cette incise implacable : « Ce sont en quelque sorte des libertés à sens unique » (p. 109).

³⁶¹ D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 47.

l'homme ». La conservation des droits de l'Homme autoriserait-elle notre association politique à assigner une fin aux droits de l'Homme ? La notion d'intérêt général remet au goût du jour des critiques vieilles de près de deux siècles : « En France, assurait Benjamin Constant, une institution aussi arbitraire que la censure serait à la fois inefficace et intolérable : dans l'état présent de la société, les mœurs se composent de nuances fines, ondoyantes, insaisissables, qui se dénatureraient de mille manières, si l'on tentait de leur donner plus de précision. L'opinion seule peut les atteindre ; elle seule peut les juger, parce qu'elle est de même nature. Elle se soulèverait contre toute autorité positive qui voudrait lui donner plus de précision. Si le gouvernement d'un peuple moderne voulait, comme les censeurs de Rome, flétrir un citoyen par une décision discrétionnaire, la nation entière réclamerait contre cet arrêt en ne ratifiant pas les décisions de l'autorité »³⁶². La décision du Conseil d'État de 1995 relative au « lancer de nains » n'est-elle pas de celle qui tente de préciser les mœurs de la société contemporaine ? « Comment respecter l'homme en niant sa volonté ? C'est sa liberté que l'on remet en cause en l'assujettissant au respect d'un principe supérieur auquel il est possible de faire dire n'importe quoi. Le droit ne peut autoriser le Juge à parler au nom de l'espèce humaine et d'une prédétermination de ce qui ferait "l'homme" »³⁶³. Y aurait-il quelque prétention du juge ?³⁶⁴ En écho du passé, l'antipathie du libéral Benjamin Constant à l'égard d'un contrôle « serré » des droits et libertés, que matérialise son propos mentionné sur la censure sociale, raisonne comme un avertissement sérieux pour nous signaler que nous nous engageons dans une voie périlleuse. Cette voie périlleuse pour les droits et libertés est cependant celle que paraît imposer la notion d'intérêt général d'autant plus qu'elle interdit que soit discutée, hors du droit, une définition des droits fondamentaux. La question de l'éthique des droits fondamentaux renvoie « à la question plus générale de savoir dans quelle mesure il est légitime, dans une société démocratique, de réprimer des actes ou agissements contraires aux valeurs dominantes »³⁶⁵. Il nous semble que cette mesure est toujours légitime pourvu qu'elle soit issue de la volonté démocratique. Ce sont, de toute façon, les membres

³⁶² B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 610-611. La citation prend un relief mordant quand on lit, dans les conclusions du rapporteur public Patrick Frydman, presque deux siècles plus tard après Constant, une mise en garde contre « le risque de déviation vers certaines formes de *censure* » (italiques dans le texte). Cf. P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », préc., p. 1213.

³⁶³ E. DREYER, « Dignité (Droits fondamentaux et) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 255. Pour une vision nuancée de la réception de la dignité humaine par le droit, voir H. MOUTOUH (H.), « La dignité de l'homme en droit », préc., p. 184 : « il faut admettre que la communauté humaine puisse et doive apprécier la dignité ou l'indignité de chacun de ses membres, le risque étant, bien sûr, que ce devoir de dignité devienne aussi pour les autres un moyen supplémentaire de contrôle social et de normalisation des comportements individuels [...]. La vie du droit témoigne de ces innombrables manquements à une attitude, à un comportement empreint de dignité, sanctionnés par la collectivité ».

³⁶⁴ « Si le contenu concret de la notion de dignité de la personne humaine prête à discussion et à pluralité d'opinion, c'est parce que, pour définir la dignité de la personne humaine, il faut définir ce qui fait l'humanité d'un être humain. Or, le droit hésite à définir tant la personne humaine, que l'irréductible humain, qui ne se confond ni avec la vie, ni avec la liberté. Si le droit hésite ainsi, c'est parce que la réponse est d'abord philosophique, et donc lui échappe. C'est ensuite, parce que la philosophie elle-même échoue à trancher une question qui n'a jamais cessé d'être au cœur de ses interrogations ». Cf. B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », préc., p. 217.

³⁶⁵ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 19.

signataires qui ont accepté cette densité matérielle de l'intérêt général qui est susceptible d'écarter certains objets défini en dehors du système de droit. La légitimation de l'orientation des droits fondamentaux par la société politique n'est pas seulement matérielle – auquel cas elle serait maîtrisable. La difficulté majeure à laquelle on se heurte est qu'elle est aussi formelle accélérant ainsi le processus d'emprise du corps social sur les droits fondamentaux.

II. – Le contrôle formel des droits fondamentaux :

412. Cette seconde forme de contrôle porte sur la méthode laissée aux membres du corps social dans la définition de leurs droits fondamentaux. La définition des droits et libertés ne peut être, autre conséquence du pacte, une définition individualiste ; tout droit fondamental est le résultat d'une définition concertée, c'est-à-dire le fruit de la collectivité. Cette dernière n'accepte pas – exclut – les propositions faites en ce « domaine » sans l'assentiment de l'ordre juridique établi. La notion d'intérêt général joue un rôle absolument décisif pour saisir cette conséquence du pacte : le pouvoir étatique comme tout « pouvoir institutionnel est un pouvoir qui s'exerce au nom de l'intérêt général. Par là-même, l'intérêt général permet de masquer l'origine et la réalité de ce pouvoir. En dépersonnalisant le pouvoir, l'intérêt général le pare d'une mystique qui le rend incontestable. Celui qui conteste l'existence même de l'intérêt général s'attaque à l'institution en tant que telle. Il adopte un point de vue extérieur au cadre des références communes à tous les membres de l'institution. *L'intérêt général étant l'intérêt de la collectivité, on ne peut le dénoncer qu'au titre d'un intérêt particulier. Toute dénonciation se voit ainsi refoulée dans le domaine de l'inavouable asocialité* » (nous soulignons)³⁶⁶. Rousseau est largement responsable de l'acceptation de cette morphologie du droit : « Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas »³⁶⁷. Une opinion émise en contradiction avec l'expression de la volonté générale est rétroactivement fautive. Elle n'a donc aucune chance de naître, ni aucune légitimité pour prospérer. La conception rousseauiste de la volonté générale est négatrice des intérêts particuliers. Elle ne peut que confirmer la singularité de la notion d'intérêt général bien mise en évidence par Fabienne Kauff-Gazin : la conception française de l'intérêt général « participe de l'idée selon laquelle le droit se donne pour but de transformer l'homme en citoyen et se charge de substituer à ses intérêts particuliers la poursuite de l'intérêt commun »³⁶⁸.

413. Étudiant la controverse doctrinale sur le statut du droit coutumier dans la hiérarchie des normes, Bruno Oppetit constate qu'y compris les adversaires d'un « positivisme légaliste », c'est-à-

³⁶⁶ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 233-234.

³⁶⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 147. Voilà pourquoi M. Rangeon, notamment, soutient que Rousseau est « partisan d'une société unanimiste ». Cf. F. RANGEON, op. cit., p. 124-125, spéc. p. 125.

³⁶⁸ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 24-25.

dire les promoteurs d'un pluralisme juridique, ne nient pas la supériorité finale du droit étatique³⁶⁹. « Dans une perspective pluraliste », s'ils récusent « le monopole étatique de production de règles de droit », ils ne nient pas « la primauté du droit étatique sur d'autres règles de droit »³⁷⁰. Cette remarque est capitale pour comprendre comment la légitimation de l'orientation des droits fondamentaux par la société politique opère en prenant appui sur la notion d'intérêt général. La création d'une société politique, d'une communauté, interdit *a priori* le règlement privé des conflits. Toute discussion sur les restrictions aux droits fondamentaux relève, en dernière analyse et avec la force de l'évidence³⁷¹, du corps social par l'intermédiaire de son système de droit. Comme l'écrivait il y a deux mille ans Cicéron, on inverse la logique du point de départ des définitions des droits fondamentaux : « la patrie ne nous doit abandonner que ce qui peut rester quand elle a pris sa juste part »³⁷². Car, ainsi que le note remarquablement le professeur Zoller, « pour le reste, la volonté de la nation est une, elle doit être portée par un seul centre de pouvoir, celui où la nation est représentée et qui est en charge de réaliser l'État républicain »³⁷³. La définition des droits fondamentaux, c'est-à-dire leur restriction-protection, est l'affaire exclusive de la collectivité. La discussion s'opère dans le cadre du système de droit par la voie démocratique et « nous avons le devoir naturel de civilité de ne pas invoquer trop rapidement les défauts des organisations sociales comme excuse pour ne pas y obéir et de ne pas exploiter les mailles inévitablement trop lâches des règles afin de favoriser nos intérêts. Le devoir de civilité impose d'accepter les défauts des institutions, dans une mesure raisonnable, et de ne pas chercher à trop en profiter »³⁷⁴. Toute autre lecture, quand bien même elle serait défendue par d'éminents penseurs, aurait pour effet d'altérer gravement la considération que l'on doit au système de droit en instillant à petites doses des soupçons à son encontre³⁷⁵. Puisque, assurément, « sans une certaine reconnaissance de ce devoir, la confiance mutuelle risque d'être détruite »³⁷⁶.

414. Au nombre de trois, ces interrogations conduisent à porter un regard sur l'effet d'exclusion de la notion d'intérêt général pour la garantie des droits et libertés. Méthodologiquement le contrôle formel des droits fondamentaux – donc la définition selon les procédures foncièrement démocratiques – est-il de nature à protéger les droits fondamentaux ? Ne constitue-t-il pas une forme « d'érosion » du

³⁶⁹ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, op. cit., p. 44-45.

³⁷⁰ B. OPPETIT, op. cit., p. 45.

³⁷¹ « Il n'y a, bien entendu, aucune difficulté à expliquer pourquoi nous devons obéir à des lois justes, promulguées sous une juste constitution ». Cf. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 391.

³⁷² Des miettes... ? Cf. CICÉRON, *La République*, 54-51 av. J.-C., cité par C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 31. Sur ce point précis de la doctrine politique et morale de Cicéron, on peut lire aussi G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 104-105 ; ainsi que, sous l'angle plus précis de l'intérêt général, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 59-64.

³⁷³ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 198.

³⁷⁴ J. RAWLS, op. cit., p. 396.

³⁷⁵ Ce que fait Rawls, à tort selon nous, en acceptant, sur le principe, d'ouvrir des discussions quant aux restrictions à la liberté hors du circuit normatif : « L'injustice d'une loi n'est pas, en général, une raison suffisante pour ne pas y obéir, pas plus que la validité légale d'une législation (définie par la constitution en vigueur) n'est une raison suffisante pour se conformer à la loi ». Cf. J. RAWLS, op. cit., p. 392.

³⁷⁶ J. RAWLS, op. cit., p. 396.

contenu des droits fondamentaux ? La notion d'intérêt général aurait une disposition naturelle – dans le cadre ainsi posé – à s'attaquer, selon le sens que donne la langue française au vocable « érosion »³⁷⁷, à une part du contenu matériel d'un droit ou d'une liberté pour le passer (pour le moment seulement) sous silence. La première interrogation suggère de se demander si le caractère démocratique de notre système de droit ne contribue-t-il pas à l'érosion des droits fondamentaux (A.). La deuxième porte sur le point de savoir si le rehaussement de la norme – la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général – est une réelle garantie pour ces mêmes droits fondamentaux (B.). Enfin, troisième et dernière interrogation, le concept de droit fondamental protège-t-il la liberté (C.) ? Ces trois questions vont nous permettre de jeter les premières bases d'une réflexion portée sur l'innocuité ou la nocivité de la notion d'intérêt général dans sa relation avec les droits fondamentaux.

A. – L'érosion des droits fondamentaux par la démocratie ?

415. La première interrogation vient de ce qu'en interdisant qu'il soit statué sur les droits fondamentaux en dehors du système de droit, on oblige tous les membres du corps social à passer par la voie « hiérarchique » qu'impose le régime démocratique : « Face aux dispositifs de délégitimation de la rue, on trouve dans les rituels et liturgies républicains des moyens de diffuser la croyance en une adéquation entre la pratique du pouvoir républicain et la volonté du peuple tout entier. Le premier de ceux-ci est l'élection des gouvernants au "suffrage universel" (...) »³⁷⁸. Jean-Marie Denquin souligne à juste titre que « ce concept a été fétichisé »³⁷⁹. L'analyse de Philippe Ardant et Bertrand Mathieu est particulièrement convaincante sur ce point. En conclusion de leur présentation du suffrage universel, ces auteurs soulignent : « Avec le recul du temps, on s'aperçoit qu'il a joué un rôle *d'intégration* de l'individu à la société, au système politique, au détriment des forces de contestation. Les revendications ont dû passer par son canal d'autant plus nécessairement qu'il apparaissait comme la voie d'expression normale et légitime des volontés de la Nation. Combiné au régime représentatif son effet a été *conservateur*, il a fait désavouer les minorités agissantes par les masses populaires (longtemps paysannes) éprises de stabilité. *Jamais en France le suffrage universel n'a changé le régime* » (italique dans le texte)³⁸⁰. Elle est d'autant plus saillante qu'elle est l'objet d'un consensus³⁸¹ qui n'est pas sans effet sur la légitimation du suffrage universel.

³⁷⁷ Voir *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 920 : « Action d'une substance qui érode, qui ronge ; son résultat ». Éroder : « détruire par une action lente ».

³⁷⁸ S. HAYAT, « La République, la rue et l'urne », préc., p. 39. Pareillement, quoiqu'intéressé plus spécifiquement aux effets de la notion d'intérêt général, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 24 : « Au même titre que l'intérêt général, la représentation est, par essence, unitaire et totalisante ».

³⁷⁹ J.-M. DENQUIN, « Démocratie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 262-267, spéc. p. 265.

³⁸⁰ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 190. Ce n'est pas, il est vrai, ni la succession de quinze constitutions, ni les modalités dans lesquelles les changements de régimes se sont effectués en France qui démentiront leur propos. Le suffrage est, en outre, bruyamment contesté par une frange de la société française contemporaine. En ce sens, M. GARDEN, « Histoire de la rue », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 5-17, spéc. p. 15 :

416. Étudiant le rôle des partis politiques dans l'affirmation de la loi de majorité résultant du suffrage universel, Philippe Braud a pu écrire : « La capacité persuasive des partis politiques n'est jamais aussi forte que quand ils convergent, explicitement ou implicitement, pour délivrer en fait le même message alors que, sur la scène politique, ils ont normalement vocation à s'affronter. La réceptivité des citoyens à l'intériorisation du message est alors maximale parce qu'il n'y a pas de dissonance entre les sources émettrices ; au contraire leur accord contribue à considérer comme "naturels", c'est-à-dire "allant de soi", les attitudes ou les comportements encouragés. Ainsi tous les partis, conservateurs, réformistes ou révolutionnaires (à quelques très rares exceptions près) acceptent les logiques du suffrage universel en présentant des candidats ; ce qui les conduit à faire admettre le principe fondamental du respect de la loi de majorité ou encore à reconnaître et faire reconnaître l'autorité légitime des élus dans la Société. L'invitation générale à participer au scrutin consolide les schémas culturels qui font du citoyen, libre et responsable, *la base de l'édifice démocratique* » (nous soulignons)³⁸². La cristallisation du régime politique, voire sa sclérose, induite par l'expression univoque du suffrage universel ne rejaillit-elle pas sur la définition des droits fondamentaux ? Marx avait dénoncé en 1852, non sans une grande clairvoyance, les revers du suffrage universel de 1848 : « Le suffrage universel ne semble avoir survécu un temps que pour rédiger de sa propre main son testament aux yeux du monde, et proclamer, au nom du peuple lui-même : "Tout ce qui existe est digne d'être détruit" »³⁸³. Peut-on se borner à accepter, en dernier recours et au nom du sacro-saint principe aussi légitime qu'exclusif de démocratie, qu'il revienne au peuple de déterminer seul et sans concurrence possible le contenu de l'intérêt général et, par elle, la définition des droits et libertés ?

417. Questions dilatoires objecterait-on lors de ce procès ainsi fait au système de droit démocratique³⁸⁴. En effet, nous avons montré que l'énoncé final de la notion d'intérêt général appartenant aux membres signataires du pacte social, ce serait se renier que de tenter de trouver des limites à leur action. Jean-Marie Denquin a résumé parfaitement les limites des rapports entre démocratie et droits fondamentaux alors occultées par deux méprises. Historique, d'une part, « la Grèce antique, note-t-il, a inventé la démocratie mais n'a jamais conçu l'idée de droits subjectifs opposables à l'État. Inversement c'est dans une Europe monarchique, où l'on ne songait pas à

« L'expression si souvent reprise de nos jours pour être dénoncée, « le pouvoir est dans la rue », montre le désir d'une démocratie directe spontanée qui serait plus authentique que celle sortie des urnes. La rue est bien alors le théâtre des affrontements politiques et sociaux, et son rôle est amplifié dès qu'il y a crise, amorce de crise ou solution de crise ».

³⁸¹ « En définitive d'ailleurs, l'important n'est-il pas le large consensus dont l'élection bénéficie comme meilleur moyen que l'on ait trouvé pour désigner les gouvernants ? ». Cf. P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 183. Consensus trouvé et consolidé à partir de l'instauration du suffrage universel masculin à l'aube de la II^{ème} République, voir ce point, D. TARTAKOWSKY, « Quand la rue fait l'Histoire », préc., p. 20-21.

³⁸² P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 547-548

³⁸³ K. MARX, *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte*, op. cit., p. 100.

³⁸⁴ « Si le peuple gouverne, écrit Jean-Marie Denquin, on imagine mal qu'il le fasse contre ses intérêts. L'hypothèse d'un peuple masochiste paraît fort improbable ». Cf. J.-M. DENQUIN, « Démocratie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 263.

construire une démocratie, qu'ont été conceptualisés les droits de l'Homme »³⁸⁵. L'autre méprise, sur laquelle nous insisterons d'autre part, est d'ordre logique. Nous avons mis face à face deux « absolus », les droits de l'Homme et la démocratie, face à face qui peut déboucher sur une contradiction insoluble : « Les premiers constituent donc un absolu matériel – ils sacralisent un contenu – et la seconde un absolu formel – elle sacralise une procédure. Dès lors le conflit entre les deux n'est jamais nécessaire – la volonté du peuple peut s'avérer toujours convergente avec les droits de l'homme – mais jamais exclu – le contraire est possible »³⁸⁶.

418. Aussi, en pratique comme en théorie, n'est-il pas improbable que les membres signataires du pacte social, se détournant volontairement ou involontairement du sens initial de l'intérêt général, adoptent majoritairement une vision liberticide de la notion d'intérêt général³⁸⁷. Dénonçant les excès des révolutionnaires dans leur mise en pratique de la doctrine rousseauiste, Benjamin Constant affirmait dans un discours aux scissions maîtrisées : « Ils crurent que tout devait encore céder devant la volonté collective et que toutes les restrictions aux droits individuels seraient amplement compensées par la participation au pouvoir social. Vous savez, Messieurs, ce qui en est résulté »³⁸⁸. La phénoménologie de la démocratie chez Tocqueville dressait un tableau tout aussi sévère qui pourrait trouver un écho favorable dans nos démocraties modernes : « L'unité, l'ubiquité, l'omnipotence du pouvoir social, l'uniformité de ses règles, forment le trait saillant qui caractérise tous les systèmes politiques enfantés de nos jours »³⁸⁹. Coup de grâce donné à la démocratie, ce serait ontologiquement qu'elle doit être répudiée estime le penseur allemand du XIX^{ème} Stirner (de son vrai nom Gaspard Schmidt) et dont on récapitule l'apport essentiel ainsi : « Peu importe la forme du gouvernement, c'est le gouvernement qui est mauvais en lui-même (...). Dans un État démocratique, les individus sont sous tutelle comme dans un État monarchique. Le roi et son bon plaisir, avec le hasard de la naissance, équivalent à l'opinion populaire et aux hasards de son comportement »³⁹⁰. Le paroxysme de la décadence du régime démocratique est atteint, au surplus, lorsque l'on s'aperçoit que ce ne sont pas

³⁸⁵ J.-M. DENQUIN, « Démocratie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 266.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ Dans une autre étude, cette question mériterait certainement de plus amples développements ne serait-ce qu'en raison de la perception même de l'idée de liberté. Notre vision, voire notre horizon, de la liberté paraît indéfectiblement affecté de l'héritage romano-germanique ou continental de notre droit. La remarque traduit alors l'affrontement entre deux « écoles », encore une fois les mêmes, à savoir une école continentale de la liberté (à laquelle la France se rattache) et une école anglo-saxonne. La proposition d'Élisabeth Zoller, selon nous, met bien en évidence ces deux écoles : « alors que sur le continent droits et libertés sont des propositions déductives tirées de principes d'une constitution écrite, les droits et libertés d'Angleterre sont des inductions qu'il est possible de faire à partir des décisions judiciaires et des droits qu'elles ont reconnus aux individus ». Cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 104. Il apparaît clair qu'à la rigidité française d'une norme fondamentale (la Constitution) s'oppose l'absence de norme suprême et la souplesse anglaise des décisions judiciaires. Or, nous serions tenté d'ajouter que le caractère compassé de l'école continentale offre à la liberté une union pour le meilleur et pour le pire. Le pire : une remise en cause de la liberté, brutale, tout à fait envisageable en France alors qu'elle prendra beaucoup plus de temps au Royaume-Uni.

³⁸⁸ B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 607-608.

³⁸⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, cité par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 382-383.

³⁹⁰ G. LESCUYER, op. cit., p. 413.

les valeurs dont il pourrait se réclamer qui justifieraient la domination de majorité mais le seul fait que la majorité est la majorité, c'est-à-dire une forme de loi du plus fort érigée en principe politique. M. Harouel fait, à ce titre, la démonstration édifiante que l'organisation politique ne peut suffire à modérer les excès de la majorité en montrant qu'il y a bien eu une convergence troublante et objective entre l'oppression des protestants français par la France catholique de Louis XIV et l'oppression des catholiques britanniques par le Parlement anglais du XVIII^{ème} siècle³⁹¹. Et l'auteur de conclure qu'« il s'agit fondamentalement d'une oppression de nature démocratique : une oppression de la minorité par la majorité »³⁹².

419. C'est pour cette raison que la Cour européenne des droits de l'Homme a tenu à rappeler, en définissant sa « société démocratique », les limites – putatives – inhérentes à toute définition démocratique des droits fondamentaux : « Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »³⁹³. Cette vision presque idyllique de droits et libertés protégés des agressions de la démocratie est, témoignant de son intensité, relayée et défendue outre-Atlantique : « Bien qu'il faille louer à maints égards la démocratie, notre pays a reconnu depuis sa fondation que certaines libertés fondamentales ne doivent pas dépendre des caprices des élections (...). En conséquence, [la] liberté ne doit pas chercher refuge dans l'urne »³⁹⁴. Jean-Marie Denquin suggère, *a contrario*, de ne pas éloigner les droits de l'Homme de l'idéal démocratique : « Dans un monde où la majorité des citoyens peut concevoir et (théoriquement du moins) exprimer une opinion, il n'est ni prudent, ni légitime de réinventer une sorte de despotisme éclairé où des élites autodésignées imposeraient subrepticement leurs valeurs, fussent-elles baptisées droits fondamentaux. On ne doit pas sacrifier la démocratie aux droits de l'homme. Les deux sont nécessaires. La tension qui existe entre eux est féconde »³⁹⁵. Soit. Mais comment faire pour trouver ce juste milieu ? La doctrine tente de dresser une liste indicative de droits fondamentaux devant être définis conformément au droit européen par le peuple français³⁹⁶. Au-delà, la protection normative est-elle suffisante ? Ce qui nous conduit à nous poser une deuxième interrogation.

³⁹¹ J.-L. HAROUEL, « Ancien Régime », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 36-37.

³⁹² J.-L. HAROUEL, op. cit., p. 37.

³⁹³ CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 7601/76 et 7806/77, série A n^o 44, § 63.

³⁹⁴ Opinion séparée majoritaire du juge Blackmun sous *Supreme Court of USA, Planned Parenthood of South Eastern Pennsylvania, et al. v. Casey*, 505 US 833 (1992), p. 943, cité par S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 220. En bref, démocratie et droits fondamentaux sont-ils le serpent qui se mord la queue ?

³⁹⁵ J.-M. DENQUIN, « Démocratie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 267.

³⁹⁶ Voir l'énumération de F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 221.

B. – L'érosion des droits fondamentaux par la Constitution ?

420. Le pouvoir constituant doit-il être lui aussi assimilé à un pouvoir majoritaire ? Or, dans ce cas, le constituant lui-même ne pourrait-il pas s'abuser ou abuser la minorité ? Patrick Wachsman note fort logiquement que « l'attentat à la liberté du fait du peuple ne se différenci[e] pas fondamentalement de celui qui est le fait d'un despote »³⁹⁷. Ainsi, il ne serait « pas du tout exact de dire que ce que veut la majorité est juste »³⁹⁸. Le chantre de la volonté générale lui-même avait émis l'hypothèse : « la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique : mais il ne s'ensuit pas que les délibérations du peuple aient toujours la même rectitude. On veut toujours son bien, mais on ne le voit pas toujours »³⁹⁹. Michel Charasse, alors sénateur et aujourd'hui membre du Conseil constitutionnel, faisait cette remarque très imagée : « La volonté générale n'est pas toujours l'intérêt général. On ne peut sans doute pas empêcher le peuple, si c'est la volonté générale, de foncer tête baissée dans un mur en criant ! Mais est-il toujours conforme à l'intérêt général de le laisser foncer tête baissée dans un mur en criant ? »⁴⁰⁰. S'il n'est pas toujours conforme, est-il néanmoins possible d'empêcher le peuple d'élaborer une définition liberticide de la notion d'intérêt général ? Voici une réponse non dépourvue de réalisme : « Quant à la démocratie, "gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple", l'on se demande bien ce qui pourrait lui échapper : qui oserait en effet expliquer au dit peuple qu'en réalité il ne gouverne rien et qu'il n'est même pas bon, dans l'état où il se trouve, qu'il le fasse ? »⁴⁰¹.

421. Pierre Charron sans doute. Le moraliste et théologien français, développant une logique de « justice extraordinaire » dans *De la sagesse* (1601)⁴⁰², allait jusqu'à proposer de « mentir » délibérément écrit François Saint-Bonnet en récapitulant sa métaphore médicale : « Son but et son devoir étant de sauver la vie, le médecin peut tromper le malade pour son bien ; son but et son devoir étant de préserver l'État, le prince peut tromper ses sujets pour le bien public »⁴⁰³. Le succès d'une

³⁹⁷ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 69.

³⁹⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 397.

³⁹⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 68. Le peuple, selon Rousseau, commente François Rangeon, pourrait être « incapable de comprendre quel est son véritable intérêt » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 124).

⁴⁰⁰ À l'occasion de la table ronde intitulée « Le Parlement, le juge et l'intérêt général » qui s'est tenue en clôture du colloque sur l'intérêt général, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 81-108, spéc. p. 106.

⁴⁰¹ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 14. Roland Ricci offre un constat semblable relativement aux faibles contraintes qui pèsent sur l'élaboration du contenu de la norme suprême : « Ces contraintes ne permettent pas de conditionner le contenu de la Constitution de manière à lui permettre d'offrir des garanties suffisantes pour les citoyens, principalement celles de ne pas être soumis à un régime tyrannique » (cf. R. RICCI, « La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la démocratie », in *L'office du juge*, préc., p. 519).

⁴⁰² F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 212-219.

⁴⁰³ F. SAINT-BONNET, op. cit., p. 218. La version autoritaire de Napoléon Bonaparte n'est cependant jamais loin : « Si vous écoutez l'opinion du peuple, vous ne ferez rien du tout. Si le peuple refuse son propre bonheur, le peuple est anarchiste. Il

telle éventualité demeure, on le sait depuis la condamnation de Socrate à mort en 399 avant Jésus Christ, hautement incertain : « Si jamais un jour je suis jugé, ce sera comme un médecin traduit devant un tribunal d'enfants par un confiseur. Que pourra bien répondre l'accusé devant un pareil tribunal quand le confiseur viendra dire : Enfants, cet homme que voici a passé son temps à vous faire du mal. Il déforme les plus jeunes d'entre eux, en leur appliquant le fer et le feu, il les fait maigrir, les étouffe, les torture. Il leur donne à boire des breuvages amers alors que moi, je ne vous propose que des choses agréables »⁴⁰⁴.

422. Quant au droit positif, les restrictions apportées au droit de suffrage au nom d'un intérêt général⁴⁰⁵, la paix sociale⁴⁰⁶, en Nouvelle-Calédonie illustrent la possibilité pour le pouvoir constituant, et spécialement le pouvoir constituant dérivé, de méconnaître certains droits fondamentaux reconnus par d'autres instruments, en l'espèce la Convention européenne. Olivier Gohin s'est fait le porte-parole de cette dérive en dénonçant « l'atteinte scandaleuse et aggravée, par l'État lui-même, à l'universalité du suffrage que la paix civile tente de justifier »⁴⁰⁷. Il ajoute qu'« il est plus facile sans doute, pour l'État français, de traficoter le droit électoral en supprimant le suffrage universel que de respecter les valeurs de la République et de toucher aux acquis, quand bien même ils seraient indus »⁴⁰⁸. Que l'on approuve ou non la défiance profonde de l'auteur, tel n'est pas l'objet de notre propos. Toutefois, il faut reconnaître que l'auteur met en évidence la relation exclusive entretenue entre la notion d'intérêt général et le système de droit en dépit du contrôle effectué par le juge européen. Le rehaussement dans la définition des droits fondamentaux opéré par la constitutionnalisation de la notion d'intérêt général n'est pas suffisant pour garantir la liaison constante entre restriction et protection dans chaque norme⁴⁰⁹. Comment se prémunir contre ce que

est coupable, et les châtiments sont le premier devoir du prince ». Propos prêté à l'Empereur et rapporté par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 422.

⁴⁰⁴ Retranscrit par Platon dans son *Gorgias* et rapporté ici par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 56.

⁴⁰⁵ Il s'agit de la restriction du corps électoral par la condition de résidence de (10 ans) consacrée par l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 et constitutionnalisée à l'article 76 de la Constitution.

⁴⁰⁶ CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, req. n° 66289/01, R. 2005-1, § 62 : « après une histoire politique et institutionnelle tourmentée, cette condition de dix ans de résidence fixée par le statut du 19 mars 1999 a constitué un élément essentiel à l'apaisement du conflit meurtrier (...) et a permis à la Nouvelle-Calédonie de connaître aujourd'hui une situation politique apaisée et de poursuivre son développement politique, économique et social ».

⁴⁰⁷ O. GOHIN, « Quand la République marche sur la tête. Le gel de l'électorat restreint en Nouvelle-Calédonie », *AJDA* 2007, p. 800-807, spéc. p. 800. Concernant ce point, M. Mazeaud évoquait, dans des termes plus modérés, « la mise en cause de droits fondamentaux par une révision constitutionnelle ». Cf. P. MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel M. Pierre Mazeaud, au Président de la République », 3 janvier 2007, www.conseil-constitutionnel.fr, p. 1-25, spéc. p. 13. Encore que la révision constitutionnelle, créant une nouvelle définition du droit de suffrage, soulève une objection : peut-on valablement parler de « mise en cause » si, *in fine*, la définition ultime d'un droit fondamental est de rang constitutionnel ? Le président Mazeaud concède l'objection : « En l'absence de niveau supra-constitutionnel dans la hiérarchie des normes, il n'existe à vrai dire guère de limite à la faculté, pour le pouvoir constituant dérivé, de modifier le fond du droit » (p. 13).

⁴⁰⁸ O. GOHIN, préc., p. 804. Les acquis dont il est question est la retraite majorée à hauteur de 75% du traitement attribuée aux fonctionnaires de l'État servant dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

⁴⁰⁹ Historiquement, nous savons qu'une norme suprême peut établir une définition incompatible des droits et libertés avec le lien restriction-protection de la liberté que nous avons identifié. Ainsi Sophie Turenne rappelle que dans sa rédaction antérieure à la fin de la Guerre de Sécession (1865), la Constitution fédérale des États-Unis d'Amérique du 17 septembre

l'écrivain néerlandais Bernard Mandeville appelait les « cruels désordres de la féroce démocratie » ?⁴¹⁰ Ne serions-nous pas encore parvenu, dans ces conditions, à éradiquer « le risque permanent de rechute dans la barbarie » ?⁴¹¹ Il serait difficile de conjurer ce risque car, dès l'aube de la philosophie politique, la démocratie est décrite comme le relevait Hérodote (V^{ème} siècle avant J.-C.) dont le doyen Lescuyer résume l'apport : « Dans un régime populaire, il est impossible (...) d'empêcher la méchanceté de s'exercer. Les hommes mauvais s'entendent entre eux et oppriment de concert la communauté »⁴¹². Ces hommes mauvais, par définition ou par dénaturation, ou par échec du processus civilisationnel que constitue à bien des égards le pacte social libéral, deviennent ces « démagogues » qui flattent le peuple souverain mais que conspuait Aristote : « Dès que le peuple devient monarque, il prétend se comporter en monarque. Il rejette la règle et se fait despote. Cette déviation s'accomplit sous l'influence des démagogues »⁴¹³. Ce régime, que le philosophe antique appelait la « démagogie », implique « la substitution de l'intérêt personnel, fût-ce celui d'un grand nombre, à l'intérêt général de la Cité »⁴¹⁴. La préservation du Droit est indispensable. Roland Ricci n'a sans doute pas tort d'écrire, très *légitimement*, qu'« il serait en effet erroné de se contenter de la seule légitimité démocratique de la Constitution qui peut conduire, sous la pression d'événements politiques contingents, à ce qu'une majorité du groupe social choisisse de porter atteinte aux droits fondamentaux. Il incombe alors aux juges constitutionnels de ne pas céder à la démagogie qui s'analyse comme la satisfaction des pulsions individuelles exacerbées et identifiées à un objet commun. Tout au contraire, les juridictions constitutionnelles doivent conforter et défendre les valeurs associées à un régime de démocratie constitutionnelle, fondé sur la protection conjointe des droits fondamentaux et de l'intérêt général du groupe social »⁴¹⁵. A-t-il toutefois raison de le suggérer *juridiquement* ?⁴¹⁶ Le Conseil constitutionnel pourrait-il sérieusement s'opposer à la « démagogie » d'une majorité, pire de la quasi-unanimité, d'un peuple français désireux tout simplement de se « débarrasser » d'une juridiction constitutionnelle tatillonne fût-ce en respectant les règles de l'art de la révision constitutionnelle ?

423. On peine à l'imaginer car il ne faudrait pas oublier que c'est le concept même de souveraineté, dans son absolutité, qui interdit tout contrôle du souverain. Georges Lescuyer révèle que dès le XVI^{ème} siècle l'absolutisme royal, arc-bouté sur le concept de souveraineté, n'a pas réglé « la contradiction

1787 ne prohibait pas l'esclavage puisqu'elle ne garantissait pas le droit à l'égalité. Voir, sur ce point, S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 218.

⁴¹⁰ B. MANDEVILLE, *La fable des abeilles ou Les vices privés font les vertus publiques*, traduction J. BERTRAND, Paris, 2011, Institut Coppet, www.institutcoppet.org, p. 5 (publié en 1723).

⁴¹¹ F. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, op. cit., p. 17.

⁴¹² G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 33.

⁴¹³ G. LESCUYER, op. cit., p. 89.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ R. RICCI, « La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la démocratie », in *L'office du juge*, Actes préc., p. 526.

⁴¹⁶ Ce qu'il défend. Voir R. RICCI, préc., p. 523-527.

intime de l'absolutisme : le Roi doit respecter les lois, mais personne ne peut l'y contraindre »⁴¹⁷. Au surplus rappelons que ce qui est souverain, « dans son domaine, n'est subordonné à personne », et plus spécialement « qui juge sans appel, qui échappe au contrôle d'un organe supérieur »⁴¹⁸. Aussi ne court-on pas le risque de porter atteinte à la liberté ontologique ?⁴¹⁹ Certaines restrictions n'auraient-elles pas pour effet, à terme, de nier non plus l'existence de la liberté mais son essence ? Ce qui nous conduit à nous poser une troisième interrogation.

C. – Quelle efficence pour le concept de droit fondamental ?

424. Pour répondre à cette troisième interrogation, il convient de repartir de l'examen de notre pacte social libéral pour solder, à bon compte il est vrai, ce hiatus inscrit dans notre pacte social⁴²⁰. Si figure au nombre « des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », dont « le but de toute association politique est la conservation », « la résistance à l'oppression »⁴²¹, ce droit, à supposer qu'il soit véritablement fondamental⁴²², se heurte à la restriction posée par le pacte selon laquelle « tout citoyen

⁴¹⁷ G. LESCUYER, *op. cit.*, p. 243. Absolutisme transféré par le concept de souveraineté du Roi à la constitution dont on n'a effectivement pas résolu la contradiction y compris pour la constitution elle-même. Voir O. BEAUD, « Constitutionnalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 193-195, spéc. p. 194 : « la naissance de la constitution moderne témoigne de l'effort visant à soustraire une partie du droit positif à la volonté des gouvernants en faveur de la défense des droits des citoyens » (italique dans le texte). Il n'est cependant pas pensable de soustraire tout le droit positif à l'emprise des gouvernants.

⁴¹⁸ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, *op. cit.*, p. 2416.

⁴¹⁹ Selon la définition de Gilles Lebreton : « La définition ontologique se place sous l'angle du rapport de l'homme et du monde. Elle consiste à présenter la liberté comme un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel ». Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 11. Ce sont des libertés qui s'exercent donc par essence dans l'indépendance, sans que l'intervention d'autrui soit nécessaire. Théoriquement, elles n'exigent d'autrui qu'une attitude d'abstention, de non-entrave, pour s'accomplir, et nullement un comportement positif, une obligation d'agir » (p. 11). Ce sont les « libertés-autonomie » ou libertés-résistance (p. 12-13).

⁴²⁰ Il y aurait peut-être matière à nous reprocher quelque prétention... « La question, vieille comme Antigone, de la résistance à l'oppression, n'a jamais été résolue (...) ». Cf. D. TRUCHET, *Le droit public*, *op. cit.*, p. 3-4. En effet, en s'interrogeant sur la légitimité du pouvoir, l'Antiquité instille à dose homéopathique mais visible la faisabilité d'une contestation du pouvoir, prélude à toute résistance. Cf. L. FONBAUSTIER, « Antiquité (Apports de l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 18.

⁴²¹ Voir l'article 2 de la Déclaration de 1789. Cet « excès de la Constituante » pour reprendre une formule intéressante d'Éric Desmons. Cf. É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, *op. cit.*, p. 1. Voir aussi, dans cet ouvrage, la genèse de cette disposition, p. 60-62. On notera avec intérêt que dès le I^{er} siècle avant J.-C., Cicéron admettait « la résistance contre les abus commis au nom d'un soi-disant intérêt public (...) » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 63).

⁴²² Voir G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 74 : « il est impossible de prévoir les mécanismes juridiques propres à en assurer le respect. Par essence, la résistance à l'oppression s'exerce en effet en dehors du cadre des lois. On doit conclure de cette impossibilité d'assurer sa protection juridique, que la résistance à l'oppression est un droit naturel mais pas une liberté publique » ; de même, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 431 : « Autant dire que l'on ne conçoit pas l'effectivité de ce concept et par là qu'il n'a pas d'existence juridique » ; le professeur Mourgeon écrit qu'il « ne peut relever que d'une morale, d'une philosophie ou d'une théologie mais non d'une permission accordée par une règle, au demeurant introuvable où et quand que ce soit » (Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 85) ; enfin, M. Peces-Barba considère que ce genre de droits « ne peuvent en aucun cas être juridicisés » (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 47). Des tentatives pour définir juridiquement ce qu'est un droit de résistance avaient été entreprises comme le montre le professeur Desmons dans É. DESMONS, *op. cit.*, p. 63-66. C'est dans doute pour cette raison que le professeur Wachsmann traite de « la théorie de la résistance à l'oppression » (plus généralement) que du seul droit de résister (cf. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 224-231).

appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance »⁴²³. La lecture croisée de ces deux dispositions montre que les titulaires de ce droit fondamental peuvent résister à toute oppression pourvu que cette résistance ne soit pas opposée à la règle de droit, c'est-à-dire *in fine* au système de droit. Dès lors, en effet, deux hypothèses apparaissent : ou bien l'oppression prétendue à notre liberté n'est pas liée à l'action de la puissance publique et dans ce cas la querelle sur les limites à notre liberté peut être traitée avec les mécanismes existant dans l'état de nature jusqu'à ce que la société se saisisse de cette querelle⁴²⁴ ; ou bien, l'oppression alléguée à notre liberté est liée à l'action de la puissance publique et dans ce cas, il ne peut s'agir, eu égard à tout ce qui précède, aucunement d'une oppression mais d'un commandement ou d'un ordre juridique produit licitement par le système de droit⁴²⁵. Or, puisque la puissance publique a le devoir de faire cesser toute atteinte illicite à notre liberté, en ce sens que cette atteinte n'est pas reconnue par le système de droit parce que ne procédant pas de lui, une telle atteinte serait en vérité le résultat d'une inaction de la puissance publique⁴²⁶. Patrice Meyer-Bisch souligne opportunément la subtilité de l'inaction de l'État : « L'obligation de respect ne se réduit pas à une obligation négative, mais à une non ingérence qui implique des obligations de contrôle de l'État sur ses organes et surtout de cohérence entre ses différentes fonctions »⁴²⁷. À cet égard, le droit européen illustre parfaitement une telle lecture laquelle est principalement reconnaissable dans la « technique des obligations positives » : « Par le biais des "obligations positives", c'est donc l'inertie des pouvoirs publics – *quelle que soit l'autorité en cause* (législative, gouvernementale, administrative, juridictionnelle) – qui est susceptible d'être sanctionnée (...) » (nous soulignons)⁴²⁸. Ce qui tend à accréditer la thèse selon laquelle l'oppression alléguée à notre liberté, bien qu'elle ne soit pas imputable positivement à la puissance publique, est cependant liée à son inaction, donc au système de droit⁴²⁹. Par suite, ce qu'une observation hâtive appellerait une

⁴²³ Voir l'article 7 *in fine* de la Déclaration de 1789. À moins d'opter pour une lecture particulière suggérée par Éric Desmons : « Ce droit ne peut s'exercer, pour la majorité des révolutionnaires, que contre un Exécutif dévoyé. La loi, quant à elle, est censée ne pouvoir mal faire puisqu'elle est l'expression de la volonté générale ». Cf. É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 58. Cette interprétation est précisée p. 61-63.

⁴²⁴ On retrouvera notamment les concepts de la légitime défense et le droit de résistance, dans ce cas de figure, selon la relation établie par le Doyen Hauriou pour qui « le droit de résistance peut être assimilé à la légitime défense des "temps primitifs" ». Cf. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1933, p. 118 et 179, rapporté par É. DESMONS, op. cit., p. 107. On pourra, aussi, y voir opportunément, toute proportion gardée, « des expédients de nations faibles dont les lois ressemblent aux réparations momentanées d'un édifice croulant qui menace ruine de toute part ». Cf. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 153-154.

⁴²⁵ Je me rends « coupable par la résistance » si je ne défère pas à une règle de droit produite par le système de droit.

⁴²⁶ On pourrait ici se référer à « la théorie allemande de la *Drittwirkung* ("effets vis-à-vis des tiers")", selon laquelle les droits fondamentaux définis dans les textes constitutionnels doivent être respectés aussi bien par les pouvoirs publics que par les particuliers vis-à-vis d'autres particuliers (...) ». Cf. F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 33. Voir également, D. SPIELMANN, « *Drittwirkung* », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 301-303. De cette théorie, on peut comprendre que l'inaction de l'État est, *per se*, une faute.

⁴²⁷ P. MEYER-BISCH, « Obligations (Théorie des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 715.

⁴²⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 249.

⁴²⁹ Ce que Samuel Etoa relève, dans le cas précis d'une atteinte à un droit ou une liberté entre deux personnes privées, s'agissant de la protection qui serait accordée par le juge – organe de l'État – à l'un des protagonistes de la relation juridique *privée*, par cette assertion remarquable : « L'intervention du juge abouti nécessairement à "reverticaliser" la

querelle quant aux limites à notre liberté ne serait en fin de compte qu'une discussion portant sur la définition de notre droit fondamental à la liberté et, pour cette raison, relevant de la seule compétence du système de droit⁴³⁰. Aussi la contradiction tenant à l'existence d'un droit fondamental à résister à l'oppression doit-elle être résolue dans le sens de l'inexistence logique et inéluctable de ce droit⁴³¹. Car, l'idée même de résistance à l'oppression « bute » sur l'idée de liberté. De quelle manière ? Si l'oppression, dont on admettra qu'elle est communément dirigée contre notre liberté, suppose, pour la défense de notre liberté, d'être capable de résister, capacité par ailleurs exclue par le droit, alors la résistance à l'oppression traduit un retour à l'état de nature avec son lot de conflits et, par-dessus tout, la négation de la liberté⁴³². La doctrine politique de Hobbes est une fois de plus confortée et utile à la compréhension des enjeux ainsi que le rappelle Georges Lescuyer : « il n'y a pas de possibilité de paix si subsistent des facultés de résistance au pouvoir (...) »⁴³³. Si bien qu'il apparaît inconcevable de discuter, juridiquement ou « sauf pour qui se veut héroïque »⁴³⁴, de la définition des droits fondamentaux sans la notion d'intérêt général, et, corollaire inévitable de celle-ci, en dehors du système de droit. Ce qui ne signifie pas que cette conclusion doive être approuvée⁴³⁵, ou qu'aucune résistance ne peut être efficacement opposée⁴³⁶, en terme de jugement de valeurs, mais, juridiquement, il faut, avec François Châtelet, écrire que « la révolte est un symptôme »⁴³⁷, celui d'une défaillance du système de droit dans sa mission. « La révolte ne prépare pas ; elle indique... »⁴³⁸.

liberté (...) ». Cf. S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 190.

⁴³⁰ Nous ne prétendons pas résoudre, en l'espèce, les difficultés d'ordre pratique qu'inévitablement une telle grille de lecture des droits et libertés occasionne dans la construction normative des droits fondamentaux. Dans une configuration voisine, celle d'une pauvreté extrême ou d'une détresse sociale sévère, *quid* de l'individu qui ne pourrait, en raison de ce genre de situations, exercer ses droits et libertés devenus totalement illusoires ? « Comment, demande le professeur Levinet, déterminer le seuil en-deçà duquel il y aurait inaction fautive des autorités publiques compétentes ? ». Cf. M. LEVINET, « Lecture critique du "modèle européen" de protection des droits de l'homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 13-29, spéc. p. 23. C'est pourquoi Michel Borgetto a indiqué « qu'il n'existe aucun mécanisme permettant de contraindre le législateur à agir (certains droits de créance pouvant dès lors demeurer durablement lettre morte) » (cf. M. BORGETTO, « Préambule de la Constitution de 1946 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 600). Il n'est peut-être pas superflu de songer, compte tenu de la maturité de notre système de droit, à créer un recours en carence ou un recours en manquement (à l'instar du droit de l'Union européenne) devant le Conseil constitutionnel.

⁴³¹ Il est très probable, en effet, que la Constitution montagnarde de l'An I (24 juin 1793) ait eu raison d'inscrire, au sein de son article 33 de la déclaration des droits qui la précède, que « la résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'homme ».

⁴³² Voir, notamment, J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 29 : « s'il est permis de considérer la révolte contre la loi illégitime comme l'exercice d'un droit, il faut bien constater que la réponse à cette révolte, dès lors qu'elle n'est pas soumission, engage un rapport de forces, qui est de *pur fait* » (nous soulignons).

⁴³³ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 276.

⁴³⁴ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 59.

⁴³⁵ Militant clairement en faveur de la reconnaissance du droit de résistance inscrit dans la Déclaration de 1789 (article 2), voir J. MEKHANTAR, « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA* 2004, p. 1681-1690, spéc. p. 1684-1685.

⁴³⁶ Sous cet angle, nous souscrivons à l'efficacité politique de la résistance dans une certaine mesure (qu'il ne nous appartient toutefois pas de déterminer) dont fait état le professeur Wachsmann. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 231 : « La garantie du droit à la résistance est donc un signe rassurant d'humilité du pouvoir, la reconnaissance de sa faillibilité et de la nécessité de prévoir les moyens de parer à ses excès possibles. La résistance à l'oppression peut alors s'analyser en un appel à la conscience des citoyens, à l'éveil de l'opinion » (aspect qu'il développe p. 232-234).

⁴³⁷ F. CHATELET, « Révolte (Idée de) », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n°19, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 883-884, spéc. p. 884.

⁴³⁸ F. CHATELET, préc., p. 884.

425. L'exclusion logique de toute discussion extérieure au droit quant à la définition d'un droit fondamental n'aurait-il pas alors cristallisé l'idée de liberté, devenue, si on nous a suivi jusque-là, en quelque sorte la « chasse gardée » de l'État, fût-il un État de droit ? Le concept de droit fondamental n'est-il pas devenu rebelle à toute réflexion juridiquement opératoire sur ce qu'est, intrinsèquement, la liberté ?⁴³⁹ Car, dès l'instant où nous affirmons qu'une liberté ou qu'un droit ne peut exister de manière durable qu'uniquement par le truchement du concept de droit fondamental, nous condamnons cette liberté ou ce droit à n'exister effectivement que dans une société de droit⁴⁴⁰. Aussi peut-on encore considérer que l'Homme est né libre ? Puisque pour être né libre, il doit être né dans une société politique instituée par un processus juridique. Cette interrogation amène à cette alternative extrêmement embarrassante : ou bien l'Homme est né libre parce qu'il est né dans une société politique qui lui reconnaît ce droit fondamental⁴⁴¹ ; ou bien l'Homme n'est pas né libre parce qu'il est né dans une société qui ne connaît pas de système juridique susceptible de créer des droits fondamentaux. C'était le sens (que nous pensons également saisir) de l'apostrophe de Jean-Jacques Rousseau : « L'homme est né libre, et partout il est dans les fers »⁴⁴². Mais le théoricien du *Contrat social* en avait une lecture singulière ainsi que le suggère Bruno Bernardi : « Ce véritable *incipit* est sans doute l'énoncé le plus célèbre de Rousseau. Plus familiers que nous du latin sous-jacent, les Constituants y sont restés fidèles en écrivant au premier article de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* : "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits". Le passé composé de Rousseau ne signifie pas que l'homme a été libre et ne l'est plus, il a valeur du parfait latin qui énonce un résultat acquis : l'homme est constitué libre par la nature » (italique dans le texte)⁴⁴³. Dans ces conditions, il n'est pas interdit de se demander si le concept de droit fondamental n'a pas pour effet « d'écraser » l'idée de liberté⁴⁴⁴. Les professeurs Ardant et Mathieu relèvent à ce sujet que le concept de droit fondamental « est susceptible de conduire à un affaiblissement de la protection de l'individu et de la personne en intégrant d'autres objets, d'autres considérations, ou d'autres objectifs, d'autant plus que la notion de "droits

⁴³⁹ Ce qu'énonce Virginie Saint-James lorsqu'elle porte son regard sur le seul terme de « liberté » : « La liberté en tant que telle n'existe pas ou guère en droit ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 8. Corrélativement, il n'est pas question de supposer un seul instant que l'idée de liberté n'existe pas dans d'autres disciplines appartenant à la famille des sciences sociales (en particulier la philosophie ou la sociologie politique).

⁴⁴⁰ À moins que nous soyons tous aveuglés par un juridisme exacerbé ? En ce sens, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 45 : Faisant état de « la tendance naturelle des juristes à observer le monde à travers le prisme de la règle de droit, de sorte que l'image de la réalité leur parvient toujours déformée, sinon méconnaissable ».

⁴⁴¹ C'est exactement la conception du pacte social français : article 1^{er} de la Déclaration de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

⁴⁴² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 46.

⁴⁴³ Voir la note explicative de B. BERNARDI, note 8, in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 183. C'est la lecture qu'en fit Guy Braibant dans une étude sous l'égide du Conseil d'État de 1988 : « Tout être humain...est sujet de droit, non en vertu d'une sorte de grâce, de consécration accordée par l'État ou un autre pouvoir, mais de par sa naissance même ». Cf. Conseil d'État, *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, sous la direction de G. BRAIBANT, La Documentation française, NED, 1988, p. 15, cité par G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 23.

⁴⁴⁴ Voir la remarque du professeur Lebreton concernant l'appauvrissement de la théorie moderne du droit naturel : « Les "droits de l'Homme" ne correspondent plus qu'au vague sentiment que tout homme possède naturellement des droits dont il peut revendiquer le respect » (nous soulignons). Cf. G. LEBRETON, op. cit., p. 25.

fondamentaux" est assez empirique, alors que celle de "droits de l'homme" s'appuie sur une conception métaphysique de l'homme »⁴⁴⁵.

426. Ce qui, en y songeant, peut faire apparaître le concept de droit fondamental non plus comme le simple dépassement ou la synthèse de l'idée de liberté mais comme sa négation, pour ne pas dire – au risque d'être provocateur – son antithèse. La remarque d'Élisabeth Zoller quant à la naissance de l'État de droit au XIX^{ème} en Allemagne paraît pouvoir être transposée sans anachronisme à tout le système de droit français : « Peu importe ce que fait l'État, seule importe la manière dont il le fait »⁴⁴⁶. La réflexion suivante de Jacques Mourgeon corrobore cette vision : « Quant à l'État de Droit, il n'est jamais qu'une technique juridique conduisant, comme toute technique, au meilleur ou au pire selon l'usage que l'on en fait »⁴⁴⁷. C'est l'une des conséquences, il est vrai, du positivisme juridique dont, indirectement, nous nous faisons le porte-parole : « sur le plan juridique, l'État peut librement déterminer, sous la seule réserve de l'adoption des procédés juridiques convenables, tels que la modification éventuelle de la constitution ou l'emploi de la procédure législative, le volume des libertés (...). À la limite les libertés publiques peuvent disparaître, puisqu'elles sont déterminées par le droit positif »⁴⁴⁸. À l'instar du positivisme juridique⁴⁴⁹, nous sommes effectivement contraint par les conclusions de notre démonstration à nier « la réalité des droits naturels, c'est-à-dire de droits qui existeraient indépendamment de toute intervention des acteurs juridiques, de droits qui découleraient directement de l'ordre du cosmos ou de la nature humaine »⁴⁵⁰. Car, en dernier ressort, « le positivisme exclut que l'on puisse, juridiquement, invoquer la loi naturelle pour se soustraire à la loi civile »⁴⁵¹. On serait certainement surpris de constater certaines similitudes avec la conception africaine des droits de l'Homme telle que la véhicule la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 27 juin 1981 et telle que se la représente Frédéric Sudre : « Selon la conception sociale africaine, l'individu est enserré dans un réseau dense de liens avec ses parents, sa famille, son groupe

⁴⁴⁵ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 134. À en croire un autre examen des dérives liées à l'intégration d'autres considérations dans les droits et libertés, cela vaudrait tout autant pour les *droits de l'homme* : voir J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 56-59, spéc. p. 59 : « Tant d'épées de Damoclès suspendues au-dessus de tant de têtes paralysent la volonté de liberté (...) ».

⁴⁴⁶ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 65.

⁴⁴⁷ J. MOURGEON, op. cit., p. 100.

⁴⁴⁸ C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 1989, p. 23, cité par G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 21. C'est aussi l'une des objections traditionnelles formulées à l'encontre du positivisme juridique que de reposer sur une neutralité incapable de discernement axiologique. C'est aussi une critique remarquable de la démocratie elle-même qui, selon le philosophe russe Nicolas Berdiaeff – XX^{ème} siècle – (que présente et cite G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 591), parce qu'elle est « dépourvu[e] d'objectif » et « ordonné[e] à aucun objet », « demeure indifférente au Bien et au Mal ». À la marge, seulement, « la neutralité ainsi dénoncée n'empêche pas de réprover ou même de combattre le droit positif que l'on observe ou commente en faisant œuvre de doctrine ». Cf., sur cet aspect de la théorie du droit, S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 133-134, spéc. p. 133.

⁴⁴⁹ Nous nous appuyons pour partie : sur la synthèse du positivisme juridique que présente le doyen Aubert à partir des travaux de Ihéring et Kelsen, dans J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 21-22 et sur l'analyse de G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 51-52.

⁴⁵⁰ G. LEBRETON, op. cit., p. 21.

⁴⁵¹ D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 3.

ethnique mais aussi les vivants et les morts, la matière et l'esprit. L'individu est inconcevable comme être singulier : il existe par le groupe et s'accomplit dans le groupe, qui est à la fois condition matérielle de son existence, cadre naturel de son épanouissement et finalité de son accomplissement. Les rapports entre l'individu et le groupe, loin d'être antagonistes, sont dominés par l'idée d'accord et d'harmonie »⁴⁵². Mais, et c'est capital ici, ce que reproche en partie le professeur Sudre à ces présupposés culturels est d'ouvrir la voie à une forme de collectivisation des droits de l'Homme⁴⁵³. Nous dirions une désindividualisation des droits fondamentaux. Cette collectivisation ressemble fort à ce phénomène que nous décrivons, à savoir une définition exclusivement sociale, collective, de la liberté par le truchement du droit. La part d'incertitudes, de libre-arbitre, diminuent dangereusement.

427. Dans ces conditions, puisque la notion d'intérêt général permet au système de droit de s'arroger tout pouvoir de dire ce qu'est notre liberté, la notion d'intérêt général revêt des aspects de plus en plus liberticides : « Tel est le retournement de l'histoire dans laquelle on avait cru voir l'homme libéré par la revendication de ses droits et qui nous le montre enserré dans leur filet tissé et tiré par le Pouvoir "immense, tutélaire..., absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux" (Tocqueville) »⁴⁵⁴. La notion d'intérêt général devient alors arrogante parce que, d'abord infaillible depuis son propre point de vue, elle devient incontestable depuis l'extérieur, c'est-à-dire pour chaque homme pris isolément. On rejoint les potentialités absolutistes de Rousseau dans la mesure où le « vrai souverain est bien cette volonté générale *infaillible* » (italique dans le texte)⁴⁵⁵. Cette infaillibilité, liée au monopole dont elle jouit pour définir les droits fondamentaux et qu'elle confie au système de droit, prend totalement racine – rendant ce monopole inébranlable – dans la mesure où la notion d'intérêt général légitime amplement ce qui vient d'être dit.

428. La notion d'intérêt général corrompt l'idée de liberté. Entrée par le canal de la notion, la liberté en est altérée dans sa « substantifique moelle ». Subrepticement, l'écran normatif dont se pare la notion d'intérêt général dessine une forme nouvelle d'infaillibilité de la règle de droit : si, *per se*, elle est toujours la même, son détenteur a changé. Celui qui ne peut mal faire n'est plus le Roi, mais la

⁴⁵² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 169.

⁴⁵³ F. SUDRE, op. cit., p. 169. Pour sa part, le professeur Paul-Gérard Pougoué (Université de Yaoundé) semble cantonner le risque de « collectivisation des droits » à la seule « lecture littérale » de la Charte, « cette tentation collectiviste [...] est plus un compromis entre les régimes progressistes et les régimes conservateurs que le fruit d'une discussion sur les théories des droits de l'Homme ». Cf. P.-G. POUGOUE, « Lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 33 et p. 34.

⁴⁵⁴ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 45. La conception de la dignité n'est, alors, pas sans rapport avec ce mouvement contemporain : « Ce faisant, en évinçant la liberté au profit de la dignité, ne substitue-t-on pas au personnalisme d'antan un holisme nouveau, périlleux non seulement pour la liberté déjà perdue, mais pour l'ensemble des droits auxquels il prétend aider ? Si tel est le cas, le péril ne tient-il pas à la notion de dignité, moins protectrice qu'on veut le croire de la personne humaine et de ses droits ? » (p. 61). Si l'on veut bien identifier le « personnalisme d'antan » à la liberté, la notion d'intérêt général serait cet « holisme nouveau ». Formulant un constat similaire, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 63 : « Le discours du pouvoir s'arroge donc un savoir sur la nature humaine et la société ».

⁴⁵⁵ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 343. Ce que Mill avait, du reste, dénoncé : « Refuser d'entendre une opinion sous prétexte qu'ils sont sûrs de sa fausseté, c'est présumer que leur certitude est la certitude absolue. Étouffer une discussion, c'est s'arroger l'infaillibilité » (italique dans le texte). Cf. J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 86.

Nation ou le peuple. Cela signifie-t-il que la Nation ou le peuple peuvent eux toujours bien faire ? La fonction légitimatrice imputable à la notion d'intérêt général nourrit une certaine infaillibilité supposée du système de droit, incarnation du peuple ou de la Nation, dans la résolution des conflits de droits fondamentaux. Comment ne pas voir le danger ?⁴⁵⁶ Ce qu'on a pu écrire au sujet du totalitarisme rôde secrètement au cœur d'une notion d'intérêt général en valant aussi pour elle : « L'État transcende la vie publique, et embrasse les plus diverses manifestations de l'activité sociale : la vie familiale, la vie économique, la vie intellectuelle, la vie religieuse, etc. Son indiscretion est complète. Il pénètre à l'intérieur des familles, des entreprises ; il descend dans le secret des consciences ; il juge des intentions et des abstentions : il retire son sens au qualificatif "privé" et démolit allègrement le fameux "mur" symbolique qu'avait si péniblement édifié le droit au XIX^{ème} siècle »⁴⁵⁷. Dès lors, en effet, que cette notion aboutit à donner au système de droit une capacité sans partage de dire, au-delà des droits fondamentaux, ce qu'est la liberté, la notion exclut certaines discussions sur la liberté qui progressivement peut devenir évanescence. Étrangement, et sans être entravés, les droits fondamentaux et l'intérêt général confisquent la liberté. « Pathétique destin » que celui des droits fondamentaux ?⁴⁵⁸ Cependant, au regard des analyses menées jusque-là, un changement profond est intervenu. Nous avons en effet atteint la frontière ultime au-delà de laquelle il n'est plus possible de dénoncer *juridiquement* l'arbitraire du pouvoir. Ce contrôle formel, fût-il imposé par le système de droit démocratique, et *a priori* acceptable, n'interdit pas *légitimement* de s'interroger sur le sort réservé aux droits fondamentaux. Cette option, juridiquement intenable, a été utilisée.

§2. – Le contrôle politique de l'intérêt général au nom des droits fondamentaux :

429. L'ambivalence de la légitimation des droits fondamentaux par la notion d'intérêt général conduit l'intérêt général à imposer des exigences collectives de nature à dissoudre le lien entre

⁴⁵⁶ « Rousseau vit le danger, qu'il crut esquiver grâce à une mythique "volonté générale" réputée incapable de pouvoir mal faire puisqu'elle aboutit à ce que "chacun contracte avec lui-même", à moins de présumer le corps social atteint de masochisme, hypothèse dont les totalitarismes "démocratiques" modernes firent une sinistre réalité ». Cf. J. MOURGEON, *op. cit.*, p. 28. On doit à Hannah Arendt, explique Gilles Lebreton, un rapprochement déroutant entre le phénomène totalitaire et la philosophie des droits de l'Homme : c'est en raison de « "l'abstraite nudité de celui qui n'est plus rien qu'un homme" découlant de cette philosophie des droits de l'homme, que des hommes concrets "ont été traités comme des sauvages" dans les camps d'extermination nazis ». Cf. G. LEBRETON, « Critiques des droits de l'homme et des droits fondamentaux », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 233. Partageant cette remarquable analyse, C. PELLUCHON, « Anciens et modernes », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 39-43, spéc. p. 42 : « la philosophie des Lumières décompose l'idée de personne humaine, devenu un sujet jaloux de son autonomie, et aboutit à l'inhumanité ».

⁴⁵⁷ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques, op. cit.*, p. 463. D'où cette remarque terminale (et toujours prophylactique) de l'auteur : « un fait demeure, que la défaite du nazisme puis l'effondrement du communisme ne sauraient occulter : la permanence de l'idéologie totalitaire » (p. 70).

⁴⁵⁸ L'expression est d'A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 296.

restriction et protection d'un droit ou d'une liberté. Si l'on retient le seul angle de l'efficacité pour entrevoir ce nouveau monde de libertés, on peut de nouveau songer « à l'édifice froid du *Léviathan* de Thomas Hobbes »⁴⁵⁹. C'est une forme de désenchantement qui transpercerait les lignes qui suivent. L'intérêt général ne suffit pas ; il n'est pas tout non plus. Le risque était facilement identifiable : dire que les droits fondamentaux dépendent uniquement de la notion d'intérêt général, c'est affirmer que les droits fondamentaux n'existeraient pas sans elle. Or, dans ce cas, comment empêcher la notion d'intérêt général de nier totalement un droit ou une liberté ? Il est tout à fait envisageable de considérer que telle ou telle liberté sera *persona non grata* dans la société politique instituée. Et, à l'extrême, ne serait-il pas concevable de nier, par la restriction juridique, le volet positif de la liberté sous prétexte de la protéger ? La ligne de crête est posée grâce à la notion d'intérêt général. Mais comment avoir la sûreté de ne pas basculer sur le versant exclusivement négatif ?⁴⁶⁰ Georges Lescuyer a parfaitement montré que la liberté communément reconnue par le droit naturel contenait les germes de son insuffisance : « Les constructions des jusnaturalistes étaient polyvalentes. L'état de nature, le contrat social sont des hypothèses qui peuvent servir à plusieurs fins : l'état de nature considéré comme état de guerre, le contrat social envisagé comme une sorte de reddition à merci conduisent à l'absolutisme ; l'état de nature considéré comme état de paix, le contrat social considéré comme une convention limitée, conditionnelle et révocable, peuvent très bien mener à la liberté »⁴⁶¹. Une confiance aveugle dans le contractualisme – et dans le pacte social libéral – conduit à une remise en cause potentielle de la liberté. Pour ne citer que ces quelques représentants, Hobbes aurait conduit à l'absolutisme, quand Locke était l'accoucheur⁴⁶² de la liberté ; Rousseau pouvant apporter les deux successivement dans un ordre indifférent⁴⁶³. Dans cette mesure, la notion d'intérêt général est loin d'être une garantie suffisante. Le système de droit, dans une hypothèse inédite, l'a admis⁴⁶⁴.

430. Rarissime pour un système de droit pensé et construit selon le dogme du positivisme juridique, il est arrivé néanmoins que le système de droit lui-même, par une sorte d'acte de contrition, ait admis

⁴⁵⁹ G. LEPAN, « Un patriotisme paradoxal », in M. ROVERE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 76-77, spéc. p. 76.

⁴⁶⁰ Question épineuse posée aussi par le praticien que fut l'homme d'État et politicien français Léon Blum avec une grande clarté : « Dans sa prison, il écrit en 1941 *À l'échelle humaine* qui est publiée en 1944. Le "problème le plus ancien et le plus difficile de la politique" lui semble être la difficulté à tracer et à garder "l'exacte mesure" entre "l'autorité pratiquement indispensable à tout gouvernement et la liberté légitimement revendiquée par les peuples et les individus ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 605.

⁴⁶¹ G. LESCUYER, op. cit., p. 312.

⁴⁶² Georges Lescuyer ne dit-il pas de Locke qu'il était un « médecin-philosophe » ? (Cf. G. LESCUYER, op. cit., p. 310).

⁴⁶³ C'est le sens, à n'en pas douter, de l'évocation toute diplomatique du citoyen de Genève par Benjamin Constant, « ce génie sublime qu'animait l'amour le plus pur de la liberté, a fourni néanmoins de funestes prétextes à plus d'un genre de tyrannie ». Mais le vrai coupable est, aux yeux de Constant, l'abbé de Mably, disciple zélé de Rousseau. Cf. B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1997, p. 591-619, respectivement p. 604 et p. 604-605.

⁴⁶⁴ Traitant de façon globale de la « garantie des libertés par les gouvernés » eux-mêmes, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 222 et s ; rappelant, au demeurant, la part de résistance du thème de la liberté au droit, É. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 350 : « En tant que philosophie politique, la philosophie des droits de l'homme vise aussi et surtout la consécration de ces droits par les systèmes de droit positif, voire contre les systèmes de droit positif (...) ».

de refuser la stricte observation de la règle de droit, au nom d'une prétendue légitimité de la liberté, lorsque la présente règle normative avait pour effet de porter atteinte à la liberté. C'est la seule explication acceptable du premier coup de semonce adressé à la notion d'intérêt général qu'illustre l'arrêt du Conseil d'État *Papon* de 2002⁴⁶⁵.

431. La plus haute juridiction administrative, dans sa formation la plus solennelle, a reconnu dans la présente affaire la responsabilité de l'État au motif que l'administration française du régime de Vichy avait adopté des actes manifestement illégaux. Mais la solution du Conseil n'en est pas moins quelque peu paradoxale du point de vue de la stricte application du droit positif. En effet, quelles sont exactement les règles de droit manifestement violées par le régime de Vichy ? L'évidence historique des atteintes perpétrées aux droits fondamentaux d'individus motif pris de leur supposée judéité⁴⁶⁶, en dépit de la révolte unanime qu'elles *doivent absolument* susciter⁴⁶⁷, peut difficilement supplanter le constat objectif d'une normativité confuse⁴⁶⁸. C'est l'un des paradoxes du positivisme juridique que de ne pouvoir expliquer la continuité normative du système de droit français de « l'État français » vers l'État républicain.

432. « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le *retour* à la légalité républicaine réputa inexistant tout ce qui avait été édicté par l'autorité de Vichy, ce qui paraissait bien impliquer alors un *principe de discontinuité du droit* (...) » (italique dans le texte)⁴⁶⁹. Il ressort effectivement de l'arrêt que le régime de Vichy n'avait pas de base constitutionnelle – ce dont l'ordonnance de 1944 prend acte par la force

⁴⁶⁵ CE Ass., 12 avril 2002, *Papon*, *Rec.* p. 139, concl. BOISSARD, *GAJA* n° 115, p. 882-893. Ce faisant, le Conseil d'État aurait tenté de circonscrire les « ravages du positivisme » (cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 48).

⁴⁶⁶ Aggravant le caractère révoltant de la législation antisémite puisque le droit français n'était pas parvenu, « au surplus », à déterminer la « qualité de juif ». Voir, sur ce volet du régime de Vichy, S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, *op. cit.*, p. 136-138. C'est là, au demeurant, un trait caractéristique (et sans doute réconfortant) des régimes juridiques attentatoires au principe d'égalité (au sens formel et le plus strict) que de ne pas « réussir » à discriminer avec certitudes les individus. Singulièrement : l'exemple de la législation sud-africaine de l'Apartheid destinée à « identifier » le Blanc, le Métis et le Noir pour lui appliquer un régime juridique spécifique (au détriment des deux seconds) au moyen de critères supposés objectifs. Voir L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, *op. cit.*, p. 158-165. L'exemple – cocasse dans un contexte autrement moins tragique – du peigne évoqué par le professeur Sermet est symptomatique : « L'administration utilisait, en présence de personnes d'apparence métisse, le test vulgaire du peigne (*pencil in hair test*) : si le peigne restait coincé dans les cheveux d'une personne, celle-ci était plus vraisemblablement membre de la catégorie des Métis que de la catégorie des Blancs » (p. 165).

⁴⁶⁷ Quant au régime de Vichy, « version française du totalitarisme », P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 38-41. Pour une perspective historico-politique et religieuse de la question, on peut se référer à R. HERMON-BELOT, « Antisémisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 50-54. Son bilan (p. 52) relatif aux contradictions supposées de la Révolution est particulièrement utile pour ne pas renoncer aux prémisses jetées en 1789 en matière de droits fondamentaux : de 1789, admet-elle, « on y a vu non seulement un échec, mais même une responsabilité des Lumières. La logique même des droits de l'homme, considérés comme l'aboutissement naturel des Lumières, aurait ouvert une dynamique d'abstraction et de désincarnation échappant à ses initiateurs pour fournir le substrat de l'image fantasmagorique du juif ». Mais, objecte-t-elle, « s'il y a bien une tradition antisémite française, elle se situe essentiellement dans l'opposition à la dynamique des droits instaurée par la Révolution, une opposition au sein de la quelle se sont inextricablement nouées politique et religion ».

⁴⁶⁸ L'éclairage du professeur Desmons fournit une bonne compréhension historique des débats de l'époque (1945) et des enjeux, pour notre problématique, en présence. Voir É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, *op. cit.*, p. 140-143.

⁴⁶⁹ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 444.

des événements. Dans ce cas de figure, « l'État français » est effectivement « une autorité de fait » (CE Ass., *Papon*, précité) ce qui justifie l'engagement de la responsabilité de l'État légal, c'est-à-dire constitutionnel (celui de la V^{ème} République) pour des agissements illicites de l'État de fait au regard du droit établi par l'État légal de l'époque, à savoir la Troisième République⁴⁷⁰. La faute, de l'État légal, est donc de n'avoir pu empêcher les agissements de l'État de fait contraires aux droits fondamentaux (ainsi que les agissements de ses agents, dont le secrétaire général de la préfecture de la Gironde). Dans cette hypothèse, nous serions fondés à nous prévaloir non pas tant du principe de continuité de l'État – en raison de la rupture constitutionnelle entre les deux États – mais de l'obligation légale, de la III^{ème} République, de protéger les droits fondamentaux. La seule continuité possible serait alors celle qui devrait exister entre l'État légal (la III^{ème} République agonisante) et l'État incarné par le Gouvernement Provisoire de la République française (GPRF) du Général de Gaulle⁴⁷¹. Mieux, il faudrait convenir que le GPRF est, sinon juridiquement, au moins directement l'émanation de la III^{ème} République. Or, cette analyse est parfaitement inexacte⁴⁷². Le GPRF ne succède pas à la Troisième République puisque, d'une part, ce régime s'est éteint légalement suite à la révision constitutionnelle du 10 juillet 1940 et que, d'autre part, la réinstallation de l'État républicain en 1945 est le fruit d'un référendum aux termes duquel le peuple français était invité à choisir s'il entendait rétablir ou non les institutions de 1875 – *a contrario*, il aurait simplement fallu procéder à une révision constitutionnelle selon la procédure de l'article 8 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics⁴⁷³. Autrement dit, l'État légal était « l'État français » tandis que l'État de fait était le GPRF. Aussi est-il juridiquement extraordinaire que l'ordonnance ait pu

⁴⁷⁰ La dénomination de l'ordonnance de 1944 serait parfaitement juste en ce qu'elle porte « rétablissement » de la légalité.

⁴⁷¹ Auquel auraient succédé, d'abord, la IV^{ème} puis la V^{ème} République.

⁴⁷² Si, selon le mot du professeur de Villiers, « il n'y a qu'une seule République », elle fut « interrompue en 1940 » et non suspendue... (cf. M. DE VILLIERS, « Constitution de 1958 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 66-69, respectivement p. 66 et p. 67). *Contra* : P. COLLIN, M. GUYOMAR, « Les décisions prises par un fonctionnaire du régime de Vichy engagent la responsabilité de l'État », *AJDA* 2002, p. 423-427, spéc. p. 426 : « La continuité juridique entre la Troisième République et Vichy, puis entre Vichy et l'État républicain d'après guerre ne peut sérieusement être contestée. L'appareil d'État a, dans sa quasi-totalité, assuré le service de ces trois régimes successifs. Les hommes et les institutions, à commencer par le Conseil d'État lui-même, sont demeurés en place ». De fait, il y a bien continuité. Mais, juridiquement, la continuité entre l'État républicain et le régime de Vichy est très douteuse puisque ni le GPRF, ni la Quatrième République ne tiennent leur normativité du régime de Vichy. Assurément, « en 1940, la France n'a plus d'État » (cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 478). Remarque importante, le Conseil constitutionnel classe, parmi les régimes républicains constituant le critère de validation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le Gouvernement Provisoire de la République française (1944-1946) ce qui accrédi terait la thèse inverse, celle d'une probable continuité entre la III^{ème} et la IV^{ème} République dont le GPRF serait le maillon médian. Voir pour l'assimilation d'une ordonnance du GPRF (relative à la sécurité sociale) à la législation républicaine antérieure au Préambule de 1946, CC, 18 décembre 1997, déc. n° 97-393 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, Rec. p. 320, cons. n° 30.

⁴⁷³ En ce sens, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 386-389 : « La régularité de cette loi (...) a longtemps été contestée (...). Les passions un peu apaisées, on doit admettre maintenant que la Constitution ne fut pas alors violée en la forme et que la liberté des parlementaires n'était pas annihilée par des pressions de l'occupant qui ne s'intéressait guère à nos problèmes juridiques. *La III^e République prend fin à cette date du 10 juillet 1940* » (italique dans le texte). Même lecture dans J. GODECHOT, *Les constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 338. ; ainsi que A. LE PILLOUER, « "De la révision à l'abrogation de la constitution" : les termes du débat », in *Autour de la notion de Constitution, Jus Politicum Revue de droit politique* n° 3, 2009, <http://www.juspoliticum.com>, p. 1-20, spéc. p. 6. Arnaud Le Pillouer citant le doyen Vedel (G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 277) notait que la loi du 10 juillet 1940 « pour être "politiquement critiquable", n'en était pas moins "juridiquement correcte" ».

constituer la norme de référence pour l'examen de la légalité des actes du régime de Vichy. Mais, et par conséquent, si le régime de Vichy était le régime légalement établi, au regard de quelles normes de référence le Conseil d'État s'est-il néanmoins fondé pour déclarer manifestement illégaux les actes du régime de Vichy, illégalité ayant conduit le 12 avril 2002 à l'engagement de la responsabilité de l'État républicain ? En considération de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 donnant tout pouvoir au maréchal Pétain aux fins de donner une nouvelle constitution à la France ? Cela est exclu puisque la loi de 1940 est une disposition de procédure sans référence aucune à une définition constitutionnelle des droits fondamentaux. En considération du projet de Constitution du maréchal Pétain du 30 janvier 1944 ?⁴⁷⁴ Le texte reconnaissait des droits constitutionnels, notamment, à ses articles 1^{er} (« la liberté et la dignité de la personne humaine sont des valeurs suprêmes et des biens intangibles ») et 2 (« l'État reconnaît et garantit comme libertés fondamentales : la liberté de conscience, la liberté de culte, la liberté d'enseigner, la liberté d'aller et venir (...) »). Il faut y renoncer, la Constitution de 1944 n'ayant jamais été promulguée. Supposons, en dernier recours, que l'illégalité des actes tienne à la violation de la Déclaration des droits de 1789. Thèse hasardeuse en raison de la valeur, tout au plus, législative de la Déclaration de 1789⁴⁷⁵. Le Conseil d'État ne reconnaissait à la Déclaration de 1789 qu'une valeur législative, si elle était mise en œuvre par des lois, et ne voyait en elle qu'une source textuelle pour dégager des principes généraux du droit⁴⁷⁶. Dans ces conditions, si, ni le Constituant de 1875, ni celui de 1940, n'étaient liés par la Déclaration de 1789, alors « l'État français » était juridiquement délié dans la définition des droits fondamentaux, cette dernière dépendant – comme sous la Troisième République – du pouvoir législatif. Nous sommes, pour ces motifs, très dubitatif quant à la normativité à laquelle se réfère le Conseil d'État pour déclarer fautifs, parce que manifestement illégaux, les actes de Vichy. Plus prosaïquement, ces actes sont illégaux par rapport à quoi ?

433. Réponse complexe excepté si l'on considère que la normativité sollicitée en l'espèce, l'ordonnance du 9 août 1944, révèle un conflit non pas de légalités mais de légitimités. Car, au cœur de l'arrêt, deux États s'affrontent : d'un côté l'État légal mais considérée comme illégitime (« l'État français »), de l'autre, l'État de fait regardé au contraire comme légitime (le GPRF). En engageant la responsabilité pour faute de service de l'État républicain, le Conseil d'État a, vraisemblablement, dépassé la stricte analyse des facteurs juridiques en présence en s'appuyant sur la légitimité de l'État de fait pour condamner l'illégitimité des actes et agissements de l'État légal. Cela signifie que la permanence du système de droit est appréciée aussi, dans le cadre de cette affaire, au regard des conditions et de l'objet de son existence politique : le pacte social libéral. Le Conseil d'État, par une

⁴⁷⁴ Reproduit intégralement in J. GODECHOT, *Les constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 343-355.

⁴⁷⁵ Sur le débat nourri entre Duguit, Hauriou et Carré de Malberg quant à la valeur juridique de ce texte en droit français, G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 136-137.

⁴⁷⁶ À cet égard, CE, 9 mai 1913, *Roubeau*, Rec. p. 521 et CE, 4 février 1944, *Guieysse*, RDP 1994, p. 166, concl. CHENOT, cités par G. LEBRETON, op. cit., p. 137.

décision discutable au plan du droit⁴⁷⁷, a préféré faire triompher la volonté politique présidant à l'établissement du système de droit sur sa constitution juridique. En ne respectant pas ce pour quoi il a été créé, l'État légal s'est privé de légitimité. En définitive, le juge administratif suprême prévient que le système de droit est condamnable lorsque, fût-il constitutionnellement établi⁴⁷⁸, ce dernier s'est fourvoyé juridiquement dans la mission inscrite dans le pacte social libéral, à savoir restreindre la liberté pour la protéger. Cet arrêt en forme de sommation pointe une première faille dans la fonction sans partage qu'exerce la notion d'intérêt général. En nous acclimatant à la possibilité d'un décalage, voire d'un décrochage, entre normativité et légitimité, le juge administratif jette les bases d'une révolution juridique dans le traitement de la notion d'intérêt général corrélée aux droits fondamentaux. Le système de droit peut définir les droits fondamentaux en contrevenant à l'objet du pacte social libéral et crée une rupture entre restriction à la liberté et protection de la liberté⁴⁷⁹. *Contra legem* sinon *praeter legem*, le Conseil d'État aurait-il cherché une porte de sortie honorable pour le système de droit français en offrant, dans un espace minimal, une protection du droit – en faveur d'une part irréductible de liberté menacée – contre le droit⁴⁸⁰ ? Pour louable qu'elle soit, cette démarche n'en demeure pas moins tout à fait subversive. Outre qu'elle placerait le Conseil d'État hors de l'ordre juridique, elle saperait les fondations mêmes du système de droit en accréditant la thèse d'une définition juridique des droits fondamentaux sans règle de droit.

434. C'est donc non sans discernement que le Conseil d'État lui-même rappelait cette vérité : « L'intérêt général est, par nature, rarement consensuel et sa définition résulte d'inévitables

⁴⁷⁷ La remarque de Pierre Collin et Mattias Guyomar n'est décidément pas fortuite : « C'est dans cette étape du raisonnement que le juge s'est fait, l'espace d'un instant, historien ». Cf. P. COLLIN, M. GUYOMAR, « Les décisions prises par un fonctionnaire du régime de Vichy engagent la responsabilité de l'État », préc., p. 425. Les auteurs ont en outre raison d'écrire que, par la présente décision du Conseil d'État, c'est « la fin d'une fiction juridique » (p. 425). Le juge opte pour la permanence du système de droit, au-delà des vicissitudes juridiques de son existence, lesquelles, lorsque la définition des droits fondamentaux n'est plus assurée, sont renvoyées au rang de fiction. Sur « la neutralité du juge sous Vichy », voir le débat posé par S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 128 et s.

⁴⁷⁸ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., n° 115, p. 891 : « quelles que soient les variations de son organisation ».

⁴⁷⁹ Paul Bastid a démontré que la légitimité formelle, issue de l'expression du suffrage universel, a pu faire défaut. Autrement dit, une partie plus ou moins importante du corps social a considéré les actes du pouvoir pourtant ostensiblement légitimes (au regard de la démocratie) comme étant sinon illégitimes du moins contestables. Voir, sur ce point, P. BASTID, « Légitimité », préc., p. 419-420, spéc. p. 420 : « on ne se contente pas toujours de ce qu'on peut appeler une légitimité formelle. On passe à l'examen de l'inspiration générale du gouvernement, et cette inspiration, même approuvée par la masse, ne paraît pas légitimer aux yeux de tous son autorité ». La filiation avec la conception gaullienne du pouvoir est flagrante et il n'est peut-être pas anecdotique de l'indiquer car une fois encore il revient à la V^{ème} République, « son » régime, de réussir une douloureuse transition : « En juin 1940, le gouvernement de Vichy est *légal* mais, dépourvu de liberté, il est *illégitime*. Charles de Gaulle "assume" la légitimité en déshérence, jusqu'à ce que la peuple puisse s'exprimer et ratifier ou non cette auto-intronisation » (italique dans le texte). Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 480.

⁴⁸⁰ À travers une réflexion portant sur une thématique différente (les discriminations positives), Mathieu Maisonneuve donne néanmoins du crédit aux conclusions que nous proposons ici. Voir M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », préc., p. 570 : « La position du juge n'est pas toujours celle que l'on croit. La morale aurait-elle des raisons que le droit ignore ? L'invocation de l'holocauste ou de la colonisation rendrait-elle admissibles, en apparente contradiction avec l'article 1^{er} de la Constitution, certaines discriminations positives, raciales, ethniques ou religieuses ? ».

confrontations d'intérêts entre lesquels il faut, en fin de compte, choisir si l'on veut empêcher le blocage de la décision publique »⁴⁸¹. Si nous demeurons dans l'inertie, nous nous condamnons à retourner dans un état conflictuel. Les droits fondamentaux ont besoin de l'intérêt général et la puissance publique doit décider de son contenu. Fruit de la volonté de chaque membre du corps social, il lui faut l'accepter en bloc : il ne peut y renoncer ; il est obligé de prendre la notion avec ses défauts. Ainsi Corine Pelluchon défend l'idée que la déviation du droit par les faits est ontologiquement probable dès lors que l'on a choisi, ce que nous avons accepté en faisant reposer toute la théorie générale des droits fondamentaux sur un fait politique – le pacte social libéral –, de placer les fins du droit non pas dans un ensemble plus ou moins donné mais sur une base univoque totalement reconstruite⁴⁸² : « Lorsque l'on déduit le droit à partir d'un seul terme considéré comme sa fin suprême, ne se condamne-t-on pas à une confusion entre le droit et le fait (...) ? »⁴⁸³. La relation essentielle entre l'intérêt général et les droits fondamentaux seraient originellement biaisée par le recours à l'hypothèse du pacte social libéral. Le contenu de la notion d'intérêt général peut prêter le flanc à une critique virulente de son rôle. Mais sonder le contenu de l'intérêt général, pour éviter que sa fonction devienne liberticide, implique de rappeler à chacun des membres signataires du pacte social libéral les termes du contrat : restreindre pour protéger. Puisqu'ils ne peuvent renoncer à leur propre liberté, ils ne peuvent donc pas se désintéresser longuement du contenu de la notion d'intérêt général. Le phénomène juridique ne saurait être pensé sans lien avec la société et sa réalité indique Virginie Saint-James⁴⁸⁴. Si la règle de droit a pour objet la réalité, elle peut tout à fait se heurter à une résistance de cette réalité : « il est nécessaire de rappeler que, de même qu' "un décret ne fait pas le printemps", une loi de conciliation n'établit pas toujours un régime efficace pour une liberté publique »⁴⁸⁵. Il reste que le droit garde intact sa légitimité intrinsèque comme procédé humainement accessible pour restreindre les droits fondamentaux et préserve, faute de mieux, la notion d'intérêt général comme matériau pour penser les restrictions aux droits fondamentaux.

⁴⁸¹ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, coll. EDCE, n°50, 1999, p. 356. Dans le même sens, P. BRAUD, *Sociologie politique, op. cit.*, p. 258 : « Dans les démocraties pluralistes, la politique du dialogue systématique avec tous les groupes qui présentent des exigences, porte en elle une logique qui peut, elle aussi, se révéler paralysante ».

⁴⁸² On aura reconnu, en filigrane, la querelle entre les conceptions abstraites des droits de l'Homme (Révolution française) et leurs conceptions concrètes (fruit de l'histoire, des coutumes, etc.). Précisément, Mill estimait que la liberté ne pouvait reposer sur une seule source intellectuelle : « si s'esquisse ici une théorie générale de la liberté, celle-ci procède moins d'une logique unique visant à la produire que d'une conjonction entre facteurs de nature et de statut différents cumulant leurs effets en s'appuyant à la fois sur les tendances positives de la société moderne et la leçon de ses échecs ou de ses difficultés ». Pensée résumée ici par le philosophe Pierre Bouretz dans sa préface à *De la liberté*, P. BOURETZ, préface, in J. S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 56.

⁴⁸³ C. PELLUCHON, « Anciens et modernes », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 41.

⁴⁸⁴ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français, op. cit.*, p. 153.

⁴⁸⁵ V. SAINT-JAMES, *op. cit.*, p. 153. De même que, selon la formule remarquable de Michel Crozier, « on ne réforme pas la société par décret ». Rapportée par L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien, op. cit.*, p. 81.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

418. Le cheminement de l'intérêt général vers les droits fondamentaux révèle leur relation essentielle. *L'intérêt général participe de l'essence même des droits fondamentaux*. Il en est la source, à travers la création du système de droit libéral qu'il justifie. Il est à l'origine de leur définition dès lors qu'il a pour fonction d'absorber l'ensemble des restrictions visant à définir les droits fondamentaux dans le système de droit libéral établi et « suppose une intervention "tous azimuts" » de l'État pour rependre une image suggestive de Frédéric Sudre¹. En restreignant un droit ou une liberté considérée comme essentielle à l'Homme, la notion d'intérêt général permet à ces droits et libertés de sortir de leur état de nature pour accéder à l'existence juridique. Leur reconnaissance par le droit assure en même temps leur protection. Il n'est d'ailleurs pas utile de chercher à dater dans l'histoire du droit si en effet l'intérêt général et les droits fondamentaux sont nés en même temps. On sait ce point inexact². En revanche, cette première partie de l'étude montre que l'intérêt général et les droits fondamentaux partagent, eu égard à l'analyse de droit, une même assise théorique libérale. Ce que l'intérêt général et les droits fondamentaux recouvraient et ce qu'ils recouvrent sont indissociables. Il fallait pour cela lever une méprise originelle quant à l'intérêt général, celle de le considérer, en soi, comme un élément « mutilant » de la liberté au sens où il lui soustrairait une part de son essence. Au contraire, évoquer l'idée de restriction n'est qu'une convention de la langue du droit pour désigner le point de départ de la reconnaissance et de la protection des droits fondamentaux. La notion d'intérêt général est indispensable à la définition des droits fondamentaux dans la double mesure où elle révèle la nécessité de restreindre les droits et libertés pour qu'ils deviennent des réalités juridiques tangibles et qu'elle conditionne l'ensemble du processus d'établissement et de pérennisation de ces droits et libertés en les faisant accéder au statut de droit fondamental. Si la notion d'intérêt général constitue dans son motif premier un facteur de restriction de la liberté, cette restriction n'a d'autre effet que de réaliser la liberté en droit.

419. La liberté juridique n'est possible que par l'acceptation d'une restriction *intrinsèque, inconditionnelle, inhérente, consubstantielle et concomitante*³. Cette restriction se formalise à travers

¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 51. En outre, la notion d'intérêt général traduit, à nos yeux avec félicité aussi, la clarification des grandes lignes du droit positif : « le droit positif, poursuit M. Sudre, porte la marque heureuse de cette complémentarité entre les "droits de" et les "droits à" » (p. 246).

² Ce n'est qu'à partir de 1789 que naît la notion moderne d'intérêt général (en ce sens, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 132) tandis que les droits fondamentaux ne viendront que plus tard, d'abord comme expression puis comme réalité conceptuelle (XIX^{ème} et XX^{ème} siècles).

³ La juxtaposition de ces qualificatifs, sans doute quelque peu emphatique, n'en demeure pas moins totalement appropriée et intelligible car elle procède de la réalisation effective des droits fondamentaux. En ce sens, citons le résumé de M. Peces-Barba : la concrétisation des droits fondamentaux « ne peut être remplie par des conseils ou des sermons, ni par de bonnes intentions ; il est nécessaire de mettre à son service le système normatif, appuyé par l'appareil coercitif de l'État pour ceux qui considèrent que le respect des droits ne fait pas partie de leurs objectifs. *La dimension juridique n'est pas un*

la notion d'intérêt général. Cette notion préfigure une définition de la liberté en inversant les termes d'un débat extrêmement complexe. La définition de *la* liberté est le fruit d'une observation intelligente du conflit *de* libertés tel que l'exprimait Rawls : « J'essaierai d'éviter la discussion concernant la signification de la liberté qui a si souvent troublé ce sujet. Je laisserai de côté la controverse entre les partisans d'une définition de la liberté comme liberté négative ou positive. Je pense que, pour l'essentiel, ce débat ne porte pas du tout sur des définitions, mais sur les valeurs relatives des multiples libertés quand elles entrent en conflit »⁴. Au lieu donc de partir de l'essence de la liberté, inaccessible, il nous est possible d'envisager son existence disparate car conflictuelle grâce à l'intérêt général. Ce nouveau paradigme des droits de l'Homme permettrait une relation équilibrée entre les droits fondamentaux et l'intérêt général. Dès lors, la remarque de Claude Leclercq est de ce point de vue précieuse lorsqu'il prévient qu'« on ne peut totalement distraire les droits de l'homme de l'État »⁵ ; elle jaillit sur notre propre discours avec tous les traits de cette vérité générale : « L'État a toujours été le cadre de l'exercice des droits de l'homme »⁶. Le droit fondamental est donc la réunion harmonieuse d'un élément positif – la liberté ou le droit – et d'un élément négatif – sa restriction immédiate – permise par la notion d'intérêt général, dans le cadre d'un ordre juridique établi à cette fin. On comprend que leur sort est scellé, leur destin leur est devenu commun. Le temps est alors venu de construire un pouvoir, celui que prônait Cicéron, à savoir un pouvoir perçu « non comme une fatalité pénible, mais plutôt comme une nécessité heureuse de la vie humaine »⁷.

420. Les droits fondamentaux et l'intérêt général se retrouvent ainsi aux sources mêmes du droit, un droit qui leur est « commun ». Ce qui n'était sans doute qu'une hypothèse doit être confirmé ici⁸. Il nous paraît dorénavant utile de créer les conditions d'un dialogue constructif autour de la terminologie même de droit fondamental et ne plus envisager cette dernière, dès que nous abordons cette expression, comme une source de querelles dans l'examen scientifique et universitaire des droits et

ajout à des droits qui seraient auto suffisants dans leur aspect strictement éthique : *c'est un élément inséparable de l'existence même de ces droits* » (nous soulignons). Cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 179-180.

⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 237.

⁵ C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 31.

⁶ *Ibid.*

⁷ G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 106.

⁸ Notamment : M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 6 : « On proposera donc l'hypothèse suivante : le droit des droits fondamentaux de l'homme est le fruit d'un processus historique permettant de rendre compte que ce droit est une création continue et qu'il illustre plus que d'autres, peut-être, la grandeur et la fragilité d'une démocratie vivante, dont l'homme est le fondement » ; Alain Le Guyader considère sans détour que « la notion des droits fondamentaux [est] supérieure, tant d'un point de vue théorique qu'éthique » Cf. A. LE GUYADER, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 258. *Contra* : P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 133 : « La terminologie employée varie à la fois en fonction d'évolutions doctrinales, et il faut bien l'avouer, parfois en fonction d'effets de mode » ; G. LEBRETON, « Critiques des droits de l'homme et des droits fondamentaux », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 236 : ils seraient un « écran de fumée ».

des libertés⁹. Ainsi que l'écrivent très justement Dominique Chagnollaud et Guillaume Drago dans le propos introductif à la réflexion qu'ils ont dirigée, « "leur fondamentale" qu'on raille parfois n'est pas le fruit de l'imaginaire ou de la spéculation intellectuelle prompte à la découvrir un peu partout mais trouve ses développements dans la jurisprudence qui s'attache, de façon raisonnée le plus souvent, en démocratie, à les hiérarchiser et surtout à concilier ces droits »¹⁰. La pertinence de l'expression « droits fondamentaux », en liaison avec l'intérêt général, tient à ce qu'elle confirme la synthèse possible des trois générations de droits fondamentaux¹¹ en autorisant le classement des droits sociaux ou de créances sous la bannière des droits fondamentaux. L'intérêt général permet, ainsi, de minimiser la dichotomie entre liberté négative de première génération et « droits à » de la deuxième génération¹². De plus, le concept de droits fondamentaux, en se distinguant des autres notions (libertés publiques et droits de l'Homme), reconnaît des droits et libertés autant aux personnes physiques qu'aux personnes morales et les garantit surtout par la Constitution et/ou des textes internationaux et supranationaux¹³. Or, nous soutenons que ce concept de droits fondamentaux tient cette aptitude de sa corrélation à l'intérêt général.

421. L'intérêt général ouvre finalement la voie à une réactualisation de notre pacte social libéral. Au fond, une lecture modernisée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 serait aujourd'hui manifestement celle-ci : 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 *le Droit*. Aux droits de l'Homme entendus comme doctrine philosophique d'une liberté précaire issue du siècle des Lumières, nous avons accolé la notion d'intérêt général – procédant originellement de la théorie de l'État – pour (re)construire la liberté en droit. Les droits fondamentaux sont le produit de cette rencontre. Toutefois, ce temps où « la notion

⁹ Pour des approches médianes, propres à ouvrir ce dialogue, notamment : la synthèse didactique – et nuancée – de la notion de droit fondamental, voir A. ROUYERE, « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p.76-78 ; préférant l'expression « droits de l'Homme » pour souligner l'apport philosophique inextricable, et, partant, l'aspect exclusivement positiviste de la notion de « droits fondamentaux », voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. VII-VIII.

¹⁰ D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. VII.

¹¹ Voir L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 47-49. Sur ce cheminement, voir aussi P. ARDANT, « Les constitutions et les libertés », préc., p. 72.

¹² Sur ce point, L. FAVOREU et alii, op. cit., p. 114-115. Les auteurs proposent, du reste, une nouvelle typologie explicative entre, d'un côté, les droits fondamentaux qui appellent des mesures positives et, de l'autre, les droits fondamentaux qui appellent des mesures négatives (*ibid.*). Dans le même sens, M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 9 : la terminologie droit fondamental est intéressante car, « surtout, au plan interne, elle réunit des droits dits de la première génération et ceux dits de la deuxième génération (...) ». Quant à la « fragilité » de la distinction révélée par plusieurs contradictions dans la présentation des droits et libertés, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 82-86.

¹³ Sur ces deux points, F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., p. 6.

d'intérêt général [était] consubstantielle à l'État »¹⁴ n'est pas tout à fait révolu¹⁵. Il reste à rompre le lien entre l'État et la notion d'intérêt général pour que l'intérêt général devienne totalement un élément autonome de la théorie des droits fondamentaux et qu'il ne soit plus uniquement un élément de la théorie de l'État. Pour cela, il conviendrait que le droit public fût, dans ses sources, *le droit de l'intérêt général et des droits fondamentaux*¹⁶. Cette juridicité nouvelle et publiciste des droits fondamentaux implique de dresser un aperçu de l'étendue réelle de leur opposabilité. Mais en suivant Hegel, lequel soutenait une approche réconciliatrice en raison de l'indissociabilité des intérêts individuels et de l'intérêt général, par l'État, on peut affirmer que l'une et l'autre de ces deux branches de notre alternative sont contraires au projet libéral : « Sans intérêt général, la société se disloquerait : il cimente la société. Sans intérêts particuliers, la société n'aurait pas de constance : elle se dissoudrait sous le regard de l'État »¹⁷. C'est donc à trouver un nouvel équilibre entre ces deux éléments essentiels du droit fondamental que le système de droit doit s'atteler¹⁸. Il le fera par conciliation. Pour cela, il faut rendre compte des agissements du système de droit destinés à consolider la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. « Clairement identifiés, bénéficiant d'une protection juridictionnelle efficace, ils constituent tout simplement le socle de l'État de droit, conjuguant moins les égoïsmes que les libertés fondamentales de l'individu dans le respect de l'intérêt général »¹⁹. Voyons ce que le droit peut faire pour concilier droits fondamentaux et intérêt général, c'est-à-dire comment il formalise leur relation existentielle.

¹⁴ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 16. On pourrait remonter à l'Antiquité pour en trouver la fondation : « L'intérêt général signifiait pour les anciens la participation directe au pouvoir » (cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 168).

¹⁵ Pour une analyse plus nuancée, estimant que l'intérêt général ne se confond pas toujours avec l'intérêt de l'État dans la pensée politique française, voir F. RANGEON, op. cit., p. 14 : « Dans le discours gaulliste, l'intérêt général signifie l'intérêt du pays, de la nation, ou de la France, et non l'intérêt de l'État ». Mais il ne signifiait pas encore, et assez nettement, l'intérêt des Français.

¹⁶ Comme le fut, seul, le droit administratif à sa naissance. Voir respectivement : G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 1 : « L'idée d'un droit administratif distinct du droit commun est directement née du sentiment que l'administration remplit une mission particulière liée à la satisfaction de l'intérêt général » ; et N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., p. 568 : « En se donnant pour fin de préserver les droits des particuliers contre la toute puissance des personnes publiques, le droit administratif a toujours eu pour objet d'encadrer, de réguler et donc de limiter le pouvoir des personnes publiques ». C'est pourquoi la notion d'intérêt général est indispensable à la fondation des droits fondamentaux laquelle n'est possible que par l'entremise d'un droit public. Nous pensons donc, en lien avec ce qu'affirme Didier Truchet, que si la réalisation des droits fondamentaux dépend de l'existence d'un droit public, alors l'existence du droit public devrait aller de soi. Cf., cependant, l'avis nuancé de cet auteur : D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 33. Car « si le droit public (...) n'est pas indispensable au fonctionnement d'un pays moderne, qu'il ne répond pas à une nécessité absolue [...], on trouve partout des règles qui couvrent matériellement, à des degrés divers, ce que nous appelons droit public » (p. 37).

¹⁷ F. RANGEON, op. cit., p. 153.

¹⁸ Comme devait le faire, depuis toujours, le droit administratif : « de toute façon, le droit administratif doit toujours tenter la conciliation entre les exigences de l'action administrative et le respect des droits et libertés des particuliers ». Cf. J.-F. LACHAUME, *Droit administratif*, op. cit., p. 9. Voir aussi, *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 290 : « Il est constant que l'une des fonctions les plus importantes de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence administrative est de limiter, au nom des finalités supérieures qu'elle représente, l'exercice de certains droits et libertés individuels, au nombre desquels il faut ranger notamment le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, ainsi que certains principes fondamentaux, tels celui d'égalité et celui de sécurité juridique ».

¹⁹ D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. VII.

SECONDE PARTIE

DE LA CONCILIATION ENTRE LES DROITS

FONDAMENTAUX ET L'INTERET GENERAL

422. Concilier les droits fondamentaux et l'intérêt général conduit à examiner les rapports entre deux éléments qui doivent coexister sans que, en principe, l'un puisse se réduire à l'autre¹. « La thèse de la conciliation – qui est la plus répandue aujourd'hui – apparaît exacte dans la mesure où elle met en lumière l'arbitrage dont résultent les mesures de police, arbitrage entre la valeur de la liberté considérée et la légitimité d'une exigence d'ordre public »². Tout au long de cette seconde partie, nous verrons que l'intérêt général et les droits fondamentaux se répondent mutuellement. Le besoin d'être définis pour les droits fondamentaux appelle la définition de l'intérêt général laquelle participe, en retour, à cette définition des droits fondamentaux. Si l'on veut, en effet telle est notre intention, construire une théorie générale des droits fondamentaux en prenant appui sur l'intérêt général, il s'agit en définitive de reconnaître que le système de droit a fait son *aggiornamento* si l'on nous permet cette métaphore politique. Elisabeth Zoller le suggère pour l'Allemagne par ces mots : « Alors que la volonté privée est celle d'un individu, libre de choisir n'importe quelle direction, la volonté de l'État n'est pas libre ; elle est déterminée par son but. Celui-ci est fixé par la constitution de l'État et c'est un choix politique, par excellence. Dans le prolongement de cette approche, on relèvera que c'est justement sur le but de l'État qu'après la seconde guerre mondiale, le droit public allemand a effectué un virage à 180° en retenant comme *le seul but légitime de l'État la protection des droits fondamentaux* » (nous soulignons)³.

¹ Concilier : « Faire aller ensemble, rendre harmonieux (ce qui est très différent, contraire) ». Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 495.

² É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 537. « Cette question des limites des droits fondamentaux n'a toujours pas fait l'objet d'un développement doctrinal, à la mesure de son importance » (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 425), ce qui justifie d'apprécier l'étendue de cette conciliation entre droits fondamentaux et intérêt général.

³ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 67. Nous le trouvons aussi dans l'analyse sommaire qu'elle fait du célèbre arrêt *Marbury v. Madison* rendu par la Cour suprême des États-Unis en 1803 et qui, selon nous, serait l'*aggiornamento* des États-Unis. Voir É. ZOLLER, op. cit., p. 130-131. Partageant l'analyse de cet arrêt fondateur du droit

423. Cet *aggiornamento*, le système de droit français l'a effectué, « par la grâce de la jurisprudence du Conseil constitutionnel »⁴, à l'occasion de la décision du 16 juillet 1971⁵. En opposant au législateur la règle constitutionnelle, règle suprême et fondatrice de notre système de droit, le Conseil a fixé un but à l'État, la poursuite de l'intérêt général entendu comme l'affirmation prééminente des droits fondamentaux. Certes, cette décision s'inscrit dans une évolution forte de reconnaissance de l'opposabilité, sur le fond, des normes à valeur constitutionnelle⁶. Certes, encore, le Conseil n'a pas jugé, compte tenu du caractère elliptique de sa décision, que l'État, incarné par la loi, n'avait pas d'autre but que la protection des droits fondamentaux⁷. « Il n'en reste pas moins que cette décision a une importance et une portée considérables en droit constitutionnel et public, en ce [qu'elle] reconnaît nettement au Conseil un rôle protecteur des droits et libertés, et affirme ouvertement sa volonté de sanctionner toute atteinte aux principes de la part du législateur et tout détournement de procédure de l'exécutif (...) »⁸. Notre système de droit ne peut édicter des règles de droit que conformes au but fixé par la Constitution. La puissance publique n'est plus libre, ni même autonome, ses compétences sont orientées. « Il n'existe pas en droit public de principe d'autonomie de la volonté (...). Une autorité publique ne peut agir que pour des motifs d'intérêt général, en considération du bien public et des impératifs de la chose publique. La volonté en droit public n'est pas autonome ; c'est la raison d'être du droit public »⁹. « L'État républicain est une entreprise (...) au service d'un seul objectif, la réalisation d'un contrat social. C'est Maurice Hauriou qui a mis en évidence cette caractéristique fondamentale, existentielle, du modèle républicain français »¹⁰. L'intérêt général, en tant que notion, constitue le réceptacle de toutes les situations conflictuelles passées, présentes et futures, avérées ou hypothétiques. Ce caractère confère à la notion sa capacité à s'ingérer dans tous les conflits de droits fondamentaux. « L'intérêt général est une notion essentielle qui participe au "construit social" et vise à réconcilier les individus entre eux et avec l'entité publique. En ce sens, l'intérêt général est un concept

américain quant à l'avènement d'une fondamentale des droits et libertés outre-Atlantique, A. VIALA, « Droits fondamentaux (Notions) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 315.

⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 9.

⁵ CC, 16 juillet 1971, déc. n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, Rec. p. 29, GDCC n° 19, p. 237-255. Avec cette remarque – contextuelle – aux termes de laquelle le Conseil constitutionnel aurait été, écrit M. Lebreton, « rendu audacieux par la mort du général de Gaulle ». Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 100. Car, il est sans doute vrai que la création du Conseil constitutionnel, fruit de la Constitution du 4 octobre 1958, elle-même une « créature » du Général de Gaulle, avait pour objectif initial sinon exclusif non de conduire le législateur à formuler des restrictions aux droits fondamentaux conformes à l'intérêt général constitutionnel mais de le maintenir éloigné de la fonction exécutive.

⁶ Nuançant notre interprétation de cette décision, voir L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 19, p. 248-251, spéc. p. 250 : « En fait, si l'on constate dans la décision du 16 juillet que le Conseil s'est engagé dans une nouvelle voie, c'est moins à la suite d'un revirement ou d'un changement brutal qu'à la suite d'une évolution » (italique dans le texte).

⁷ Mais « ce tournant », nous dit M. Lebreton, marque incontestablement « un changement d'attitude [...]. Il traduit la prise de conscience des juges et des gouvernants de la nécessité de transposer dans le droit positif les aspirations des gouvernés ». Pour dire les choses d'une autre manière, la décision du 16 juillet 1971 tire les conséquences logiques du pacte social libéral si longtemps ignorées. Cf. G. LEBRETON, op. cit., p. 101.

⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., n° 19, p. 251.

⁹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 70.

¹⁰ É. ZOLLER, op. cit., p. 207.

politique »¹¹. Le droit s'est définitivement accaparé le projet politique libéral de 1789 « lorsque le Conseil constitutionnel décide en 1971 que le préambule de la constitution et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne sont pas seulement l'exposé d'un programme politique ou d'une philosophie, mais un ensemble de normes »¹². On peut soutenir que la Constitution française du 4 octobre 1958 est assurément « un esprit, des institutions, une pratique » tournés aujourd'hui résolument vers l'affirmation juridique des droits et libertés, vers l'existence des droits fondamentaux¹³. On le voit à travers la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général qui est, d'abord, une conciliation par les normes (Titre I^{er}) et, ensuite, une conciliation par le juge (Titre II).

¹¹ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 421.

¹² M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, préc., p. 28-40, spéc. p. 38.

¹³ Pour paraphraser le Général de Gaulle lors de sa conférence de presse du 31 janvier 1964, in *La Constitution française du 4 octobre 1958*, La Documentation française, coll. Documents d'études, n° 1.04, 2008, p. 41

Titre I^{er} : Une conciliation par les normes :

424. L'intérêt général, exprimant la mission de l'État au sens du droit constitutionnel classique, se mue en une notion intégrée aux droits fondamentaux selon une vision renouvelée par le droit constitutionnel moderne. Concilier droits fondamentaux et intérêt général signifie que la contribution du second à l'existence juridique des premiers est délimitée réflexivement par les droits fondamentaux eux-mêmes¹. La nécessité de les faire accéder au monde juridique détermine le périmètre l'intérêt général. Première étape de la conciliation juridique des droits fondamentaux et de l'intérêt général, il convient de déterminer les bases – nécessairement – constitutionnelles du point de vue de la hiérarchie formelle des normes². Or, quelle norme de notre système de droit fixe précisément la procédure à suivre pour définir un droit ou une liberté ? Sa norme suprême. Droits fondamentaux et intérêt général ne peuvent donc, fondamentalement, procéder que de la norme la plus élevée de notre ordre juridique, à savoir la Constitution du 4 octobre 1958. Seconde étape de cette conciliation, il s'agira de traiter du cadre de la conciliation, que le droit français construit, pour définir les droits fondamentaux à l'aune de l'intérêt général. Nous examinerons donc les fondements constitutionnels de la conciliation (Chapitre I^{er}) avant de rendre compte des principes de la conciliation normative, c'est-à-dire du cadre de la hiérarchie des normes dans lequel la conciliation s'effectue (Chapitre II).

¹ Pour reprendre une représentation élaborée par Guylain Clamour, l'intérêt général est « encerclé des droits fondamentaux ». Cf. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., p. 197.

² En ce sens, nous nous rallions, sur ce point, à l'analyse de Georges Renard sur le caractère de « tronc commun » conféré au droit constitutionnel : « Aussi bien, si "autonomes" qu'on les fasse, le droit public et le droit privé ne peuvent pas ne pas garder quelque vestige de leur communauté d'origine : ils sont frères, au moins cousins ; ils conservent un air de famille ; le cantonnement du droit constitutionnel dans le droit public impliquerait l'autonomie absolue de celui-ci par rapport au droit privé, et c'est inacceptable ; il faut bien que les disciplines juridiques se remembrent ; c'est le droit constitutionnel qui forme charnière entre le droit public et le droit privé ». Cf. G. RENARD, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, op. cit., p. 485-499, spéc. p. 498.

Chapitre I^{er} : Les fondements constitutionnels de la conciliation :

425. « Du caractère suprême de la norme juridique, orientée vers l'intérêt général, découle une série de conséquences rigoureusement déduites » écrit François Rangeon¹. C'est d'elles dont il s'agit. La première conséquence tient à ce que si l'intérêt général a vocation à normaliser l'ensemble des conflits de droits fondamentaux dès leur affirmation constitutionnelle, le contenu de l'intérêt général dépend, en dernier ressort, de la norme suprême de l'ordre juridique français. C'est à ce niveau hiérarchique – celui de la Constitution – que doit être entreprise la constitution du lien normatif entre les droits fondamentaux et l'intérêt général (Section 1^{ère}). La conciliation s'inscrit dans le cadre du constitutionnalisme, lequel effectivement « postule l'existence d'un ensemble de règles intangibles formant ce qu'on appelle la "constitution". Il vise à limiter la puissance de l'État au moyen de règles "intangibles" appelées "constitutionnelles" et qui sont hors de portée des gouvernants »². La norme suprême offre le cadre maximal d'appréhension par le droit de la conciliation entre droits fondamentaux et intérêt général. Cette seconde conséquence, procédant de la norme suprême, sera appréciée en tant qu'elle formalise un cadre constitutionnel à la conciliation (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : La constitution du lien normatif entre droits fondamentaux et intérêt général :

426. La question posée est de savoir quel organe, quel pouvoir ou quelle institution, est en mesure de poser la norme susceptible de fonder en droit le système juridique libéral et ainsi jeter les bases normatives de la conciliation. « Par quels prodiges d'ingéniosité justifier le souverain, – somme toute, l'État ? Là réside le *grand problème* du droit constitutionnel ! » (italique dans le texte)³. Car, si le système de droit libéral repose sur le pacte social libéral, ce dernier n'est pas, en tout état de cause, normatif ; ce pacte formule une justification politique à l'édification d'un ordre juridique⁴. Or, nous nous interrogeons désormais sur la juridicité de la norme première ou suprême de l'ordre juridique

¹ Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 22.

² O. BEAUD, « Constitutionnalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 194.

³ G. RENARD, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, op. cit., p. 485-499, spéc. p. 489.

⁴ Quant au concept de souveraineté, voir l'éclairage de M. TROPER, « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9 – février 2001, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, spéc. I : « On arrive ainsi à cinq significations du terme "souveraineté" : 1) L'indépendance vis-à-vis de toute puissance extérieure ou souveraineté internationale. 2) La puissance d'État, c'est-à-dire la somme de tout ce que l'État peut faire. 3) La qualité de l'organe qui n'a pas de supérieur, parce qu'il exerce la puissance la plus élevée, c'est-à-dire la puissance législative ou qu'il participe à cet exercice. 4) La qualité de l'organe, qui est au dessus de tous les autres. 5) La qualité de l'être, au nom duquel l'organe souverain (aux sens 3 ou 4) exerce sa puissance ».

libéral présidant à la conciliation de l'intérêt général et des droits fondamentaux. Car, effectivement, « il convient de dissiper une confusion fréquente : la constitution n'est pas la norme fondamentale. L'acte constituant existe, il n'a pas à être présumé. Ce qu'il faut justifier dans la démarche scientifique, c'est son caractère de norme : sa validité (...) »⁵. Or, la validité, c'est-à-dire le caractère normatif de toute constitution française, dépend effectivement de la validité de la norme antérieure ou supérieure à cette Constitution, autrement dit, il faut identifier la norme fondatrice de l'ordre juridique libéral, à savoir la norme constituante (§1.). Alors la validité de cette norme pourra, ensuite, être appréciée (§2.). Cette constitution du lien normatif, au niveau constitutionnel, nécessite ce double examen.

§1. – L'hypothèse d'une norme constituante :

427. Deux modes de recherche de notre norme constituante pourront, à cette fin, être envisagés pour déterminer son origine. On peut, en premier lieu, dans une démarche de type socio-historique⁶, remonter aux sources du droit français pour en déterminer la norme suprême (I.). On peut, en second lieu, dans une démarche puisant dans la sociologie politique, chercher dans la volonté du détenteur du pouvoir politique, le peuple, le fait générateur de la norme suprême (II.).

I. – La recherche socio-historique de la norme constituante :

428. Nous pouvions remonter aux sources de notre droit en suivant le cours sinueux de son histoire. Il semble cependant que ni la coutume (A.), ni l'histoire constitutionnelle française (B.) ne parviennent à caractériser nettement une norme constituante de nature juridique pour fonder l'ordre juridique.

⁵ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 76. Sur ce questionnement, voir aussi O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution*, préc., p. 1-29.

⁶ Que Michel Virally paraît conforter par ces mots : « On observera, en passant, que le droit acquiert sa validité dans un très grand nombre de cas, sinon toujours, par un processus socio-historique dont le déroulement relève de l'observation des faits ». Cf. M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op.cit., p. 451-467, spéc. p. 456.

A. – L'improbable origine coutumière :

429. L'existence d'une coutume constitutive de la norme suprême paraît exclue en droit français⁷. On pourrait, il est vrai, s'en accommoder à la lecture même de sa définition : la coutume est une « règle qui n'est pas édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics, mais qui est issue d'un usage général et prolongé (*repetitio*) et de la croyance en l'existence d'une sanction à l'observation de cet usage (*opinio necessitatis*) »⁸. Si les deux conditions sont réunies⁹, la coutume est effectivement – ce qui n'est pas contesté – créatrice de droit : « la coutume correspond à une conduite dont la nécessité et les effets juridiques sont spontanément reconnus par les sujets de droit, sans le secours d'un texte obligatoire »¹⁰. Aussi, *prima facie*, pourrait-elle être à l'origine de la norme suprême puisqu'elle n'impose pas au préalable, et avec raison, d'ordre juridique : « La coutume est l'expression spontanée du corps social ; elle échappe à l'État qui n'en contrôle pas le processus normatif d'édiction »¹¹. Ajoutons qu'« une règle coutumière de portée, initialement réduite, peut fort bien, par adoptions successives, s'étendre progressivement à des groupes de plus en plus nombreux et devenir peu à peu véritablement générale »¹². Les deux éléments, matériel et intentionnel, sont-ils ici avérés ? Il n'est pas complètement inconcevable de considérer qu'une pratique répétée a pu naître,

⁷ Il est, par exemple, d'usage de percevoir au fondement du système de droit britannique une constitution coutumière. Voir, notamment, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 201). Plus généralement, le travail démonstratif du professeur Troper est d'un intérêt certain pour comprendre ce qu'est la coutume, et dont on peut se prévaloir à ce titre, mais seulement à ce titre car il postule l'existence d'un système de droit établi – adoptant par là *expressis verbis* le présupposé scientifique du normativisme de Kelsen tiré de la validité comme critère d'existence quant à la définition d'une norme ce qui est d'ailleurs d'aucun secours à la caractérisation d'une coutume comme norme initiale (laquelle, certes, n'est pas recherchée par l'auteur). Cf. M. TROPER, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, op. cit., p. 309-323, spéc. p. 310 : « On envisagera ici la question du seul point de vue du droit positif : "la coutume est-elle l'une des sources formelles du droit constitutionnel" ? ». Ainsi que D. LEVY, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op. cit., p. 81-90 (l'étude offre une bonne compréhension du droit coutumier mais n'en demeure pas moins enserrée dans le cadre d'un ordre juridique préalablement établi et fondé).

⁸ R. GUILLIEN, J. VINCENT, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 161 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 280. Sur la coutume, plus globalement, F. TERRE, op. cit., p. 317 et s ; ainsi que, relativement à la place que la modernité veut bien lui laisser, B. OPPETIT, *Droit et modernité*, op. cit., p. 41 et s.

⁹ À savoir, d'une part, l'élément matériel (c'est-à-dire un comportement suivi de manière habituelle) et, d'autre part, l'élément psychologique (« l'usage doit être perçu comme un comportement obligatoire par l'opinion commune ». Cf. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 108. Voir également, avec les précautions significatives de l'auteur, M. TROPER, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », op. cit., p. 311 : « la coutume est une pratique répétée, et tenue pour obligatoire ».

¹⁰ J.-L. AUBERT, op. cit., p. 108. Il faut même, écrit M. Troper, « considérer que le second caractère de la coutume n'est pas le simple sentiment, mais le sentiment *illusoire* du caractère obligatoire (faute de quoi, il faudrait appeler coutume l'observation répétée d'une prescription) » (italique dans le texte). Cf. M. TROPER, op. cit., p. 316. Assurément, la coutume, s'il est une règle de droit, est née en dehors du circuit juridique habituel ce qui n'est pas, d'un point de vue logique, sans poser de sérieuses difficultés. Michel Troper souligne – de manière très opportune – qu'elle peut être « ressentie à tort comme obligatoire » (italique dans le texte), par conséquent elle ne saurait être créatrice de droit... car la coutume « est un fait et qu'un fait ne peut donner naissance à une norme » (p. 317). En revanche, elle présente un atout considérable pour légitimer le système de droit en devenant la norme suprême en tant que règle de droit constituante parce qu'elle rend concevable – voire banale pour ce qu'elle est – la conclusion du pacte en dehors de toute contrainte juridique.

¹¹ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 12.

¹² J.-L. AUBERT, op. cit., p. 109. Et donner naissance à des « constitutions coutumières » pour l'Angleterre ou aux lois fondamentales du Royaume pour ce qui concerne la France (cf. F. TERRE, op. cit., p. 202).

sinon depuis 1789, au moins depuis 1875¹³, selon laquelle la norme suprême de l'ordre juridique français, la constitution, est adoptée par le peuple français, c'est-à-dire la réunion politique des membres signataires du pacte social libéral. L'élément intentionnel suit dans la mesure où l'application rendue juridiquement obligatoire des Constitutions françaises de 1875, de 1946 et de 1958 suggère que l'autorité dont elles procèdent est nécessairement normative¹⁴. Autrement dit, la pratique répétée de l'édiction par le peuple souverain de la norme constitutionnelle est une règle de droit de nature coutumière. Cette dernière fonderait alors, juridiquement, la norme suprême de notre système de droit libéral. Cette position est soutenue¹⁵. Nous ne la partageons pas.

430. Certes, en pratique, elle ne provoque pas d'objections majeures puisqu'elle permet d'établir la norme suprême et – ce qui est essentiel – de la valider en tant que telle. Elle devance toute critique visant à déstabiliser le système de droit en arguant des incohérences structurelles dont il serait affecté s'il était possible d'en contester sa validité juridique en raison d'une approche postulée du droit. Cependant, du point de vue de la liberté, reconnaître la prétention d'une coutume de nature constituante, telle que nous l'avons singularisée pour la France, à fonder le système de droit libéral propre à définir les droits fondamentaux est, dans une perspective universaliste, extraordinairement problématique. Si nous fondons la norme suprême sur une règle de droit coutumière, cela revient à dire qu'il faut qu'une pratique répétée et considérée comme obligatoire soit, absolument, à l'origine de tout système de droit. Non pas que nous considérions sans détour que la France n'ait pas pu recourir à la coutume. Ce point est laissé à l'appréciation générale ; on peut estimer qu'une coutume existe. Mais se borner à établir qu'à l'origine du système de droit libéral français, on trouve une coutume, cela revient inévitablement à construire notre théorie générale des droits fondamentaux en prévision d'une pratique répétée et intentionnelle visant à fonder juridiquement un système de droit. Ce faisant nous dirions incidemment que tous les gains escomptés de cette théorie pour la liberté implique, pour d'autres sociétés, d'accéder à la liberté après une longue période, éventuellement conflictuelle (ce qui n'est pas sans paradoxes puisque nous entendions les prévenir voire les éviter), où les membres desdites sociétés œuvreraient, par une pratique répétée et reconnue, à fonder leurs propres libertés. Il

¹³ Date à partir de laquelle s'installe durablement cette pratique, c'est-à-dire que la souveraineté nationale appartient réellement au peuple.

¹⁴ L'*opinio necessitatis* de la coutume, nous dit Henri Roland, est cette « conviction du caractère obligatoire d'une pratique habituellement et généralement observée, fondant l'autorité de la coutume comme source normative (...) ». Cf. H. ROLAND, *Lexique juridique. Expressions latines*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2006, p. 241. La nécessité pour le peuple d'adopter une Constitution (dans un rapport de causalité lié à un changement de régime politique, soit qu'il eût dé péri, soit qu'il eût été renversé) devait créer alors cette pratique dont on reconnaîtrait, ultérieurement, le caractère obligatoire. Cf., sur les causes de la pratique coutumière, M. TROPER, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, op. cit., p. 312-316.

¹⁵ Le doyen Aubert, rapportant les propos d'Henri Lévy-Bruhl (H. LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, p. 41), souligne que pour cet auteur « la coutume "est la force vitale des institutions juridiques" et, au fond des choses, "la seule source du droit" ». Cf. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 107.

faudrait, en quelque sorte, être patient et s'en remettre aux effets du temps¹⁶. En acceptant théoriquement l'origine coutumière de la norme suprême, nous réduirions notre théorie générale des droits fondamentaux à une description du système juridique français voire à ne la rendre efficiente que pour certaines sociétés. Dans ces conditions, il semble, à nos yeux, de la plus haute importance de tenter d'identifier la norme établissant la norme suprême dans un fait politique.

B. – Les incertitudes de l'histoire constitutionnelle française :

431. Un examen historique conduit à revenir aux sources de notre système de droit contemporain. Est-il fondé sur le pacte social libéral historique qu'est la Déclaration des droits de 1789 ? La tentative serait hasardeuse au regard de l'histoire constitutionnelle française¹⁷. Ce n'est qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale que la Déclaration reçoit, par le système de droit, une esquisse de valeur juridique. Alors le système de droit contemporain trouve-t-il son origine juridique unique dans une norme antérieure ? On pense notamment à la perte par le Roi de sa souveraineté au profit de la Nation le 17 juin 1789 lorsque les États généraux se proclament Assemblée Nationale¹⁸. On peut effet voir dans « cet acte révolutionnaire (...) l'acte fondateur de la nation, l'acte constitutif de la France moderne »¹⁹, dès lors que les membres des États généraux pouvaient être considérés comme les représentants de la Nation souveraine²⁰ et par suite fonder à rebours la première norme suprême du système de droit libéral. On peut aussi penser à la Constitution des 3-4 septembre 1789 qui confie l'exercice de la souveraineté à la Nation. Là encore, l'identification du fait politique à l'origine de la norme suprême n'offre aucune certitude pouvant arrimer absolument le système de droit au Droit.

¹⁶ Bruno Oppetit rappelle cette critique en notant que « la coutume a pu nourrir le grief d'apparaître comme un instrument de conservatisme social » ce que nous lui reprochons, ici seulement, à l'évidence (cf. B. OPPETIT, *Droit et modernité*, *op. cit.*, p. 43).

¹⁷ Elle aurait été soutenue par les plus ardents révolutionnaires selon le regard que porte Michaël Singleton, professeur à l'Université catholique de Louvain : « On sait que les radicaux de 1792 voyaient dans leur Révolution non pas une énième illustration d'une succession de changements radicaux (tels que la révolution anglaise ou la révolution américaine) témoignant d'une tendance globale de la nature humaine à ne rien prendre pour définitivement acquis, mais une exception essentielle qui allait et devait devenir la règle générale de l'Humanité jusqu'à la fin des temps ». Cf. M. SINGLETON, « De l'incompétence universelle », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 33-37, spéc. p. 35.

¹⁸ Plus exactement lorsque le Tiers-état, une partie de la noblesse et du clergé, adoptent le décret du 17 juin 1789 par lequel l'assemblée ainsi formée prend le nom d'Assemblée Nationale. Pour François Saint-Bonnet « le Tiers s'autoproclame Assemblée nationale ». Cf. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 179. Même approche des événements pour F. SAINT-BONNET, *op. cit.*, p. 287. C'est la Révolution de Sieyès note M. Bredin dans J.-D. BREDIN, « Préface », in E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, *op. cit.*, p. 22.

²⁰ De « la quasi-totalité de la nation » nous dit le professeur Zoller. Cf. É. ZOLLER, *op. cit.*, p. 179.

II. – La proposition de sociologie politique : le retour au peuple souverain

432. « Dans la plupart des États modernes, le Peuple est considéré comme la source de toute légitimité constitutionnelle, qu'il soit ou non réputé "souverain". Il est une sorte d'être collectif censé préexister à l'organisation juridique de la société »²¹. Plus précisément, cela revient à énoncer l'existence de deux peuples²². Dans la conception rousseauiste, le peuple, à l'origine de la norme suprême, existe nécessairement avant la Constitution²³. C'est à partir de prémisses comparables que Kant fonde l'ordre juridique à venir en écrivant qu'il résulte « d'une volonté unifiée *originellement* et *a priori* (qui ne présuppose pour cette unification aucun acte juridique) » (italique dans le texte)²⁴. La norme constituante est le résultat de cette « volonté unifiée *originellement* », autrement dit, chez Kant, du pacte social. Or, cette « unification » – la conclusion du pacte – ne nécessitant aucune règle de droit, constitue le fait générateur de l'ordre juridique en dépit de son absence de normativité. Le débat sur la volonté populaire n'est pas du droit mais se situe avant le droit.

433. C'est le peuple politique qu'évoque le Conseil d'État, en citant il est vrai l'article 3²⁵ de la Constitution de 1958, lorsqu'il souligne ainsi la liaison entre le peuple et l'intérêt général : « En vertu de cette formule, qui tend à trancher le vieux débat entre souveraineté nationale et souveraineté populaire, c'est bien le peuple qui dispose de la légitimité nécessaire pour déterminer l'intérêt général, soit par ses représentants – les membres du Parlement, mais aussi, à certains égards, le Président de la République élu au suffrage universel direct – soit directement par la voie du référendum »²⁶. C'est donc, à l'origine, du peuple et de lui seul qu'émanerait la détermination de l'intérêt général elle-même liée à sa constitution par la norme suprême de l'ordre juridique. Le peuple français souverain existe, virtuellement, depuis 1789, date de « la création du pouvoir constituant, le plus haut des pouvoirs, le pouvoir suprême, celui qui donne au pays sa constitution, sociale et politique »²⁷. Lorsqu'il pose la norme suprême, il agit en pouvoir constituant originaire, en peuple politique, et « discipline »

²¹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 198. Sur l'origine et les termes de ce débat, posé par Grotius, se reporter à É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 40-41.

²² À cela, il convient de signaler qu'une certaine confusion sémantique règne et qu'elle est de nature à induire l'observateur en erreur. Sur ce point, O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, C.-A. DUBREUIL, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 15 : « comment mieux dire que, dans le droit constitutionnel français, comme cela se déduit nécessairement du texte, les termes suivants : État, France, Nation, Peuple ou République sont pris les uns pour les autres, car équivalents et donc synonymes ? ». Or, nous l'avons constaté précédemment, ils ne devraient pas être interchangeables dans la Constitution positive car ils renvoient à des réalités distinctes. Le concept de peuple est affecté, selon nous, par cet état de confusion.

²³ Voir l'explication de J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 55 : « Un peuple, dit Grotius, peut se donner à un roi. Selon Grotius un peuple est donc un peuple avant de se donner à un roi. Ce don même est un acte civil, il suppose une délibération publique. Avant donc que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi, il serait bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple. Car cet acte étant nécessairement antérieur à l'autre est le vrai fondement de la société ».

²⁴ E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 65 § 16.

²⁵ Article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

²⁶ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 266.

²⁷ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 198.

l'exercice de la puissance publique²⁸. L'exercice de la fonction constituante ne pouvant par suite s'identifier, dans le droit français, qu'au titulaire de la souveraineté. Et si l'on distingue le peuple politique du peuple constitutionnel, alors il est possible de définir le peuple en droit²⁹.

434. La Constitution française définit le peuple, qu'elle assimile par cette définition au corps électoral, dans son article 3 alinéa 4 : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Le peuple créant le contenu de la norme constitutionnelle n'est plus dès lors le corps politique originel posant la norme suprême mais bien ce corps constitué dans le système de droit constitutionnel. C'est le peuple constitutionnel que reconnaît le Conseil constitutionnel en 1991, « le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle »³⁰ et qu'il définit par l'universalité des citoyens, c'est-à-dire « composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion »³¹. Si, en principe, il en est de la sorte depuis la conclusion du pacte social libéral³², ce n'est qu'avec la Constitution du 27 octobre 1946 que la reconnaissance de la souveraineté du peuple français est énoncée dans ces termes modernes et de manière effective³³ : « La souveraineté nationale appartient au peuple français »³⁴. La théorie des droits publics subjectifs telle que défendue par Georg Jellinek établit un constat comparable et « en vient à considérer le peuple, juridiquement, comme l'*organe primaire* de l'État (...) » (italique dans le texte)³⁵. Le peuple serait l'auteur originel de la norme suprême saisissant l'intérêt général. En revanche, la complexité de l'origine populaire de la norme suprême de notre système juridique, laquelle trouve de toute façon sa légitimité – à défaut de sa

²⁸ Nous empruntons cette formule si judicieuse à Elisabeth Zoller lorsqu'elle présente la Constitution fédérale des États-Unis d'Amérique du 17 septembre 1787 qualifiée de « charte disciplinaire des gouvernants ». Cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 130

²⁹ Sur la difficulté de définir le terme de peuple pour la science constitutionnelle, J.-M. DENQUIN, « Démocratie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., 263.

³⁰ CC, 9 mai 1991, déc. n° 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse (Statut de la Corse)*, Rec. p. 50, GDCC n° 44, p. 761-777, cons. n° 12 in fine.

³¹ CC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, précitée, cons. n° 13.

³² Respectivement articles 3 et 6 de la Déclaration de 1789

³³ Nous écartons à dessein la Charte de la III^{ème} République (c'est-à-dire les trois lois constitutionnelles de 1875) car, bien que l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics fasse état du suffrage universel, les femmes étant exclues du droit d'élire leurs représentants et, *a fortiori*, de participer à l'exercice de la souveraineté, il serait exagéré, à nos yeux, de considérer que le peuple français exerce la souveraineté.

³⁴ Article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution du 27 octobre 1946 ; article 3 al. 1^{er} de la Constitution de 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple français qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Quant au concept de « souveraineté partagée » ou, plus précisément, le « partage de souveraineté » prévu par l'alinéa 4 du Préambule de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 (*Accord sur la Nouvelle-Calédonie* signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039), il ne peut signifier co-détention de souveraineté. Celle-ci ne peut appartenir pleinement et entièrement qu'à une seule entité sauf à ce qu'elle ne soit plus souveraine. En revanche, les modalités d'expression du souverain peuvent emprunter des procédures diverses et variées. Voir l'*Accord sur la Nouvelle-Calédonie* signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039, spéc. al. 5 du Préambule : « Le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée ». Il faut donc considérer que l'article 77 est un mode d'exercice de la souveraineté qui s'ajoute aux deux prévus expressément par l'article 3 al. 1^{er} (référendum et représentation).

³⁵ O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 29-30. Sur le concept de *droits publics subjectifs*, nous nous appuyons en partie sur la présentation de G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 26-28.

juridicité – dans le pacte social libéral, ne résout pas la question du caractère normatif de la norme constituante. Dire que la norme suprême est constituante parce qu'elle est le fruit de la volonté légitime du peuple, c'est toujours fonder le droit sur un fait.

§2. – La validité de la norme constituante :

435. La norme constituante, en tant qu'elle résulte du pacte social libéral, est-elle une règle de droit ? À cette question, le droit ne peut répondre. Comment pourrait-il justifier le caractère normatif d'une règle, *a fortiori* sa validité, de laquelle il tient sa propre existence valide (I.). La seule issue est par conséquent de postuler la règle de droit fondatrice de l'ordre juridique et sa validité (II).

I. – L'inaptitude du droit pour apprécier la validité de la norme constituante :

436. À cette question, une première réponse nous est fournie par le professeur Champeil-Desplats, lequel s'appuie sur les travaux de Norberto Bobbio : « Si Norberto Bobbio adhère ainsi à la structure hiérarchique de l'ordre juridique dessinée dans la *Théorie pure du droit*, il estime toutefois superflu de fonder la validité et l'unité de cet ordre sur une hypothético-théorique norme fondamentale. S'arrêter au constituant suffit. La norme fondamentale d'un ordre juridique n'est rien d'autre que sa constitution. Les individus *lui obéissent* non en vertu d'une norme présumée qui leur ordonne de le faire, mais *en raison de la conjugaison d'un rapport de force et d'un consensus minimal sur l'ordre établi et sur ceux qui le mettent en œuvre*. La validité de la constitution en tant que norme fondamentale dépend alors de l'effectivité de l'exercice du pouvoir suprême. Par conséquent, en dernier instance, le droit organise et réglemente la force nécessaire à l'effectivité de l'ordre dans son ensemble. Il n'est d'ailleurs pas indispensable que chaque norme soit sanctionnée : la sanction n'est pas pour Norberto Bobbio un élément de définition de la norme ni de l'ordre juridique. Elle n'est qu'un des moyens assurant l'effectivité globale de cet ordre qui, tout comme certaines normes (les normes constitutionnelles), n'est pas nécessairement sanctionnée » (nous soulignons)³⁶. Éric Millard, dans son analyse de la conception de Bobbio, formule l'exclusion de tout jugement de validité portée sur la règle de droit initiale par celui-ci dès lors que l'examen des effets de celle-ci suffit, seul, à rendre compte de sa juridicité : « Le fait est qu'il existe une constitution, au sens d'une norme, qui d'une part affirme que doivent être tenus pour valides des modes de production de normes, et qui d'autre part est efficace en gros et de manière générale puisque les normes ainsi produites ont quelque

³⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Bobbio Norberto. *Essais de théorie du droit* », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, op. cit., p. 61-67, spéc. p. 64. Sur les multiples objections au présent critère formel tiré de la sanction, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 43-44.

effet de droit. Il n'est pas besoin de présupposer en plus une norme non posée, ou de supposer la validité d'une norme non posée : il suffit de décrire la norme qui est posée au travers de ses effets »³⁷. Qu'un fait soit à l'origine de la règle de droit, cela n'implique pas de rejeter comme invalide l'ordre juridique ainsi créé. Mais il est certain que l'on ne peut vérifier sa validité au regard des critères juridiques, ces derniers, si l'on suppose les signataires du pacte social souverains, sont sans pertinence.

437. Kant était allé beaucoup plus loin en considérant qu'il est non seulement inutile de s'interroger sur la norme suprême, ou norme initiale, mais également totalement interdit. Sa démonstration doit être relatée dans son intégralité : « L'origine du pouvoir suprême est, pour le peuple qui s'y trouve soumis, *inexplorable* au point de vue pratique, c'est-à-dire que le sujet *ne doit pas discuter* activement de cette origine comme s'il y avait là un droit susceptible d'être encore controversé (*jus controversum*) quant à l'obéissance qu'il doit à ce pouvoir. Car, dans la mesure où le peuple, pour porter un jugement qui ait une validité juridique sur le pouvoir suprême de l'État (*summum imperium*), doit déjà être considéré comme uni sous une volonté légiférant universellement, il n'a ni la possibilité ni le droit de juger autrement que ne le veut celui qui est à ce moment le chef suprême de l'État (*summus imperans*). Quant aux questions de savoir si un réel contrat de soumission à celui-ci (*pactum subjectionis civilis*) a originairement précédé, sous la forme d'un fait, ou si c'est le pouvoir qui a précédé et si la loi n'est intervenue qu'ultérieurement, ou encore s'ils auraient dû se suivre dans cet ordre, ce sont là pour le peuple, qui est maintenant d'ores et déjà soumis à la loi civile, des ratiocinations entièrement vaines et de nature, en tout cas, à mettre l'État en péril ; car si le sujet qui se serait mis à la recherche de l'origine ultime de l'État entendait opposer une résistance à cette autorité maintenant régnante, il serait, d'après les lois de cette dernière, c'est-à-dire de plein droit, puni, mis à mort ou expulsé (comme hors-la-loi, *ex lex*). Une loi qui est si sacrée (inviolable) que, *d'un point de vue pratique*, c'est déjà un crime que de simplement la mettre en doute, par conséquent d'en suspendre un instant l'effet, est représentée comme si elle ne pouvait provenir des hommes, mais uniquement de quelque suprême législateur infaillible, et c'est là ce que signifie la proposition : "Toute autorité vient de Dieu", qui n'énonce pas un *fondement historique* de la constitution civile, mais une Idée comme principe pratique de la raison – savoir que l'on doit obéir au pouvoir législatif actuellement en place, quelle qu'en puisse être l'origine » (italique dans le texte)³⁸. Notons que si Kant exclut – exclusion au demeurant parfaitement argumentée au regard de la thèse qu'il défend – de la

³⁷ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 84. En bref, Bobbio établit l'existence d'une norme, à partir de sa validité matérielle et non plus simplement formelle, « (la norme existe à raison de son contenu) alors qu'[elle] n'a pas été produit[e] comme norme conformément à une autre norme » (p. 85). À l'introuvable – parce qu'indémontrable – validité originelle irriguant l'ensemble des normes subséquentes, Bobbio propose une validité diffuse nourrie de « jugements de validité » émis, çà et là, par l'ordre juridique.

³⁸ E. KANT, *Doctrines du droit*, op. cit., p. 134-135 § 49.

construction de l'état civil toute recherche sur la norme initiale, ou norme suprême³⁹, il n'exclut pas son existence – ce qui n'est pas exactement la même chose⁴⁰. En dernier recours, nous nous bornerons à postuler la norme constituante pour en admettre la validité juridique.

II. – La nécessité de postuler une norme constituante valide :

438. Toute norme suprême est en effet frappée génétiquement d'une mise en abîme : comment fonder hors du droit une norme juridique ? Si la validité de la norme de droit dépend d'une norme supérieure⁴¹, la validité de celle-ci dépend à son tour d'une norme produite par un système de droit supérieur. Or, si nous ne pouvons jamais prouver la validité de la norme suprême, alors il ne peut y avoir de norme suprême. Nous souscrivons donc aux écoles normativistes en disant que nous devons postuler la norme suprême, à savoir la « norme d'origine » ou hypothétique de Hans Kelsen dont Jean-Luc Aubert disait à son propos : « Il est préférable, dans ces conditions, d'entendre cette norme d'origine comme le principe d'autorité affirmé par l'auteur de la Constitution, c'est-à-dire par celui qui détient le pouvoir »⁴². Mais il ne peut s'agir que d'une nécessité empirique⁴³ car il n'est pas interdit de penser que la norme d'origine mentionnée procède de l'observation d'une réalité factuelle : « celui qui détient le pouvoir »⁴⁴.

439. En effet, il n'est certainement pas exclu de suggérer une autre forme de validation de la norme suprême : « en dernière instance, c'est le recours à une hypothèse (ou plus vraisemblablement à une fiction) qui permet de décrire les significations de la première norme, dont celle de constituer un ordre juridique. Cette fiction est appelée norme fondamentale, et elle confère pour la science du droit le

³⁹ Pour une exclusion similaire de cette recherche, voir T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 334-335.

⁴⁰ Précisément, il concède à plusieurs reprises que la norme suprême trouve son origine dans un fait. Voir, E. KANT, *Doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 205 *appendice* : « ce principe qui place au fondement du droit un fait (la prise du pouvoir) comme en constituant la condition (...) ». Voir aussi, *ibidem*, p. 206 *appendice* : « La soumission inconditionnée de la volonté du peuple (qui, en soi, est dépourvu d'unité, donc sans lois) à une volonté *souveraine* (réunissant tous les individus par une loi unique) est un *fait* qui ne peut avoir pour point de départ que la prise en charge du pouvoir suprême et commence ainsi par fonder un *droit public* » (italique dans le texte).

⁴¹ Selon les propositions de Hans Kelsen, « un système juridique est un ensemble de normes dont l'unité tient à ce que la validité de chacune dépend, en dernière instance, de la même et unique norme. Cette norme est la norme supérieure et première du système (généralement une constitution). Lorsqu'une norme tire sa validité de sa conformité à une autre norme, on dit que ces normes sont dans un rapport hiérarchique : la seconde est supérieure à la première. Un système juridique est un système de normes hiérarchisées ». Cf., pour cette présentation, É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 72.

⁴² Voir J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, *op. cit.*, p. 22.

⁴³ En ce sens, il s'agit de la même « nécessité » dont se sert Michel Virally pour fonder, « finalement », l'autorité de la règle de droit : « L'ordre juridique est donc marqué de la nécessité, mais il s'agit d'une *nécessité fonctionnelle* : il est la condition nécessaire de l'existence et de la survie de la société qu'il régit et il ne peut disparaître sans être immédiatement remplacé par un autre ordre juridique ou sans laisser la société se dissoudre dans le chaos » (nous soulignons). Cf. M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 461.

⁴⁴ Mais elle ne parvient pas à écarter la critique, dont le positivisme sociologique sera l'un des hérauts, tirée « d'une autojustification de la règle de droit », ce qui, du point de vue de l'existence de restrictions aux libertés (et du nôtre...), est fortement problématique. Cf. J.-L. AUBERT, *op. cit.*, p. 22.

caractère de norme juridique à un fait : le fait constituant, c'est-à-dire l'acte de volonté posant un énoncé constitutionnel »⁴⁵. Cet acte de volonté peut sans difficulté s'apparenter à un acte de pouvoir, au sens de l'acte réalisé par celui qui détient une once d'autorité non formalisée⁴⁶. Se situant alors à la jonction entre le droit et le fait, en équilibre précaire très souvent compte tenu des circonstances, la norme suprême peut être considérée simplement pour ce qu'elle : une manifestation d'autorité étrangère au droit et pourtant qui le fonde⁴⁷. Sans prétendre apporter une réponse sans équivoque aux questions soulevées par la problématique de l'existence d'une norme fondatrice de validation de la norme suprême, nous souhaiterions montrer que la spécificité⁴⁸ du droit constitutionnel tient à ce qu'il repose essentiellement⁴⁹ sur des éléments extra juridiques. Tout d'abord, l'ordre constitutionnel, à savoir le corpus juridique consistant à instituer, à encadrer et à contrôler la structure constitutionnelle d'un État, n'est pas le fruit du hasard⁵⁰. Il naît, se développe et parfois meurt⁵¹. Or, au commencement et à la fin de sa vie, l'ordre constitutionnel côtoie fébrilement le fait social. C'est à la fois grâce à lui et à cause de lui qu'il naît et s'éteint. Mais qui pose l'ordre constitutionnel ? C'est le titulaire de la souveraineté qui se confond alors avec le pouvoir constituant originaire⁵². Si c'est bien le titulaire de la souveraineté qui pose l'ordre constitutionnel, ce sont les faits sociaux qui lui confient ce pouvoir par une sorte d'alchimie déroutante pour le juriste⁵³. À un moment donné, à un lieu donné, on⁵⁴ confie le pouvoir politique, véritable fait sociologique, à un Roi, à un groupe de personne ou au peuple (démocratie). Cette hypothèse s'est vérifiée en France lorsque le 17 juin 1789 les États généraux se proclament Assemblée Nationale Constituante. Ils n'avaient aucun droit pour opérer cet acte juridique. Ce sont les forces politiques et sociales qui ont permis cette « étincelle constitutionnelle ». L'ordre constitutionnel précédent a assisté, spectateur, à sa déchéance (n'ayant aucune emprise effective et efficace sur les événements) et n'a pu assister, *a contrario*, à la naissance d'un nouvel ordre

⁴⁵ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 29.

⁴⁶ Le rapprochement qu'opère Éric Millard avec le courant normativiste n'est guère contesté (É. MILLARD, op. cit., p. 30) et est même approuvé mais, nous pensons, avec lui certes (p. 30), quoique dans une perspective pédagogique, que l'acte de volonté est tout à fait assimilable à un acte de pouvoir, lequel est examinable sous l'angle des théories réalistes dans la mesure où si « l'effectivité est (...) le critère d'existence d'une norme » (p. 29), alors les conséquences avérées et avalisées de l'acte de pouvoir constituant font de cet énoncé la norme fondamentale recherchée.

⁴⁷ En ce sens, voir la réflexion de G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 188 : « Le pouvoir en tant que fait institutionnalisé, doté de fins et de valeurs politiques, est la charnière qui assure l'articulation entre la moralité et la juridicité (...) ». À l'extrême, incarné notamment par le décisionnisme de Carl Schmitt, « le pouvoir est l'auteur de tout le Droit positif et de tout ce qu'il souhaite appeler droits fondamentaux » (p. 293-294, spéc. p. 294).

⁴⁸ Cette spécificité tient plus d'une « pathologie congénitale » que d'un manque « de soins ».

⁴⁹ C'est-à-dire par essence.

⁵⁰ Ni de la Providence dans nos sociétés modernes laïcisées.

⁵¹ À ce jour, le doyen des ordres constitutionnels modernes est certainement l'ordre constitutionnel américain qui existe depuis 1787.

⁵² C'est le pouvoir constituant en tant qu'il s'exerce *ex nihilo*, à partir de rien ou encore après table rase du passé.

⁵³ En ce sens, G. VEDEL, « Introduction », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 1-8, spéc. p. 2 : « Comment la théorie des révolutions se tire-t-elle de la contradiction entre l'invalidité de la subversion et la constatation d'une régulation effective de l'espace étatique qui, à son tour, va engendrer des critères de validité ? ».

⁵⁴ On permet, comme sa terminologie grammaticale l'y autorise (pronom indéfini), justement de mettre en évidence qu'il est parfois difficile de trouver un auteur à qui on puisse imputer le fait d'avoir confié la souveraineté à un titulaire. À titre d'illustration, dans une dictature, il arrive souvent que le titulaire ait arraché la souveraineté tandis que dans une démocratie le peuple l'a reçue de manière fortuite en ce qui le concerne. En l'occurrence, nous avons choisi de considérer que théoriquement, la souveraineté procède de l'association politique des membres signataires du pacte social libéral.

constitutionnel. En ce sens, on peut citer Pierre Pactet qui résume de manière décisive l'état du droit constitutionnel en s'appuyant sur l'exemple révolutionnaire : « L'un des caractères les plus remarquables de la révolution réussie est qu'elle apparaît comme la négation de ce principe sous-jacent à toutes les sociétés organisées de la primauté du droit sur le fait. En d'autres termes, elle conduit au point où l'explication juridique devient impossible et doit céder le pas à la constatation du fait. Il faut aller plus loin encore et affirmer qu'elle contredit toute explication juridique puisque le refus du droit existant non seulement n'entraînera aucune sanction mais encore sera à l'origine de la création d'un droit nouveau. La progression du corps social est, semble-t-il, à ce prix et on s'aperçoit à ce point-limite à la fois combien les systèmes juridiques sont toujours un peu statiques et combien, en droit constitutionnel, la distance est réduite entre le fait et le droit »⁵⁵. On ne peut donc réussir à se soustraire au caractère hybride de toute norme juridique fondamentale : « La juridicisation de la politique est en même temps la politisation du droit. Ceux qui nient soit l'élément juridique, soit l'élément politique dans la constitution, ratent la spécificité d'une notion qui ne se saisit qu'à partir de la charnière du droit et du politique »⁵⁶. Le constat factuel recherché est, dans le déroulement de notre propos, la signature – toute théorique soit-elle – du pacte social libéral. La constitution du lien normatif entre droits fondamentaux et intérêt général n'en est pas moins effective et il convient d'en mesurer les implications.

⁵⁵ P. PACTET, *Institutions politiques Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, Coll. Droit, 22^{ème} éd., 2003, p. 72. Ultime argument, s'il le fallait, nous solliciterions le professeur Millard en indiquant que la question dépasse de beaucoup, manifestement, le cadre de cette étude et renvoie à la théorie générale du droit à laquelle incombe la charge de « fournir une théorie de la validité juridique ». Cf., sur ce point, É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 71. S'agissant des « quatre théories de la validité » identifiées et explicitées par l'auteur (voir p. 71 et s.), on perçoit que le normativisme défendu par Kelsen n'est, au demeurant, pas totalement réfractaire à cette analyse dès lors qu'il admet que « l'efficacité sociale [...] est une condition de validité » de la norme (p. 77). À moins de considérer, à la suite de Hart dont le professeur Millard évoque les travaux, que la norme fondamentale existe parce que la Constitution française est et a été appliquée : « Hart ne fait pas dépendre la validité d'une fiction, mais la rattache à un fait : une règle qui existe. La doctrine ne choisit pas de considérer un ordre juridique comme existant parce qu'il est efficace ; elle constate que cet ordre juridique existe parce qu'il est efficace (...) » (p. 83). En revanche, nous réservons l'indépassable contradiction du normativisme : « Kelsen commet, semble-t-il, une contradiction logique entre le positivisme juridique et le fait révolutionnaire. Dans sa théorie, le fait, quel qu'il soit, moral, politique, sociologique, ne peut être à l'origine du droit, car il n'a aucune existence juridique. Or admettre qu'il peut être, même par exception, à l'origine de la *Grund norm* pose problème : comment ce qui n'est pas, et ne peut pas être, peut malgré tout devenir ? En réalité, il y a ici une rupture dans le raisonnement kelsenien puisque le fait révolutionnaire, fait extra légal par excellence, peut devenir source du droit » (L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 212).

⁵⁶ O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution*, préc., p. 29. Voir, sur ces deux versants, également, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 296 et s. « Le pouvoir est alors le "fait constituant fondamental" du système juridique, car il est la raison finale de sa validité et de son efficacité » en termes politiques (p. 296). Il faut le distinguer de « la norme constituante fondamentale » (p. 313) qui fonde, quant à elle, système de droit en termes juridiques (p. 314 et s.).

Section 2^{ème} : Les implications du cadre constitutionnel de la conciliation :

440. Cette remarque introductive de Jean Rivero et Hugues Moutouh éclaire la suite de notre démonstration : « Le droit constitutionnel fournit la théorie générale des droits fondamentaux et des compétences relatives à leur réglementation (...) »⁵⁷. C'est, dorénavant, de lui que doit être conçu la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général. Ce dernier *constitue*⁵⁸ les droits fondamentaux. Cette déduction est constitutionnelle comme l'ont montré Philippe Ardant et Bertrand Mathieu : « En France, la Déclaration de 1789 fonde les exigences de l'État de droit matériel, en définissant, dans son article 16, la Constitution comme un texte organisant la séparation des pouvoirs et garantissant les droits. Or, la garantie des droits exige que de tels droits soient reconnus par la Constitution elle-même (...) » (nous soulignons)⁵⁹. La Constitution française crée les droits fondamentaux de toutes pièces en les faisant accéder au rang suprême. Les droits fondamentaux « sont ainsi protégés en vertu d'une norme juridique supérieure, en fonction de la place qu'occupe cette norme dans la hiérarchie des normes juridiques et des instruments de protection, notamment juridictionnels, dont est assortie cette norme »⁶⁰. « Dans cette nouvelle perspective, le fondamental n'est plus ce qui est vital pour chaque personne, mais plus abstraitement ce qui est consubstantiel au plein épanouissement de la société globale : la Cité ou l'État. Les droits et libertés fondamentaux prennent alors un caractère *constitutionnel*, portés qu'ils sont par des principes à valeur constitutionnelle » (italique dans le texte)⁶¹.

441. Cependant, il était d'usage de considérer que les droits fondamentaux reconnus au profit des individus avaient vocation à être opposés, d'abord, à la puissance publique, cette dernière étant tenue par un devoir d'abstention. Nous devons aujourd'hui regarder cette vision des droits comme dépassée. Leur définition est et sera toujours un acte positif (prescripteur de droit) du système de droit. La notion d'intérêt général contribue à éclaircir ce débat. Un « pas décisif » dans l'évolution des droits et libertés est franchi : « le pas décisif dans l'apparition d'une nouvelle génération de droits a consisté dans la consécration par les constitutions, aux côtés des libertés traditionnelles, considérées comme des

⁵⁷ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, *op. cit.*, p. 1-2 ; ajoutons que, pour la définition des droits fondamentaux comme pour la détermination du contenu de l'intérêt général, « l'étage supérieur des normes juridiques est celui de la Constitution ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 355.

⁵⁸ Au sens de « concourir, avec d'autres éléments, à former (un tout) ». Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, *op. cit.*, p. 518 ; pareillement, voyez l'explicitation de A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 14 : « Est constitutionnel tout ce qui participe à la confection des structures essentielles de la société considérée, tout ce qui est, pour elle, constitutif ».

⁵⁹ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁰ P. ARDANT, B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 133.

⁶¹ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 14.

possibilités de choix ne faisant pas intervenir l'État, de droits de créance au profit des individus, de pouvoirs d'exiger opposables à l'État. Les individus ont droit, dans les domaines économiques et sociaux, à des prestations positives qu'ils ne peuvent obtenir par le libre jeu des libertés et qui, en même temps, sont la condition pour qu'ils puissent jouir des libertés classiques »⁶². Il est certes aujourd'hui acquis que cette distinction académique existe entre les libertés-résistances⁶³ (droit de) et les droits-créances⁶⁴ (droits à)⁶⁵. Bien qu'ils puissent entrer en conflit, ils ne s'opposent pas dans leur principe même : « La nécessité de la conjonction entre droits et libertés se manifeste notamment par le fait que la reconnaissance des libertés ne se borne pas au simple constat officiel de leur existence, mais s'accompagne du droit à ces libertés, c'est-à-dire du droit à leur respect »⁶⁶. Michel Levinet a relevé, dès 1994, que sous l'impulsion de la Cour de Strasbourg, les droits civils et politiques consacrés par le droit européen avaient pris « une dimension socio-économique » destinée à les rendre concrets et effectifs⁶⁷. Patrice Meyer Bisch propose une déconstruction convaincante de ce « schématisme », ce « "prêt à penser" trop commode », entre les différents droits⁶⁸. À un degré ultime, Alain Le Guyader conclurait même à leur possible renversement complet : « la question est donc bien plutôt de savoir ce qui peut garantir l'égalité dignité et liberté des sujets. Et, dans cette perspective, qui est celle de l'éthique des droits de l'Homme, les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas moins des droits-libertés. Inversement, dans la mesure où les droits civils et politiques doivent être garantis par l'État de Droit, on peut aussi bien les qualifier de droits-créances, car, outre le fait que

⁶² P. ARDANT, « Les constitutions et les libertés », préc., p. 72.

⁶³ Appelées aussi libertés classiques, droits-libertés, droits de première génération, etc.

⁶⁴ Appelées aussi droits sociaux, droits de deuxième génération, etc.

⁶⁵ Voir sur cette distinction, l'aperçu général de E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 159-164. Distinction que le concept de droit fondamental finira par gommer et dont il faut bien prendre acte puisqu'à l'intérieur même des notions de liberté et de droit, un certain amalgame n'est plus exclu voire est même revendiqué. En ce sens, P. DELVOLLE, « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 4 : « le lien entre libertés et droits apparaît dès lors que, comme souvent aujourd'hui, on reconnaît non seulement des libertés mais des droits à ces libertés ». D'autant que, « par ailleurs, certains droits sont de nature "mixte" et participent à la fois des droits économiques, sociaux et culturels et des droits civils et politiques, au titre desquels ils sont garantis (ainsi, la liberté syndicale ou le droit à l'éducation) ». Cf. F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 31-32. Déplorant sévèrement ce nivellement car les « droits-libertés (...) » sont d'authentiques pouvoirs d'autodétermination » dont la « fondamentalisation » présenterait « l'inconvénient de relativiser, voire de nier, l'originalité profonde de ces derniers, G. LEBRETON, « Liberté », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 620.

⁶⁶ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 135. Voir également, R.-É. CHARLIER, « Préface », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, op. cit., p. VIII : « la liberté n'est pas seulement la limite à laquelle doit s'arrêter l'action de l'institution publique, elle est la raison d'être et le but de l'activité de service public, qui lui est en effet indispensable pour harmoniser et pour pourvoir ». Également, avec beaucoup de clarté, CE, 2 juillet 2008, *Devulder*, Rec. p. 259 : « Considérant que le droit à la liberté reconnu par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 à laquelle se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 implique le respect de la vie privée, protégé par l'article 9 du code civil ».

⁶⁷ M. LEVINET, « Lecture critique du "modèle européen" de protection des droits de l'homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 19-21. Sur ce plan européen, la distinction entre générations de droits est aplanie sous l'effet de la jurisprudence constate, également, Jean-François Flauss (cf. J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 88-89).

⁶⁸ P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 521-522. Voir, du même auteur, « Obligations (Théories des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 714-717.

leur respect n'a rien de spontané, ils représentent un devoir de la société à l'égard de ses membres, conformément à la lettre des Déclarations »⁶⁹. Marie-Luce Pavia suggère d'ailleurs que l'égalité a donné, d'une certaine manière, naissance aux droits créances dans la mesure où c'est en voulant s'assurer que tous seraient effectivement égaux que l'on a pu écrire les nouveaux droits fondamentaux dits de deuxième génération⁷⁰. Les droits créances ont permis de consolider l'indispensable jonction entre obligation négative et obligation positive en ce qu'ils sont devenus progressivement les conditions de réalisations des libertés dites classiques ou négatives. Cet état moderne du droit positif, établi à partir de la Constitution du 4 octobre 1958, débouche sur deux considérations. Il permet d'organiser la compossibilité des droits fondamentaux et de l'intérêt général (§1.) et de renouveler la définition du concept de droits fondamentaux (§2.).

§1. – Organiser la compossibilité des droits fondamentaux et de l'intérêt général :

442. Cette première conséquence du cadre constitutionnel de la conciliation entre droits fondamentaux et intérêt général, que nous avons construit, prend deux voies. D'une part, l'ordre juridique assure la compossibilité entre les droits fondamentaux et l'intérêt général (I.). D'autre part, il garantit la compossibilité entre les droits fondamentaux eux-mêmes grâce à l'intérêt général (II.).

I. – La compossibilité entre les droits fondamentaux et l'intérêt général :

443. La définition des droits fondamentaux par l'État repose sur *une* obligation duale ou sur *une* double obligation dont on retrouve la transcription autant dans la Convention européenne des droits de l'Homme que dans le Pacte international de 1966. Selon l'article 1^{er} du texte européen – intitulé avec raison « *obligation de respecter les droits de l'homme* » – « Les Hautes Parties contractantes *reconnaissent* à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention » (nous soulignons). Quant au Pacte, l'article 2 § 1 énonce que « les États parties au présent Pacte *s'engagent à respecter et à garantir* à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte (...) » (nous soulignons)⁷¹. Illustrant une approche similaire, une juridiction constitutionnelle voisine de la France juge qu'« il

⁶⁹ A. LE GUYADER, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 257.

⁷⁰ M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 10.

⁷¹ Une « obligation générale » conclut Bernadette Duarte sur ce point précis, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 115.

découle de l'obligation de soumettre tous les pouvoirs à la Constitution non seulement une obligation négative de l'État de ne pas porter atteinte à la sphère individuelle ou institutionnelle protégée par les droits fondamentaux mais aussi l'obligation positive de contribuer à l'efficacité de tels droits et des valeurs qu'ils représentent (...) »⁷². Cette dualité pèse pareillement sur la puissance publique française⁷³. En reprenant pour une part le rapport du Programme des Nations Unies pour le développement, Emmanuelle Bribosia note qu'« il est actuellement admis que l'évaluation de la responsabilité internationale de l'État, dans le domaine des droits de l'homme, "consiste à déterminer si ce dernier *respecte, protège et réalise* les droits, tout en tenant compte des contraintes liées à ses moyens, de son histoire et de ses conditions naturelles" » (italique dans le texte)⁷⁴. L'action de l'État doit être conçue en termes de valeur ajoutée et « rien ne serait plus faux de croire que les droits fondamentaux ne s'exerceraient que contre ce dernier : dans une aussi large mesure, ils dépendent de lui »⁷⁵. Cette intervention ne pourrait donc faire exister juridiquement les droits fondamentaux ni sans organiser leur respect (A.), ni sans prévoir les moyens de garantir leur protection (B.). « La *négativité* doit être considérée comme une catégorie logique qui se traduit par une *positivité* correspondante (...). Dans la réalité, positivité et négativité sont plutôt les deux versants d'une même obligation »⁷⁶.

A. – Le respect des droits fondamentaux par la puissance publique : une obligation fictivement négative

444. Le premier enseignement qu'il faut tirer de l'insertion des droits et libertés au rang de droit fondamental, c'est-à-dire à la base de tout l'édifice normatif, est qu'aucune autorité publique procédant du système de droit libéral ne peut désormais plus se soustraire à l'obligation générale de respecter les droits fondamentaux. Cette obligation tient l'ensemble du droit français en l'état et, avec

⁷² Décision de la Cour constitutionnelle espagnole du 11 avril 1985 rapportée et citée par T. R. FERNANDEZ, « L'importation de la notion de droits publics subjectifs des administrés en Espagne », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 171-185, spéc. p. 175. Le professeur Fernández complète son exposé en indiquant que cette décision « précise clairement la double dimension subjective et objective ou institutionnelle correspondant aux droits fondamentaux et, ainsi, le lien inébranlable entre la liberté et l'égalité (...) » (p. 175) dont nous rappelons, pour notre démonstration, qu'elles sont à l'origine de la notion d'intérêt général...

⁷³ Jacques Mourgeon ne dit guère autre chose tout en faisant remarquer les limites d'une lecture idéalisée dès lors que la définition des droits fondamentaux relève « de l'initiative, voire du caprice du Pouvoir faisant montre tantôt de carence, tantôt d'omnipotence ». Cf. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 80.

⁷⁴ E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 161 (citant le PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain, 2000. Droits de l'homme et développement humain*, Paris et Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2000, p. 93).

⁷⁵ D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 68. À ce jour, seule la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne semble avoir intégré cette complète assimilation de toutes les générations de droits fondamentaux dans un *instrumentum* unique (en ce sens, E. BRIBOSIA, op. cit., p. 160). Mais, objecte M. Lebreton, « la confusion opérée entre les deux types de droits par la Charte (...) ne doit pas être forcément être considéré comme un progrès » (cf. G. LEBRETON, « Liberté », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 621). Au plan interne, si formellement la Constitution française est un bloc (le bloc de constitutionnalité), il subsiste une forme de séparation réelle entre les différents textes correspondant matériellement (*grosso modo*) aux deux (voire trois) générations des droits fondamentaux.

⁷⁶ P. MEYER-BISCH, « Obligations (Théorie des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 715.

lui, l'intérêt général. Elle s'impose à l'ensemble des pouvoirs constitués et, par exemple, retient le droit administratif : « L'avènement des droits fondamentaux de valeur constitutionnelle modifie le rapport des pouvoirs publics avec les droits individuels. Le droit administratif est directement concerné par cette évolution car l'existence constitutionnelle des droits s'impose comme un préalable aux autorités administratives. En raison de leur valeur et de l'absence de hiérarchie matérielle des normes au sein du bloc de constitutionnalité, les droits individuels ne peuvent plus être sacrifiés sur l'autel de l'intérêt général ou de l'ordre public »⁷⁷. L'administration et son juge, parce que les droits fondamentaux s'imposent à la légalité administrative, sont tenus de prendre en compte les droits fondamentaux en raison d'une exigence constitutionnelle. Exécutif, Parlement, juges, tous sont tenus de respecter les droits fondamentaux ; c'est une obligation négative de ne pas leur porter atteinte. Mais cette obligation négative reste une fiction. La puissance publique est contrainte à produire du droit – positif... – pour qu'un tel respect soit simplement possible⁷⁸.

445. La définition des droits fondamentaux passe donc également par cette obligation positive de protection incombant à la puissance publique, obligation sans laquelle les droits fondamentaux ne seraient qu'illusoire et théoriques pour reprendre le leitmotiv des juges européens de Strasbourg. Indubitablement, cette notion d'obligation positive, ce pont conceptuel préfigurant les droits fondamentaux dans leur commune singularité, « invite à dépasser le clivage artificiel (...) entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, entre "les droits de... ", supposant une abstention de l'État, et "les droits à... ", réclamant des prestations de l'État. Il y a là une terminologie abusivement simplificatrice, qui suppose une opposition tranchée entre deux catégories de droits. Les libertés individuelles ne sont pas irréductibles à l'environnement social : *tous les droits sont vécus dans et par la société et sont des droits de l'homme en société* » (nous soulignons)⁷⁹. Contrairement à la philosophie générale des droits de l'Homme proclamant prioritairement l'abstention, les droits fondamentaux exigent une action inévitablement positive du système de droit. La jurisprudence européenne a particulièrement mis en lumière cette novation : « le constat de violation peut (...) découler d'une abstention de l'État qui, en ne prenant pas les mesures nécessaires,

⁷⁷ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., p. 243.

⁷⁸ Il suffirait amplement de citer le Code pénal et spécialement les Livres II et suivants pour vérifier que la répression des atteintes aux droits fondamentaux impliquent l'intervention de la puissance publique. Signalons également « l'obligation de prendre des mesures de police » pesant sur l'autorité administrative et développée par R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 733-735.

⁷⁹ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 31-33, spéc. p. 31. Voir aussi, du même auteur, pour un examen détaillé, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 245 et s. Dernier catalogue moderne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000 tire les conséquences de l'interaction trop longtemps minimisée entre les ces deux catégories de droits fondamentaux et amplifie l'inévitable complémentarité entre les obligations négatives et positives pesant sur les États. En ce sens, F. SUDRE, op. cit., p. 156-157, spéc. p. 156 : « la Charte est le premier instrument international à donner corps au principe d'indivisibilité des droits de l'homme (...) ». Pour un exemple de droit fondamental, à double visage, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 202 : le droit à la vie, analyse en substance l'auteur, est autant opposable à l'État (il ne doit pas y porter atteinte) qu'une prestation attendue de lui (en cas de « carences », il doit le protéger).

a autorisé voire favorisé l'ingérence du tiers dans le droit garanti »⁸⁰. Bertrand Faure estime, dans cette optique, que « la fracture entre les deux ensembles de droits ne sauraient être exagérée » et qu'elle ne peut servir « la possibilité de désengagement de l'État sur la société »⁸¹.

B. – La protection des droits fondamentaux par la puissance publique : une obligation intrinsèquement positive

446. Créée pour restreindre les droits et libertés, la puissance publique n'a pas d'autres choix que de s'atteler à cette tâche. La plasticité matérielle de la notion d'intérêt général permet justement la gestion de tous les conflits de droits fondamentaux. De cette aptitude propre à la notion d'intérêt général d'attirer à elle l'ensemble des définitions des droits et libertés est née son unité fonctionnelle : normaliser les conflits de droits fondamentaux au sens de les frapper du sceau de la norme, du sceau du Droit libéral. Ainsi, à propos de la liberté de manifester, Jacques Robert rappelle-t-il cette obligation qui pèse sur la puissance publique : « La puissance publique ne saurait, de ce fait, se désintéresser d'une liberté que son devoir est de pleinement assurer tout en n'oubliant pas que la "sécurité" – première des libertés – est aussi – et surtout – de son seul ressort »⁸². L'État « ne saurait se borner à demeurer passif »⁸³. Le professeur Picard a démontré combien l'interdiction des prescriptions positives prises par l'Administration était fautive pour ne pas dire absurde⁸⁴. Dans certains cas, la puissance publique va définir les comportements adéquats pour atteindre le but d'intérêt général. La mesure restrictive impose donc une obligation positive. « Il n'y a qu'une règle : une obligation positive, comme toute restriction de police, n'est légale que si elle est adaptée aux exigences d'ordre public qui la fondent »⁸⁵.

447. La notion d'intérêt général remplit *in fine* une seule fonction : définir les droits fondamentaux en restreignant les droits et libertés pour les protéger juridiquement. On retrouve cette idée mais affirmée négativement dans le Préambule de la Déclaration de 1789 : « Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des

⁸⁰ L. PUBERT, « Cour européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 140-171, spéc. p. 159. Pour le détail de ses deux grandes hypothèses de l'applicabilité interindividuelle des droits fondamentaux qui modifie, selon nous, la lecture traditionnelle des droits et libertés, voir F. SUDRE, op. cit., p. 254-258.

⁸¹ B. FAURE, « Hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 482.

⁸² J. ROBERT, « La manifestation de rue », préc., p. 829.

⁸³ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, série A n° 32, § 25. Encore moins inerte ! Cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 249.

⁸⁴ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 739-740. Nous lui reprenons ces deux exemples en substance : on ne peut pas dire aux conducteurs de voitures faites attention sur la route sans leur imposer un côté de circulation. Il vaut mieux obliger les agriculteurs à entretenir leur fosse à purin (donc prescription positive ou pas de choix des moyens) qu'interdire purement et simplement les fosses à purin.

⁸⁵ É. PICARD, op. cit., p. 740.

droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements ». L'oubli, l'ignorance, le mépris peuvent s'entendre aussi de la non-intervention de la puissance publique. Ce fut tout l'objet du propos de René Jacquelin lorsqu'il s'interrogeait, en 1899, sur les missions de l'administration : « la vérité est tout au contraire que la puissance publique n'existe que pour le public, pour l'individu ; sans doute elle doit être organisée sur des bases très fortes et très larges, mais s'il en est ainsi c'est précisément parce qu'elle est destinée à protéger les droits et libertés de l'individu qui autrement et sans elle seraient livrés à la merci des plus forts ; c'est donc une *erreur capitale* que d'opposer le pouvoir à la liberté, la puissance publique à l'individu (...) » (nous soulignons)⁸⁶. Pour mémoire, cette obligation découle du pacte social libéral. Ce dernier crée l'ordre juridique à l'origine duquel se trouve la puissance collective. Or, en concluant le pacte social, les signataires ont indiqué une obligation générale de protection de leurs droits et libertés qu'ils estimaient posséder dans l'état de nature. « L'obligation imposée aux particuliers de respecter leur liberté réciproque suppose nécessairement l'intervention de l'État, qui l'impose par sa législation et la sanctionne par ses juridictions »⁸⁷. Cette obligation est concrétisée par la notion d'intérêt général – dont la puissance collective devient la gardienne – et érigée au rang constitutionnel. Elle implique pareillement l'intervention étatique dans les rapports inter-individuels : « L'État d'aujourd'hui et d'hier intervient par ses lois, ses décrets ou ses ordonnances dans la plupart sinon toutes les relations entre particuliers. Or, ce phénomène charrie toujours avec lui de nos jours des considérations tenant aux droits et libertés fondamentaux. Comme les décisions de nos juges, celles du législateur ou du gouvernement tranchent, déterminent qui, d'un citoyen, est dans son droit ou ne l'est pas *par rapport à un autre* » (italique dans le texte)⁸⁸. Ainsi, la puissance publique se trouve, par voie de conséquence, saisie de cette obligation générale de protection. Elle est tenue constitutionnellement de poser des restrictions aux différents droits et libertés afin d'en faire une réalité juridique, à savoir des droits fondamentaux⁸⁹.

⁸⁶ R. JACQUELIN, « Une conception d'ensemble du droit administratif », *RFDA* 2006, p. 527-534, spéc. p. 528.

⁸⁷ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁸ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 91. Les auteurs réaffirment plus globalement « l'effet horizontal » des droits fondamentaux, c'est-à-dire, notamment, l'obligation positive d'interagir dans les relations individuelles (p. 90-92). Sur l'effet horizontal des droits fondamentaux, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 253-258.

⁸⁹ En ce sens, en généralisant la position du juge de Strasbourg quant au droit de propriété, citons CEDH, 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, req. n° 33202/96, R. 2000-I, § 120 : « il convient de souligner que, face à une question d'intérêt général, les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence ». C'est pourquoi, au surplus, la technique jurisprudentielle dite de « l'effet cliquet » participait de cette obligation positive dans la mesure où elle visait, pour le Conseil constitutionnel, « à bloquer tout retour en arrière en matière de conciliation de certains droits ». Cf., sur ce point, l'examen de V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 415-417, spéc. p. 416. Elle a semble-t-il été abandonnée au profit « d'une technique du seuil » (D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 46), moins exigeante. Le Conseil constitutionnel déclare avoir renoncé « à la tentation d'instaurer une règle générale de "non-retour en arrière" dite "effet cliquet" ». Cette règle aurait conduit à constitutionnaliser des législations au détriment d'autres droits qui n'auraient pas encore de protection législative équivalente (cf. « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle, XIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Nicosie, Chypre (15-19 mai 2005), *RUDH* 2005, p. 186-195, spéc. p. 189). Cette inflexion ne constitue pas pour autant une remise en cause de l'exigence de mise en

448. Il en résulte que les restrictions au nom de l'intérêt général ne sont pas exactement une faculté pour la puissance collective mais plus véritablement une attribution générale. C'est sans surprise que, pour le plan international, on notera qu'il s'agit du premier aspect fondamental de la thèse défendue par Bernadette Duarte : « Surtout, il pourra alors être déterminé si les restrictions, qu'elles soient autorisées expressément par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions européenne et américaine ou qu'elles soient d'origine prétorienne, constituent des clauses échappatoires pour les États. Les travaux préparatoires et la jurisprudence internationale pertinente montrent clairement qu'il n'en est rien. Cette faculté d'entraver l'exercice effectif de certains droits de l'homme, n'est pas conçue et voulue comme un moyen pour les Parties contractantes de manquer à leur obligation de garantir ces droits. Au contraire, *quel que soit le système en cause*, cette catégorie d'aménagement apparaît comme une technique légitime destinée à protéger efficacement les droits de l'homme (...) » (nous soulignons)⁹⁰. Dans le sillage des obligations positives alors consacrées par la Cour européenne des droits de l'Homme, la remarque suivante du professeur David Szymczak prend toute son importance : « Il faut admettre que, d'une certaine façon, les obligations positives ont contribué à revaloriser l'action de l'administration : en appréhendant l'État moins comme "l'ennemi" des droits de l'homme, que comme un "acteur" de leur garantie, la Cour fait peser sur la puissance publique une obligation active d'user de ses prérogatives afin d'adopter des mesures protectrices »⁹¹. Frédéric Sudre prolonge et approfondit la remarque précédente en inscrivant que « la Cour européenne s'est orientée vers l'applicabilité de la Convention aux rapports interindividuels. Semblant s'inspirer de la théorie allemande de la *Drittwirkung* ("effets vis-à-vis des tiers"), selon laquelle les droits fondamentaux définis dans les textes constitutionnels doivent être respectés aussi bien par les pouvoirs publics que par les particuliers vis-à-vis d'autres particuliers, la Cour confère à certains droits une efficacité "horizontale" »⁹². La puissance publique a le devoir de définir les droits fondamentaux dans une perspective contemporaine éclairée par l'ancien président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud : « Les pouvoirs publics doivent assumer la part incontournable d'autorité que réclame la maîtrise : - des dimensions les plus traditionnelles de la responsabilité étatique, comme le maintien de la paix civile ; - ou des nécessités de l'action publique nées au siècle dernier, telles que la protection sociale, la formation, la régulation économique, la santé,

œuvre de l'intérêt général incombant au législateur lequel dispose dorénavant d'une plus grande liberté « du moins tant [qu'il] ne porte pas aux libertés d'atteintes disproportionnées et ne descend pas au-dessous d'un certain niveau qui "priverait de garanties légales des exigences de nature constitutionnelle" (...) » (D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *ibid.*).

⁹⁰ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 27.

⁹¹ D. SZYMCAK, « Le droit européen, source de droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 66.

⁹² F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 33. De même, J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 89. Gregorio Peces-Barba va plus loin en démontrant que, au-delà de la théorie allemande de la *Drittwirkung*, l'opposabilité des droits fondamentaux dans les relations interindividuelles procèdent aussi des théories contractualistes. Voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 455-461.

l'urbanisme et l'aménagement du territoire ; - ou des obligations nouvelles que sont la sauvegarde de l'environnement, l'essor de la société d'information, le développement durable, la coopération nord-sud, la lutte contre l'exclusion ou la bioéthique »⁹³. C'est une obligation positive pesant sur le système de droit mettant en présence forcée l'intérêt général et les droits fondamentaux. Elle se prolonge logiquement par la mise en œuvre de la compossibilité des droits fondamentaux entre eux grâce à l'intérêt général.

II. – Le caractère compossible des droits fondamentaux grâce à l'intérêt général :

449. Il faut ici songer à l'effet induit par l'introduction d'un nouveau droit fondamental dans l'ordonnancement juridique. L'existence d'un nouveau droit entraîne mécaniquement une perturbation dans l'existence des autres droits fondamentaux. Car dès lors que l'on a admis qu'un droit fondamental nécessitait systématiquement sa propre restriction pour pouvoir être exercé, alors un nouveau motif d'intérêt général naît avec lui : ce motif, c'est la nécessaire conciliation de ce droit avec les autres droits fondamentaux. Ainsi, l'avènement de nouveaux droits entraîne la démultiplication des motifs d'intérêt général. Et chaque fois qu'un droit est reconnu, sa définition affecte *ipso facto* la définition d'un droit fondamental antérieurement reconnu : « L'introduction d'un droit fondamental amène un ensemble hiérarchisé de permission, d'obligation et d'interdiction qui se répondent les uns les autres »⁹⁴. En effet, « cela se fait *au prix d'une redéfinition de la substance* des droits ou prétentions en conflit, car l'un ne peut prévaloir en sa fondamentalité qu'en un certain sens ou à la

⁹³ P. MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République (discours prononcé le 3 janvier 2006) », in *Échanges de vœux*, préc., p. 7. S'agissant des obligations positives pesant sur l'État du point de vue du droit international, on citera les développements éclairants de Mme Duarte relativement à leur étendue. Voir B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 122-128 : lesquelles obligations « sont en fait considérées comme inhérentes aux droits de l'homme auxquels elles se rapportent » (p. 128). Ainsi que, sur ce point précis, F. SUDRE, op. cit., p. 247 ; enfin, mentionnons la Charte sociale européenne de Turin (1961, révisée en 1996) dont Jean-François Akandji-Kombe établit qu'elle participait, au plan européen, à réduire la frontière entre les droits de première et de deuxième génération, spécialement pour ce qui est des droits sociaux reconnus à tous : « Ils sont la manifestation de l'exigence d'accès de tous à un minimum social nécessaire à la garantie de la dignité humaine ». Cf. J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Charte sociale européenne », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 136.

⁹⁴ L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 95. Schématiquement, supposons un droit fondamental Z que l'on souhaite consacrer dans l'ensemble normatif composé des droits fondamentaux déjà consacrés ABCD. Le système de droit libéral devra recourir à la notion d'intérêt général à la fois pour restreindre Z afin de l'insérer dans ABCD et, simultanément, restreindre A, B, C, et D, pour permettre à Z d'intégrer ABCD. Les conflits de droits fondamentaux AZ, BZ, CZ, et DZ sont résolus par l'intérêt général, le résultat de cette résolution étant signalée ABCDZ. Il n'est donc pas faux de soutenir que « l'insertion des droits fondamentaux dans notre système juridique aboutit à concilier les principes par redéfinitions successives ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 398. Rappelons que, selon Virginie Saint-James, « la redéfinition regroupe l'ensemble des techniques visant à ajuster les libertés les unes aux autres ou à des concepts généraux afin d'en déterminer une acception susceptible de trouver une application dans notre système juridique » (p. 399). Bertrand Faure évoque « un phénomène général de cohabitation entre les droits fondamentaux (cf. B. FAURE, « Hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 482).

condition qu'il soit défini par un contenu spécifique, propre le plus souvent à l'hypothèse conflictuelle » (italique dans le texte)⁹⁵. Il s'agit pour Patrice Meyer-Bisch de « l'un des trois principes constitutifs des droits de l'homme », celui de l'indivisibilité lequel « désigne l'impossibilité d'interpréter un droit de l'homme sans considérer les autres droits du système »⁹⁶. Ce point est essentiel pour deux raisons. D'une part, il confirme le caractère modulable des droits fondamentaux, caractère qui leur *provient de et est rendu possible* par l'intérêt général⁹⁷. Il justifie que la Cour européenne des droits de l'Homme ait pu juger que la « Convention [fût] un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »⁹⁸. D'autre part, mais il ne s'agit que d'une conséquence supplémentaire, l'introduction d'un droit ou d'une liberté affecte l'ordre juridique en exigeant de lui qu'il produise de nouvelles normes afin de mettre en œuvre un nouveau droit fondamental considéré et mettre en cause les droits fondamentaux existants. Les droits fondamentaux seront correctement présentés comme « une garantie constitutionnelle réunissant des garanties hétérogènes (...) »⁹⁹.

450. Véronique Champeil-Desplats l'a démontré lorsqu'il s'est agi de reconnaître de nouvelles libertés telles que les libertés économiques en droit français : « Accepter la fundamentalité des libertés économiques n'est pas anodin. Cette qualité leur confère en effet une prétention à faire obstacle non plus seulement à l'action de l'État – conformément à une conception libérale très classique –, mais également à d'autres droits et libertés qui s'inscrivent dans la catégorie traditionnelle des droits de l'homme : dignité, non-discrimination, instruction, santé (...). Les libertés économiques et les droits de l'homme ne s'allient plus dans une perspective commune de limitation de l'action de l'État. Ils s'affrontent au moment précis où ils sont saisis au moyen d'une même catégorie, celle des droits et

⁹⁵ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 16.

⁹⁶ P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 519. Sur la signification et la portée de l'indivisibilité ou « l'interdépendance » des droits et libertés, voir aussi S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 86-92. Alain Le Guyader fait remarquer, de façon analogue, qu'il s'agit de respecter la cohérence des droits de l'Homme laquelle signifie « que la définition et la satisfaction concrète d'un droit ne saurait conduire à la négation d'un autre droit ». Cf. A. LE GUYADER, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 263. Très certainement pourrait-on remonter à la première moitié du XIX^{ème} siècle (période durant laquelle la thèse éclot), pour remettre au goût du jour, avec Georges Lescuyer, « l'une des thèses fondamentales du libéralisme catholique : celle de la solidarité entre les libertés » (cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 398). Enfin, plus essentiellement, Étienne Picard relève que « le bon sens lui-même, comme la tradition libérale ou républicaine, invoque le principe de l'indivisibilité de la liberté, car on ne pourrait pas lui retirer quelque pan sans qu'elle s'effondre en son principe même » (É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 31).

⁹⁷ Dans le même sens, mais à partir d'une conception différente des droits fondamentaux, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 447 : « On peut dire que tous les droits fondamentaux ont une fonction sociale (...). Il s'agit de dépasser une vision individualiste et isolationniste des droits pour tendre vers une conception intégrale et institutionnelle, dans laquelle tous els droits sont en rapport les uns avec les autres et s'influencent mutuellement ».

⁹⁸ Voir, parmi d'autres, CDEH, Gr. Ch., 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n° 39594/98, R. 2001-VI, § 70.

⁹⁹ B. FAURE, « Hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 479.

libertés fondamentaux (...) »¹⁰⁰. Cette règle générale présidant à la conciliation des droits fondamentaux entre eux exige l'intervention du système de droit. Seule la notion d'intérêt général est en capacité de saisir toutes les formes de conflits de droits dont le professeur Champeil-Desplats donne une description nette : « Cette confrontation des libertés économiques avec les autres droits et libertés fondamentaux prend des formes inédites dans des domaines variés [relations de travail, santé, éducation] dont certains échappaient en grande partie, il y a quelques années encore, à tout appel au marché. Elle peut prendre la forme d'oppositions horizontales directes entre des personnes qui se prévalent des libertés économiques et d'autres qui s'appuient sur les autres droits de l'homme. Elle peut aussi se manifester par une opposition qu'on peut dire "verticale inversée". Dans ce cas, ce ne sont plus les individus qui opposent leurs libertés, fussent-elles économiques, aux pouvoirs publics mais ces derniers qui opposent des actes normatifs justifiés par des libertés économiques à d'autres droits fondamentaux. Les acteurs économiques peuvent ensuite se prévaloir de ces actes dans des rapports avec d'autres personnes privées »¹⁰¹. Dans l'hypothèse particulièrement intéressante d'opposition « verticale inversée », l'intérêt général n'est pas écarté : il inclut, par son contenu, la nécessité de restreindre certains droits fondamentaux au nom des droits fondamentaux de nature économique. Cet exemple souligne combien l'intérêt général est riche de conséquences. Sa conceptualisation met finalement en exergue la structure singulière du droit des droits fondamentaux. Cette « structuration des droits fondamentaux implique nécessairement et en principe, leur absence de caractère absolu. Il est en effet dans la nature des droits et libertés fondamentaux d'être conciliables entre eux. Un système juridique imposant des principes "indérogeables", mais susceptibles par ailleurs d'entrer en conflit dans l'hypothèse de leur concrétisation, aboutirait nécessairement à un blocage »¹⁰². L'intérêt général, défini sous l'impulsion des exigences de consécration des droits et libertés, vient, par contrecoup, renouveler la définition même du concept de droits fondamentaux.

§2. – Renouveler la définition du concept de droits fondamentaux :

451. Si l'on nous a suivi jusqu'ici, il apparaîtra qu'une théorie générale des droits fondamentaux fondée sur la notion d'intérêt général amène à proposer une définition renouvelée du concept de droits fondamentaux tenant dûment compte de l'évolution qui se dessine, c'est-à-dire en prenant en considération l'intérêt général comme élément novateur d'une telle définition rénovée. Qu'est-ce qu'un droit fondamental ? Selon nous, *un droit fondamental est un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel et restreint au nom d'un intérêt général constitutionnellement valide*. Marie-Luce Pavia, selon les mots qui sont les siens, n'est certainement pas si éloignée de notre

¹⁰⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », préc., p. 19.

¹⁰¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, préc., p. 19.

¹⁰² P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 140.

définition lorsqu'elle fait, suite à sa propre analyse, cette proposition de définition du concept de droit fondamental : « En conséquence, on proposera la définition suivante de la notion de droit fondamental. Elle permet de particulariser un droit des droits fondamentaux et les régimes de ces derniers qui, dans une dynamique indivisible, est/sont un facteur d'ordre social et d'épanouissement personnel de l'homme. Elle assure ou devrait assurer un équilibre, pouvant être toujours remis en cause, entre ces deux exigences. Au sens profond et initial, un droit fondamental mérite son nom lorsqu'il est constituant – au sens d'établir – de l'identité de l'homme dans une société démocratique déterminée. Il est aussi constitutionnel matériellement et/ou formellement, "les conséquences de sa reconnaissance traversent ou devraient traverser tout l'ordre juridique" et politique. Il est donc horizontal et vertical »¹⁰³. Gregorio Peces-Barba Martínez fournit une définition conceptuelle dont l'intérêt doctrinal majeur est de réaliser une synthèse pédagogique des apports de notre étude : « Les droits fondamentaux sont : (...) Une prétention morale justifiée, tendant à faciliter l'autonomie et l'indépendance personnelle, enracinée dans les idées de liberté et d'égalité, que nuancent les concepts tels que la solidarité et la sécurité juridique, et construite par la réflexion rationnelle au cours de l'histoire du monde moderne, avec les contributions successives et intégrées de la philosophie morale et de la politique libérale, démocratique et socialiste »¹⁰⁴.

452. Le lecteur ne saurait toutefois se suffire de la définition sommairement présentée que nous suggérons. C'est pourquoi, nous devons l'éprouver. Pour les besoins de l'exercice, nous nous bornerons à n'envisager que les droits et libertés dont le doute est permis, excluant alors de notre démarche ceux pour lesquels existe un accord de principe. Quatre critères essentiels doivent être réunis pour considérer que l'on est en présence d'un droit fondamental. Le droit fondamental consacre un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel (I.) et restreint (II.) au nom d'un intérêt général (III.) constitutionnellement valide (IV.).

I. – Un droit fondamental est *un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel* :

453. Ce premier critère d'identification d'un droit fondamental permet d'intégrer au sein de ce concept l'ensemble des droits et libertés sans qu'interfèrent, sur son statut, les différentes classifications doctrinales habituellement usitées en la matière (A.). En outre, le rang formellement constitutionnel d'un droit fondamental, en droit positif français, conduisant à homogénéiser les droits et libertés les place, tous, sous la protection suprême de la Constitution. Les droits et libertés sont

¹⁰³ M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », préc., p. 13.

¹⁰⁴ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 100 (proposition qu'il explicite ensuite p. 100-103).

fondamentaux parce qu'ils tiennent dorénavant leur juridicité de la norme *fondamentale* de notre système de droit (B.).

A. – Un statut unique pour tous les droits fondamentaux :

454. La nature (droit ou liberté) importe peu, l'essentiel étant que le concept de droit fondamental donne l'occasion de transcender les classifications traditionnelles des droits et libertés sans, bien évidemment, les invalider de quelque manière que ce soit¹⁰⁵. En effet, ce premier critère permet d'attirer les droits fondamentaux substantiels et procéduraux¹⁰⁶, les droits fondamentaux portant sur des libertés individuelles ou collectives¹⁰⁷, des « libertés physiques » ou des « libertés intellectuelles »¹⁰⁸, et, enfin, l'ensemble des droits et libertés qu'ils soient plus fondamentaux que d'autres !¹⁰⁹ Ensuite, et plus spécifiquement, le concept de droit fondamental absorbe sans aucune difficulté la distinction générationnelle des droits et libertés¹¹⁰.

455. En premier lieu, les droits fondamentaux peuvent être tout autant les libertés-résistances ou libertés-autonomies que les libertés politiques. Le concept intègre ainsi tous les droits et libertés de première génération, c'est-à-dire l'ensemble des « droits de » déclinés, en France, par la Déclaration des droits de 1789. Les droits fondamentaux intéressent alors aussi bien l'individu que le citoyen dès lors que ces deux entités ne sont que les deux faces d'une même médaille – la Déclaration de l'Homme *et* du citoyen disaient les Révolutionnaires. En deuxième lieu, les droits fondamentaux englobent tous les droits sociaux ou droits créances, les fameux « droits à » dits de la deuxième génération, dont on trouvera une proclamation dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 à travers les « principes politiques, économiques et sociaux » « particulièrement nécessaires à notre temps ». Enfin, en troisième lieu, la Charte de l'environnement de 2004¹¹¹ participe, toute

¹⁰⁵ D'une part, d'un point de vue pédagogique, elles conservent leur intérêt majeur. D'autre part, elles révèlent les nuances existant du point de leur régime juridique voire même une hiérarchie entre les droits fondamentaux. Sur ces différentes classifications, nous nous référons, notamment, à G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 43-51 ; à C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 5-6 et p. 31-33.

¹⁰⁶ Que sont par exemple respectivement la liberté d'aller et venir et le droit à un recours effectif.

¹⁰⁷ Illustrant cette distinction, le droit à la sûreté (liberté individuelle) reconnue par les articles 7 à 9 de la Déclaration de 1789 et la liberté d'association (liberté collective) consacrée, au titre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, par la décision CC, 16 juillet 1971, déc. n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, *Rec.* p. 29.

¹⁰⁸ Voir la présentation de G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 45-47. Au titre des libertés physiques, nous pouvons ranger le droit fondamental à ne pas être torturé, ni subir de traitements inhumains et dégradants (article 3 de la Convention EDH). Au titre des libertés intellectuelles, figure bien sûr la liberté d'expression (article 11 de la Déclaration de 1789).

¹⁰⁹ Le professeur Lebreton, parmi d'autres, a pu souligner la distinction dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel entre les « libertés publiques fondamentales » et les « libertés publiques ordinaires ». Cf. G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 47-49. Nous n'y ferons ici, encore, qu'une simple allusion dès lors que ce qui nous occupe est de considérer que du point de vue du concept de droit fondamental, ceux des droits fondamentaux qui seraient plus fondamentaux que d'autres – si l'on daigne pour les commodités du discours parler en ces termes – sont et demeurent des droits et libertés quelconques.

¹¹⁰ Pour une présentation générale de cette distinction, voir C. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 70-74.

¹¹¹ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 *relative à la Charte de l'Environnement*, *JORF* du 2 mars 2005, p. 3697. En droit européen, on signalera le retentissant arrêt CEDH, 9 décembre 1994, *López Ostra c. Espagne*, req. n° 16798/90, série A n° 303-C : la Cour condamne l'État espagnol pour atteinte au cadre de vie et à l'environnement de la

proportion gardée, à l'avènement des droits dits de la troisième génération¹¹². Bien que cette troisième catégorie de droits fondamentaux soit contestée dans son principe même¹¹³, voire dans son existence réelle¹¹⁴, il faut reconnaître que la Charte de 2004 consacre l'existence de nouveaux droits. Mentionnons-les brièvement. L'article 1^{er}, consacrant le droit à vivre dans un environnement sain, pose que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». Quant à l'article 7, il semble consacrer deux droits nouveaux : un droit d'accès aux informations relatives à l'environnement (qui, du reste, n'est pas sans rappeler le droit d'accès aux documents administratifs) et un droit de participation aux prises de décision à caractère environnemental¹¹⁵. Aussi, s'agissant de ces exemples de droits dits de troisième génération, faut-il convenir qu'ils peuvent s'intégrer au concept de droit fondamental parce ce qui importe au premier chef n'est pas leur contenu *per se*. Un droit ou une liberté quelconque, disions-nous, car ce premier critère nous permet d'éviter l'écueil du discours idéologique sur les droits fondamentaux. Qu'on s'en plaigne ou qu'on s'en réjouisse, là n'est pas vraiment la question¹¹⁶. Le point déterminant réside dans son saisissement par le système de droit, précisément ce qu'a réalisé la Charte de 2004 et ce qu'a admis le Conseil

requérante (fonctionnement d'une station d'épuration) constitutive d'une violation de l'article 8 (droit au respect du domicile et de la vie privée et familiale).

¹¹² Dont la théorisation revient à Karel Vasak (1997) selon E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 160. Ainsi « lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, qui s'est tenue à Vienne du 14 au 25 juin 1993, afin de commémorer le 45^e anniversaire de la Déclaration universelle de 1948, il a été affirmé que tous les droits de l'homme (ceux des trois générations) étaient universels, indivisibles, interdépendants et intimement liés. Ces droits sont égaux et la communauté internationale doit leur accorder la même importance (...) ». Cf. C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 70.

¹¹³ Sur « l'inconsistance d'une troisième génération », P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 522-523.

¹¹⁴ En ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 103-112 : l'auteur invite très lucidement à ne pas tout confondre (p. 110). D'une part, il consent à reconnaître que les droits fondamentaux s'exercent en interaction avec la société : « On ne peut, certes, nier le lien entre le développement, ou la paix, et les droits de l'homme : sans un niveau de vie minimum, en l'absence d'une situation pacifique, l'exercice et le respect des droits de l'homme restent illusoires ; plus particulièrement, le besoin de développement est consubstantiel à l'homme et la revendication au développement apparaît bien comme une exigence éthique fondamentale relevant de l'égale dignité de l'être humain ». Mais, d'autre part, il ne faudrait pas réduire le droit positif à un discours politique sur les droits de l'Homme : « Qualifier de "droit de l'homme" le droit à la paix, le droit au respect du patrimoine commun de l'humanité ou le droit au développement, c'est parler la "langue de bois" des droits de l'homme : il n'y a ni droit, ni homme titulaire du droit ». Pour des points de vue analogues avec les diverses nuances que ce débat soulève : sur le droit au développement, voir P.-G. POUGOUE, « Lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 39 et s. ; quant au droit à la paix, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 175-176 : « Nous ne devons pas succomber à la tentation d'inclure dans la catégorie des droits fondamentaux toutes les prétentions morales qui nous paraissent fondées, comme s'il s'agissait de l'unique voie possible à leur réalisation. Cette erreur, qui révèle la valeur et l'importance des droits, peut être aussi à l'origine de leur perte d'efficacité historique et de leur sens concret dans la culture de notre époque » (p. 176).

¹¹⁵ Exactement : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

¹¹⁶ Pour la présente étude. Ce qui ne laisse pas supposer, loin s'en faut, qu'elle serait une question mineure. Voir, par exemple, le reproche que peut rédiger le professeur Terré aux « droits à... » qu'il distingue fort bien des « droits de... » en raison de leur différence de finalité. En ce sens, F. TERRE, « Le droit et le bonheur », préc., spéc. § I-A ; la présentation qu'en fait Virginie Saint-James n'est pas, de ce point de vue, sans intérêt, voir V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 456 et s. Elle pourrait enfin justifier l'ironie qui transperce le propos du professeur Terré au sujet de la Charte de 2004 dans F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 205 : « les politologues admireront peut-être la réconciliation de la Constitution et de la Charte. Quant aux constitutionnalistes, on attend d'eux, avec une grande impatience, une théorie juridique de l'"adossement constitutionnel" ». Sur ce dernier aspect, voir la position critique de R. ROMI, « Environnement (Droit à l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 451-456, spéc. p. 453-454.

constitutionnel en considérant que « l'ensemble des *droits* et devoirs définis dans la Charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle » (nous soulignons)¹¹⁷. Spécialement, le principe de participation de l'article 7 de la Charte s'est vu reconnaître pleine valeur constitutionnelle par le Haut Conseil tandis que le Conseil d'État devait l'opposer à l'Administration¹¹⁸.

B. – Une source formelle exclusive pour tous les droits fondamentaux :

456. Il convient de souligner qu'il résulte de ce premier critère, un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel, que le système de droit libéral doit se saisir d'une faculté laissée ou d'une prérogative accordée, l'une et l'autre par la Constitution¹¹⁹, pour pouvoir leur apporter une restriction. C'est ici même que nous empruntons à Otto Pfersmann cet élément indispensable au premier critère d'identification, « le rang formellement constitutionnel », tel qu'il l'a explicité : « Si l'on veut, comme c'est l'objectif du libéralisme politique, que certains comportements ne soient juridiquement réglementés que dans une certaine mesure, il faut juridiquement déterminer cette mesure. Étant donné que dans les démocraties représentatives modernes, elle est donnée par les normes générales et abstraites formellement législatives, cela revient à délimiter les habilitations du législateur comme les compétences du législateur sont déterminées par la "Constitution" au sens formel, il s'ensuit que les droits fondamentaux seront des normes formellement constitutionnelles. Un ordre juridique ne comporte par conséquent pas de droits fondamentaux s'ils ne sont pas de rang formellement constitutionnel »¹²⁰. Si bien que la reconnaissance d'un droit fondamental est formellement constitutionnelle¹²¹, que la norme suprême l'ait consacré directement ou qu'elle l'ait consacré indirectement. Certes, il est possible d'émettre quelques objections et nuances à une telle assertion. Les droits fondamentaux sont consacrés directement par la Constitution au sens où chaque droit fondamental trouve sa base normative dans une norme matériellement constitutionnelle. Mais, sur ce point, la remarque des professeurs Ardant et Mathieu ne manquent pas d'interpeller

¹¹⁷ CC, 19 juin 2008, déc. n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, JORF du 26 juin 2008, p. 10228, cons. n° 18.

¹¹⁸ Respectivement CC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, précitée, cons. n° 48-49 et CE Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, RJE 2009, n° 1, p. 85-87.

¹¹⁹ Parce qu'ils ne sont pas consacrés par la Constitution, directement ou indirectement, songeons au droit à l'avortement ou la faculté de se suicider qui constituent une liberté, certains droits et libertés ne seront pas qualifiables de droits fondamentaux. De même, si nous n'excluons pas l'existence de droits fondamentaux dans des ordres juridiques étrangers (ce qui paraît somme toute assez normal), ni dans les ordres juridiques européen et de l'Union et même dans l'ordre juridique international, il faut alors comprendre que nous ne parlons, présentement, que des « droits fondamentaux français ». Car, à défaut d'être reconnus, fût-ce de manière implicite, par notre charte constitutionnelle, ces droits fondamentaux ne seraient pas fondamentaux dans l'ordre juridique français. Aussi n'avons-nous pas l'ambition de trancher, ici, la question de savoir si les droits fondamentaux *français* répondent aux critères du concept de droits fondamentaux élaboré en Allemagne.

¹²⁰ O. PFERSMANN et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 89.

¹²¹ En ce sens où ils « sont condamnés à trouver valeur constitutionnelle ou à dépérir ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 59. On peut affiner cet aspect normatif du droit fondamental en relevant qu'« en dehors des cas prévus par les lois, ordinaires ou constitutionnelles, et par les conventions internationales, il n'est pas de place pour un droit ou une liberté ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 23.

l'observateur : « Les droits fondamentaux, soutiennent-ils, sont, en principe, ceux qui sont inscrits dans un texte constitutionnel ou un texte international dont l'objet est de dresser la liste de ces droits »¹²². Est-ce énoncer qu'un droit ou une liberté, dans l'ordre juridique interne, pourrait être fondamental alors même qu'il ne serait pas reconnu formellement par la norme suprême ? Il existerait donc une nuance à la reconnaissance exclusive des droits et libertés au plan constitutionnel. Mais « pour importante qu'elle soit en théorie, cette nuance n'empêche pas la grande majorité des principes de rejoindre plus ou moins harmonieusement le bloc des libertés proclamées au niveau constitutionnel. Si toutes les libertés publiques ne sont pas des libertés constitutionnellement déclarées, il est exact que ce sont ces dernières qui trouvent aujourd'hui leur pleine expression juridique. Les principes généraux du droit dégagés à des niveaux inférieurs de la hiérarchie des normes n'ont qu'une autorité tronquée, même si elle est réelle »¹²³.

457. Affirmer que les droits fondamentaux sont nécessairement des droits de rang constitutionnel, ce n'est pas dire qu'ils épuisent leur fundamentalité dans la norme constitutionnelle¹²⁴. Il est fort probable qu'existent des droits fondamentaux protégés par une concrétisation infra-constitutionnelle (international, législative ou bien juridictionnelle). Car en énonçant qu'ils sont inéluctablement de rang constitutionnel, nous disons que la norme constitutionnelle n'interdit pas qu'ils bénéficient d'une protection juridique infra-constitutionnelle. Si nous partons du présupposé normativiste selon lequel il ne peut y avoir de règles de droit valides en dehors d'une hiérarchie formelle fondée sur la Constitution, cela ne signifie nullement que *matériellement* la définition d'un droit fondamental ne puisse émaner de sources inférieures ou externes¹²⁵. Le saisissement de la notion d'intérêt général par le droit interne infra-constitutionnel et par les droits externes – international et européens – atteste de l'emprise matérielle qu'ils ont sur la définition des droits fondamentaux. Cette approche formelle permet simplement d'assimiler la fundamentalité à la constitutionnalité au stade de l'introduction d'un

¹²² P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 133. Le professeur Peces-Barba illustre également la part d'approximations dont l'étude des droits fondamentaux ne pourrait, manifestement, se défaire. Voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 342, où il affirme, en guise de conclusions, que : « 1) Le sous-système des droits fondamentaux est hiérarchiquement situé à un niveau très élevé de l'ordre juridique (...). 2) Dans le Droit positif, le sous-système des droits fondamentaux se trouve généralement dans la Constitution (...) ».

¹²³ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 362.

¹²⁴ Sur cette difficulté, notamment, P. BLACHER, « Droits fondamentaux (Classification) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 277.

¹²⁵ Cette vision ne nous paraît pas être contredite par la place qu'occupent les droits fondamentaux dans l'ordre juridique selon le professeur Peces-Barba : « Il ne serait donc pas correct d'assimiler les droits fondamentaux aux droits constitutionnels (...) » mais, ajoute-t-il, « il faut insister sur le lien immédiat entre les droits fondamentaux et la norme fondamentale. Les droits sont ainsi matériellement constitutionnels, au sens où la dimension constitutionnelle est une condition essentielle pour fonder le système juridique et les valeurs morales et politiques sur lesquelles il repose. Mais ces valeurs peuvent être au fondement d'un système dépourvu de Constitution formelle. Dans la mesure où ils complètent la norme fondamentale de définition des normes, les droits fondamentaux sont inséparables d'une idée matérielle de Constitution, mais non d'une Constitution au sens formel ». Cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, op. cit., p. 323. Or, si en France les droits fondamentaux sont inséparables de la norme fondamentale de l'ordre juridique français, que la norme fondamentale de cet ordre juridique est la Constitution, au sens formel, du 4 octobre 1958 (au sens large), alors les droits fondamentaux sont des droits et libertés de rang formellement constitutionnels.

droit dans l'ordre juridique tout en préservant la palette des possibles au stade de la concrétisation dudit droit, au moment même de leur ordonnancement juridique¹²⁶. Ce « statut constitutionnel, auquel ils doivent leur dénomination (...) »¹²⁷, est leur cadre maximal d'expression juridique.

458. Cette première étape, nécessaire mais non suffisante, constitue l'inscription d'un droit ou d'une liberté, d'une manière ou d'une autre, dans les normes occupant la place la plus élevée de la hiérarchie des normes. C'est la seule façon de pouvoir exercer sur eux une contrainte destinée – en les restreignant – à les faire exister juridiquement en qualité de droit fondamental, étant entendu qu'un droit ou une liberté juridiquement reconnu à un échelon normatif inférieur (susceptible d'être remis en cause) ne peut « fonder » quoi que ce soit¹²⁸.

II. – Un droit fondamental est un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel *et restreint* :

459. Ce deuxième critère découle du caractère restrictif que doit revêtir, structurellement, la règle de droit suprême (A.). Il exige qu'un droit ou une liberté soit susceptible d'être physiquement restreint (B.).

¹²⁶ Espérons avoir répondu à l'objection d'Alexandre Viala pour qui « le Conseil constitutionnel infirme, dans son comportement, les hypothèses sur lesquelles repose la théorie formaliste, majoritaire dans la doctrine, qui assimile sans nuance la fondamentalité à la constitutionnalité ». Cf. A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 289.

¹²⁷ B. FAURE, « Hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 478.

¹²⁸ C'est pourquoi la définition que propose Samuel Etoa – qui renvoie dos à dos les courants normativiste et substantialiste – appelle une objection majeure : « à la question qu'est-ce qu'un droit fondamental ? », l'auteur estime qu'on ne peut « apporter d'autres réponses que celle-ci : un droit "fondamental" n'est rien d'autre qu'un droit qualifié comme tel par le jurislature quel que soit le rapport que ce droit entretient avec la personne humaine et quel que soit le statut de ce dernier dans la hiérarchie des normes. C'est dire alors que tout droit, toute prérogative juridique peut-être qualifiée de fondamentale(e), qu'il n'existe pas de concept de droit ou de liberté fondamental(e) déterminable *a priori* dans notre droit positif interne, que les différents interprètes ne sont finalement contraints à rien » (cf. S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 291). Il nous paraît difficile, en effet, de souscrire totalement à cette lecture du droit contemporain en considérant que le concept de droit fondamental serait non pré-déterminable et qu'aucune contrainte ne pèserait sur l'observateur. Si les concrétisations d'un droit fondamental peuvent – par l'entremise de la notion d'intérêt général – emprunter n'importe quelle norme de la hiérarchie des normes, l'introduction d'un droit fondamental dans *notre ordre juridique français* suppose – logiquement – que la Constitution n'y fasse pas obstacle. Cet élément statutaire est incontournable. Qu'on le loue (normativisme) ou qu'on le déplore (substantialisme), c'est là un paramètre qu'il n'est pas possible d'écarter. Pour une opinion radicalement contraire sur ce point précis, notamment, É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 11-15 : l'assimilation du fondamental au constitutionnel serait, en bref, excessif donc erroné car « aucune norme n'a le monopole de la fondamentalité » (p. 15). Certes mais nous disons, aussi, qu'aucun droit fondamental ne peut exister si son existence ne procède d'une norme constitutionnelle (soit par autorisation expresse soit par reconnaissance tacite). C'est, du reste, à cette définition que se rangerait Samuel Etoa, à supposer que le concept de droit fondamental existe prévient-il, lorsqu'il affirme en concluant son étude (op. cit., p. 395) : « Formelle, la fondamentalité le serait dans la mesure où celle-ci serait fondée sur la notion de droits et libertés que la Constitution garantit. Bénéficieraient par conséquent de ce système de protection les droits disposant d'un *ancrage constitutionnel explicite ou implicite* » (nous soulignons).

A. – Le caractère structurellement restrictif de la Constitution française :

460. « L'intérêt général apparaît fréquemment dans les textes comme la condition de la légalité de l'intervention des pouvoirs publics. Cette condition, une fois satisfaite, entraîne des conséquences considérables, en fondant les principales prérogatives de puissance publique et en autorisant, par là même, des restrictions aux droits et libertés »¹²⁹. L'intérêt général indique que la prescription fondamentale incombant à la norme constitutionnelle est de restreindre. Quel que soit l'objet de cette norme, son effet est de restreindre.

461. Généralement, il est assez habituel de reconnaître dans une règle de droit une « règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique »¹³⁰. Fondée sur la conception wébérienne du pouvoir, la norme juridique est produite par le droit chaque fois que sa violation peut être sanctionnée : « Il y a règle de droit lorsque le non-respect d'une prescription (obligation de donner, de faire ou de ne pas faire) entraîne une sanction négative infligée par les tribunaux, voire directement par l'administration. Cette sanction, en principe prévue à l'avance par les textes en vigueur, est garantie par l'usage plausible de la contrainte d'État. Les pénalités décidées par la justice ou l'autorité administrative sont normalement mises en œuvre grâce à des procédures de contrainte. La peine privative de liberté, par exemple, est garantie par l'existence d'une administration pénitentiaire et la mise en œuvre de mesures de sécurité autour des prisons. C'est en ce sens que Max Weber fait du monopole de la coercition légitime le critère distinctif de l'État »¹³¹. Ce qui nous paraît, à ce stade, essentiel est l'idée qui s'affirme de l'existence d'une contrainte. Ce qu'Emmanuel Kant avait établi : « le droit et la faculté de contraindre signifient donc une seule et même chose »¹³². Une règle de droit est une règle qui contraint, elle prescrit donc un certain comportement. Une nouvelle définition de la norme par rapport à un système de droit tiendrait alors à ceci : « Une norme est la signification d'un énoncé prescriptif, elle rend obligatoire, permis ou interdit un certain comportement humain »¹³³. Les auteurs de la présente définition rappellent qu'« il n'existe, pour toute action humaine possible, que les trois modes déontiques de l'obligation, de la permission et de l'interdiction »¹³⁴. Ce qu'il faut retenir principalement découle du caractère restrictif

¹²⁹ *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 282.

¹³⁰ R. GUILLIEN, J. VINCENT, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 450.

¹³¹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 109.

¹³² E. KANT, *Doctrine du droit*, op. cit., p. 19. Parce que, disait-il préalablement, « on peut (...) situer immédiatement le concept de droit dans la possibilité d'associer la contrainte générale réciproque à la liberté de chacun » (p. 19).

¹³³ L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 81. Également, É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 22 : « On appelle la signification prescriptive d'un énoncé une norme. Le droit est pour une théorie générale du droit un ensemble de normes ».

¹³⁴ L. FAVOREU et alii, op. cit., p. 113. Sur cet aspect définitionnel de la norme, M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op. cit., p. 455.

de la norme : l'énoncé normatif ordonne expressément¹³⁵. Mais, puisque la norme première, fruit du pacte social libéral, naît dans un état par définition a-normatif, alors l'effet premier de la norme suprême est de restreindre. « Quelle(s) que soi(en)t la ou les conceptions retenues, elles reposent toutes sur l'idée que les propositions du droit sont des prescriptions. Elles expriment quelque chose qui relève de ce qui doit être (...) »¹³⁶. Le caractère restrictif de la norme suprême modifie la réalité sociale pour en faire une réalité nouvelle¹³⁷. Si nous devions résumer ce qu'est la norme juridique fondamentale du système de droit libéral, nous dirions qu'il s'agit d'un énoncé prescriptif (réaliser l'objet du pacte social : la protection de la liberté de chacun) dont la fonction est de restreindre (limiter les libertés pour garantir la liberté). La réalisation de l'objet du pacte social (la liberté) supposant de restreindre les libertés des membres signataires du pacte social, la norme constitutionnelle ne peut avoir d'autre caractère que celui d'être restrictif de ce qui est. Encore faut-il que ce qui est *soit* !

B. – La praticabilité de la restriction d'un droit ou d'une liberté :

462. Notre deuxième critère présidant à une définition renouvelée des droits fondamentaux permet non pas d'identifier tous les droits et libertés susceptibles de devenir des droits fondamentaux, ce serait là une entreprise à la fois vaine et présentement hors du cadre de notre étude, mais surtout d'exclure certaines libertés ou certains droits faute pour ceux-ci de pouvoir être saisis par le système de droit. Un seul exemple suffira à s'en convaincre : la liberté de pensée¹³⁸.

463. La liberté de pensée, dans son acception la plus forte, ne peut pas être considérée comme un droit fondamental faute de pouvoir être saisie par le droit. Comment restreindre les cœurs ? Thomas Hobbes enseigne en effet qu'une « personne privée a toujours la liberté (parce que la pensée est libre) de croire ou de ne pas croire, en son cœur (...) »¹³⁹. La liberté de pensée demeure une liberté intérieure qui n'est pas susceptible de limitations dès lors qu'elle ne paraît pas pouvoir être concrétisée

¹³⁵ De prescrire : « Ordonner ou recommander expressément », in *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 2009.

¹³⁶ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 20.

¹³⁷ M. Millard complète en effet sa définition du droit, objet d'une théorie générale du droit, en indiquant que la règle de droit exprime « quelque chose qui relève de ce qui doit être, et non de ce qui existe » (nous soulignons). Ce disant, l'auteur met en évidence un fait, selon nous, indiscutable : l'énoncé juridique est à l'origine d'un état social observable nouveau (Cf. É. MILLARD, op. cit., p. 20). Et si l'on confronte cette situation de fait à la maxime habituellement attribuée par la croyance populaire au chimiste français Lavoisier – selon laquelle « rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme » –, nous en concluons que la norme juridique, produit de la réalité sociale observable, transforme cette réalité sociale.

¹³⁸ Pierre-Henri Prétot propose une réflexion similaire (prémises et conséquences) pour la liberté de conscience : « En tant que droit négatif, on pourrait penser qu'elle n'appelle en principe aucune protection spécifique. Mais si l'État ne peut descendre jusque dans les consciences, en revanche il lui appartient de les protéger lorsque celles-ci remontent pour s'exprimer dans le champ social. La liberté de conscience est ainsi indissociable de la liberté d'expression (...) » (cf. P.-H. PRÉTOT, « Pensée, conscience et opinion (Libertés de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 558-559).

¹³⁹ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 633.

physiquement¹⁴⁰. De quelle manière le droit pourrait-il se saisir de nos pensées ? En vérité, lorsque l'on prétend juridiquement consacrer la liberté de pensée, ce n'est que par abus de langage, le droit ne consacrant que son prolongement extérieur, visible et perceptible¹⁴¹. Le droit ne s'arrête pas volontairement mais matériellement. Il lui est impossible de saisir certaines libertés dont la liberté de pensée. Il ne peut qu'appréhender ses manifestations physiques, c'est-à-dire ces manifestations dont le système de droit peut avoir une connaissance empirique. Ce prolongement se matérialise par des libertés qui, elles, sont sans conteste des droits fondamentaux. « Il s'agit, bien entendu, de tout ce qui concerne la vie civile, c'est-à-dire les actions extérieures de chacun ; car la pensée, la conscience et l'intime conviction sont *libres* et échappent à la volonté souveraine » (italique dans le texte)¹⁴². Cette démonstration ne nous paraît pas contredite par le professeur Picard bien qu'il propose de la nuancer : « La liberté en droit n'est jamais absolue, mais toujours relative [...]. La liberté de penser en son for pourrait peut-être revendiquer un caractère absolu, mais certainement pas la liberté d'exprimer sa pensée ; et encore, pour alimenter sa pensée, si cette liberté de penser devait être absolue, il faudrait qu'elle puisse toujours en droit entrer en contact avec des tiers sans aucune entrave de cet ordre ; or par le seul fait que l'exercice de cette liberté impliquerait alors une relation entre le sujet et des tiers, le droit pourrait toujours avoir prise sur cette relation pour instituer quelque restriction relativement aux conditions dans lesquelles ce contact pourrait s'établir ; par exemple, pour voyager et instruire sa pensée, il faut un passeport, des visas, de sorte que même la liberté de pensée n'est pas absolue à cet égard... Les autres libertés sont toujours relatives car toujours plus ou moins restreintes par une multitude de conditionnements juridiques... »¹⁴³. La liberté de pensée est donc concrétisée dans plusieurs droits fondamentaux dont la liberté d'expression¹⁴⁴, la liberté d'opinion¹⁴⁵ ou encore la liberté religieuse¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Mais il ne saurait être question, chez Hobbes, d'une liberté illimitée puisque si elle échappe au monde sensible, elle ne doit pas contrevenir aux lois divines : « Quant à la *pensée* et à la *croyance* intimes des humains, dont les gouvernants humains ne peuvent avoir connaissance (puisque Dieu seulement connaît les cœurs), elles ne relèvent pas de la volonté et ne sont pas l'effet des lois, mais de la volonté et de la puissance de Dieu, et donc elles ne dépendent pas de l'obligation » (italique dans le texte). Cf. T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 667.

¹⁴¹ T. HOBBS, *op. cit.*, p. 734 : « En effet, par sa nature, la foi intérieure est invisible et par conséquent elle est exempte de toute juridiction humaine (...) » ; de même que, s'agissant des croyances, « seule l'extériorité des croyances religieuses est susceptible de retenir l'attention du juge. La croyance est une affaire de conviction personnelle [...]. L'acte de foi individuel relève d'ailleurs par nature de la plus totale liberté : il ne saurait être contraint ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁴² G. MAIRET, note 1, in T. HOBBS, *op. cit.*, p. 667.

¹⁴³ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 95-96.

¹⁴⁴ Car, à l'opposé de la liberté de pensée, « elle ne se conçoit pas sans un destinataire, individuel ou collectif » ; elle est donc matérialisée. Cf., sur ce point, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 65-66.

¹⁴⁵ La liberté d'opinion présente, sur certains points, des similitudes avec la liberté de pensée : « La nature de la liberté d'opinion est particulière. En effet, elle est une des rares qui ne puisse pas être entamée dans son essence, même si elle est vulnérable dans ses manifestations. Nul ne saurait empêcher quelqu'un d'avoir une opinion, et ne peut sanctionner quelqu'un pour ses opinions tant qu'il ne les exprime pas ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 87. Sous l'angle qui nous occupe ici, l'auteur semble effectivement assimiler liberté d'opinion en tant qu'elle ne peut relever, intrinsèquement, de la réalité sensible, à l'instar de la liberté de pensée. Cependant, il nous paraît que l'une et l'autre, en dépit de leur proximité, entretiennent non pas un rapport collatéral mais un rapport chronologique. Selon une perception logico-temporelle, il n'est pas impossible que la liberté d'opinion succède à la liberté de pensée. Avoir une opinion, c'est manifester une pensée améliorée intellectuellement sur un sujet donné. Or, pour considérer qu'un individu possède une opinion, il faut l'avoir exprimée sans quoi comment pourrions-

464. La liberté de pensée, de surcroît, ne peut pas être un droit fondamental aussi parce qu'elle ne doit pas l'être. Il y a là une nuance qui est loin d'être négligeable. Si la liberté de pensée ne peut faire l'objet d'une définition parce que matériellement cela est impossible, en revanche, soutenir qu'elle ne peut être restreinte relève également d'un devoir à l'égard de l'homme. « L'autodétermination du sujet est, en effet, de son propre ressort ; le politique veillant à l'existence mondaine de la liberté n'a pas à faire intrusion dans le for intérieur. Il ne peut pas exiger de contrôler l'intention ; il se contente d'une conformité extérieure à la loi »¹⁴⁷. Hobbes pouvait pour sa part souligner « l'erreur » commise à vouloir se saisir des pensées : « Il y a une autre erreur dans leur philosophie civile (qu'ils n'ont jamais apprise d'Aristote, de Cicéron ni d'aucun autre païen) qui est d'étendre le pouvoir de la loi, laquelle est seulement la règle des actions, aux pensées elles-mêmes, et aux consciences humaines, par un examen et une *inquisition* des convictions de chacun, sans savoir si les paroles sont conformes aux actes » (italique dans le texte)¹⁴⁸. En définitive, c'est le baron de La Brède qui résume fort bien notre libre pensée : « La justice humaine, qui ne voit que les actions, n'a qu'un pacte avec les hommes, qui est celui de l'innocence (...) »¹⁴⁹. Que l'on puisse le regretter¹⁵⁰, cette innocence s'éteignant à mesure que la liberté s'exprime, ce n'est qu'au regard de cette proportion corrélative qu'intervient la règle de droit chaque fois que cela lui paraît nécessaire, chaque fois que l'intérêt général le requiert.

nous savoir que ledit individu a une opinion ? L'existence d'une opinion nécessite un acte d'extériorité, fût-il infime, pour dépasser le stade hermétiquement clos de la pensée humaine. C'est pourquoi la liberté d'opinion, pouvant être matérialisée par des actes, constitue un droit fondamental dès lors que l'on peut la restreindre.

¹⁴⁶ Avec la nuance que relate, en examinant l'article 9 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Michel Levinet de la liberté religieuse laquelle dit-il « comporte deux éléments, le for interne et le for externe. Toute personne dispose d'une liberté dépourvue de restriction, la liberté de religion impliquant "la liberté de changer de religion" ». Cf. M. LEVINET, « Lecture critique du "modèle européen" de protection des droits de l'homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 24-25. Le for interne de la liberté religieuse empêche que cet élément de la liberté religieuse bénéficie du statut de droit fondamental, puisqu'il est « une liberté dépourvue de restriction ». Dans le même sens, H. ZEGHBIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », préc., p. 1997 : « On a coutume de considérer la liberté de religion comme une sorte d'excroissance de la liberté de conscience à côté de la liberté de pensée et de la liberté d'opinion ».

¹⁴⁷ F. LAUPIES, *La liberté*, op. cit., p. 120.

¹⁴⁸ T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 931.

¹⁴⁹ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, op. cit., p. 868.

¹⁵⁰ C'eût été le cas de l'abbé de Mably le quel, selon un de ses farouches critiques, Benjamin Constant, aurait regretté « que la loi ne puisse atteindre que les actions. Il aurait voulu qu'elle atteignît les pensées, les impressions les plus passagères ». Cf. B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 605. Pour Georges Lescuyer, ses « idées sociales sont celles d'un communisme idyllique ». Cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 344.

III. – Un droit fondamental est un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel et restreint *au nom d'un intérêt général* :

465. C'est très certainement, si innovation il y a, dans ce troisième critère que réside la principale innovation de notre définition¹⁵¹. Il ne suffit pas pour le système de droit libéral de se saisir d'un droit ou d'une liberté de valeur constitutionnelle et le restreindre pour consacrer un droit fondamental. Encore faut-il que cette restriction soit exigée par l'intérêt général. Or, à la question, « existe-t-il des droits ne pouvant faire l'objet de limitations ? », le Conseil constitutionnel français répond : « Non. Chacun des droits fondamentaux peut, en principe, faire l'objet de limitation (...) »¹⁵². Il y a donc tout lieu d'intégrer la notion d'intérêt général aux droits fondamentaux pour justifier ces limitations. Avant d'envisager la portée de cette intégration de l'intérêt général au concept de droits fondamentaux (B.), nous voudrions en préciser la signification (A.).

A. – La signification de l'intégration de l'intérêt général au concept de droits fondamentaux :

466. Plusieurs exemples peuvent illustrer l'importance de cette troisième condition. Deux cas de figure seuls expliciteront cette troisième condition. L'intérêt général restreint un droit ou une liberté parce que l'un ou l'autre provoque un conflit qu'il faut résoudre (A.). Un droit fondamental est conceptuellement restreint par un motif d'intérêt général (B.).

1. – Une restriction d'un droit ou d'une liberté pour résoudre un conflit :

467. D'abord, c'est la première grande hypothèse, il faut que le droit ou la liberté que l'on entend restreindre soit, dans sa manifestation extérieure, source de conflits. À défaut, rien ne justifie, du point de vue du système de droit libéral, que le droit ou la liberté soit restreint. Si certaines libertés, comme la liberté de pensée, peuvent illustrer l'absence de conflit, faute d'extériorité, d'autres en revanche ne

¹⁵¹ Illustrant une approche différente, mais avec un fonds commun, voir l'analyse, déjà citée, de G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 428 : « La moralité qui est positivisée et qui dessine l'horizon éthique de l'ordre juridique, l'idéal de justice capté par le Droit positif dans la norme fondamentale matérielle d'identification des normes (...) constituent les limites juridiques et générales des droits. Nous pourrions dire, dans une perspective plus large, que les règles formelles de la norme fondamentale qui désignent les organes et les procédures de création normative, sont aussi des limites des droits fondamentaux. Nous ne serions pas ainsi en présence de droits fondamentaux, s'ils ne passaient pas par les voies indiquées par ces limites (...) ».

¹⁵² « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in *Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, préc., p. 190.

provoquent pas de conflits¹⁵³, selon le système de droit libéral, alors même qu'elles ont des prolongements extérieurs. « On peut soutenir que la personne est par nature dotée de prérogatives, c'est-à-dire de facultés de consciemment agir ou s'abstenir, réclamer ou refuser, s'exposer au monde ou s'en protéger. Par elles-mêmes, elles ne constituent pas des droits. Pour accéder à cette qualité, il faut qu'elles fassent l'objet d'un statut juridique, que la règle y touche par l'acceptation, la limitation, l'organisation, l'obligation ou l'interdiction : point de droit sans Droit, et point de droit qui ne soit une prérogative, mais pas nécessairement l'inverse »¹⁵⁴. De cette façon de voir, il ressort que certaines libertés peuvent échapper à la règle de droit en dépit de leurs manifestations visibles – dont on pourrait se saisir. Pour ces libertés, le droit ne peut les restreindre dès lors qu'elles ne sont pas source de conflits. L'exemple topique est ici celui du suicide¹⁵⁵.

468. La possibilité de se donner la mort volontairement n'est plus restreinte par le système de droit contemporain pour être considérée, véritablement, comme un droit fondamental¹⁵⁶. L'absence de restriction juridique à la liberté dont chacun dispose de mettre fin à ses jours tient, pour une grande part, à la difficulté d'infliger, notamment, une condamnation pénale pour punir le suicide accompli¹⁵⁷ et à l'inanité de la condamnation de la tentative de suicide¹⁵⁸. Ce qui importe est de souligner que le système de droit ne trouve plus de raisons de restreindre cette liberté parce qu'il reconnaît, implicitement mais inexorablement, que cette liberté n'est plus une source de conflits. N'étant plus une source de conflits, tout l'appareil restrictif se délitant, il ne saurait être en mesure d'apporter une réponse à cette liberté en la restreignant. Aucune justification d'intérêt général n'implique de

¹⁵³ D'où cette remarque relative aux potentialités ouvertes par l'absence d'incidence sur le réel de la liberté de pensée : « Aussi, toute personne est-elle libre de croire en ce qu'elle veut, y compris les choses les plus loufoques et notoirement dangereuses ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 53.

¹⁵⁴ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 5-6.

¹⁵⁵ En ce sens, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 135 : « En fait, il existe des libertés qui ne sont pas des droits, par exemple, la faculté de se suicider (...) » ; c'est l'exemple retenu par Jacques Mourgeon : « Maintes prérogatives peuvent échapper au Droit auquel elles sont indifférentes. Certaines lui sont totalement étrangères, comme le suicide dont la tentative n'entraîne par elle-même aucune conséquence juridique sur le suicidaire (...) » (J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 6) ; voir aussi J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 76 : « l'éthique stoïcienne y voyait (...) un acte positif de liberté ». Plus globalement, quant aux interrogations liées à la liberté, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 213-215. Nous écartons enfin la question de la mort assistée, c'est-à-dire l'euthanasie.

¹⁵⁶ Il n'en fut pas toujours ainsi. Voir, J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 305-306. Selon l'auteur, c'est au Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 (« premier code pénal officiel ») que l'on doit la fin de l'incrimination du suicide en France (p. 379). Aujourd'hui, seules la provocation au suicide et la promotion du suicide sont réprimées par les articles 223-13 et s. du Code pénal. À plus forte raison, donc, on ne saurait inférer un droit fondamental à se suicider. On réserve encore l'hypothèse très particulière organisée par le Code de procédure pénale et visant à autoriser, « sous surveillance médicale, l'alimentation forcée des détenus faisant la grève de la faim, afin de permettre à la société de se défendre contre le "chantage au suicide" dont elle fait l'objet ». Cf., sur ce point, G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 288.

¹⁵⁷ Incongruité perçue comme tel par le système de droit français libéral puisqu'il fut une époque où il n'y avait rien « d'extraordinaire », sous l'influence de l'Église catholique, à tenter un « véritable procès au cadavre du suicidé » et à confisquer les biens devant revenir aux héritiers du défunt ainsi qu'à leur jeter l'infamie de la société. Voir, en ce sens, J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 306.

¹⁵⁸ Par exemple, G. LEBRETON, op. cit., p. 287.

restreindre cette liberté. Dans ce cas, il faut constater que la liberté de se suicider n'est pas un droit fondamental¹⁵⁹.

2. – Un droit fondamental est un droit ou une liberté conceptuellement restreint :

469. L'autre grande hypothèse est illustrée par l'interdiction d'être réduit en esclavage ou en servitude dont on trouve une consécration solennelle dans l'article 4 § 1 de la Convention européenne de 1950 : « Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude »¹⁶⁰. L'interdiction d'être réduit en esclavage ou à l'état de servitude est-elle constitutive d'un droit fondamental ? La question mérite d'être posée car, *prima facie*, d'aucuns peineraient à discerner au sein de ces droits consacrés l'existence d'une quelconque possibilité de restreindre ce droit fondamental. Car le contraire reviendrait à soutenir qu'il existe un motif d'intérêt général (donc une restriction) susceptible de restreindre ce droit fondamental¹⁶¹. Cette éventualité est en outre expressément interdite par la Convention européenne dans la mesure où ce texte exclut toute dérogation « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » à l'article 4¹⁶². Peut-on restreindre, au nom de l'intérêt général, le droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude ? Notre réponse est sans détour affirmative. Et logique¹⁶³. Le droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude est restreint en raison du motif d'intérêt général suivant : l'impossibilité de renoncer, de son propre chef, à sa propre liberté. Cette prohibition, dans l'exercice de ce droit fondamental, constitue en effet une restriction au droit fondamental qui dépasse le seul intérêt de son titulaire, c'est-à-dire qu'elle est d'intérêt général. Pourrait-on se réduire volontairement à l'état d'esclave ? Pourrions-nous user de notre droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude pour l'opposer librement à ceux qui tenteraient de nous interdire de renoncer à notre propre liberté ? L'intérêt général

¹⁵⁹ Appréciation analogue de P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 431 : « en réalité, le suicide n'est pas considéré comme un véritable droit (...) ».

¹⁶⁰ CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, req. n° 73316/01, R. 2005-VII, § 82 : « la Cour estime qu'avec les articles 2 et 3, l'article 4 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe ». Nous distinguons clairement l'interdiction de l'esclavage et de la servitude d'une autre pratique prohibée par le droit européen au titre de l'article 4 de la Convention, à savoir le travail forcé et obligatoire. Le droit fondamental à ne pas « être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire » (art. 4 § 2) connaît, sans l'ombre d'un doute, de multiples restrictions fondées sur l'intérêt général. Si elles sont immédiatement énoncées à l'article 4 § 3 de la Convention, la Cour a jugé, dans une formulation topique, que lesdites restrictions procédaient des « idées maîtresses d'intérêt général, de solidarité sociale et de normalité » (CEDH, 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, req. n° . 8919/80, série A n° 70, § 38).

¹⁶¹ En ce sens, P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 235 : « Aucun argument utilitariste de défense d'intérêts supérieurs de la Nation ne semble pouvoir justifier une telle ingérence car on ne voit pas quel intérêt jugé légitime pourrait être servi par le fait que des personnes soient placées en esclavage ».

¹⁶² Article 15 § 2 et CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, préc., § 112.

¹⁶³ Voir, sur ce point, É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 33 : alors que l'auteur souligne l'absoluité de ce droit fondamental (et d'autres) en ce qu'ils ne souffriraient aucune dérogation possible, il admet cependant qu'il faut concéder certaines précisions (restrictions ?) pour réussir leur définition. « Mais, tout de même, ces droits doivent être définis pour déterminer où commencent ces traitements », en l'occurrence la torture, l'esclavage, ou la servitude (*ibid.*). Pareillement, sur ce que recouvre l'intangibilité des droits et sa nécessaire précision *par le droit*, P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 57-58.

prive les sujets de droit de la faculté d'accepter – aussi insensé que cela puisse paraître au premier abord – que l'on inflige à ces derniers des actes de tortures ou des traitements inhumains et dégradants. La philosophie politique avait établi que nul ne peut renoncer à sa liberté. Prolongeant Locke¹⁶⁴ et Rousseau¹⁶⁵, avec les nuances de rigueur, Mill écrit de l'homme que « le principe de liberté ne peut exiger qu'il soit libre de n'être pas libre. Ce n'est pas la liberté que d'avoir la permission d'aliéner sa liberté »¹⁶⁶. Certes, mais que disent nos règles de droit ?

470. « Tout homme peut engager son temps et ses services ; mais il ne peut se vendre ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable » déclaraient les Thermidoriens en 1795¹⁶⁷. Soit. Mais considérons à présent notre système de droit libéral actuel. Le système de droit français agit, pour interdire à quiconque de porter atteinte à sa propre liberté en renonçant à son droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude, sur deux leviers. Premier levier, il présume que le membre du corps social qui aurait renoncé à son droit fondamental n'a pas pu le vouloir. Il affecte la relation subjective que le titulaire du droit fondamental entretient à l'égard de son droit fondamental : on peut parler d'interdiction subjective. Le second levier actionné, et qui parachève la protection des membres du corps social contre leurs propres agissements, consiste à interdire autoritairement tout renoncement à leur propre liberté : l'interdiction y est objective. Examinons-les successivement¹⁶⁸.

471. L'interdiction subjective, ainsi qualifiée pour les commodités du propos¹⁶⁹, trouve son expression éclatante à travers les affaires dites « d'esclavage » « moderne » ou « domestique » qui eurent au début des années 2000 un grand retentissement et finirent par atterrir dans le prétoire du juge de Strasbourg¹⁷⁰. « Les esclaves modernes, comme ceux d'autrefois, sont obligés de travailler (victimes de menaces psychologiques ou physiques) sans aucune contrepartie financière ou pour une rémunération minime. Ils font l'objet de contraintes physiques ou voient leur liberté de circulation limitée, et sont traités de manière inhumaine et dégradante »¹⁷¹. Dans l'affaire *Siliadin*, brièvement

¹⁶⁴ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p.160 : « un homme n'ayant point de pouvoir sur sa propre vie, ne peut, par aucun traité, ni par son propre consentement, se rendre esclave de qui que ce soit, ni se soumettre au pouvoir absolu et arbitraire d'un autre (...) ».

¹⁶⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 51 : « Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs ». Cf. *supra* n° 84.

¹⁶⁶ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 222.

¹⁶⁷ Voir l'article 15 de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen, précédant la Constitution du 5 fructidor An III (22 août 1795) établissant le Directoire.

¹⁶⁸ Sur cette question, dite de la renonciation à ses droits, voir, notamment, M. LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », préc., p. 1032-1033.

¹⁶⁹ La distinction sémantique est tout à fait artificielle puisque la situation de renoncement à sa liberté est, *in fine*, systématiquement saisie objectivement par la règle de droit. Nous tenions néanmoins à inclure les subtilités qui vont être explicitées en considérant que les conséquences ne sont pas strictement identiques dans l'interdiction dite subjective et l'interdiction objective.

¹⁷⁰ CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, préc. Ces formes d'exploitation moderne sont réprimées, dorénavant et expressément, par les articles 225-13 et s. du Code pénal.

¹⁷¹ Définition de la Recommandation 1663 (2004) adoptée le 22 juin 2004 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, citée dans CEDH, *Siliadin c. France*, préc., § 49.

résumée, la requérante allègue de la violation de l'article 4 en raison de son état de servitude dans lequel elle se trouva par le fait de ses « employeurs » pour lesquels elle travaillait sans rémunération avec des horaires significatifs et chez lesquels elle devait demeurer. Il importe d'indiquer qu'aux yeux de la Cour la protection du droit fondamental de l'article 4 de la Convention implique nécessairement « des obligations positives pour les États (...) d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent les pratiques visées par l'article 4 et de les appliquer concrètement »¹⁷². L'État doit édicter des mesures pour définir le droit fondamental conventionnel spécialement dans ses modalités de protection. Pour conclure à la violation de l'article 4 de la Convention¹⁷³, la Cour européenne considère, si nous condons son raisonnement, que l'État doit édicter des mesures positives pour assurer « une protection concrète et effective contre les actes dont [la requérante] a été victime »¹⁷⁴. Mais, dans cette affaire, il est clair que c'est la situation de la requérante qui est dénoncée et qui constitue le cœur de la violation de l'article 4 : sa vulnérabilité, sa dépendance et son état de minorité aux moments des faits. Elle n'a pu vouloir renoncer à sa liberté. Elle y fut contrainte d'une manière ou d'une autre. Il s'agit donc bel et bien d'une interdiction fondée du point de vue du sujet. Dans cette hypothèse, il n'est pas évident de considérer qu'il peut s'agir d'un intérêt général. Car l'acte à l'origine de la violation de l'article 4 n'est pas directement le renoncement de l'individu à sa liberté – en l'espèce à son droit fondamental à ne pas être réduit en servitude – mais plus exactement la contrainte exercée sur l'individu pour qu'il renonce à sa liberté. Dans cette configuration, nous ne contestons pas l'existence d'un droit absolu ou indérogeable. Il ne s'agit pas de restreindre le droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude au nom d'une considération d'intérêt général tirée de la protection de son titulaire. Au contraire, il s'agit d'une mise en œuvre de la protection dudit droit fondamental en interdisant, du point de vue du sujet, qu'une atteinte soit portée à son droit fondamental en raison des manœuvres d'un tiers¹⁷⁵. En revanche, le second levier établit, quant à lui, directement une restriction au droit fondamental car il ne suppose plus, comme le premier, qu'existe une relation de contrainte, c'est-à-dire un acte à l'origine duquel on justifierait le renoncement à son droit fondamental. L'interdiction apparaît objective.

472. Au titre de l'objectivité, l'apport crucial provient d'une décision du Conseil constitutionnel. En effet, le Conseil constitutionnel a décidé, relativement à l'institution du pacte civil de solidarité – un

¹⁷² CEDH., 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, préc., § 89.

¹⁷³ CEDH, *Siliadin c. France*, préc. : « La Cour conclut (...) que la requérante, mineure à l'époque des faits, a été tenue en état de servitude au sens de l'article 4 de la Convention » (§ 129) et « qu'il y a eu, en l'espèce, violation des obligations positives qui incombent à l'État défendeur en vertu de l'article 4 » (§ 149).

¹⁷⁴ CEDH, *Siliadin c. France*, préc., § 148.

¹⁷⁵ L'arrêt de condamnation de la Cour d'Appel de Versailles rendu le 15 mai 2003 à l'égard des « employeurs » de la requérante est explicite : « M. B. qui disposait d'un niveau intellectuel et culturel lui permettant d'apprécier pleinement l'illicéité de son comportement, mais qui laissait faire, sans doute par lâcheté (...) ». Cf. CEDH, *Siliadin c. France*, préc., § 44. « En conséquence, le comportement antérieur de la victime ne peut évidemment autoriser ou excuser l'emploi de ces méthodes » (P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 399), à savoir des agissements contraires au droit fondamental présentement examiné.

contrat à durée indéterminée –, « que si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis »¹⁷⁶. L'interdiction de renoncer à sa propre liberté est sans l'ombre d'un doute une règle à valeur constitutionnelle. Elle trouve une concrétisation légale dans l'interdiction faite à un individu de souscrire, contractuellement, à des obligations perpétuelles équivalant à renoncer à sa liberté.

473. À ce titre, la Cour de cassation a jugé que viole l'article 1134 alinéa 2 du Code civil la Cour d'appel qui ne tire pas la conséquence « qu'il résulte de cette disposition que, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offert aux deux parties »¹⁷⁷. Cette interdiction de renoncer à sa propre liberté, *autrement dit de se prévaloir du droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude contre ce droit lui-même, découle en dernière analyse de la conception philosophique que le système de droit libéral français retient de la liberté*. La liberté française est une liberté kantienne : la dignité de la personne humaine restreint la liberté¹⁷⁸. De cette conception de la liberté, il faut convenir que le droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude est étroitement lié au droit fondamental au respect de la dignité humaine comme l'a exactement décidé le Conseil constitutionnel : « Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ; qu'il en ressort que *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » (nous soulignons)¹⁷⁹. Quant au Conseil d'État, « assez curieusement il a estimé que "le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public" au lieu d'y voir une norme constitutionnelle »¹⁸⁰ dans son célèbre arrêt

¹⁷⁶ CC, 9 novembre 1999, déc. n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116, cons. n° 61.

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 1985, Bull. 1985, I, n° 54, p. 52. L'article 1134 du Code civil énonce : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [al. 1^{er}]. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise [al. 2]. Elles doivent être exécutées de bonne foi [al. 3] ».

¹⁷⁸ Sur ce point établi, cf. *supra* n° 396 et s.

¹⁷⁹ CC, 27 juillet 1994, déc. n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (Bioéthique)*, Rec. p. 100, GDCC n° 47, p. 852-868, cons. n° 2.

¹⁸⁰ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 47, p. 867.

*Commune de Morsang-sur-Orge*¹⁸¹. Nous pensons qu'il n'y a, au contraire, pas de raison d'être étonnés : que la dignité de la personne humaine constitue un droit fondamental ou qu'elle constitue un principe à valeur constitutionnelle (ou encore une composante de l'ordre public), elle demeure, quelles que soient les ambiguïtés relatives à son statut, un motif d'intérêt général venant restreindre le droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude. Toutes ces qualités, cumulativement ou alternativement, permettent, en toute hypothèse, de restreindre le droit fondamental à ne pas être réduit en esclavage ni en servitude.

474. La qualification de droit indérogeable absolu n'est donc pas déconsidérée. Simplement, elle ne constitue qu'une variété spécifique de droits fondamentaux avec des sous-propriétés propres, c'est-à-dire un genre de droit fondamentaux appartenant à la même espèce. L'indérogeabilité, s'adressant au premier chef aux États parties à la Convention européenne des droits de l'Homme, manifeste juridiquement l'étendue de la protection européenne du droit fondamental protégé par l'article 4. En somme, cette indérogeabilité délimite le contenu principal de l'intérêt général – restreindre pour protéger – dans le cas précis à une seule hypothèse : *restreindre* l'exercice du droit fondamental mentionné y compris contre son propre titulaire pour *protéger* ce droit¹⁸². L'intérêt général discrimine au sein de l'espèce ce genre de droits fondamentaux dans la mesure où le seul motif de restriction concevable par le système de droit paraît se réduire à protéger les titulaires de ces droits indérogeables contre leurs propres agissements. Nous soutenons, après examen des règles contemporaines de notre système de droit libéral, qu'*il est d'intérêt général de ne pouvoir autoriser les titulaires de droits fondamentaux à exercer leurs droits contre eux-mêmes*. La démonstration générale reste alors valide : le droit fondamental en cause est restreint au nom de l'intérêt général. Une telle construction pouvant ne pas emporter l'adhésion, il apparaît indispensable d'apprécier la portée de l'intégration de l'intérêt général à la définition des droits fondamentaux.

B. – La portée de l'intégration de l'intérêt général au concept de droits fondamentaux :

475. Deux éléments serviront à apprécier la portée de la condition d'intérêt général. D'une part, la définition renouvelée du concept de droits fondamentaux, par le truchement de la notion d'intérêt général – c'est l'un des effets de notre proposition doctrinale – paraît pouvoir concilier les deux courants normativiste et substantialiste que l'on a coutume d'opposer en matière de droits

¹⁸¹ CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. p. 372, concl. P. FRYDMAN, GAJA n° 102, p. 737-746.

¹⁸² Le principe civiliste de l'indisponibilité d'un droit traduit, dans cette théorie générale des droits fondamentaux, la faisabilité d'une restriction, dans la définition même des droits fondamentaux, contre leurs propres titulaires.

fondamentaux¹⁸³. D'autre part, et en conséquence, cette même proposition de définition du concept de droits fondamentaux « altère » l'*intégrité* des droits et libertés.

476. Premier élément. « Le recours à l'expression "droits fondamentaux", énonce Samuel Etoa, s'inscrit plus facilement dans des discours juridiques français, soit parce qu'elle réalise l'ambition très positiviste de débarrasser le Droit et son analyse sur les valeurs, soit parce qu'au contraire la référence à la fundamentalité permet de réinvestir un discours jugé trop positiviste desdites valeurs. *Toutes les constructions mentales et théoriques sont donc possibles* » (nous soulignons)¹⁸⁴. Cependant, si nous rejoignons cette étude sur le constat de l'alternative, nous nous en écartons légèrement (car la réflexion ouvre la voie à une « construction mentale et théorique ») en considérant la notion d'intérêt général comme apte à dépasser l'alternative. Le concept de droits fondamentaux, construit en relation avec l'intérêt général, permet, d'une part, de conserver le volet « positif » d'un droit fondamental (celui qui inscrit les droits et libertés dans la hiérarchie des normes), ainsi que l'exige le normativisme, et de préserver, d'autre part, le volet « valeur » dudit droit fondamental, comme le requiert le substantialisme. Or, dans cette contribution au concept de droits fondamentaux, nous faisons reposer sur la notion d'intérêt général, qui n'a pas de contenu déterminé *a priori*, l'axiologie des droits fondamentaux. C'est l'intensité de l'intérêt général imprimée à chaque droit fondamental qui fixe la charge subjective que le système de droit attribue à tel droit ou telle liberté lorsqu'il le ou la restreint pour le ou la définir. Le normativisme garantit l'inscription formelle des droits et libertés et le substantialisme peut se déployer – grâce à l'intérêt général – dans les restrictions apportées aux droits et libertés. Cette dernière remarque nous conduit dès lors à considérer que le concept de droits fondamentaux procède d'un compromis.

477. Second élément, un compromis qui, probablement, « altère » le sens commun des droits et libertés¹⁸⁵. Les droits fondamentaux ne seraient pas un idéal mais plus proches du compromis en ce sens qu'ils sont le résultat d'un saisissement juridique singulier des droits et libertés à partir d'une réalité qui s'imposent à eux, réalité que modère néanmoins la notion d'intérêt général. C'est, nous semble-t-il, l'analyse que soutient le professeur Patrick Wachsmann en affirmant ceci : « La phrase de Benjamin Constant : "Il y a [...] une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante, et qui est de droit hors de toute compétence sociale" (...) ne reflète donc que *faiblement* le droit positif. La plupart des libertés sont des libertés relatives et il importe alors

¹⁸³ Voir, pour une synthèse, cette interrogation de Samuel Etoa : « S'agit-il de dire en effet, avec Louis Favoreu et le courant des normativistes, que la fundamentalité s'explique par l'existence d'une protection contre le législateur ou doit-on considérer avec Étienne Picard et les théoriciens substantialistes, que l'existence des droits fondamentaux est en grande partie indépendante de la hiérarchie des normes et que la fundamentalité de ces derniers est plutôt une affaire de valeurs, au sens axiologique du terme, que de statut juridique ? ». Cf. S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 211.

¹⁸⁴ S. ETOA, op. cit., p. 205.

¹⁸⁵ C'est-à-dire, des droits fondamentaux qui ne pourraient uniquement se réclamer du seul libéralisme politique.

d'examiner quels sont les objectifs dont peuvent *légitimement* se soutenir les limitations qui y sont apportées » (nous soulignons)¹⁸⁶. Être libre aujourd'hui, à travers le concept de droits fondamentaux, ce n'est pas seulement conférer des droits et libertés individuels, catégoriels et collectifs à différents sujets de droit (personne physique ou personne morale), c'est évoluer librement dans un espace juridiquement construit qui ne fait pas *exclusivement* des hommes le centre du droit, mais qui tient *également* compte de leurs interactions. *Tous* les droits fondamentaux sont, de ce point de vue, restreints par l'intérêt général. Celui-ci doit cependant être constitutionnellement valide pour parachever la définition d'un droit fondamental.

IV. – Un droit fondamental est un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel et restreint au nom d'un intérêt général *constitutionnellement valide* :

478. La dernière question – le dernier critère d'identification – qui se pose est de savoir, au plan de la hiérarchie formelle, où se situe l'intérêt général. Pour parfaire la construction d'un droit fondamental, tout repose sur la procédure de validation de l'intérêt général invoqué pour restreindre un droit ou une liberté. Si la fondamentalité puise son expression procédurale dans la Constitution, rien ne permet d'affirmer qu'elle s'épuise dans cette même catégorie de normes. C'est la position que le professeur Picard ne paraît pas exclure bien que son propos tente de fonder la fondamentalité d'un droit y compris en dehors de toute attache constitutionnelle : « si l'on essaie (...), dit-il, de situer les droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes, on s'aperçoit qu'ils se retrouvent, dans toute cette structure normative, à peu près partout, et qu'aucune norme ne peut en rendre compte, ni exclusivement ni intégralement, alors que, de prime abord, les droits fondamentaux ne devraient résider que dans la norme fondamentale (...) »¹⁸⁷. Toutefois, formellement, la production du contenu de l'intérêt général obéit aux règles de la hiérarchie des normes, elle-même établie par la Constitution.

479. Alors il faut considérer, avec Guillaume Merland, que la notion d'intérêt général est dépourvue de valeur juridique intrinsèque¹⁸⁸. Car, « on peut sans trop de risques constater que contribuent – à des titres et à des degrés divers – à la définition de l'intérêt général, le constituant, le législateur, l'administration, le juge constitutionnel et le juge dit ordinaire »¹⁸⁹. Toutefois, si l'on s'accorde à dire que l'intérêt général dérive de la norme suprême, alors, *in fine*, il doit être en conformité avec la norme suprême de l'ordre juridique français. L'examen de la proposition suivante éclairera notre

¹⁸⁶ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 59.

¹⁸⁷ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 8.

¹⁸⁸ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 107.

¹⁸⁹ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 47. Voir, pour une analyse similaire, G. MERLAND, op. cit., p. 107.

argumentaire. Dans notre système de droit, « il est admis que la notion d' "intérêt général" ne peut être définie que par les autorités politiques légitimement élues et politiquement responsables, *dans le respect de la constitution* et sous le contrôle du juge » (nous soulignons)¹⁹⁰. Si nous considérons, logiquement, que la définition de l'intérêt général réalisée par les autorités politiques légitimement élus et politiquement responsables et contrôlée par un juge, sont également deux exigences constitutionnelles, alors la proposition ne constitue, sous cette formulation, qu'une explication élaborée de l'assertion suivante : il est admis que l'intérêt général ne peut être défini que dans le respect de la Constitution. La validation de son contenu par des normes infra-constitutionnelles suppose que la norme constitutionnelle n'ait ni interdit cette qualification, ni qu'elle n'ait pu l'empêcher, ce qui, du point de vue de l'effet revient à dire que cette validation a été autorisée expressément ou tacitement par la norme constitutionnelle. En dernier ressort, la valeur juridique de la notion d'intérêt général est d'être une norme constitutionnellement valide¹⁹¹. La construction de l'intérêt général par des normes inférieures à la Constitution ne peut résulter que de la collection des démembrements normatifs conformes aux règles constitutionnelles, autrement dit des concrétisations particulières ou des mises en œuvre précises par l'ensemble des normes du système de droit libéral. « Le contexte postmoderne dans lequel s'inscrivent les droits fondamentaux (...) met à nu au niveau constitutionnel toutes les valeurs concurrentes de la société pour forcer les pouvoirs publics et le juge à les faire coexister »¹⁹². Or, nous l'avons dit, la production normative d'un droit ou d'une liberté, fondamental(e), est formellement constitutionnelle dans la stricte mesure, toutefois, où le contenu de l'intérêt général invoqué – qui peut être matériellement constitutionnel, international, européen ou législatif – pour restreindre un droit ou une liberté satisfasse aux règles de la hiérarchie des normes. *Un droit fondamental français sans lien aucun avec la Constitution ne se peut pas*. C'est en ce sens que la notion d'intérêt général doit être constitutionnellement valide pour définir les droits fondamentaux. C'est dans ce cadre constitutionnel que la conciliation entre les deux partenaires de la relation droits fondamentaux et intérêt général pourra être organisée par le système de droit libéral.

¹⁹⁰ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op. cit.*, p. 49.

¹⁹¹ Pour un point de vue probablement différent sans être frontalement opposé : N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 1. Car, si selon Noëlle Lenoir, « l'intérêt général ne paraît pas en soi de valeur constitutionnelle (...) », l'ancien conseiller constitutionnel admet qu'il est peut-être « plus qu'une norme constitutionnelle *stricto sensu* », c'est-à-dire forcément, *a minima*, de valeur constitutionnelle.

¹⁹² A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 299.

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

480. La conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général est une conciliation, avant tout, normative. Elle est fondée dans l'existence d'une norme suprême, la Constitution de 1958, laquelle permet de faire coexister tous les droits fondamentaux consacrés. Dans ce cadre conceptuel, l'intérêt général joue un rôle déterminant dans le renouvellement du concept de droits fondamentaux que nous proposons. Mais cette conciliation normative ne dit rien de l'organisation constitutionnelle propre à satisfaire les clauses du pacte¹. En concluant le pacte social libéral, les membres signataires ne se sont pas engagés dans la détermination précise des modalités pratiques d'édiction des restrictions aux droits fondamentaux. « Nous ne devons pas penser que le contrat originel soit conçu pour nous engager à entrer dans une société particulière ou pour établir une forme particulière de gouvernement. L'idée qui nous guidera est plutôt que les principes de la justice valables pour la structure de base de la société sont l'objet de l'accord originel »². Par ces mots est rappelée la précision exacte du pacte dans sa base comparée à l'immensité de sa mise en œuvre. Tout au plus, les signataires ont inscrit dans la norme suprême le principe selon lequel toute intervention du système de droit libéral procède d'une façon ou d'une autre d'eux-mêmes et ce, à diverses occasions dans notre bloc de constitutionnalité. Il ne faut toutefois pas à l'inverse être complètement insensible à la nécessité d'une certaine organisation³. L'organisation constitutionnelle idéale s'écrit donc en creux dans l'histoire constitutionnelle des restrictions aux droits fondamentaux. On en trouve en effet des traces dans plusieurs dispositions constitutionnelles.

¹ Existe-t-il un « bon gouvernement » ? Après avoir récusé plusieurs indicateurs, Rousseau déclare : « Pour moi, je m'étonne toujours qu'on méconnaisse un signe aussi simple, ou qu'on ait la mauvaise foi de n'en pas convenir. Quelle est la fin de l'association politique ? C'est la conservation et la prospérité de ses membres. Et quel est le signe le plus sûr qu'ils se conservent et prospèrent ? C'est leur nombre et leur population. N'allez donc pas chercher ailleurs ce signe si disputé. Toutes choses d'ailleurs égales, le Gouvernement sous lequel, sans moyens étrangers sans naturalisations sans colonies les Citoyens peuplent et multiplient davantage, est infailliblement le meilleur : celui sous lequel un peuple diminue et dépérit est le pire. Calculateurs, c'est maintenant votre affaire ; comptez, mesurez, comparez ». Cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, op. cit.*, p. 123. À moins de s'en tenir à cette remarque conclusive de Luc Sindjoun, politologue de l'Université de Yaoundé (Cameroun), assez sibylline – « les gouvernés ont les gouvernants et les régimes politiques qu'ils méritent » (cf. L. SINDJOUN, « Brèves réflexions sur une question sans fin », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale, op. cit.*, p. 98). Contrairement à ce que Rousseau insinuait, il n'y aurait pas de « bon gouvernement » qu'établirait l'intérêt général.

² J. RAWLS, *Théorie de la justice, op. cit.*, p. 37. Et il n'y a pas de contradiction avec la suite du propos de Rawls lorsqu'il poursuit : « Ces principes doivent servir de règle pour les accords ultérieurs ; ils spécifient les formes de la coopération sociale dans lesquelles on peut s'engager et les formes de gouvernement qui peuvent être établies » (p. 37) ; autrement dit ce qui est acceptable pour être considéré, de notre point de vue, comme constituant valablement un *pacte social libéral*.

³ Selon Adolphe Granier de Cassagnac, le théoricien constitutionnel de Napoléon III, le Second empire aurait réalisé la liberté politique : « quelle est la pensée des institutions napoléoniennes [...] ? C'est la division et l'indépendance des pouvoirs que Montesquieu appelle le principe même de la liberté » (Cf. A. GRANIER DE CASSAGNAC, *La Révision de la Constitution*, Paris, Plon, 1851, p. 37-38, cité et présenté par C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », préc., p. 120). Le Second empire au cœur de la liberté ? D'où les nuances qu'adresse le professeur Peces-Barba sur cet aspect du droit constitutionnel dans G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 128-129, spéc. p. 129 : « Le retour aux origines montre l'interdépendance qui existe entre les droits fondamentaux et leurs principes d'organisation d'une part, et l'idée de limitation de l'exercice du pouvoir d'autre part (...) ». L'auteur développe certains traits caractéristiques de l'organisation constitutionnelle idoine à la réalisation effective des droits fondamentaux (voir « la sécurité par rapport au droit, p. 227-231).

481. Au titre de l'article 3 de la Déclaration de 1789, « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »⁴. Par cette disposition, la norme suprême indique l'origine démocratique du droit. Cette liberté apparaît plus nettement encore dans l'article unique, point 1, de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. Le Constituant y réitère l'origine démocratique des restrictions aux droits fondamentaux en indiquant que « seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent (...) » les pouvoirs⁵. Cette disposition traduit l'attachement premier aux sources du système de droit plutôt qu'à son élaboration dans le détail. Car, ce qui est essentiel, et quelle que puisse être l'architecture constitutionnelle du système de droit libéral français, est l'appropriation de la notion d'intérêt général par les membres signataires du pacte, autrement dit que la liaison entre eux et l'intérêt général soit toujours établie comme le souligne l'article 2 alinéa 5 de la Constitution : « Son principe est : « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »⁶. Le système de droit jouit d'une relative liberté puisque le pacte social libéral a fixé un but – une obligation de résultat – sans imposer une liste précise des moyens pour y parvenir⁷. Nous dirions non sans approximation que le système de droit doit *a priori* définir les droits fondamentaux efficacement⁸. À charge pour lui de s'organiser selon les voies qu'il juge appropriées. Ce positionnement est corroboré *mutatis mutandis* par la Cour européenne des droits de l'Homme⁹. Le juge de Strasbourg ne s'intéresse pas, *a priori*, à l'organisation constitutionnelle des États pourvu que ces derniers respectent les droits fondamentaux énumérés par la Convention européenne parce que cette dernière, écrivent les professeurs Sériaux, Sermet et Viriot-Barrial, « ne prend pas parti sur la répartition des compétences normatives entre lois et règlements en ce qui touche aux droits et libertés

⁴ Voir également son article 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation » (nous soulignons).

⁵ Loi constitutionnelle du 3 juin 1958, in *La Constitution française du 4 octobre 1958*, La Documentation française, coll. Documents d'études, n° 1.04, 2008, p. 3.

⁶ Principe dont on trouve, comme on le sait maintenant, une concrétisation à l'article 3 de la Constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

⁷ On perçoit nettement cette donnée dans l'arrêt CEDH, Gr Ch., 10 novembre 2005, *Mme Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 4477498, R. 2005-XI, § 94 : « la Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un État défendeur pour réglementer tel ou tel domaine ; son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention ».

⁸ Il lui revient librement d'apprécier les moyens à mettre en œuvre car pèse sur ce dernier uniquement une obligation de résultat. Son intervention doit être *efficace* au sens premier de « qui produit l'effet qu'on en attend » (Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 824).

⁹ Nous prenons garde à ne pas surdéterminer certains paramètres propres au droit conventionnel en tant qu'il est du droit international lequel a toujours laissé l'État « libre de la fixation de sa Constitution et, par suite, de la répartition des compétences qui en découle ». En ce sens, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 163. Voir par exemple CEDH, 24 juillet 1968, *affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°s 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, série A n° 6, § 10 : la Cour « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention ». De même, le droit international, duquel procède un principe d'autodétermination de l'État, a durablement établi l'interdiction, faite aux États et à l'ordre international, au nom d'un principe de non-ingérence qui est lié au premier, de connaître de la structure politique qu'un État s'est choisie pour mettre en œuvre les droits fondamentaux. En ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 120.

qu'elle reconnaît »¹⁰. Cette idée d'obligation de résultat n'est pas absente d'un arrêt fondateur du droit conventionnel lorsque la Cour européenne rappelle « qu'aux termes de l'article 1^{er}, les États parties "reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention" (...). Or elle ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la "juridiction" des États membres à l'empire de la Convention. C'est donc par l'ensemble de leur "juridiction" – laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la Constitution – que lesdits États répondent de leur respect de la Convention. Aussi l'organisation institutionnelle et politique des États membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles (...) ou simplement législatives (...) »¹¹. Il est par suite logique que la Constitution ne puisse, à elle seule, déterminer toutes les hypothèses de définition des droits fondamentaux. Elle « délègue » la mise en œuvre de la conciliation à l'ensemble des organes de notre système de droit libéral. La conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général s'en trouve dès lors conditionnée par la hiérarchie des normes.

¹⁰ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 163.

¹¹ CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n° 19392/92, R. 1998-1, § 29-30. Ce questionnement vaut aussi pour les traités de base du droit de l'Union à propos desquels Olivier Dubos écrit que « c'est la structuration du pouvoir qui la meilleure garante des droits de l'homme (...) ». Cf. O. DUBOS, « Droit communautaire », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 266.

Chapitre II : Une conciliation conditionnée par la hiérarchie des normes :

482. « La déclaration de 1789 ne se contente pas de fixer le but de la société, qui est, conformément à l'enseignement de Locke, la "conservation des droits naturels". Elle décrit aussi la structure institutionnelle la plus apte à permettre d'atteindre ce but »¹. En son nom, le système de droit libéral va s'organiser – librement² – de manière à prendre les mesures propres à résoudre les conflits de droits fondamentaux que l'organe constituant aura intégrés à l'ordonnement juridique. Or, la production de l'intérêt général obéit en France, comme dans tous les États modernes, à une double logique dont Philippe Braud nous rappelle la teneur : « la centralisation distinctive de l'État moderne se manifeste dans l'émergence d'un système pyramidal de droit (Kelsen) dont l'effectivité est garantie par la monopolisation de la contrainte légitime. Au sommet, la Constitution ; elle détermine "la compétence des compétences" (Jellinek). Avec une autorité immédiatement inférieure, la loi et les règlements. En conformité nécessaire avec eux, les arrêtés des autorités publiques, les conventions passées entre les particuliers et les actes unilatéraux qu'ils sont habilités à émettre. Pour garantir l'effectivité de cette hiérarchie, une Cour supérieure impose ses décisions aux juridictions inférieures. Parallèlement à cette structure pyramidale du droit, il existe une structure pyramidale de l'administration et des services publics. Le principe hiérarchique qui prévaut place tout agent en position de subordination vis-à-vis d'un chef, lui-même dépendant à son tour d'une autorité plus élevée. Ainsi, de proche en proche, remonte-t-on jusqu'à l'instance politique suprême. Enfin, en dehors même de l'appareil administratif, tous les autres pouvoirs politiques qui s'exercent au niveau local ou régional sont dépendants de l'ordre juridique instauré par l'État »³. La systémique ainsi engendrée impose à la conciliation normative entre les droits fondamentaux et l'intérêt général son premier impératif. La conciliation est fondée sur le respect de la hiérarchie des normes (Section 1^{ère}). La partition ainsi écrite (le système de droit doit définir l'intérêt général) est mise en musique par les organes normatifs du système de droit (dans le cadre imposé de la hiérarchie des normes). Mais pour ne pas sonner faux, il échoit que l'ensemble soit soumis à des contrôles. Ceux-ci relèvent des organes juridictionnels, c'est-à-dire des organes de contrôle de la définition des droits fondamentaux. La conciliation ne saurait être validée sans une garantie des droits (Section 2^{ème}).

¹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 76.

² La norme juridique y est dans ce cas « purement organisatrice ». Cf. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 11.

³ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 212. Ajoutons à ce schéma, au demeurant très clair, les normes internationales qui s'insèrent entre la loi et la Constitution. Sur l'origine du concept de hiérarchie des normes, dont M. Wachsmann rappelle qu'il peut se concevoir dès le droit de la Rome impériale, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 76-78.

Section 1^{ère} : La conciliation fondée sur le respect de la hiérarchie des normes :

483. On retrouve, écrit Denys Simon, une « pluralité d'acteurs habilités à contribuer, même si c'est selon des modalités et avec une intensité variables, à la détermination de la portée normative de l'intérêt général »⁴. L'intérêt général offre à la règle de droit et aux organes chargés de la produire le support matériel destiné à définir les droits fondamentaux. Les acteurs juridiques jouissent d'une large autonomie pour exprimer l'intérêt général dès lors que la répartition des rôles est laissée à l'appréciation du système de droit lui-même. La nécessité d'action pesant sur les organes du système juridique implique, à elle seule, une certaine souplesse dans la production normative, ce qu'Éric Millard rappelle ici : « un ordre juridique comprend en son sein des normes d'habilitation ou de compétence, c'est-à-dire des énoncés dont la signification prescriptive est d'accorder une valeur de prescription valide aux actes de volonté d'autorités qu'elle désigne. Un ordre juridique qui ne prévoirait pas de telles normes serait totalement figé, et donc d'une certaine manière assez rapidement dépourvu de toute efficacité (...) »⁵. Comme l'écrit judicieusement Bertrand Mathieu, l'intérêt général « fédère des objectifs plus qu'il ne rassemble des dispositions »⁶. Dans cette mesure, il ne saurait être question de s'engager dans une description minutieuse de l'ordonnement juridique pour en dresser un inventaire fastidieux. Néanmoins, pour mesurer l'impact du respect de la hiérarchie des normes sur la conciliation normative entre droits fondamentaux et intérêt général, nous pouvons en souligner les principes structurants (§1.) et les limites structurelles (§2.).

§1. – Les principes structurants de la hiérarchie des normes :

484. « La hiérarchie des normes consiste, selon un raccourci, dans une méthode de résolution de conflits de normes commandant d'opter pour la norme supérieure en éliminant la norme subordonnée »⁷. De cette définition, il ressort un certain nombre de principes structurant la hiérarchie des normes dont l'impératif méthodologique – que constitue le triptyque droits fondamentaux, démocratie et État de droit – (I.), d'une part, et des exigences fonctionnelles (II.), d'autre part.

⁴ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 47.

⁵ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 27.

⁶ B. MATHIEU, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 6.

⁷ B. FAURE, « Hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 478. Voir aussi, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 229 : évoquant l'image évocatrice de « la chaîne de validité ».

I. – L'impératif méthodologique : démocratie, droits fondamentaux et État de droit

485. L'impératif méthodologique, bien qu'il concerne qu'indirectement les sujets de droit, relève prioritairement du système de droit : « Il est indispensable d'organiser (...) un ensemble cohérent : c'est une exigence d'ordre, de méthode et d'efficacité du droit public. De justice et de démocratie aussi : qu'en resterait-il si, par exemple, le législateur s'affranchissait du respect de la Constitution ou l'Administration de celui de la loi ? »⁸. Que faire lorsque « les gouvernants peuvent à tout moment être tentés de mener une stratégie propre et d'oublier les contraintes de l'intérêt général » ?⁹ La parade tient en ce que les organes désignés, pour déclarer tel contenu d'intérêt général précis en qualité de restriction aux droits fondamentaux, sont enserrés dans le principe de juridicité. Ce principe procède indirectement des valeurs défendues par le pacte social libéral. John Rawls a eu l'occasion de l'écrire à sa manière : « Le désir de suivre des règles, de manière impartiale et conséquente, de traiter des cas semblables de manière semblable, et d'accepter les conséquences de l'application de normes publiques est intimement lié au désir, ou du moins à l'intention de reconnaître volontiers les droits et libertés des autres et de partager équitablement les avantages et les charges de la coopération sociale »¹⁰. Ce principe implique, également, le respect de la hiérarchie des normes par les autorités publiques à tous les échelons « car enfin, agir sans autorité, au-delà des bornes marquées, n'est pas un droit d'un grand plutôt que d'un petit officier, et ne paraît pas plus excusable dans un Roi que dans un Commissaire de quartier, ou dans un sergent (...) »¹¹. Alors, seulement, « cette discipline du pouvoir sert la cause des droits fondamentaux (...) »¹².

486. La production valide du contenu de la notion d'intérêt général répond, dans la méthode actuelle de détermination, à trois exigences ramenées au désormais célèbre triptyque : droits fondamentaux, démocratie, État de droit. Le système de droit français doit : énoncer l'intérêt général dans le respect de la nécessité fondamentale de restreindre les droits et libertés pour les protéger et donc les définir (exigence relative aux droits fondamentaux), énoncer l'intérêt général au terme d'un processus démocratique où c'est le souverain qui tranche (exigence relative à la démocratie) et, enfin, énoncer l'intérêt général dans le respect des formes procédurales et de la hiérarchie normative, ce qui revient à créer les conditions procédurales de soumission aux deux premières exigences (exigence relative à l'État de droit). Nous pourrions réduire le triptyque à deux axes : celui du but

⁸ D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 49.

⁹ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 26.

¹⁰ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 91. Car « il est clair que (...) les menaces qui pèsent sur la liberté sont moindres quand la loi est appliquée de manière impartiale et régulière, conformément au principe de légalité » (p. 277).

¹¹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 293 § 202.

¹² B. FAURE, « Hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 478.

(matériellement, définir les droits et libertés) d'une part, et celui, d'autre part, de la méthode (formellement, État de droit et démocratie). En faveur de cette présentation, on a souligné la proximité voire « l'intimité entre l'État de droit et la démocratie »¹³, le premier serait, selon nous, le moyen quand la seconde est la manière ; l'un et l'autre constituant les deux faces d'une même pièce : « *La démocratie, c'est la transposition politique de l'État de droit et l'État de droit la traduction juridique de la démocratie* » (italique dans le texte)¹⁴. La hiérarchie des normes impose aux normes infra-constitutionnelles d'être conformes à la Constitution¹⁵. L'intérêt général se meut dans cet État de droit. La hiérarchie des normes constitue un impératif à tous les échelons de notre système de droit : elle est un principe essentiel¹⁶, que nous l'appelions, au plan européen, la prééminence du droit ou bien encore ce que Michel Levinet appelle « le droit au respect du droit »¹⁷. Le rapport entre la Constitution et la loi illustrera le principe dégagé ici.

487. Bien que ce soit acquis¹⁸, nulle part dans notre loi fondamentale ne figure l'inscription d'une règle de conflit de normes intéressant la loi et la Constitution¹⁹. Il aura fallu attendre une décision du Conseil constitutionnel de 1985 pour qu'enfin on reconnaisse que « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »²⁰. Cet *obiter dictum*²¹ a néanmoins toute son importance : à défaut de suprématie, toute norme contraire à la Constitution devient une norme constitutionnelle ou, dans la même veine, toute norme contraire à la Constitution disqualifie la norme constitutionnelle et lui fait prendre le rang normatif de la norme modificative²². Nier la suprématie de la Constitution revient à nier son caractère de norme constitutionnelle. L'intervention du législateur

¹³ L. SINDJOUN, « Brèves réflexions sur une question sans fin », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 91-98, spéc. p. 95.

¹⁴ G. CONAC, *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, p. 485, cité par L. SINDJOUN, « Brèves réflexions sur une question sans fin », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 95.

¹⁵ Nous érodon certaines aspérités originales de la hiérarchie des normes qui, comme on le sait, n'est pas en vérité et toujours une application automatique de la prévalence de la norme supérieure sur la norme inférieure. Il faudrait nuancer cette présentation comme le suggère le professeur Chapus qui insiste sur le rapport de comptabilité ou « de non incompatibilité » entre les deux normes, ouvrant la voie à une forme de souplesse dans la hiérarchie des normes (cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 1082-1085).

¹⁶ Au sens où « le pouvoir d'État n'est plus que l'exercice d'une fonction normative indivise » reposant tout entier sur la Constitution du 4 octobre 1958. Cf. C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », préc., p. 130. « Tous les étages de la hiérarchie des normes sont sollicités comme sources de libertés publiques » (cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 363).

¹⁷ M. LEVINET, « Lecture critique du "modèle européen" de protection des droits de l'homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 14.

¹⁸ Parce que simplement logique compte tenu de la décision CC, 16 juillet 1971, déc. n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, Rec. p. 29, GDCC n° 19, p. 237-255.

¹⁹ Tout au plus pourrait-on l'inférer du caractère obligatoire de la saisine du Conseil aux fins de contrôle de conformité à la Constitution des lois organiques prévue par l'article 61 alinéa 1^{er}. Une telle concession ne contredit cependant pas l'absence de la règle écrite que nous cherchons.

²⁰ CC, 23 août 1985, déc. n° 85-197 DC, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70, GDCC n° 38, p. 633-660, cons. n° 27 in fine.

²¹ Sur cet *obiter dictum*, voir notamment, P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs* 2005, p. 5-19, spéc. p. 5.

²² C'est l'hypothèse des III^{ème} et IV^{ème} Républiques, la loi étant la norme suprême puisqu'elle pouvait contrevenir aux normes matériellement et/ou formellement constitutionnelles.

doit se conformer au respect des normes constitutionnelles parce que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours » et « s'imposent aux pouvoirs publics (...) »²³, par conséquent au législateur. Ce disant, le Conseil constitutionnel affirme que le lien entre restriction et définition d'un droit fondamental est validé à condition que la norme légale s'inscrive dans l'ordonnancement prévu par la Constitution, c'est-à-dire comme norme inférieure. Ainsi, parmi de nombreuses autres décisions, le Conseil constitutionnel a considéré que l'intérêt général poursuivi par le législateur (la taxation d'office par l'administration en matière fiscale) n'était pas conforme à l'intérêt général déterminé par la Constitution relativement à la définition du principe d'égalité : « ainsi ladite disposition porte atteinte au principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution »²⁴. On saisit d'autant plus la résolution du conflit de normes exprimant l'intérêt général que la requête du président du Sénat, à l'origine de la saisine du Conseil, pointe directement les deux éléments en conflit : l'utilisation exclusive de l'article 13 de la Déclaration par le législateur pour définir le principe d'égalité et l'utilisation de l'ensemble de la Déclaration de 1789 par le Conseil pour définir ce même principe²⁵. Or, en censurant la loi, le Conseil constitutionnel ne peut qu'affirmer dans la décision *Taxation d'office* que le droit fondamental – qu'est le principe d'égalité – n'est pas défini seulement par l'article 13 (égalité devant l'impôt), y compris lorsque la loi porte sur la matière fiscale, mais aussi par l'ensemble des dispositions de la Déclaration de 1789.

488. Mais à l'intérieur de cette hiérarchie – sous réserve donc de la respecter – rien ne s'oppose à ce que l'autorité désignée puisse déceler l'intérêt général. Simplement, elle doit y être autorisée expressément ou implicitement par l'ordre juridique. Il n'en reste pas moins vrai que la détermination ultime de l'intérêt général incombe à un seul acteur, l'État, puisque « le lien entre le droit et l'État (envisagé comme pouvoir d'injonction) est encore plus fort. En effet, on peut (...) affirmer que l'État moderne, ayant achevé le processus de centralisation du système juridique, toutes les règles de droit applicables dans la société découlent de lui, directement ou indirectement, par habilitation, délégation, autorisation »²⁶. Ce sont là les premières exigences fonctionnelles qui structurent la hiérarchie des normes.

²³ Article 62 alinéa 3 de la Constitution.

²⁴ CC, 27 décembre 1973, déc. n° 73-51 DC, *Loi de finances pour 1974 (Taxation d'office)*, Rec. p. 25, GDCC n° 21, p. 272-294.

²⁵ Voyez la requête dont MM. Favoreu et Philip rapportent les éléments décisifs : «...en se référant à ce document fondamental, le gouvernement n'en a retenu que les dispositions relatives à l'égalité des citoyens devant les charges publiques énoncée à l'article 13. Par contre, la discrimination qu'il a introduite au dernier moment...est manifestement contraire aux articles 1^{er} et 6 de la Déclaration, car elle rompt l'égalité des citoyens devant la loi et devant la justice ». Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 21, p. 278-279.

²⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 199. Ainsi, la détermination de l'intérêt général par les collectivités territoriales infra-étatiques françaises est possible pourvu qu'elle demeure dans le cadre fixé par l'État. Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, opposable à l'État collectivité territoriale, ne s'étend pas au-delà de l'État constitutionnel. Voir la remarque à ce sujet de J.-P. MARKUS, « Sursis à exécution et intérêt général »,

II. – Les exigences fonctionnelles :

489. Deux exigences appellent notre attention dans la structuration de la hiérarchie des normes. En premier lieu, il est indispensable de distinguer les fonctions normatives des fonctions juridictionnelles (A.). En second lieu, l'intérêt général doit être rattaché, d'une manière ou d'une autre, à cette hiérarchie des normes (B.) par le biais des organes du système de droit.

A. – La nécessité absolue de séparer constitutionnellement les fonctions normative et juridictionnelle :

490. Le plus important, pour mettre en œuvre la hiérarchie des normes, est de distinguer deux fonctions irréductibles : édicter le droit et dire le droit (1.). Cette distinction soulève, il est vrai, certaines difficultés, en pratique, que l'exemple du rapport loi/règlement donne à voir (2.).

1. – Le principe de la distinction fonction normative/fonction juridictionnelle :

491. Comprendre de quelle façon le système de droit est le mieux à même de rationaliser la coexistence des droits fondamentaux en produisant du droit ne peut durablement s'arc-bouter sur le principe obsolète – ici – de séparation des pouvoirs entendus comme séparation tripartite des organes. La perspective est différente. Le système de droit produit en effet un ensemble d'actes juridiques destinées à régir la vie sociale et résoudre le conflit entre droits fondamentaux et intérêt général²⁷. Certains d'entre eux sont le fond même de l'ordre juridique et forment le droit objectif : « une Constitution, une loi, un règlement administratif, un jugement (...) »²⁸, auxquels il faut ajouter les engagements internationaux. Il convient d'indiquer que la production du droit selon les vues de la séparation des pouvoirs implique alors une différenciation en trois actes spécifiques : acte législatif, acte exécutif et acte juridictionnel. Mais on peut, en dépit de cette diversité d'actes juridiques, les ranger en deux catégories distinctes, c'est-à-dire en partant des « deux pôles du régime juridique que constituent la règle et le jugement »²⁹. Tenons pour acquis qu'une norme est une règle de droit générale et impersonnelle et qu'une décision de justice – au sens matériel – est l'acte (juridictionnel) d'application à un cas déterminé de la norme prévue pour ce cas. Quel que soit le critère retenu –

préc., p. 254 : « C'est à la décentralisation que le préfet doit d'avoir été doté d'instruments de contrôle censés lui permettre de faire valoir l'intérêt de la nation face à l'action des autorités décentralisées ».

²⁷ « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté accomplies en vue de produire des effets de droit et sans lesquels ces effets de droit ne se produiraient pas ». Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 178.

²⁸ F. TERRE, op. cit., p. 178.

²⁹ F. TERRE, op. cit., p. 597.

formel ou matériel –³⁰, cette distinction permet de construire la conciliation des droits fondamentaux autour de deux actes nettement différenciés cette fois d'un point de vue fonctionnel : l'acte normatif et l'acte juridictionnel. Cette différenciation correspond très exactement aux actes juridiques que produisent soit les organes dits normatifs (Constituant, État pour l'engagement international, législateur, Administration), soit les organes dits juridictionnels (Conseil constitutionnel, Cours suprêmes, Cours européennes, et tout organe ayant reçu du système de droit une fonction juridictionnelle). Or il apparaît que c'est la fonction qui suppose l'organe – et non l'inverse. Une fois le système de droit établi, il est fondamentalement libre de s'organiser comme il l'entend dès lors qu'il pose du droit (édiction/acte normatif) destiné effectivement à restreindre la liberté pour la protéger (diction/acte juridictionnel). La juridicisation de la liberté appelle son contrôle. Ce qui est essentiel pour l'énonciation juridique et valide de l'intérêt général procède par conséquent d'une opposition binaire entre la fonction normative et la fonction juridictionnelle.

492. Certes, la prudence est toujours de rigueur car au cœur de la séparation des fonctions se joue une partie du respect de l'État de droit : « Le véritable enjeu de l'État de droit se situe donc au niveau des rapports entre la loi et le règlement ; et, sur ce plan, il n'est pas faux de parler d'une véritable *crise du principe de légalité*, car si la loi reste formellement prééminente, elle tend à devenir un cadre normatif de moins en moins contraignant. Les lois se présentent davantage comme des textes d'*habilitation*, ouvrant à l'administration des domaines nouveaux d'intervention et étendant le champ de ses compétences, que comme des dispositifs visant à borner et à limiter sa puissance ; elles constituent pour elle moins des freins ou des entraves que des moyens de développer sa capacité d'action et de renforcer sa liberté d'appréciation (...) » (italique dans le texte)³¹. Ce qu'il faut garder en mémoire est l'étroite relation qu'entretiennent le législateur, le Gouvernement, l'Administration et les autorités juridictionnelles, y compris le Conseil constitutionnel. Dès lors que la loi se dessaisit de certaines questions, il est naturel que le Gouvernement et l'Administration s'y engouffrent et que les juges effectuent leurs contrôles. La tendance du législateur à se défaire sur l'administration implique alors un contrôle accru tant, en amont, du juge constitutionnel qu'en aval, du juge administratif. Néanmoins, si la frontière entre les organes s'estompe (principalement entre le législatif et l'exécutif), cela n'est pas problématique du point de vue de la nécessité de séparer édiction et diction. Il ne faut pas donner trop d'importance à la technique mais s'assurer que le résultat recherché est atteint. L'analyse d'Élisabeth Zoller portant sur la relation entre la loi et le règlement éclaire significativement ce point.

³⁰ Débat dans lequel nous n'entrerons pas, cependant, sommairement, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 597-598.

³¹ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 340.

2. – Les limites de la distinction : l'exemple du rapport loi/règlement

493. Le professeur Zoller rappelle que « le pouvoir réglementaire ne s'est pas construit uniquement au détriment du pouvoir législatif, comme on aime à le dire en invoquant la tradition républicaine qui permettait au Parlement d'exercer son pouvoir sur n'importe quel objet. La relation entre les pouvoirs législatif et réglementaire n'est pas un jeu à somme nulle ; tout ce qui est gagné par l'un n'est pas automatiquement perdu par l'autre. Le pouvoir législatif gagne en autorité et en légitimité en se limitant à des objets généraux. Le principal avantage d'un pouvoir réglementaire complémentaire à la loi est que celle-ci, bien obligée par nécessité de ne s'intéresser qu'à un objet général, peut alors légitimement prétendre, par la généralité de son objet, à être tenue pour l'expression de la volonté générale et donc conforme à l'intérêt national »³². Autrement dit, lorsqu'ils affectent les droits fondamentaux, la loi et le règlement n'entretiennent pas automatiquement une opposition frontale mais plutôt une relation de partenariat que traduit la notion moderne de « fonction gouvernementale »³³. Le rôle ainsi confié au pouvoir réglementaire est si important qu'on a pu écrire, sans contradiction, de ce pouvoir qu'il « doit être considéré comme un élément fondamental de la conception française de la loi »³⁴. Outre qu'« elle n'a jamais été bien acceptée, ni même bien comprise »³⁵, cette lecture d'un partage des compétences reposant sur un partenariat juridique loi et règlement a semble-t-il cédé à une vision plus politique³⁶ avec les risques inévitables qu'elle peut engendrer³⁷. Mais elle révèle que le législateur et l'exécutif contribuent, à des degrés divers, à la fonction d'édiction du droit. Le Conseil constitutionnel a jeté la lumière sur ce glissement à l'occasion de sa décision *Blocage des prix* rendue le 30 juillet 1982 : « Considérant, sur le second point, que, si les articles 34 et 37, alinéa 1^{er}, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2, et 41 ; que la procédure de l'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d'une irrecevabilité à l'insertion d'une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l'article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d'un déclassement, de restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret ; que l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37,

³² É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 193.

³³ Voir É. ZOLLER, op. cit., p. 204. En bref, elle établit que le pouvoir exécutif devient une fonction essentielle dans l'État dans la mesure où c'est sur lui que repose la détermination de l'intérêt général dont on trouve l'expression emblématique dans le pouvoir d'initiative législative qui lui est reconnu depuis la Constitution du 22 frimaire An VIII (13 décembre 1799) par Napoléon Bonaparte.

³⁴ É. ZOLLER, op. cit., p. 193.

³⁵ É. ZOLLER, op. cit., p. 194.

³⁶ Parce que, d'après Élisabeth Zoller, « la distinction pose difficulté à tous ceux, ils sont encore très nombreux, qui parent le pouvoir législatif de toutes les vertus et accusent le pouvoir exécutif de tous les vices ». Cf. É. ZOLLER, op. cit., p. 194.

³⁷ En ce sens, É. ZOLLER, op. cit., p. 194 : « le pouvoir réglementaire, et son domaine tel qu'il est protégé en droit français, permet, pour autant qu'il soit exercé par une administration indépendante des parties politiques, de poser des bornes à l'éventuelle prédisposition de la majorité à favoriser d'abord ses électeurs, donc à créer des discriminations ».

alinéa 1^{er}, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi »³⁸. Si, à partir des suppositions précédemment formulées, l'on accepte de considérer qu'en intervenant, avec la complicité politique (et objective)³⁹ du pouvoir réglementaire, dans le domaine qui lui est réservé par la Constitution, la loi peut alors tout à fait méconnaître les conditions de sa généralité en s'immisçant dans les domaines traditionnellement particuliers du règlement. Certes on peut toujours débattre de la « conformité »⁴⁰ de la décision du Conseil à lettre de la Constitution⁴¹. Cependant, le débat met en exergue et de façon indubitable que « la décision du 30 juillet a pour effet de ruiner définitivement la thèse de la définition matérielle de la loi (du moins au sens où on l'entend habituellement, c'est-à-dire une définition de *la loi par son objet*). Car si une loi peut comporter des dispositions réglementaires sans être inconstitutionnelles, c'est que la loi se définit simplement comme *l'acte voté par le Parlement* selon certaines formes, sans prendre en considération la matière sur laquelle elle porte » (nous soulignons)⁴². La décision du Conseil constitutionnel, en creux, élargit l'étendue de l'objet de la loi. Cette décision constitue sur le plan *a priori* limité de la répartition des compétences une novation importante dans la compréhension des modes d'action du système de droit⁴³. En effet, et sans exagérer le risque d'inconstitutionnalité – puisque le Conseil constitutionnel opposera toujours les normes constitutionnelles de fond à la loi fût-elle « réglementaire » –, il n'est pas sans conséquence de soutenir : « si le fait que la loi pénètre dans le domaine réglementaire n'est pas une inconstitutionnalité (et n'est donc pas sanctionnée) il n'y a plus de domaine réglementaire réservé et donc plus de pouvoir réglementaire "autonome" (...) »⁴⁴.

³⁸ CC, 30 juillet 1982, déc. n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec. p. 57, GDCC, n° 33, p. 533-545, cons. n° 11.

³⁹ De l'aveu même des auteurs du GDCC : « Et, en définitive, pour de simples raisons de politiques jurisprudentielles, on voit mal comment le Conseil constitutionnel aurait pu ne pas prévenir et arrêter par avance une vague de recours basés, notamment, sur la violation des articles 34 et 37 (...) ». Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 33, p. 538.

⁴⁰ « Les incursions du législateur dans le domaine réglementaire se font sans autorisation expresse (non prévue d'ailleurs par la Constitution) (...) ». Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 540.

⁴¹ Pour une restitution claire de ce débat, voir L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 535-541. Notamment pour cet argument pratique : « Le Conseil constitutionnel a donc adopté une position raisonnable de nature à éviter un blocage de l'activité normative de la majorité gouvernementale et parlementaire et un risque d'utilisation trop systématique du contrôle de constitutionnalité » (p. 538).

⁴² L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 539.

⁴³ On pourrait aussi y voir un retour en arrière du point de vue de la pratique institutionnelle. Cf. J.-B. AUBY, « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, p. 161-166, spéc. p. 165 : « La définition juridique de la loi est-elle, dans notre système, formelle ou matérielle? La loi se reconnaît-elle à la façon dont elle est émise ou à ce sur quoi elle porte? Notre tradition doctrinale était plutôt dans le sens d'une définition formelle: le législateur pouvant intervenir sur ce qu'il veut, on ne peut reconnaître la loi qu'à son auteur et à sa procédure ». Précisément. Le Constituant n'a-t-il pas souhaité revenir sur cette tradition ?

⁴⁴ L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 541.

494. La décision *Blocage des prix* « était assurément discutable en droit en ce qu'elle admettait que le gardien de la constitutionnalité n'avait pas à s'émouvoir de ce qui était pourtant, apparemment, une incompétence : c'est-à-dire une forme d'irrégularité que notre droit public considère habituellement comme à ce point grave qu'il lui confère un caractère d'ordre public »⁴⁵. Mais ce n'est, selon nous, qu'un problème interne au système de droit. La séparation des fonctions d'édition et de diction du droit est seule en cause sous l'angle de la liberté⁴⁶. Que la séparation des pouvoirs entre la loi et le règlement soit malmenée, cela relève du droit constitutionnel sans interférer automatiquement dans la production de l'intérêt général⁴⁷. Une fois encore, il ne peut être question de dresser une typologie parfaite d'un régime politique constitutionnellement déterminé⁴⁸. C'est ainsi qu'il faut comprendre la portée du principe de séparation des pouvoirs, expression de la nécessité absolue de séparer fonction normative et fonction juridictionnelle. Avec Claude Leclercq, on peut affirmer que « la séparation des pouvoirs est le fondement nécessaire et obligatoire de la protection des droits de l'homme »⁴⁹ dès lors qu'il garantit une nette distinction entre ces deux fonctions. La règle de droit produite doit être rattachée à l'une ou l'autre de ces fonctions pour être conforme à la hiérarchie des normes.

B. – Le rattachement de l'intérêt général à une fonction constitutionnellement déterminée :

495. Il est parfaitement concevable que l'intérêt général ne soit pas le résultat immédiat d'une intervention du système de droit. Cependant, dès lors que le système de droit est toujours en mesure de relier cet intérêt général précis à la hiérarchie des normes dont il a la charge éminente⁵⁰, il n'est pas inconcevable d'assister à une délocalisation des foyers d'expression de l'intérêt général (1.) en dépit des difficultés qu'une telle liberté soulève (2.).

⁴⁵ J.-B. AUBY, « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », préc., p. 162.

⁴⁶ En ce sens, soulignant que la distinction loi/règlement procède de l'opposition liberté/ordre, Étienne Picard a démontré que ces deux catégories de normes vont de pair. En ce sens, É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 535.

⁴⁷ Ainsi la question de savoir lequel du régime présidentiel, parlementaire ou d'assemblée est le plus apte à réaliser les droits fondamentaux doit être écartée de notre étude. Tout au plus doit-on essayer de trouver « l'agencement harmonieux des compétences des différents pouvoirs publics constitutionnels » pour y parvenir le plus activement possible. Cf. D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 65.

⁴⁸ C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 41.

⁵⁰ Parce que quand bien même la souveraineté du système de droit serait « résiduelle » (F.-X. AUBRY, « Réflexion à propos de l'État péréquateur », préc., spéc. § II-B.), cela signifierait encore que là où ce dernier n'interviendrait pas, ce serait dans la mesure où il aurait, en dernière instance, décidé souverainement de ne pas intervenir. De ce point de vue, certains auteurs n'ont sans doute pas tort de parler de « caricature » à propos des expressions de « centralisme jacobin » ou d'« administration napoléonienne » employées, çà et là, pour qualifier les rapports entre l'État et les autres collectivités publiques (cf. O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, C.-A. DUBREUIL, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 14).

1. – La délocalisation des foyers d’expression de l’intérêt général :

496. « Il n’existe plus un seul foyer de création du droit, à savoir, en principe l’État, mais de multiples centres de décision, qu’ils soient locaux ou supra-étatiques, qu’ils émanent d’autorités administratives indépendantes ou du juge, de plus en plus associé à la détermination du sens de la loi, en particulier avec l’accroissement des règles indéterminées, standards et principes directeurs »⁵¹. La formation de l’intérêt général peut prendre des chemins obliques aussi divers qu’inattendus. Nous nous résoudrons cependant, eu égard à l’ampleur du phénomène, à souligner quelques illustrations symptomatiques en droit interne⁵². Qu’elle soit le fait d’autorités publiques (a.) voire de l’initiative privée (b.), la détermination de l’intérêt général par des organes autres que les organes centraux du système de droit libéral est parfaitement admis pourvu qu’elle soit rattachable à ceux-ci.

a) – Des initiatives publiques dans l’espace étatique :

497. Si la participation à la détermination du contenu de l’intérêt général n’est pas directe, on peut isoler deux cas particuliers dont le rattachement, imposé par le système de droit, illustre la multiplication des foyers d’expression de l’intérêt général⁵³. Ainsi, par exemple, en dépit de la médiation imposée par le système de droit, le rôle des autorités administratives indépendantes peut s’avérer extrêmement fort (α.). De même, on ne saurait omettre que l’organisation de la République française est décentralisée (β.)⁵⁴.

⁵¹ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d’intérêt général en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 50.

⁵² Le saisissement de la notion d’intérêt général par le droit international, et singulièrement par les droits européen et de l’Union européenne, rendrait notre effort de synthèse particulièrement délicat. C’est pourquoi, nous écartons volontairement ces questions sans feindre de ne pas les voir. Citons par exemple les rapports originaux qu’entretiennent l’intérêt général et les États fédéraux et le caractère fécond de leur examen pour comprendre toute reconstruction de l’intérêt général par la puissance publique, en lisant, notamment, F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 31-37. Il n’est pas défendu, au demeurant, d’étendre, toute chose égale par ailleurs, les enseignements du fédéralisme au thème français de la décentralisation. Déjà, dans le *Contrat social*, s’interrogeant sur les moyens de maintenir « l’autorité Souveraine », Rousseau marquait sa préférence pour les systèmes fédéraux, voire confédéraux (cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 131). Ce que la France n’est pas et même encore aujourd’hui, elle reste un État unitaire. Faut-il voir dans les actuels mouvements de décentralisation voire de régionalisation des manifestations d’un plus grand libéralisme ?

⁵³ Mais, écrit Virginie Saint-James, il s’agit de « l’économie générale du système » qui veut que le législateur pose les bases pour déléguer au pouvoir réglementaire (Exécutif), aux autorités administratives indépendantes et aux collectivités territoriales la mise en œuvre finale des droits et libertés (cf. V. SAINT-JAMES, « Hiérarchie et conciliation des droits de l’homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, *op. cit.*, p. 480). Sur ce « transfert de compétences », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l’Homme*, *op. cit.*, p. 156-158.

⁵⁴ Retenant également cette présentation pour caractériser « le pluralisme de l’intérêt général au sein d’un ordre juridique unitaire », G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *op. cit.*, p. 204-206.

α. – Les autorités administratives indépendantes et l'intérêt général :

498. « Les autorités administratives indépendantes sont apparues dans des secteurs dits "sensibles" de la vie sociale, où les libertés des citoyens peuvent être menacées (...) »⁵⁵. Aussi ne faut-il pas d'emblée sous-estimer leur place dans cette étude et négliger que ce « mouvement continu de création » des AAI vise « la protection des libertés et droits fondamentaux et, plus largement, des droits des personnes » pour laquelle elles « jouent un rôle majeur »⁵⁶. Au point même qu'à ces « magistrats d'un nouveau type » on a pu « confier une mission juridictionnelle » écrit le professeur Douchy-Oudot⁵⁷. La création du Défenseur des droits, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui insère une nouvelle disposition, l'article 71-1, au sein d'un nouveau titre (Titre XI *bis*) de la Constitution, l'atteste⁵⁸. L'alinéa 1^{er} de l'article 71-1 prévoit que « le défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ». Si cette disposition consacre l'existence constitutionnelle de cette nouvelle autorité administrative indépendante, elle confirme aussi le rang constitutionnel de ses missions relevant, pour l'instant, de diverses autres autorités⁵⁹. La participation de la nouvelle autorité dans la définition des droits fondamentaux ne peut être éludée dès lors qu'il s'agit de sa mission principale constitutionnellement définie. Et, en tant qu'autorité, même

⁵⁵ M. DE VILLIERS et *alii*, *Droit public général*, *op. cit.*, p. 192 ; selon Virginie Saint-James, a présidé à leur « floraison », pour lui emprunter un terme toujours d'actualité, la double circonstance d'une méfiance tenace à l'encontre du pouvoir Exécutif et de la volonté d'offrir des réponses plus pragmatique aux libertés intéressées. Sur ce point, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 188 et, plus généralement sur l'intervention des autorités administratives indépendantes dans le domaine des droits et libertés, p. 188 et s. ; M. Lebreton y voit des « arbitres impartiaux », voir G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 204 et s.

⁵⁶ B. DELAUNEY, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 224. Ainsi que P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 253-266.

⁵⁷ M. DOUCHY-LOUDOT, « Garanties procédurales et encadrement constitutionnel et européen du service public de la justice », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 458-459.

⁵⁸ En ce sens, M. DE VILLIERS et *alii*, *Droit public général*, *op. cit.*, p. 193 : « Il ne semble en effet pas illogique que certaines AAI qui préservent directement les libertés et l'égalité soient ainsi au moins mentionnées dans la Constitution ». En outre, en 1995, l'existence des AAI pouvait se prévaloir d'un bilan globalement positif ce que la création continue de cette catégorie sui generis d'autorités administratives révèle. Spécialement sur ce bilan, V. SAINT-JAMES, *op. cit.*, p. 194-200. Pour un bilan récent, B. DELAUNEY, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 223-229.

⁵⁹ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », in *L'impact de la révision constitutionnelle de 2008 sur le droit administratif*, préc., 1871 : « En l'état, le seul apport du nouvel article 71-1 de la Constitution est d'avoir donné une existence constitutionnelle à une autorité administrative indépendante dont la mission était préalablement assurée par d'autres, mais l'étendue de sa compétence est encore largement indéterminée ». Voir également l'analyse lucide de B. MATHIEU, « Transformer la Ve République sans la trahir. Cohérences et perspectives d'une révision constitutionnelle », in *L'impact de la révision constitutionnelle de 2008 sur le droit administratif*, *AJDA* 2008, p. 1858-1865, spéc. p. 1865 : « Enfin, la création du Défenseur des droits relève autant de la protection des droits que de la rationalisation de la structure des autorités administratives indépendantes à condition qu'il ait vocation à fédérer toutes les autorités intervenant en ce domaine (Halde, médiateur, défenseur des enfants, contrôleur général des lieux de privation de liberté, récemment créé...). Ce n'est qu'à cette condition, dont la réalisation est encore incertaine, que cette création aura une portée réelle ». À moins qu'il ne s'agisse de remédier aux insuffisances alléguées de la fonction de Médiateur de la République pour peser dans la détermination des droits fondamentaux en tant qu'autorité indépendant : « en transformant le Médiateur de la République en "défenseur des droits" selon la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, s'est-on vraiment interrogé sur le changement de vocabulaire et est-ce un aveu relatif d'échec qui nécessiterait le passage à un échelon supérieur ? ». Sur ce point, J. HAUSER, « Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 139.

indépendante, elle n'en dépend pas moins étroitement du système de droit⁶⁰. Car cette définition constitutionnelle implique le rattachement de l'intervention de l'autorité administrative indépendante au système de droit libéral, condition nécessaire à la validité de la détermination de l'intérêt général par cet acteur juridique. Si, en dernière instance, leur rattachement est organisé par le contrôle de leurs décisions lesquelles « ne relèvent que du contrôle juridictionnel »⁶¹, leur intervention est perceptible dans deux hypothèses topiques. D'une part lorsqu'une autorité administrative indépendante est dotée, par la loi, d'un pouvoir réglementaire. D'autre part lorsqu'elle peut exercer, conformément à la loi, un pouvoir de sanction⁶². Dès lors donc que l'intérêt général peut être rattaché à une fonction constitutionnellement déterminée – ici la fonction normative incarnée par le législateur et le pouvoir réglementaire⁶³ –, la diction de la notion n'est pas exclusive d'acteurs différents des organes centraux du système de droit. Elle n'exclut, en outre, nullement la participation d'autorités décentralisées.

β. – Les collectivités territoriales et l'intérêt général :

499. Selon l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, « la France est une république indivisible » cependant que « son organisation est décentralisée ». « Cette disposition, discutée, souligne Michel Verpeaux, signifie seulement que la France s'affirme comme un État décentralisateur, c'est-à-dire qu'elle entend donner plus d'autonomie aux seules collectivités territoriales (...) »⁶⁴. La décentralisation est alors pensée « dans un souci de démocratie politique »⁶⁵. On pourrait sérieusement s'en tenir à cette disposition qui condense sans difficulté l'idée que les collectivités territoriales infra-étatiques participent, constitutionnellement, à la détermination de l'intérêt général mais dans le respect des prérogatives de l'État central⁶⁶ ; la France « n'est "que" décentralisée »⁶⁷. Un seul exemple suffira

⁶⁰ Sur la catégorie juridique des autorités administratives indépendantes (AAI), on s'est référé globalement à M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général, op. cit.*, p. 188 et s ; on peut trouver dans V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français, op. cit.*, p. 189-190 l'établissement du lien organique, « rénové » (p. 190), c'est-à-dire que les AAI « sont (...) rattachées au pouvoir exécutif » (p. 189) ; enfin l'aperçu général proposé par Y. GAUDEMET, « Autorités administratives indépendantes », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 91-96.

⁶¹ Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 91.

⁶² Dès lors, quel que puisse être leur grande autorité morale, il faut exclure de nos développements l'ensemble des AAI dont les missions n'affectent pas la situation juridique des sujets de droit, donc ne participant pas à la définition de l'intérêt général, faute de disposer d'un pouvoir de réglementation et/ou de sanction. Sur ce point, en creux, V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français, op. cit.*, p. 191.

⁶³ Nous avons pris le seul exemple du rattachement à la fonction législative. Mais les AAI sont placées, finalement, sous le contrôle de la fonction juridictionnelle : Conseil d'État et Cour de cassation. Cf. M. DE VILLIERS et alii, *op. cit.*, p. 191.

⁶⁴ M. VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France, op. cit.*, p. 2.

⁶⁵ O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, C.-A. DUBREUIL, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 15. Elle n'est pas étrangère à la conception libérale de l'intérêt général que Benjamin Constant, « préluant aux analyses contemporaines de la décentralisation », développe au cours du XIX^{ème} siècle en réaction à l'organisation napoléonienne du pouvoir. Voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général, op. cit.*, p. 166 : Constant « pose alors un principe selon lequel le pouvoir doit s'exercer au niveau même où les intérêts sont concernés. Les intérêts individuels ne regardent que les individus. Les intérêts familiaux ne regardent que les familles. Les intérêts des habitants d'une commune ne relèvent que des autorités communales... (...) » (italique dans le texte). *Contra* : H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur, op. cit.*, p. 82-83 : Kelsen privilégie la nomination – par le pouvoir central – des agents chargés de l'exécution des lois.

⁶⁶ Sur cette tension ou ce « compromis entre les tendances unitaires (la recherche d'autorité) et pluralistes (la recherche de liberté et de solidarité) », F.-X. AUBRY, « Réflexion à propos de l'État péréquateur », préc., spéc. § I ; M. VERPEAUX, *Les*

à se rendre compte de la possibilité pour les collectivités territoriales de participer à la définition de la notion d'intérêt général. Il s'agit de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique qui restreint le droit fondamental de la propriété. Car, si « c'est toujours de l'État qu'émanent, tant la décision qui enclenche la procédure (la décision d'ouvrir "l'enquête préalable"), que l'acte le plus décisif de cette procédure (la "déclaration d'utilité publique") », « ce n'est pas toujours l'État qui est l'initiateur de l'expropriation (...) »⁶⁸. L'initiative peut relever de l'ensemble des personnes publiques autre que l'État, *a fortiori* des collectivités décentralisées. Certes, *in fine*, l'utilité publique de l'expropriation est formalisée par l'État⁶⁹. Mais, matériellement, une commune, un département ou une région ont pu définir ce qu'était le contenu de l'intérêt général propre à restreindre le droit de propriété dès lors que la détermination réelle révèle un intérêt général local.

500. Cet état du droit ne doit pas surprendre. Les collectivités territoriales « concourent avec l'État à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie »⁷⁰. Les compétences des collectivités locales bénéficient, en outre, d'une protection constitutionnelle.

501. En premier lieu, l'article 72 alinéa 2 dispose que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». La répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales répond ainsi « au principe de subsidiarité »⁷¹. L'intérêt général peut donc être défini, constitutionnellement, par les collectivités territoriales chaque fois que la matière objet d'intérêt général s'y prête. Cette compétence est, en second lieu, consacré par le principe de libre administration des collectivités territoriales. En vertu de l'article 72 alinéa 3 de la Constitution « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire

collectivités territoriales en France, op. cit., p. 52-57. En outre, Alexis de Tocqueville s'est attaché à montrer combien l'excès de centralisation, caractéristique de la France dès l'Ancien Régime, pouvait nourrir le despotisme et donc nuire aux libertés. Sur ce point, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques, op. cit.*, p. 383-384. La décentralisation est établie comme un moyen de la démocratie par Tocqueville. Spécialement : « Le législateur lui-même se réclame de son patronage, ainsi pour la vague des lois de décentralisation (1982-1985) qui bouleversent le paysage de l'administration locale » (p. 384). Aussi est-il exact que « de l'équilibre ou du déséquilibre entre les deux principes de liberté [des collectivités territoriales] et de contrôle [de l'État], naît ou non une décentralisation véritable » (cf. M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 3).

⁶⁷ M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, p. 697.

⁶⁹ La compétence pour adopter la déclaration d'utilité publique appartenant, selon les cas, au préfet, au Premier ministre et aux ministres. Cf. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 725-727.

⁷⁰ Article L. 1111-2 alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales. Mais il peut bien évidemment se discuter. Par exemple, S. MAPPA, « Introduction », in S. MAPPA, (dir.), *Essai sur l'intérêt général. Europe, Islam, Afrique coloniale, op. cit.*, p. 21 : « plus l'autorité politique est détachée des intérêts locaux, plus elle est à même de définir et prendre en charge des décisions de l'ordre de l'intérêt général. Sans l'État et la décision à un niveau supérieur on aurait sans doute l'éclosion des corporatismes ».

⁷¹ Voir M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général, op. cit.*, p. 207. Sur ce principe et sa consécration constitutionnelle par l'effet de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, A. ROUX, « Constitution, expérimentation et décentralisation », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip, op. cit.*, p. 212.

pour l'exercice de leurs compétences ». Le principe de libre administration des collectivités territoriales, dont la valeur constitutionnelle a été reconnu⁷², interdit donc à l'État central d'interférer, selon des degrés établis autant par la loi que par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁷³, dans la détermination locale de l'intérêt général. Cependant, l'intervention des collectivités locales est rendue constitutionnellement possible « dans les conditions prévues par la loi », d'une part, et, d'autre part, sous le contrôle de la fonction exécutive⁷⁴ : car « s'administrer librement, c'est conduire sans être soumis à des contraintes excessives, et sans interférer avec les pouvoirs législatif, gouvernemental et judiciaire, diverses catégories d'opérations et prendre diverses catégories d'actes qui peuvent faire l'objet d'un encadrement par la loi et d'un contrôle par le juge administratif »⁷⁵. Les collectivités territoriales « n'exercent ce pouvoir que dans la mesure que fixe l'État et sous son contrôle »⁷⁶. « Les collectivités territoriales n'ont pas et ne sauraient avoir (...) une quelconque souveraineté, de nature à leur permettre de détenir et donc d'exercer la souveraineté de compétences ainsi que les compétences de souveraineté »⁷⁷. À plus forte raison, la détermination de l'intérêt général par les acteurs privés ne peut être le résultat que d'une autorisation du système de droit.

⁷² Pour la première fois par CC, 23 mai 1979, déc. n° 79-104 DC, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, Rec. p. 27, cons. n° 9 *in fine*. Voir également l'article L. 1111-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁷³ « L'importance de cet ancrage constitutionnel sera mesurée en fonction de l'œuvre législative qui doit l'accompagner pour rendre tout cela effectif. En effet, la plupart des aspects du nouveau dispositif sont subordonnées à l'adoption de lois organiques ou ordinaires, seules à mêmes de donner vie au nouveau texte et d'exploiter le potentiel novateur qu'il comporte ». Cf. M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 197.

⁷⁴ En application de l'article 72 alinéa 6 de la Constitution : « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État ; représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». On peut prolonger la logique ici à l'œuvre en évoquant l'article 74 alinéa 1^{er} de la Constitution lequel prévoit que « les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles *au sein de la République* » (nous soulignons). À ce titre, l'arrêt CE, 20 décembre 1995, *Vedel et Jannot*, RFDA 1996, p. 313, concl. DELARUE, est topique d'une résolution d'un conflit d'intérêts généraux dans la définition d'un droit fondamental (en l'espèce la liberté d'aller et venir des citoyens français sur l'ensemble du territoire de la République) au profit de l'intérêt général national. Afin de limiter l'entrée et le séjour (*sic*) de citoyens français venus de métropole dans le territoire de la Polynésie française, le pouvoir réglementaire avait imposé un certain nombre de restrictions administratives au nom des nécessités locales (donc d'un intérêt général local). Le juge administratif devait annuler le refus illégal du Premier ministre d'abroger les dispositions décrets litigieuses au motifs « que les obligations faites à tout Français se rendant en Polynésie française par les articles 1^{er} et 11 du décret du 27 avril 1939 de présenter une pièce d'identité datant de moins d'un an alors que la validité des cartes d'identité et des passeports [était] fixée respectivement à dix ans et à cinq ans, de produire un extrait de son casier judiciaire, de déposer une garantie de rapatriement et de remplir pour les autorités de police "une fiche spéciale d'identité" apport[aient] à la liberté de circulation des citoyens sur le territoire de la République des restrictions qui [n'étaient] pas, à la date des décisions attaquées, justifiées par des nécessités propres à ce territoire d'outre-mer ».

⁷⁵ *Décentralisation et ordre juridique, Rapport public 1993*, La Documentation française, coll. EDCE, n° 45, 1994, p. 40.

⁷⁶ D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 19. Le contrôle de l'État est constitutionnellement garanti. Voir O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, C.-A. DUBREUIL, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 18.

⁷⁷ O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, C.-A. DUBREUIL, op. cit., p. 16. Pareillement, dans une perspective institutionnelle, J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire français*, op. cit., p. 154 : « Grosso modo la centralité étatique se constitue à partir d'institutions et de fonctions qui se rapportent à la production de l'intérêt général. Le centre existe là où se fabrique l'intérêt général ».

b) – Des initiatives privées autorisées par l'État :

502. Dire qu'une personne privée est susceptible de venir définir le contenu de l'intérêt général pourrait paraître surprenant tant cela semble si étranger à la notion même d'intérêt général. La raison fondamentale réside dans le fait qu'une telle lecture supposerait qu'une personne privée bénéficie d'une once de souveraineté ce qui est complètement exclu⁷⁸. Pourtant, avec Jean-François Calmette, il faut en prendre acte s'agissant notamment du domaine environnemental : « La participation, relativement récente, d'individus ou de groupes organisés à la définition de l'intérêt général est l'un des facteurs de l'évolution de ce dernier et contribue grandement à sa reformulation »⁷⁹. Il ne faut cependant pas dénaturer le sens de son assertion en exagérant l'intervention des personnes privées dans la définition de l'intérêt général et, plus probablement, convient-il d'évoquer une collaboration, permise, qu'une intervention directe. Car l'analyse de l'auteur le montre : soit que la puissance publique incite ou laisse faire (pour les entreprises), soit qu'elle autorise ou organise (pour les associations). L'État n'est jamais totalement absent de ces interventions ce qui nous conduit à considérer qu'en vérité l'intérêt général est toujours, *in fine*, le résultat des règles du droit⁸⁰. Ainsi, par exemple, l'intervention d'une entreprise à la contribution de l'intérêt général est soit fortuit, soit conjoncturelle. L'auteur le concède finalement : « On peut donc considérer que l'ordre public écologique relève bien encore ici d'un ordre public et que les outils de droit privé sont parfois insuffisants pour protéger l'environnement »⁸¹. Mais sa réflexion oblige à s'interroger sur la multiplication des foyers d'expression de l'intérêt général.

⁷⁸ *Contra* : François Rangeon considère que la contribution de personnes privées (notamment des entreprises privées) à la détermination du contenu de l'intérêt général, certes sous la garantie de l'État, procède du caractère démocratique du régime politique et, sauf erreur d'interprétation, non directement d'une volonté, qui serait seconde, de l'État d'associer le secteur privé à ses missions. Cf., sur ce point, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 16-18. C'est aussi la position défendue par l'Église catholique dans la définition du « bien commun » poursuit-il : « L'Église se démarque d'une conception autoritaire, centralisée, étatiste, de l'intérêt public. Si l'État a la charge du bien commun, il n'est pas le seul à assumer cette responsabilité. Le bien commun, rappelle Jean Paul II, "ne peut signifier une centralisation opérée unilatéralement par les pouvoirs publics" » (p. 78).

⁷⁹ J.-F. CALMETTE, « Le droit de l'environnement : un exemple de conciliation de l'intérêt général et des intérêts économiques particuliers », *RJE* 2008, n° 3, p. 265-280, spéc. p. 268. Nous renvoyons aux exemples cités d'associations (p. 269) et d'entreprises (p. 270) qui se sont saisies de la définition de l'intérêt général. Voir, dans cette optique, « l'influence des groupes de pression sur la formulation de l'intérêt général communautaire » en droit de l'Union décrite par F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 195-200 : de manière emblématique, quoiqu'excessive, l'auteur note que « les groupes de pression, dont la principale motivation est d'infléchir le processus législatif communautaire à des fins de satisfaction d'intérêts collectifs, font l'objet de réelles considérations de la part des institutions communautaires et participent à l'édification de la volonté générale » (p. 195).

⁸⁰ Corroborant notre analyse, pour toute fois, nous semble-t-il, en dénoncer les dérives, D. MAZEAUD, « Action en justice et intérêt général en droit privé », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 39 et s. : qualifiant « cette privatisation du droit d'agir en justice pour la défense de l'intérêt général » comme une « parcellisation de celui-ci en une multitude d'intérêts collectifs et qui repose sur des motifs d'opportunité et de politique juridique (...) » (p. 40).

⁸¹ J.-F. CALMETTE, préc., p. 273.

2. – La multiplication problématique des acteurs en charge de définir l'intérêt général ?

503. Un observateur « étranger » du droit français contemporain résume de façon édifiante cette « métamorphose de la notion d'intérêt général » : « le changement de siège du pouvoir est évident : du *politique* à la *juridiction*, de la *loi* à la *jurisprudence*, du *public* au *privé*, et enfin, de l'*Administration* à l'*association* » (italique dans le texte)⁸². Fabienne Kauff-Gazin a dépeint cette déperdition organique de la formulation de l'intérêt général en ces termes : « L'intérêt général est un concept traversé depuis quelques années par des tendances centrifuges et atomistiques. Ses modes de formulation se diversifient, font appel à de nouvelles techniques et à de nouveaux acteurs ; sa définition associe de manière plus régulière des groupes d'intérêt ou des personnes concernées par la réglementation ; son contenu comporte de multiples conciliations et des balances d'intérêts. Ces transformations des modes de régulation de l'intérêt général peuvent être rattachées à un phénomène plus général de mutation et de complexification de nos sociétés »⁸³. Il en résulte cette donnée récurrente : « Il n'existe plus un seul foyer de création du droit, à savoir, en principe l'État, mais de multiples centres de décision, qu'ils soient locaux ou supra-étatiques, qu'ils émanent d'autorités administratives indépendantes ou du juge, de plus en plus associé à la détermination du sens de la loi, en particulier avec l'accroissement des règles indéterminées, standards et principes directeurs »⁸⁴. Cette multiplication des organes de production de l'intérêt général, si elle n'évacue pas le rattachement formel à l'ordre juridique des règles produites, n'est pas sans soulever d'importantes difficultés dès lors qu'elle en brouille la perception⁸⁵. Les nouvelles « figures aptes à illustrer le nouvel ordre juridique » que seraient le « rhizome », le « labyrinthe » ou le « réseau »⁸⁶ ont vocation à convaincre du constat ; ni plus ni moins. Elles ne sauraient, par leur nature même, offrir la lisibilité incomparable de la « vieille » pyramide des normes...

⁸² N. KANAYAMA, « Intérêt général : le pays de Rousseau aujourd'hui », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 55.

⁸³ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 46.

⁸⁴ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 50. Denis Mazeaud estime qu'il existe, « en clair, un partage des compétences en ce qui concerne la défense de l'intérêt général (...). La volonté du législateur [est] de soutenir et de renforcer l'action du ministère public, lequel n'est donc plus le seul garant de l'intérêt général (...) » (cf. D. MAZEAUD, « Action en justice et intérêt général en droit privé », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 51).

⁸⁵ Mais dont il ne faudrait pas s'exagérer l'impact car, si l'on prend le seul exemple du sous-système administratif au sein du système de droit, « en réalité, la diversification et l'éclatement des structures administratives ne remettent en cause que superficiellement l'unité de l'appareil, dans la mesure où des mécanismes compensateurs de régulation et d'intégration viennent conforter les effets – et combler les éventuelles défaillances – de la centralisation et de la hiérarchisation ». Cf. J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *La science administrative*, op. cit., p. 94-95. Sur ce point relevant du débat constitutionnel et administratif, on trouvera dans la réflexion d'Éric Desmons un condensé des principales interrogations que soulève ce paragraphe en termes d'imputabilité finale de la norme d'expression de la notion d'intérêt général, É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, op. cit., p. 182-184. Enfin, le débat concernant une certaine subsidiarité, ou une simple tolérance, un abandon, voire une « défausse », de l'État – incarnation du système de droit – dans l'accomplissement de ses missions s'intercale ici, voir F.-X. AUBRY, « Réflexion à propos de l'État péréquateur », préc., spéc. § II-A. 2.

⁸⁶ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 50.

504. On constate en effet que cette multiplication est susceptible d'introduire des contestations multiples et surtout continues des motifs retenus et qu'aujourd'hui la seule voie finale « normale »⁸⁷ est la décision éventuellement prise par le juge européen. Guillaume Merland a relevé que « la multiplication des foyers d'expression de l'intérêt général risque de faire apparaître des divergences voire même des contradictions entre les différents buts d'intérêt général »⁸⁸. Or, une telle diversité des acteurs – voire un éclatement des organes – en charge de se prononcer sur le contenu de l'intérêt général provoque un double arbitrage qui rend moins lisible le droit positif et, avec lui, la notion d'intérêt général et la définition des droits fondamentaux. Les associations de défense de l'environnement ou de consommateurs, qu'évoque Jean-Paul Markus, illustre la porosité de la frontière entre l'intérêt général et l'intérêt collectif ou catégoriel. « Que des associations puissent agir en justice dans l'intérêt général ne doit pas surprendre. Certes, les groupements privés ne sont recevables à défendre qu'un intérêt collectif, et non l'intérêt général. Mais il arrive que le législateur reconnaisse à l'action de certains de ces groupements un caractère d'utilité publique. Il leur ouvre alors, dans un objectif qu'il déclare d'intérêt général, des voies de droit qui leur sont habituellement fermées »⁸⁹. Or, renchérit cet auteur, « si cela ne saurait faire assimiler intérêts collectif et général, émerge malgré tout, lorsque les deux intérêts coïncident suffisamment, une volonté du législateur d'ériger la défense d'un intérêt collectif en relais de l'action des pouvoirs publics »⁹⁰. L'exemple des mouvements de grève est lui aussi significatif d'une frontière qui se brouille⁹¹. On retrouve la considération, voire la reconnaissance par la puissance publique, d'intérêts originellement catégoriels (au commencement de la grève) lorsqu'elle prend acte des revendications sociales, notamment en y faisant droit : « l'objectif est aussi de prendre à témoin l'opinion publique. En démocratie pluraliste, celle-ci joue un rôle non négligeable en raison des fréquentes échéances électorales. Il s'agit donc de capter l'attention, l'intérêt voire la sympathie. Pour y parvenir il est nécessaire de transcrire des exigences catégorielles en formulations attractives pour de plus larges couches sociales c'est-à-dire, au fond, rationaliser en termes d'intérêt général la défense d'intérêts particuliers »⁹².

505. Outre ce traditionnel arbitrage entre les droits fondamentaux et l'intérêt général que complexifie l'ouverture du second aux intérêts collectifs, le système de droit doit prendre en compte la nécessaire conciliation entre les différents contenus d'intérêt général possibles : intérêt général

⁸⁷ Par opposition à exceptionnelle comme le serait la procédure de dénonciation du traité européen par la France, solution juridiquement possible mais politiquement peu concevable. Dans notre construction, il est clair que ce qui importe au plus haut point est la possibilité, en droit, de dénoncer la Convention. La procédure de dénonciation est organisée à l'article 58 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁸⁸ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 13

⁸⁹ J.-P. MARKUS, « Sursis à exécution et intérêt général », *AJDA* 1996, p. 251-263, spéc. p. 253.

⁹⁰ J.-P. MARKUS, *préc.*, p. 253.

⁹¹ Dans le même sens, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 191 : « L'État intervient pour aider, soutenir, coordonner les intérêts privés défaillants. Il introduit la logique de l'intérêt public au sein même des intérêts privés. Inversement, les intérêts privés sollicitent l'aide étatique tout en revendiquant leur spécificité. L'État, arbitrant ces intérêts, subit leur influence. L'image de la distinction entre les intérêts publics et privés se brouille ».

⁹² P. BRAUD, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 423.

national, intérêt général local⁹³, intérêt général de l'Union européenne⁹⁴, ou encore intérêt général conventionnel, etc. Aux conflits de droits fondamentaux, dont on peut également extraire des conflits d'intérêts généraux, nous devons ajouter d'autres conflits d'intérêts généraux. Comment résoudre l'ensemble de ces conflits ? Telle est l'enjeu nouveau qui se profile. On pressent alors que le système de droit doit être organisé de *manière* à résoudre ces conflits multiples. L'autonomie dont il jouit est une nouvelle fois amoindrie⁹⁵. Elle nous conduit à l'examen des limites de la hiérarchie des normes.

§2. – Les limites structurelles de la hiérarchie des normes :

506. La pyramide de Kelsen est menacée sur deux plans inégaux. Le premier – celui des rapports entre la norme constitutionnelle et la norme internationale (I.) – pointe la défectuosité de l'application mécanique de la hiérarchie formelle mais n'est pas, du point de vue de l'ordre interne, de nature à obérer gravement la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général. En revanche, au niveau interne, au cœur même de notre Charte fondamentale, il apparaît que la suprématie de la Constitution du 4 octobre 1958 peut être niée (II.).

I. – Les vicissitudes de la hiérarchie des normes entre la Constitution et la norme internationale :

507. Le statut de la norme internationale dans la résolution des conflits de droits fondamentaux pose des problèmes spécifiques tenant principalement à ce que les normes internes et les normes internationales se trouvent à la jonction de deux ordres théoriquement clos⁹⁶. Lorsque la Constitution et la norme internationale conduise à un conflit de normes, nous sommes confrontés à une rupture entre les deux ordres juridiques interne et international. Nous écrivons rupture car il ne s'agit pas tant de se risquer à une violation du droit international mais d'une impossibilité, dans l'ordre interne, de résoudre le conflit en faveur de la norme attendue. On décèle deux cas de figure possible de conflits. Le premier cas conduit à résoudre le conflit au détriment de la Constitution en violation de la

⁹³ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 195 : « sur fond de conflit entre "girondins" et "jacobins", entre autonomie locale et puissance de l'État, les collectivités locales ne peuvent s'appréhender que de façon dynamique, dans le cadre de la recherche d'un équilibre toujours instable entre forces contraires ».

⁹⁴ À cette échelle, la problématique se pose *grosso modo* dans les mêmes termes puisqu'il faut concilier des intérêts généraux étatiques pour dégager une définition communautaire de l'intérêt général. En ce sens, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 200-203. « On assiste fort logiquement à une relativisation de l'intérêt général national qui, tout en demeurant légitime, doit désormais composer avec d'autres intérêts nationaux de même valeur avec lesquels il peut se trouver en concurrence » (p. 202).

⁹⁵ Cette problématique s'inscrit dans un mouvement plus vaste de « contractualisation de l'action publique » appelé communément le droit postmoderne. Sur ce point, F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 48-55.

⁹⁶ Dont on peut trouver un condensé des questions que cette jonction pose au juriste français dans D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 51-53.

hiérarchie des normes (A.). Le second cas aboutit au résultat inverse, à savoir une rupture au détriment du droit international (B.).

A. – La rupture problématique du lien normatif au détriment de la Constitution :

508. Elle peut surgir puisque le Conseil constitutionnel est amené à exercer un contrôle *a priori* de compatibilité entre la Constitution et l'engagement international en vertu de l'article 54 de la Constitution, s'il est saisi⁹⁷, ou lorsque la ratification législative a eu lieu, s'il est saisi en vertu de l'article 61 alinéa 2⁹⁸. Selon le Conseil constitutionnel, « la nécessité d'une révision de la Constitution, préalablement à l'autorisation de ratifier ou d'approuver un engagement international, prévue à l'article 54 de la Constitution est subordonnée par ce même texte à la déclaration par le Conseil constitutionnel (...), que ledit engagement international comporte une clause contraire à la Constitution ; qu'il incombe donc au Conseil constitutionnel, dans le cas de l'espèce, comme dans tous les cas de cette nature, de déclarer si les engagements internationaux, soumis à son examen, en application de l'article 54, contiennent ou non des clauses contraires à la Constitution »⁹⁹. Ainsi, la Charte des langues régionales ou minoritaires signée à Budapest le 7 mai 1999 n'a pas été ratifiée par la France faute de révision constitutionnelle subséquente et aux motifs de sa contrariété à la Constitution¹⁰⁰. *Quid* de l'hypothèse où le Conseil constitutionnel n'est pas saisi du contrôle de compatibilité à la Constitution d'une norme internationale ?

509. La réponse réside dans la possibilité d'une rupture dans la hiérarchie des normes au détriment de la Constitution car nous devons adhérer à l'argumentation développée par Denis Alland selon

⁹⁷ « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

⁹⁸ Voir CC, 17 juillet 1980, déc. n° 80-116 DC, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, Rec. p. 36, cons. n° 1 : « Considérant que plus de soixante députés à l'Assemblée nationale ont, par application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, déclaré soumettre au Conseil constitutionnel, pour examen de sa conformité à celle-ci, "la convention franco-allemande additionnelle à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959", dont la ratification a été autorisée par une loi adoptée par le Parlement le 17 juin 1980 et non encore promulguée ; qu'une telle demande doit s'entendre comme concernant la loi autorisant la ratification et entraîne, par voie de conséquence, l'examen de la convention franco-allemande additionnelle signée le 24 octobre 1974 ». Voir également CC, 9 avril 1992, déc. n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht I)*, Rec. p. 55, GDCC n° 45, p. 778-821, cons. n° 14.

⁹⁹ CC, 19 juin 1970, déc. n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés*, Rec., p. 15, cons. n° 1.

¹⁰⁰ CC, 15 juin 1999, déc. n° 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p. 71, cons. n° 10 (« atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français ») et cons. n° 11 (atteinte à l'article 2 alinéa 1^{er} de la Constitution relatif à langue de la République qu'est le français).

laquelle la jurisprudence constitutionnelle « apporte assez clairement (...) la preuve de la subordination du traité à la Constitution »¹⁰¹. Cette rupture est, par exemple, consommée dans l'arrêt *Commune de Porta* de 2002 rendu par le Conseil d'État¹⁰². La Haute juridiction administrative décide en effet « qu'il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux de se prononcer sur le bien-fondé des stipulations d'un engagement international (...) ou sur le moyen tiré de ce qu'il méconnaîtrait les principes énoncés à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »¹⁰³. Ainsi que nous le soutenons, il n'est pas question de non respect de la hiérarchie des normes mais bien d'une rupture, *dans et par* l'ordre interne¹⁰⁴, dans la définition hiérarchique normalement attendue de l'intérêt général par la Constitution et le droit international. Nous pouvons risquer une explication dont l'approbation dépend, en pratique, de l'angle d'approche choisi. Aucune des deux ne paraît invalide en soi puisqu'elles se situent, nous y insistons, sur le point de rupture entre l'ordre interne et l'ordre international.

510. Si l'on se place du point de vue de l'internationaliste, il est clair que la situation n'est pas préoccupante. En effet, le contrôle de compatibilité, qu'exerce au titre des dispositions de l'article 54 de la Constitution de 1958 le Conseil constitutionnel, constituerait « une méthode de solution particulière en cas de conflit traité/constitution en vertu de laquelle la Constitution doit être au préalable modifiée avant que le traité ne puisse entrer en vigueur ; cet ajustement du texte constitutionnel ayant été réalisé, il n'y aura dès lors plus de difficulté juridique pour que le traité puisse être appliqué dans l'ordre juridique français par les juridictions ordinaires. Autrement dit, on est ici en présence d'une règle de procédure et non de fond ; le Conseil constitutionnel est en effet chargé du seul contrôle de l'applicabilité des traités et non de leur validité par rapport à la Constitution »¹⁰⁵. Aussi faut-il admettre qu'au fond, et quoiqu'il en coûte, il n'est pas contraire au droit international que le traité international s'applique en dépit de sa contrariété avec le droit interne. La rupture, considérée du point de vue de l'ordre international, n'en est tout simplement pas une. La résolution du conflit procède d'une règle de procédure interne qui, de toutes les façons, ne saurait interférer dans la suprématie du droit international. Soit. Pourtant, qu'on le veuille ou non, il nous semble que la rupture dans la hiérarchie normative n'est que masquée dans l'ordre international. Elle résiste dans l'ordre interne. « Évidemment, un esprit attentif remarquera que c'est la Constitution qui est modifiée, et non le traité. Cela ne voudrait-il pas dire que le traité est supérieur à la Constitution ?

¹⁰¹ D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'État, *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998 », préc., spéc. § I-B 2) b).

¹⁰² CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, *Rec.* p. 260.

¹⁰³ CE, *Commune de Porta*, précité. Le juge judiciaire adopte la même solution, Cass. crim., 27 février 1990, *Touvier*, Bull. crim. n° 96 : « Attendu, d'autre part, qu'il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités (...) ».

¹⁰⁴ L'ordre international n'est pas affecté contrairement au second cas de rupture exposé ci-après.

¹⁰⁵ D. CARREAU, *Droit international, op. cit.*, p. 61. L'auteur se range dans ce passage aux travaux développés et aux conclusions du professeur Nguyen Quoc Dinh dont il résume l'apport (N. QUOC DINH, « la jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI* 1975, p. 859).

Il n'en est rien »¹⁰⁶. Des indices concordants que nous nous apprêtons à répertorier ressort l'exigence de suprématie de la Constitution sur le droit international, en dépit de la faiblesse des mécanismes propres à la garantir – spécialement la faculté de saisir le Conseil constitutionnel – et des distorsions rencontrées çà et là – singulièrement l'obligation pour le Conseil d'État de faire prévaloir le traité sur la Constitution lorsque ce traité a été ratifié par une loi¹⁰⁷.

511. Premier indice, de nature politique, « il est clairement admis en effet que lors de la rédaction de la Constitution on a cherché à éviter que ne progresse trop vite l'intégration européenne et que cette progression ne mette en cause la souveraineté nationale »¹⁰⁸. Transposée à notre souci de déterminer, en dernier lieu, l'intérêt général par la Constitution et étendue à l'ensemble du droit international, cette assertion conforte la volonté manifeste du Constituant de 1958 de décider en suprême recours du contenu des restrictions aux droits fondamentaux dont il est aussi, dans la multitude, le destinataire en qualité de sujets de droit. Bien qu'imparfait, « le mécanisme de l'article 54 est d'ailleurs souvent présenté à cet égard, comme permettant un verrouillage de cette voie ou du moins comme rendant plus difficile cette progression en exigeant une révision préalable de la Constitution (...) »¹⁰⁹. Du deuxième indice, de nature rédactionnelle, s'ensuit une confirmation, dans l'ordre interne, de l'inversion des logiques de supériorité des normes en conflit. La lecture combinée de deux considérants énoncés dans deux décisions déjà mentionnées du Conseil constitutionnel met en exergue l'inexorable suprématie de la Constitution. En 1970, le Conseil constitutionnel décide que « la nécessité d'une révision de la Constitution, préalablement à l'autorisation de ratifier ou d'approuver un engagement international (...) est subordonnée » à ce « que ledit engagement international comporte une clause contraire à la Constitution »¹¹⁰. En 1992, le Haut Conseil déclarait « toutefois qu'au cas où des engagements internationaux souscrits (...) contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une

¹⁰⁶ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 315. Adoptant sur ce point précis une position plus nuancée, puisqu'aucune des deux normes en conflit n'aurait préséance sur l'autre, voir D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 45 : on ne peut inférer du contrôle de compatibilité de l'engagement international à la Constitution « la supériorité d'une norme sur l'autre, le choix (de procéder ou non à la révision préalable et donc de ratifier ou non) étant purement politique ». Voir aussi le point de vue désormais dépassé (1974) mais révélateur de la complexité du débat, de L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op.cit., p. 38 : « C'est un cas un peu à part puisque notre système juridique consacrant la primauté du droit international, c'est à la Constitution d'être conforme aux engagements internationaux régulièrement insérés dans l'ordre juridique interne ».

¹⁰⁷ En ce sens que le Conseil d'État ne réalise pas un contrôle de compatibilité des traités à l'égard de la Constitution, à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte administratif trouvant sa base légale dans un traité ayant été régulièrement (CE Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, Rec. p. 483) introduit dans l'ordre juridique français par l'effet d'une disposition législative de ratification. Cf. CE, *Commune de Porta*, préc.

¹⁰⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 316.

¹⁰⁹ L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 316.

¹¹⁰ CC, 19 juin 1970, déc. n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés*, Rec., p. 15, cons. n° 1.

révision constitutionnelle »¹¹¹. Certes il ne faudrait pas surdéterminer les différences rédactionnelles transperçant dans les deux décisions du Conseil¹¹², mais il n'est pas interdit, dans la dynamique créée, d'y voir pourtant certaines nuances. La décision de 1970 paraît partir d'une présomption de compatibilité de l'engagement international avec la Constitution dont seule la preuve contraire « subordonne » la révision constitutionnelle. La décision de 1992 semble abandonner cette vague idée de présomption en partant d'une analyse objective du traité qui doit déboucher sur le constat de la compatibilité ou de l'incompatibilité de ses stipulations, laquelle « appelle » une révision constitutionnelle¹¹³. Enfin, notre argumentaire peut se prévaloir d'un troisième et dernier indice, jurisprudentiel, tenant à la décision du 2 septembre 1992 rendue par le Conseil constitutionnel¹¹⁴.

512. Le juge constitutionnel français rompt, de sa propre initiative, le lien normatif entre l'ordre interne et l'ordre international en jugeant, en creux, que la compatibilité du droit international relève – si l'on ose écrire – des affaires intérieures du système de droit français : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'un engagement international peut être soumis au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54 de la Constitution dès lors qu'il a été signé au nom de la République française et avant que ne soit adopté, *dans l'ordre juridique interne*¹¹⁵, le texte qui en autorise la ratification ou l'approbation ; que la recevabilité d'une saisine opérée en vertu de l'article 54 n'est en aucune façon tributaire du processus de ratification de l'engagement international en cause dans les autres États qui en sont signataires ; que cette recevabilité ne dépend pas davantage de la réalisation des conditions mises à l'entrée en vigueur d'un traité au plan international »¹¹⁶. La question de la suprématie de la Constitution ne pouvant être posée que dans l'ordre interne – en raison de la rupture entre les deux ordres juridiques, seule la Constitution peut arrêter, dans l'ordre interne, la place du droit international. Car « juridiquement, il s'agira toujours d'assurer la compatibilité du traité avec la

¹¹¹ CC, 9 avril 1992, déc. n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht I)*, Rec. p. 55, GDCC n° 45, p. 778-821, cons. n° 14.

¹¹² Nous suivons en cela le conseil avisé d'un membre autorisé de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, recueilli dans « Débats », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 69-79, spéc. p. 69 : à propos de la décision CC, 29 décembre 2005, déc. n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, Rec. p. 168 et la distinction entre intérêt général « suffisant » et « véritable », Jean-Claude Colliard déclarait : « En ce qui concerne donc cette décision, si nous employons, en effet, assez volontiers la formule "intérêt général suffisant" il peut arriver que dans l'écriture, par sacrifice à l'élégance de la forme, nous ôtions la répétition du terme "suffisant" ». Voir, partageant cette précaution stylistique dans l'analyse sémantique, G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 41 : « Il ne s'agirait là que d'une rédaction involontaire, destinée avant tout à insister sur l'insuffisance du motif allégué à l'appui du dispositif incriminé ». *A contrario*, Madame Noëlle Lenoir, membre autorisé – également – en tant que membre honoraire du Conseil constitutionnel, semble suggérer que les mots « suffisant » et « impérieux » traduisent une réalité observable, celle d'une « évolution » de la jurisprudence du Conseil relative aux lois de validation qui « n'est pas achevée ». Cf. N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 5.

¹¹³ L'internationaliste ne s'y est d'ailleurs pas trompé : « La place accordée au droit international par la Constitution de 1958 est plus *délicate* à apprécier bien qu'une conclusion analogue [à la Constitution de 1946] puisse en être tirée » (nous soulignons). Cf. D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 60.

¹¹⁴ CC, 2 septembre 1992, déc. n° 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, Rec. p. 55, GDCC n° 45, p. 778-821.

¹¹⁵ Préfigurant, sans doute, les arrêts *Sarran* et *Fraisse* (précités).

¹¹⁶ CC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht I)*, précitée, cons. n° 10.

Constitution »¹¹⁷. « Cette démarche peut trouver une justification supplémentaire dans le fait que même si l'on admet que la seconde doit s'imposer à la première, il n'est pas possible au Conseil constitutionnel de déclarer la Constitution contraire au *Droit* » (nous soulignons)¹¹⁸.

513. Le juge constitutionnel est contraint de faire prévaloir la norme constitutionnelle sur la norme internationale en cas de conflit dans la définition de l'intérêt général. Au risque de faire du « nationalisme juridique »¹¹⁹, il faut se résoudre à accepter que la rupture dans cette définition hiérarchique est problématique lorsque la solution, dans l'ordre interne, n'est pas celle-là¹²⁰. Dans cette mesure, il ne faut pas être étonné que la même contrainte qui pèse sur les juges ordinaires et le juge constitutionnel aboutisse, dans des hypothèses différentes, à ce que la norme constitutionnelle soit privilégiée en lieu et place de la norme internationale.

B. – La rupture logique du lien normatif en faveur de la Constitution :

514. Contrairement au premier cas de figure, le système de droit français est pieds et poings liés par la Constitution du 4 octobre 1958 pour préférer la norme suprême interne cependant que le droit international exige qu'il adopte une solution au conflit en faveur de ses propres règles. Tel est le second cas de figure où la résolution du conflit de normes n'est guère possible en raison d'une rupture du lien normatif entre les deux ordres juridiques¹²¹. Cette rupture rend caduque, par conséquent, l'applicabilité d'une quelconque hiérarchie des normes. Comment le juge interne pourrait-il appliquer une norme au dépend de celle qui lui donne son existence ?

515. La question s'est posée typiquement¹²² dans la décision *Sarran* de 1998 rendue par le Conseil d'État¹²³. En l'espèce, le conflit résidait dans la détermination constitutionnelle de la notion d'intérêt

¹¹⁷ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 316. De même, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 659.

¹¹⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 659.

¹¹⁹ E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », préc., p. 70.

¹²⁰ Certains États ont opté pour une réaction originale. C'est le cas des Pays-Bas ou de l'Autriche, nous dit M. Alland, qui en ratifiant un traité inconstitutionnel opèrent « une transformation de la norme internationale en norme de rang constitutionnel par l'utilisation de la procédure de révision constitutionnelle (...) ». Cf. D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'État, *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998 », préc., spéc. § II-A.

¹²¹ Voir D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 544 : « Il s'agit là d'un cas malheureux, mais typique, de discordance entre validité interne et validité internationale des normes juridiques ».

¹²² Elle fut sans nul doute posée pour la première fois devant le juge administratif français à l'occasion du célèbre arrêt CE Ass., 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, Rec. p. 255, GAJA n° 103, p. 747-754. Mais en raison des difficultés doctrinales qui se sont élevées quant aux conséquences de cet arrêt inclassable et, selon nous discutable, il nous a paru préférable de ne pas encombrer les analyses en cours ici d'objections non résolues. Pour une opinion contraire, D. ALLAND, préc., spéc. § I-B 2) c) : sans conteste puisque « cette solution présente un caractère absolument inédit sous la V^e République », le professeur Alland estime que *Koné* précède *Sarran*. Simplement, ainsi que le reconnaît l'auteur, *Sarran* est « explicite » (§ II). Estimant que la jurisprudence *Koné* était « implicite », F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 196.

général confrontée à la détermination internationale et européenne de cette dernière. Selon la première, l'article 76 de la Constitution relatif au corps électoral restreint appelé à se prononcer sur l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie constitue une restriction au droit de suffrage constitutionnellement défini par les dispositions combinées des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et de l'article 3 de la Constitution. Or, dans la présente affaire, les requérants soutenaient qu'une réduction du droit de suffrage – restreignant ce droit fondamental – heurtait la définition internationale et européenne de l'intérêt général. Ils invitaient la juridiction administrative suprême « à faire prévaloir les stipulations des articles 2, 25 et 26 du pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3 du protocole additionnel n° 1 à cette convention »¹²⁴ sur la définition constitutionnelle résultant de la dérogation apportée par l'article 76 de la Constitution aux dispositions constitutionnelles susmentionnées. Or, la plus haute formation du Conseil d'État, selon une lecture « quasi-notariale du texte constitutionnel qui ne saurait être très favorable à la norme internationale »¹²⁵, a tranché le conflit en faveur de la Constitution en jugeant que « la suprématie ainsi conférée [par l'article 55] aux engagements internationaux ne s'applique pas, *dans l'ordre interne*, aux dispositions de nature constitutionnelle » (nous soulignons)¹²⁶. « L'accent mis sur le fait que la portée du traité est appréhendée "dans l'ordre interne" implique que le Conseil d'État n'a pas entendu remettre en cause "le principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne" (...). *Mais ce principe ne déploie son plein effet que dans l'ordre juridique international*. Le juge national ne peut en imposer le respect que dans la mesure où son propre ordre juridique, dans lequel la Constitution tient une place essentielle, lui confère un titre l'habilitant à faire prévaloir la norme internationale sur la norme interne quelle qu'elle soit » (nous

¹²³ CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, RFDA 1998, p. 1081, concl. MAUGÜE, note ALLAND. Relevons que, dans son arrêt CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, req. n° 66289/01, R. 2005-V-I, la Cour européenne des droits de l'Homme a conclu, quant à la définition du droit de suffrage en Nouvelle-Calédonie, à la conformité de la définition française des restrictions à celle de la Convention (§ 65). Toutefois, il ne s'agit pas, loin s'en faut, d'un satisfecit donné aux autorités françaises. L'arrêt témoigne une fois de plus de toute l'ambiguïté des rapports entre droit interne et droit international dans la définition de l'intérêt général. Car la Cour prévient d'abord que « cette exigence de dix années de résidence pourrait paraître disproportionnée au but poursuivi » (§ 57 *in fine*). Sous-entendu, avant de conclure à la non violation, laquelle intervient après l'examen d'une nouvelle question, la Cour penche vers une définition différente voire contraire de la définition française de l'intérêt général au regard du droit de suffrage. Pour éviter le constat de violation, « il convient toutefois encore de déterminer s'il existe en Nouvelle-Calédonie des nécessités locales, au sens de l'article 56, telles que la restriction du droit de vote incriminée pourrait être considérée comme n'enfreignant pas l'article 3 du Protocole n° 1 » (§ 58). Or, ce n'est qu'au regard de la réalité des « nécessités locales », ayant fait l'objet d'une déclaration du Gouvernement français en application de l'article 56, que la Cour écarte le grief tiré de la violation du droit de suffrage en considérant que les restrictions à ce droit fondamental sont conformes à celles de la Convention (§ 64).

¹²⁴ CE Ass., *Sarran*, précité.

¹²⁵ L. DUBOIS, RFDA 1999, p. 58, cité par M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 782.

¹²⁶ CE Ass., *Sarran*, précité. Même solution, au demeurant, pour la plus haute formation de la Cour de cassation dans Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, Bull. Ass. plén., n° 4, p. 7. Au surplus, elle a été étendue par le Conseil d'État au droit de l'Union par CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Rec. p. 624 : « qu'ainsi, les requérants ne peuvent utilement se prévaloir (...) du principe de primauté, lequel au demeurant ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution ». Extension nuancée toutefois : CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor*, RFDA 2007, p. 384.

soulignons)¹²⁷. Avec le professeur Alland, incontestablement, « il n'y a pas lieu d'être déçu ni scandalisé par la solution consacrée par le Conseil d'État : elle est si liée à l'architecture constitutionnelle et à certaines exigences fondamentales de la théorie de l'État qu'on ne saurait pas même dire si elle représente une innovation véritable (...) »¹²⁸. Non seulement la décision de la Haute juridiction est d'une logique certaine mais également doit être pleinement approuvée¹²⁹. Logiquement, le Conseil d'État répond selon une argumentation qui traduit la cohérence globale, qu'il faut supposer, de notre système juridique dont il fait organiquement partie. La hiérarchie des normes n'est pas, en quelque sorte, parasitée par l'attitude directe du Conseil d'État mais par celle que lui impose l'ordre interne. En cela, nous voyons une rupture, dont nous ne nions pas qu'elle procède « de la plaine » et qu'elle puisse être contestée par « la montagne »¹³⁰, dans le lien juridique entre la norme suprême et la norme internationale. Puisqu'il y a rupture du lien, *a fortiori*, il ne peut y avoir applicabilité de la hiérarchie des normes. C'est pourquoi, cette inapplicabilité de la hiérarchie des normes, en ce qu'elle est liée à la norme suprême du système juridique français, mérite notre approbation.

516. En effet, toute autre solution aurait conduit le Conseil d'État « à entrer en conflit avec le pouvoir constituant »¹³¹. Une telle éventualité aurait été, à tout le moins, incompatible avec les fondements du pacte social libéral, dont la Constitution est ou l'expression juridique directe ou son expression indirecte, puisqu'elle supposerait de désolidariser les détenteurs de la souveraineté (les membres signataires du pacte) de la norme dont ils sont destinataires. À moins de pouvoir établir que les membres signataires du pacte aient eux-mêmes autorisé le système de droit à préférer la norme internationale au détriment de la norme constitutionnelle, rétablissant successivement le lien normatif entre les deux ordres juridiques interne et international puis l'opérabilité de la hiérarchie des normes ? Cette objection a été suggérée au regard de l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lequel « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international »¹³². Certes, le Conseil constitutionnel a reconnu que figurait au nombre des règles du

¹²⁷ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 782. Voir aussi D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 534 : « Sans qu'il soit besoin ici de les répéter, on se contentera ici de noter (...) qu'il s'agit bien d'un simple point de vue "interniste". Le principe de suprématie du droit international n'est en rien affecté (...). Il ne saurait y avoir aucune place en droit international pour la théorie de la Constitution "écran" ; et cela on le sait depuis...1872 avec la sentence de l'*Alabama* ». À notre connaissance, il semblerait que l'expression de « constitution-écran » revienne à Denis Alland, notamment dans D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'État, *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998 », préc., spéc. introduction.

¹²⁸ D. ALLAND, préc., spéc. introduction.

¹²⁹ « Compréhensible mais regrettable » selon Dominique Carreau, D. CARREAU, op. cit., p. 544. On comprend, aussi, pourquoi les juges français administratif et judiciaire sont, sur cet état du droit, « à l'unisson » selon le mot de Jean-François Flauss (cf. J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 78).

¹³⁰ Pour reprendre la métaphore suggestive de M. Alland destinée à rendre compte de l'observation de l'articulation entre ordre juridique interne (« la plaine ») et ordre juridique international (« la montagne ») selon deux points de vue très différents. En ce sens, D. ALLAND, préc., spéc. introduction.

¹³¹ M. LONG et alii, op. cit., p. 783.

¹³² S'en faisant l'écho, M. LONG et alii, op. cit., p. 783.

droit public international la règle *Pacta sunt servanda*¹³³. De cet alinéa 14, il ne serait pas inconcevable d'extraire la règle de supériorité logique du droit international sur le droit interne, fût-il constitutionnel, et établir ainsi le pont manquant entre l'ordre interne et l'ordre international et, finalement, remettre en branle – et dans le bon sens – la hiérarchie normative¹³⁴. Cependant, il semble que l'aile Montpensier du Palais Royal ait réduit à néant toute tentative en ce sens par l'apport combiné de deux décisions ultérieures¹³⁵ impliquant, en cas de conflit dans la détermination constitutionnelle expresse de l'intérêt général et la détermination internationale de celui-ci, que la norme internationale ne puisse « aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »¹³⁶.

517. En somme, le principe est, sans contestation logique possible, la supériorité de la Constitution sur les normes internationales quelles qu'elles soient. « Lorsque le juge fait primer le traité international sur la loi, il n'agit plus tout à fait comme un organe d'exécution du droit national, mais, sur autorisation constitutionnelle expresse, comme un organe d'exécution du droit international (...) »¹³⁷. Il faut bien saisir toute la mesure des règles de conflit de normes entre la loi constitutionnelle française et le droit international. Certes, la Constitution ne détermine pas directement le contenu de l'intérêt général lorsqu'il découle du droit international. Néanmoins, en autorisant expressément le juge, et par extension l'ensemble du système de droit, à faire prévaloir le contenu de l'intérêt général décidé par le droit international sur des normes internes, la Constitution valide, *a priori*, ce contenu et le déclare, par anticipation, conforme à l'intérêt général constitutionnel. Quand Denys Simon, s'agissant du droit de l'Union européenne, pour prendre un exemple disputé, affirme « que la juridiction de la Cour [de justice de l'Union] est *obligatoire* : la compétence de la Cour n'est pas subordonnée au consentement des États, qui a été exprimé une fois pour toutes lors de la conclusion des traités » (italique dans le texte)¹³⁸, il ne fait qu'explicitier, sous l'angle du rapport entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique de l'Union, les modalités particulières de validation

¹³³ Voir CC, 9 avril 1992, déc. n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht I)*, Rec. p. 55, GDCC n° 45, p. 778-821, cons. n° 7.

¹³⁴ Ce que fait justement le professeur Carreau, tout en cantonnant cette règle *Pacta sunt servanda* au droit international conventionnel (traités). Cf. D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 57-58. Cette règle est reprise aux articles 26 et 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, lesquelles dispositions donnent au droit international sa supériorité logique ; cependant, du point de vue international, elle énonce et découle beaucoup plus d'une logique de cohérence que de la hiérarchie normative. En ratifiant un Traité, acte d'une volonté étatique dans l'ordre international, l'État ne peut vouloir le contraire en prenant une mesure incompatible avec ledit Traité dans l'ordre interne.

¹³⁵ CC, 10 juin 2004, déc. n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101 et CC, 30 novembre 2006, déc. n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120. Ces deux décisions organisent les rapports entre le droit de l'Union et la Constitution de telles sortes que le premier cédera devant les exigences expresses et spécifiques contraires résultant de la seconde. Le raisonnement nous paraît, en l'état, parfaitement transposable à l'ensemble des normes internationales s'agissant de la suprématie, inhérente, de la Constitution. Il est, de surcroît, celui du Conseil d'État, CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor*, RFDA 2007, p. 384.

¹³⁶ CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, précitée, cons. n° 6 ; CC, 27 juillet 2006, déc. n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF du 3 août 2006, p. 11541, cons. n° 19.

¹³⁷ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 191.

¹³⁸ D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in *L'office du juge*, préc., p. 456.

a priori de l'un par l'autre. On ne saurait inférer de ce propos-là, à savoir la caractérisation d'un consentement préalable et indéterminé dans le temps, une quelconque subordination définitive du droit national au droit de l'Union. Il ne pourrait, en toute logique, en être différemment¹³⁹. Puisque, en dernière analyse, « la Constitution et les organes chargés de son interprétation ne sont pas en mesure de la placer au-dessous du droit international. Affirmer une subordination suppose la supériorité de ce à quoi on se soumet, laquelle ne saurait dépendre de ce qui est subordonné. Or toute l'ingéniosité du monde ne permettrait pas de trouver le moyen pour une Constitution ou un de ses organes constitués de placer le droit international au-dessus d'elle-même. D'où leur viendrait la puissance de lévitation permettant de hisser la valeur de quelque norme que ce soit hors de leur propre portée ? »¹⁴⁰. Au-delà d'une « fidélité » à la Constitution¹⁴¹, la rupture dans l'application de la hiérarchie des normes tient à une contrainte irrésistible qui pèse sur tous les organes du système juridique français *en l'état actuel* du droit¹⁴². La définition de l'intérêt général répond à la hiérarchie des normes que le système de droit libéral français est tenu de respecter. « Le respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle (...) s'imposent à tous les organes de l'État »¹⁴³. « Aucun organe de l'État, aucun pouvoir institué n'échappe au respect de la norme constitutionnelle »¹⁴⁴. Pourtant évidentes, l'ordre constitutionnel français lui-même n'a pas tiré toutes les conclusions des exigences de la hiérarchie des normes ainsi posées.

¹³⁹ Si la norme A dispose, dans un rapport conflictuel, que la norme B est supérieure à la norme A, laquelle de ces deux normes est la norme suprême ? La norme A. Si notre « formule » nous semble limpide et propre à tout expliquer aisément, c'est parce que, d'une part, « la conclusion n'est pas nouvelle : la lecture des *textes* constitutionnels conduit à penser que l'ordre juridique interne ne reflète pas l'exigence de primauté du droit international et que le droit constitutionnel apparaît supérieur aux traités » (italique dans le texte). Et, d'autre part, « si l'on demeure dans le champ de l'analyse formelle et que l'on imagine une Constitution affirmant la supériorité du droit international sur elle-même, le parallogisme demeure : en termes de hiérarchie interne des normes, le principe de la supériorité d'une norme ne saurait dépendre de l'énoncé d'une norme de rang inférieur ». Cf. D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'État, *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998 », préc., respectivement § I-A. et § II-A.

¹⁴⁰ D. ALLAND, préc., spéc. § II-A. Disons-le encore autrement avec cette image militaire sur ce point décisif : comment un capitaine de vaisseau pourrait-il élever au grade d'amiral un enseigne ?

¹⁴¹ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 787 : « l'arrêt *Sarran* traduit tout simplement la fidélité du Conseil d'État à la Constitution ».

¹⁴² Au point que le débat, aujourd'hui caduc, sur la nature du Traité établissant une Constitution pour l'Europe fut conclu par le Conseil constitutionnel, au plan interne, au profit de la suprématie de la Constitution du 4 octobre 1958 en ces termes : « Considérant, en particulier, que n'appelle pas de remarque de constitutionnalité la dénomination de ce nouveau traité ; qu'en effet, il résulte notamment de son article I-5, relatif aux relations entre l'Union et les États membres, que cette dénomination est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ». Cf. CC, 19 novembre 2004, déc. n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173, cons. n° 10.

¹⁴³ CC, 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18, GDCC n° 31, p. 457-499, cons. n° 18. L'arrêt CE Sect., 4 octobre 2012, *M. Gilbert Baumert*, confirme cet état du droit : une stipulation conventionnelle ne peut « avoir pour effet de priver les décisions juridictionnelles de leur caractère exécutoire », lequel repose sur l'article 16 de la Déclaration de 1789.

¹⁴⁴ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 468.

II. – La négation paradoxale de la suprématie de la Constitution :

518. Les limites de la suprématie de la Constitution apparaissent paradoxales puisque c'est la Constitution elle-même qui n'a pas pu ou su les prévenir. D'inégale importance, ces limites n'en sont toutefois pas, durablement, s'agissant des lois référendaires (A.). « Les lois présidentielles »¹⁴⁵ de l'article 16 n'ont pas, en revanche, cette qualité (B.).

A. – La suprématie de la Constitution ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de forme référendaire :

519. Nous ne rouvrirons pas ici un débat d'une redoutable complexité en ce qu'il touche à quasiment tous les concepts fondateurs du droit constitutionnel¹⁴⁶. Cependant, le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conformité des lois référendaires à la Constitution est susceptible de créer un cas inédit de disjonction entre l'intérêt général défini par le peuple Constituant et une définition adoptée par le peuple législateur¹⁴⁷. En effet, le peuple lorsqu'il se prononce par voie référendaire a pu adopter des normes constitutionnelles nouvelles – certes en méconnaissance de la procédure « normale » de révision de la Constitution – qui modifient le contenu de l'intérêt général. Dans ce cas, il apparaît qu'en réalité il n'est pas tant question de suprématie que de révision de la Constitution. Au fond, les membres signataires du pacte social libéral, exerçant directement leur souveraineté¹⁴⁸, redéfinissent au même instant le contenu constitutionnel de l'intérêt général. La disjonction étant fondamentalement temporaire, la suprématie de la Constitution ne s'applique pas, au moment de l'adoption d'une loi référendaire, aux lois formellement référendaires et matériellement constitutionnelles¹⁴⁹. Les lois « présidentielles » de l'article 16 apparaissent nettement plus problématiques du point de vue de la hiérarchie des normes.

¹⁴⁵ G. LEBRETON, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 73. Pour une analyse critique de cette institution, G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme, op. cit.*, p. 184-188.

¹⁴⁶ Voir cependant, en particulier, P. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001.

¹⁴⁷ Refus inauguré par CC, 6 novembre 1962, déc. n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962 (Loi référendaire)*, Rec. p. 27, GDCC n° 14, p. 171-183 et confirmé par CC, 23 septembre 1992, déc. n° 92-313 DC, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne (Maastricht III)*, Rec. p. 94, GDCC n° 45, p. 778-821.

¹⁴⁸ CC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962 (Loi référendaire)*, précitée, cons. n° 2 *in fine* : « l'expression directe de la souveraineté nationale ».

¹⁴⁹ Elle révèle, en pratique, la possibilité pour le peuple « d'adopter des lois liberticides ». G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 218 : « ce qui est normal dans l'optique du positivisme sociologique ».

B. – L’immunité juridictionnelle des « lois présidentielles » de l’article 16 :

520. Certes, l’adoption d’une loi présidentielle intervient nécessairement dans un contexte particulier dans lequel doit être comprise la place des normes ainsi édictées¹⁵⁰. Toutefois, il apparaît que notre système de droit leur ait conféré une « immunité juridictionnelle »¹⁵¹ puisque le Conseil d’État, à partir de la distinction loi et règlement des articles 34 et 37 de la Constitution¹⁵², a contribué à faire des mesures présidentielles de l’article 16 intervenues dans le domaine législatif des lois, au sens matériel. Ce faisant, la décision par laquelle le général de Gaulle a créé, notamment, un tribunal militaire à compétence spéciale, « qui porte sur des matières législatives et qui a été prise par le président de la République pendant la période d’application des pouvoirs exceptionnels, présente le caractère d’un acte législatif dont il n’appartient pas au juge administratif de connaître »¹⁵³. Or, l’incontestabilité dont jouissent les lois présidentielles interdit la résolution d’un conflit survenant entre une loi présidentielle et la Constitution, en faveur de la Constitution, norme suprême. C’est dire que « le dictateur »¹⁵⁴ est en mesure de définir l’intérêt général en violation « des dispositions expresses de la Constitution » comme par exemple « l’inamovibilité des magistrats du siège en Algérie »¹⁵⁵. La litanie des atteintes aux règles et principes à valeur constitutionnelle que dresse le professeur Lebreton, au regard de l’immunité dont bénéficie les lois présidentielles, est saisissante : « En 1961, pendant la période d’application de l’article 16, d’autres lois présidentielles ont porté aux libertés publiques les atteintes les plus variées, notamment en suspendant l’inamovibilité des magistrats du siège, en permettant la destitution de certains fonctionnaires, en prévoyant l’interdiction de certains écrits périodiques, ou encore en restreignant la liberté individuelle »¹⁵⁶. Certes des garde-fous existent. On peut, d’abord, faire état de sauvegardes politiques¹⁵⁷ bien qu’elles peuvent en effet

¹⁵⁰ « La dictature présidentielle de l’article 16 » selon M. Lebreton (G. LEBRETON, *Droit administratif général*, op. cit., p. 73), c’est-à-dire l’exercice possible, en cas de crise, de pouvoirs exceptionnels reconnus par l’article 16 alinéa 1^{er} de la Constitution : « Lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacés d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances (...) ». Ces circonstances justifient, il est vrai, « la nécessité de la liberté d’action que suppose l’article 16 de la Constitution (...) ». Cf. M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 555.

¹⁵¹ G. LEBRETON, op. cit., p. 73. M. LONG et alii, op. cit., p. 553.

¹⁵² G. LEBRETON, op. cit., p. 73 : « les "mesures" prises par le président dans le cadre de la dictature de l’article 16, sont des règlements lorsqu’elles portent sur le domaine de l’article 37, mais s’analysent comme de véritables lois lorsqu’elles portent sur le domaine de l’article 34 ».

¹⁵³ CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, Rec. p. 143, GAJA n° 82, p. 546-555. Position analogue de la Cour de cassation puisque la « mesure » (loi présidentielle) contestée devant le Conseil d’État et attaquée par voie d’exception devant le juge judiciaire est considérée comme conforme à la Constitution, Cass. crim., 21 août 1961, *Fohran*, Bull. crim. 1961, p. 695. Cf., sur ce point, M. LONG et alii, op. cit., n° 82, p. 548.

¹⁵⁴ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l’Homme*, op. cit., p. 186.

¹⁵⁵ M. LONG et alii, op. cit., p. 552. Inamovibilité pourtant consacrée par l’article 64 alinéa 4 de la Constitution de 1958.

¹⁵⁶ G. LEBRETON, op. cit., p. 187. Atteintes qu’au surplus, ajoute M. Lebreton, « le Conseil d’État s’est condamné à enregistrer passivement » (p. 187). Ajoutons l’atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi pénale (article 8 de la Déclaration de 1789) et les restrictions prises par le ministre de l’Intérieur relativement à la liberté individuelle (CE, 13 novembre 1964, *Livet*, Rec. p. 534). Cf., sur des deux éléments relevés, M. LONG et alii, op. cit., n° 82, respectivement p. 547 et p. 551.

¹⁵⁷ Que recense Gilles Lebreton, G. LEBRETON, op. cit., p. 187-188.

apparaître bien minces¹⁵⁸. Parmi elles, retenons, d'une part, le contrôle du Conseil constitutionnel (renforcé par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008) et l'obligation de le consulter pour chaque mesure prise¹⁵⁹, toutes deux prévues par l'article 16 et, d'autre part, la protection des prérogatives du Parlement (réunion de plein droit ; impossibilité de dissoudre l'Assemblée nationale ; éventuelle mise en jeu de la responsabilité du Chef de l'État devant la Haute Cour). Mais, on peut, ensuite, faire état de trois sauvegardes juridiques évidentes. La première tient à ce que durant l'exercice des pouvoirs exceptionnels « le Parlement ne se trouve en aucune manière dépossédé du fait de la mise en œuvre de l'article 16 et qu'il continue à exercer le pouvoir législatif dans sa plénitude »¹⁶⁰. Il peut donc se ressaisir de l'intérêt général déterminé par le seul chef de l'exécutif. La deuxième sauvegarde est le contrôle maintenu des lois présidentielles à l'égard des normes internationales, spécialement du droit européen¹⁶¹. Enfin, troisième mécanisme de sauvegarde, le Conseil constitutionnel peut, certes *a posteriori*, réimposer le lien nécessaire entre la loi présidentielle et la norme constitutionnelle soit par l'exception d'inconstitutionnalité, soit par la question prioritaire de constitutionnalité¹⁶². Ces sauvegardes s'inscrivent pleinement dans l'objectif de respect de la définition hiérarchique des droits fondamentaux, *a fortiori* de suprématie de la Constitution qui devrait être en toute hypothèse garantie¹⁶³.

¹⁵⁸ Puisque, conclut M. Lebreton, « faute de mécanisme juridique adéquat, le peuple ne peut compter que sur lui-même, et sur sa capacité de résister à l'oppression, pour empêcher le président d'abuser de l'article 16 ». Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 188.

¹⁵⁹ Sauf s'il s'est vraiment « transformé en une sorte de conseil de guerre ». Cf. G. LEBRETON, op. cit., p. 187.

¹⁶⁰ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., n° 82, p. 551.

¹⁶¹ Avec les nuances qui s'imposent en raison de la réserve d'interprétation française posée à l'article 15 § 1 de la Convention européenne (dérogation en cas d'état d'urgence), laquelle aboutit à lier les termes de la stipulation conventionnelle à ceux de l'article 16 de la Constitution de 1958, limitant ainsi un éventuel contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme. Excepté s'« il s'agit du droit à la vie (sauf si la mort résulte d'un acte licite en temps de guerre), de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, de l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et du principe de la légalité des délits et des peines », « ce « que l'on a pris l'habitude de rassembler sous le vocable de "noyau dur des droits de l'homme" ». Cf. J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 363.

¹⁶² Respectivement : CC, 25 janvier 1985, déc. n° 85-187 DC, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 43, GDCC n° 37, p. 620-637 et article 61-1 alinéa 1^{er} de la Constitution (révision constitutionnelle du 23 juillet 2008).

¹⁶³ Nous employons à dessein le conditionnel non pas pour discréditer cette suprématie. D'un point de vue juridique, elle est, à nos yeux, une nécessité absolue. Pour autant, d'un autre point de vue toujours juridique, le doute subsiste. Est-on en effet certain que le Constituant de 1958, en édictant l'article 16, n'ait pas introduit dans la norme suprême une part d'instabilité ? La question mérite, à tout point de vue, d'être soulevée (dans un autre cadre, on s'est inquiété par exemple « des interprétations qui ont tendu à faire porter à l'article 16 les conséquences les plus inattendues », L. HAMON, note sous CC, 14 septembre 1961, *Demande d'avis*, Rec. p. 55, D. 1963, p. 17, cité par L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 12, p. 146). Car, en dernière analyse, faute d'avoir objectivé avec plus de rigueur l'utilisation des pouvoirs exceptionnels (en instituant à cet effet les mécanismes appropriés), il n'est pas absurde de penser que la Constitution de 1958 contienne, en soi, sa propre dérogation, celle-ci ayant sinon pour objet du moins pour effet, dans des circonstances graves, de laisser une relative liberté au Président de la République dans la définition de l'intérêt général. Or, puisque cette relative liberté est d'ordre constitutionnel, il ne serait pas exagéré de considérer qu'*in fine* la Constitution elle-même consentît à ne pas être la norme suprême lorsque les circonstances l'exigent. Mais dans ce cas, puisque que la dérogation est constitutionnelle, la Constitution ne demeure-t-elle pas encore la norme suprême ? Pour un commencement de réponse, F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, op. cit., p. 25-26 : « dans le cas de l'article 16, le constituant, qui s'est exprimé souverainement le 28 septembre 1958 a créé deux constitutions, celle du fonctionnement normal et celle de l'article 16. Il a reçu ou créé le droit constitutionnel d'exception et en a confié la mise en œuvre au président ».

521. Parce qu'il est nécessairement un État de droit, fondé en dernier ressort sur la Constitution, le système de droit doit produire l'intérêt général dans le respect de la hiérarchie normative. Cependant, celle-ci s'adresse d'abord aux organes créés par la Constitution et appartenant au système de droit libéral. Aussi est-il indispensable que les membres signataires puissent, également, se prévaloir de la résolution hiérarchique des conflits de droits fondamentaux. Toute autre conséquence contribuerait à disjoindre le lien entre restriction et protection des droits et libertés et, de fait, saperait les fondations même de l'ordre juridique institué. La suite indispensable dans la définition des droits fondamentaux est d'organiser juridiquement au profit des membres du corps social la faculté de contester la définition obligatoire de leurs droits fondamentaux. Tel est la seconde condition de l'État de droit remarquablement schématisée par Gilles Lebreton : « L'État de droit est l'État qui, étant à la fois esclave et protecteur des libertés, tire sa légitimité de son aptitude à les développer, et à s'y soumettre. Pour que cette "mission-soumission" caractéristique de l'État de droit soit menée à bien, deux conditions doivent être réunies. Il faut d'une part que l'action des gouvernants soit enserrée dans une hiérarchie des normes, au sommet de laquelle figure la déclaration des droits, *d'autre part que les juges soient suffisamment indépendants pour en sanctionner la méconnaissance* » (nous soulignons)¹⁶⁴. La hiérarchie des normes ne suffit pas. La garantie des droits apparaît, dans cette mesure, comme le pendant de la hiérarchie des normes tout en étant destiné d'abord aux sujets de droit. Elle valide la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général.

Section 2^{ème} : Une conciliation validée par la garantie des droits :

522. Fonder la conciliation sur le seul respect de la hiérarchie des normes par les organes en charge d'édicter le droit ne saurait suffire à conditionner cette conciliation¹⁶⁵. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 prévoit en effet que « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Cette mission est confiée par notre système de droit aux juges. « Dans la plupart des systèmes, c'est au juge qu'est dévolu l'essentiel de la mission de protéger les libertés contre les atteintes susceptibles de les affecter »¹⁶⁶. Philippe Ardant et Bertrand Mathieu ont caractérisé ainsi l'existence d'un « pouvoir juridictionnel » en France quand bien même le terme n'est jamais employé¹⁶⁷. Si, formellement, le droit français ne fait pas de place à un pouvoir juridictionnel, matériellement son existence « est une réalité qui se traduit par celle d'un système juridictionnel

¹⁶⁴ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 19.

¹⁶⁵ Sur ce volet, que l'auteur appelle « la sécurité par rapport au pouvoir », G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 224-227.

¹⁶⁶ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 133.

¹⁶⁷ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 586-588.

complexe et fondé sur l'indépendance des organes qui le composent »¹⁶⁸. Bien qu'ils n'intègrent pas, ce qui est organiquement peu contestable, les juges internationaux (hormis la Cour pénale internationale tout en l'insérant dans un contexte « socio-politique »), ces deux auteurs remarquent que « la justice tend à s'ériger en un véritable pouvoir »¹⁶⁹ car « le développement d'un droit fondé essentiellement sur les droits fondamentaux renforce incontestablement la figure du juge (...) »¹⁷⁰. À ce dernier incombe donc l'immense et traditionnelle tâche de vérifier que les organes normatifs ont concilié les droits fondamentaux et l'intérêt général dans le respect de la hiérarchie des normes. La conciliation est alors garantie par l'existence de contrôles juridictionnels (§1.) et par la consécration d'un droit au juge (§2.).

§1. – Une conciliation garantie par l'existence de contrôles juridictionnels :

523. Les contrôles juridictionnels sont multiples et reposent principalement sur l'existence de juridictions et/ou d'organes chargés d'appliquer la hiérarchie des normes. Parce qu'il veille au respect de la Constitution, il n'est pas exagéré de qualifier le Conseil constitutionnel d'organe juridictionnel suprême dans l'application de la hiérarchie des normes (I.). Cependant, il trouve des relais à tous les échelons du système de droit à travers les organes juridictionnels principaux (II.).

I. – L'organe juridictionnel suprême : le juge constitutionnel

524. Si, comme le présente Michel de Villiers, le Conseil constitutionnel français n'est « pas une Cour suprême placée au sommet d'une hiérarchie de juridictions mais une juridiction hors hiérarchie (...) »¹⁷¹, l'évoquer, d'abord, en tant qu'organe suprême ménage les positions défendues çà et là tout en faisant remarquer que cette vision conciliante de l'institution risque de s'essouffler¹⁷². Le Conseil

¹⁶⁸ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 586. Voir, en outre, G. WIEDERKEHR, « Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France », in D. D'AMBRA, (dir.), *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, op. cit., p. 5-14.

¹⁶⁹ P. ARDANT, B. MATHIEU, op. cit., p. 586.

¹⁷⁰ Ibid. Sur cette relation nouvelle aux juges liée à l'essor des droits fondamentaux, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 338-339 : « On voit donc apparaître les deux facettes de l'action des organes juridictionnels : la première consiste à définir les conditions du cas concret et la solution qui en découle. La seconde, à visée plus générale, peut relever de la production de normes quand les textes juridiques s'avèrent être obscurs, vagues, lacunaires ou antinomiques ». Cette assertion annonce déjà l'étendue du contrôle juridictionnel, cf. *infra* n°s 623 et s.

¹⁷¹ M. DE VILLIERS, « Conseil constitutionnel », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 51.

¹⁷² Puisque, ainsi que l'a montré Michel Fromont, les droits fondamentaux dépendent *in fine* du juge constitutionnel, en Allemagne, et qu'il le qualifie d'« organe suprême de la République Fédérale », alors il n'est pas exagéré d'étendre ce qualificatif au Conseil constitutionnel français pourvu que, dans notre système de droit, nous puissions formuler la même conclusion. Voir M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op.cit., p. 64.

constitutionnel assume incontestablement, en France, le rôle de juge constitutionnel¹⁷³. La question prioritaire de constitutionnalité introduite en 2008 dans le paysage constitutionnel français aura inexorablement raison des dernières résistances, quoiqu'on en dise par ailleurs, dès lors que le Conseil constitutionnel sera amené, en statuant à l'occasion des litiges soulevés devant les juridictions ordinaires et renvoyés devant lui par les Cours suprêmes « ordinaires », compte tenu de leur fréquence, à contrôler périodiquement la constitutionnalité des lois au regard des droits fondamentaux et, donc, à institutionnaliser par une pratique répétée une posture très similaire à celle d'autres juridictions telles que la Cour suprême des États-Unis d'Amérique¹⁷⁴. Au-delà des organes effectivement chargés du contrôle de constitutionnalité des lois, c'est-à-dire ceux qui veillent à la supériorité de la Constitution, ce qui doit retenir notre attention est l'instauration d'une justice constitutionnelle au sens matériel¹⁷⁵. Elle relève, accessoirement, des juridictions ordinaires (Conseil d'État et Cour de cassation) ; elle relève principalement, en France, d'une juridiction spécialisée : le Conseil constitutionnel.

¹⁷³ *Contra* : É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 189 : La « réussite [du modèle français de contrôle de constitutionnalité] vient de ce que, contrairement à une doctrine tenace, il n'est pas exercé par un juge, mais par un organe, le Conseil constitutionnel, qu'on peut à la rigueur qualifier d'organe juridictionnel parce qu'il dit le droit (...) ». Voir, en outre, « le débat sur la justice constitutionnelle » exposé par Louis Favoreu et Loïc Philip dans L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n° 31, p. 468-470. Quant au Conseil lui-même, il ne fait guère de doute qu'il est, de son point de vue – sinon de celui d'un ancien président –, un juge comme l'atteste le propos qui suit : « Qu'en est-il de l'intérêt général pour le juge lui-même ? Dans la jurisprudence de notre Conseil, il revêt une importance singulière ». Cf. P. MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République (discours prononcé le 3 janvier 2006) », in *Échanges de vœux*, préc., p. 11. Pour une vision moins laudative du Conseil, par exemple, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 105-106 et p. 203-204. Reste un hiatus non résolu : si on le décrie, à moins que ce ne soit par facilité de langage, il n'est pas possible de lui reprocher de verser dans le gouvernement des juges tout en lui refusant la qualité de juridiction. Ou bien il n'est pas une juridiction et, en tant qu'organe politique, il pourrait être une troisième chambre (où l'on retrouverait bizarrement les sénats impériaux...) écartant *de facto* le grief de gouvernement des juges ; ou bien on lui reproche de s'engager sur cette pente glissante auquel cas il est une juridiction (atypique certes).

¹⁷⁴ Si le contrôle par voie d'exception du type américain vient à supplanter quantitativement le contrôle par voie d'action, le Conseil constitutionnel exercera une mission analogue à la justice constitutionnelle d'Outre-Atlantique. Or, à ce jour (17 janvier 2012) le Conseil a rendu 209 décisions QPC (depuis le 1^{er} mars 2010, date d'entrée en vigueur du dispositif). Arithmétiquement parlant, le Conseil est saisi tous les quatre jours en moyenne par la Cour de cassation ou le Conseil d'État. Si l'on compare ce ratio, sur la même période (*grosso modo*), aux décisions DC (saisine par les autorités politiques), le Conseil a statué 41 fois du 25 février 2010 au 28 décembre 2011, soit tous les dix sept jours...

¹⁷⁵ En ce sens, C. GREWE, « Cours constitutionnelles européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 182. Toutefois, l'acclimatation d'une Cour suprême en France, n'est ni un vœu, ni une conjecture. Seulement une déduction logique. En effet, la systématicité de la suprématie constitutionnelle commande une justice constitutionnelle matérielle ; la cohérence de cette justice constitutionnelle matérielle suppose, à son tour, une construction pyramidale au sommet de laquelle ne peuvent – à terme – résister trop durablement des poches d'incohérence ou de contradictions dans l'énoncé de la supériorité des normes constitutionnelles. La seule façon de rendre efficace la justice constitutionnelle matérielle, c'est d'organiser une justice constitutionnelle formelle qui limite les possibles interprétations contradictoires de la Constitution par différents Cours. Comment faire autrement qu'en instaurant une seule Cour par définition suprême ? C'est, à juste titre, ce que présentait le Doyen Favoreu lorsqu'il affirmait : « le centre de gravité de l'ordre juridique s'est déplacé (...). Aujourd'hui [en 1996], l'axe essentiel est la Constitution et le régulateur, le Conseil constitutionnel, et l'ensemble de l'ordre juridique se réorganise autour de ces deux pôles » (cf. L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25-42, spéc. p. 41).

525. Interprète authentique de la Constitution du 4 octobre 1958 désigné par le peuple¹⁷⁶, le Conseil constitutionnel est, de ce fait, l'organe de contrôle essentiel puisqu'il est, en principe¹⁷⁷, l'organe suprême de contrôle des restrictions dans l'ordre interne compte tenu de la hiérarchie des normes¹⁷⁸. « Son rôle n'est pas (...) de tenir en échec la volonté du législateur, et d'opposer son ambition à celle de ce dernier, mais de faire en sorte de parvenir à une loi qui soit la plus conforme possible à ce que *requiert l'intérêt général* » (nous soulignons)¹⁷⁹. « Le Conseil constitutionnel est un organe qui s'inscrit dans le processus de formation de la loi ; il participe à la fonction législative (...) »¹⁸⁰. Pour le Conseil d'État, et dans le cadre de la détermination du contenu de l'intérêt général, « il convient, à ce stade, de souligner que si cette tâche incombe, pour l'essentiel, au juge administratif, un rôle important d'orientation revient au juge constitutionnel »¹⁸¹.

526. Certes, le Conseil constitutionnel est doté par la Constitution du 4 octobre 1958 d'une compétence d'attribution sur le fondement de laquelle il s'interdit d'exercer des compétences non définies limitativement par notre charte suprême¹⁸². « Il n'a pas une compétence de droit commun en

¹⁷⁶ La délégation de pouvoir ainsi opérée est une obligation logique sauf à placer le Conseil constitutionnel au-dessus de la norme constitutionnelle. Cf., en ce sens, en transposant ses résultats à notre norme suprême, T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 419 : « ce n'est pas la lettre, mais l'intention ou ce qu'elle entend signifier, autrement dit l'interprétation authentique de la loi (qui est le sens donné par le législateur), qui constitue la nature de la loi. L'interprétation de toutes les lois dépend donc de l'autorité souveraine, et les interprètes ne peuvent être personne d'autre que ceux que le souverain (qui est seul à qui le sujet doit obéissance) désignera. Car autrement, l'adresse d'un interprète peut faire que la loi revête un sens contraire à celui du souverain, et par ce moyen l'interprète devient le législateur ». Voir, également, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 119 : « Le Conseil n'est pas souverain ». Pour autant, ces observations ne font pas obstacle à ce que le Conseil « ait l'impression » de s'être octroyé, de lui-même, cette qualité comme l'ont soutenu Alain Sériaux, Laurent Sermet et Dominique Viriot-Barrial : « Autant dire, à peu près, que le Conseil constitutionnel se reconnaît la qualité de seul interprète authentique de la constitutionnalité des lois, surtout si elles touchent aux droits et libertés qu'il estime fondamentaux » (italique dans le texte). Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 175.

¹⁷⁷ On va le voir, compte tenu de l'interprétation qui est celle du Conseil de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, le juge de l'Union européenne est amené à trancher en dernier recours dans des hypothèses spécifiques. Par ailleurs, le système de droit français n'a pas exclu que le Conseil constitutionnel soit quelque peu dépossédé de cette tâche puisque le Conseil d'État a reconnu l'existence d'un principe à valeur constitutionnelle, à savoir le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique ». Voir, CE Ass., 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, Rec. p. 255, GAJA n° 103, p. 747-754. Sur la controverse quant à la compétence du juge administratif pour consacrer un principe à valeur constitutionnelle, voir M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 750 : « Si le Conseil constitutionnel dispose seul du pouvoir de déclarer une loi contraire à la Constitution, il n'y a pas dans le texte de notre Charte fondamentale d'article qui lui confère un monopole d'interprétation en cas de difficulté ».

¹⁷⁸ Voir P. ARDANT, B. MATHIEU, op. cit., p. 108 : « Le système mis en place est relativement efficace, même s'il connaît certaines limites. Il repose sur le *Conseil constitutionnel* » (italique dans le texte). C'est à ce titre que nous parlons volontiers d'organe suprême, sans qu'il soit, pour autant, une Cour suprême analogue à la Cour suprême des États-Unis d'Amérique. En revanche, « ces traits uniques en droit interne le rapprochent de plus en plus des cours constitutionnelles classiques et en font le juge des libertés par excellence. Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 209. Et l'auteur de poursuivre : « Il se retrouve au centre de ce processus. Il est institué gardien d'un temple (...) » (p. 294).

¹⁷⁹ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 189-190.

¹⁸⁰ É. ZOLLER, op. cit., p. 189.

¹⁸¹ *L'intérêt général*, Rapport public 1999, op. cit., p. 289

¹⁸² CC, 14 septembre 1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure)*, (*Demande d'avis*), Rec. p. 55, GDCC n° 12, p. 141-152, cons. n° 1 : « Considérant que la Constitution a strictement délimité la compétence du Conseil constitutionnel ; que celui-ci ne saurait être appelé à statuer ou, à émettre un avis que dans les cas et suivant les modalités qu'elle a fixés ». Plus spécialement, M. DE VILLIERS, « Conseil constitutionnel », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 51-53.

matière constitutionnelle »¹⁸³. Mais « à l'intérieur du domaine qui lui est ainsi fixé, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à faire preuve d'audace, afin d'assurer à son contrôle le maximum d'efficacité »¹⁸⁴. À telle enseigne que son intervention¹⁸⁵ prend, aujourd'hui, une tournure capitale : « C'est alors la figure du juge qui prend une place prépondérante dans l'ordre institutionnel. C'est pour l'essentiel à lui qu'il appartient d'appliquer ces droits fondamentaux pour en fixer la portée et, le cas échéant, les concilier »¹⁸⁶. Son rôle est déterminant dans la définition des droits fondamentaux. Au point d'en faire l'un des pivots d'un « pouvoir judiciaire à la française » ? Assurément, selon Claude Leclercq, pour qui faute de vrai pouvoir judiciaire en France (le juge judiciaire n'étant, comme on le sait, qu'une autorité), il faut considérer que « dans la réalité, le véritable pouvoir judiciaire, au sens anglo-saxon du terme, est représenté en France par le Conseil constitutionnel qui, depuis la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, veille jalousement à ce que les lois respectent la Constitution, et spécialement les dispositions du Préambule de 1958 qui renvoie aux droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 et aux droits de la personne traditionnels tels qu'inscrits dans la Déclaration des droits de 1789 »¹⁸⁷.

527. Nombreuses sont les décisions qui illustrent le contrôle approfondi de la loi par cette Haute instance. Nous nous bornerons simplement à faire état de la célèbre décision de 1981 dite *Sécurité et liberté*, pour saisir globalement la portée de son contrôle, du seul point de vue qui nous intéresse ici, le contrôle de la détermination infra-constitutionnelle de l'intérêt général, en l'occurrence celle opérée par le législateur¹⁸⁸. Parmi les différents droits fondamentaux éprouvés par le contrôle de leur définition législative dans la présente décision, on peut extraire en particulier le principe de légalité des délits et des peines de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹⁸⁹. Dans la définition de ce droit fondamental, le Conseil effectue un contrôle de la définition législative

¹⁸³ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 144.

¹⁸⁴ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 216.

¹⁸⁵ « L'exaltation du rôle du juge » selon la formulation saisissante de G. LEBRETON, op. cit., p. 37 ; d'après Michel de Villiers, la place du Conseil a « bouleversé l'équilibre initial » de la V^{ème} République (cf. M. DE VILLIERS, « Conseil constitutionnel », op. cit., p. 44), assurément pour rééquilibrer droits fondamentaux et intérêt général.

¹⁸⁶ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 131.

¹⁸⁷ C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 47. « Le Conseil constitutionnel : le contrôleur en chef ! » tel aurait pu être notre leitmotiv si nous nous étions effectivement égaré dans la recherche documentaire. C'est par cette entrée que site éducatif à destination des plus jeunes membres du corps social, *Lespetitscitoyens.com*, présente le Conseil constitutionnel : <http://www.lespetitscitoyens.com>. Cet exemple purement anecdotique ne sert qu'à mieux mettre en lumière le rôle fondamental, ou du moins supposé tel, du Conseil constitutionnel dans notre architecture constitutionnelle. Au point que certains ont pu voir dans le Conseil constitutionnel « un organe de tutelle » vis-à-vis du législateur (A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 170) ou une « autorité quasi constituante » (J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 71).

¹⁸⁸ CC, 20 janvier 1981, déc. n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (Sécurité et liberté)*, Rec. p. 15, GDCC, n° 30, 426-447. Outre qu'elle « marque le début de l'époque moderne du Conseil constitutionnel » (GDCC, n° 30, p. 435), nous avons délibérément décidé de porter nos observations sur la présente décision au regard même de son nom, lequel synthétise le nœud gordien entre intérêt général et droits fondamentaux, et qui semble refléter toute la thèse que nous défendons. Quant à la loi elle-même, elle semble l'avoir tranché sur fond de profonds désaccords. Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 434 : « En dépit de la double dénomination de la loi, l'équilibre entre les exigences de sécurité et celles de liberté n'a cependant pas été réalisée ».

¹⁸⁹ « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

des caractères « strictement et évidemment nécessaires » des peines : « Considérant que, selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ; que, selon les auteurs de deux des saisines, il appartiendrait au Conseil constitutionnel de censurer les dispositions du titre Ier de la loi soumise à son examen qui autorisent ou imposent une répression, à leurs yeux excessive, soit par l'effet des peines attachées aux infractions, soit par l'aggravation des conditions de la récidive, soit par la limitation des effets des circonstances atténuantes, soit par la restriction des conditions d'octroi du sursis, soit par la modification des conditions d'exécution des peines ; Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ; Considérant que, dans le cadre de cette mission, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre Ier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 »¹⁹⁰. Le contrôle opéré par la Haute instance est doublement explicité dans la présente décision dans la mesure où elle énonce qu'elle n'a « seulement compétence » que pour réaliser un contrôle-cadre de la définition législative du droit fondamental. En premier lieu, le Conseil ne peut définir légalement, de son propre chef, le principe de nécessité des peines. D'une part, il n'a pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique au Parlement » pour déterminer le contenu de l'intérêt général. D'autre part, n'exerçant pas la fonction législative (mais son contrôle), il ne pourrait « substituer sa propre appréciation à celle du législateur ». En second lieu, le Conseil exerce un contrôle de la définition législative en se bornant à s'assurer qu'elle n'excède « manifestement » pas les limites constitutionnelles de la définition de l'intérêt général.

528. Bénéficiant de l'autorité attachée à ses décisions par l'article 62 alinéa 3 de la Constitution de 1958¹⁹¹ – d'« un authentique *imperium* »¹⁹² –, le Conseil constitutionnel « a dégagé des règles qui s'imposent au législateur, *il a fait pénétrer le droit constitutionnel dans chaque branche du droit*, il

¹⁹⁰ CC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (Sécurité et liberté)*, précitée, cons. n° 11-13.

¹⁹¹ « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». En outre, « l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ». Cf. CC, 16 janvier 1962, déc. n° 62-18 L, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, Rec. p. 31. Si « les partisans du constitutionnalisme vantent cette autorité » (F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 211), il est bon de rappeler qu'elle tient non pas de la place respective du Conseil et des autres organes mais bien de la suprématie de la Constitution qui s'impose à tous les organes, le Conseil constitutionnel compris, ce dernier étant la « bouche » de la Constitution pour paraphraser Montesquieu.

¹⁹² A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 170. En tant qu'il est l'« intermédiaire entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif », « le seul moyen de faire échec à une décision du Conseil est d'en appeler au souverain » (cf. M. DE VILLIERS, « Conseil constitutionnel », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., respectivement p. 58 et p. 54).

leur donne leurs fondements constitutionnels, par là il contribue à l'unification du droit français autour de la Constitution au sens large » (italique dans le texte)¹⁹³. En somme, il n'est pas exagéré de souligner le caractère central du contrôle que la Haute instance effectue des normes infra-constitutionnelles dont elle a reçu compétence pour en connaître. Cet organe participe à la concrétisation de la hiérarchie des normes dans la définition de l'intérêt général. Il est par ailleurs secondé par différents autres organes.

II. – Les organes juridictionnels principaux :

529. Notre système de droit seconde le Conseil constitutionnel dans la définition de l'intérêt général au sein de la pyramide des normes selon deux approches. Il organise, au plan interne, un contrôle décentralisé mais prééminent qu'il confie aux juridictions dites ordinaires (A.). Il promeut le respect de cette hiérarchie normative en consentant à un contrôle subsidiaire, au plan externe, par des juges internationaux (B.).

A. – Le contrôle prééminent des juges ordinaires : le contrôle interne

530. Trois juges se partagent au sein de notre système de droit le contrôle de la définition de l'intérêt général selon des cas, des modalités et une intensité variables. Sans qu'il faille y voir bien évidemment un quelconque jugement de valeur, les contrôles peuvent être examinés selon leur degré d'intensité en droit public. Cependant, en reprenant une affirmation du professeur Sudre, que l'on peut sans peine généraliser, on doit écrire que « tout juge interne » est invité à contrôler l'exactitude normative de la définition de l'intérêt général¹⁹⁴. Seront successivement considérées les interventions du Tribunal des conflits (1.), du juge judiciaire (2.) et, enfin, du juge administratif (3.).

1. – Le contrôle exceptionnel du Tribunal des conflits :

531. De prime abord, il pourrait paraître curieux de voir dans la saisine du Tribunal des conflits¹⁹⁵, juge de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions judiciaire et administratif, l'existence d'un contrôle des restrictions aux droits fondamentaux. Les décisions qu'est amenée à prendre cette juridiction atypique, née sur les conséquences de la séparation des autorités

¹⁹³ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 130. En outre, « bien que le Conseil constitutionnel soit dépourvu de moyens de veiller à l'application de cette règle [article 62 al. 3], ses décisions sont généralement respectées ». Cf. F. TERRE, op. cit., p. 211.

¹⁹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 202.

¹⁹⁵ Globalement sur le Tribunal des conflits, on s'est reporté à S. PETIT, *Le Tribunal des conflits*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 1994.

administratives et judiciaires, sont destinées prioritairement à trancher les conflits de compétences qui opposent négativement ou positivement les tribunaux judiciaires et la juridiction administrative¹⁹⁶. Mais pas seulement¹⁹⁷. Le Tribunal des conflits, « juridiction souveraine » nous dit Serge Petit, a également pour mission de « juger le fond de l'affaire et trancher le litige ayant fait l'objet d'une contrariété de jugements entre les deux ordres de juridictions, dont l'un d'eux a méconnu le principe de séparation »¹⁹⁸. C'est « l'hypothèse exceptionnelle »¹⁹⁹ de la loi du 20 avril 1932 autorisant la saisine du Tribunal des conflits directement par un justiciable : « Peuvent être déférées au Tribunal des conflits, lorsqu'elles présentent contrariété conduisant à un déni de justice, les décisions définitives rendues par les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires dans les instances introduites devant les deux ordres de juridiction, pour des litiges portant sur le même objet »²⁰⁰. Le Tribunal des conflits est, à titre tout à fait exceptionnel²⁰¹ et dans les conditions strictes qu'il a déterminées²⁰², institué juge du fond des affaires ce qui lui permet, dans ces hypothèses, de fixer, le cas échéant, lui-même le contenu de l'intérêt général. Nettement moins exceptionnelle est, par comparaison, l'intervention du juge judiciaire.

¹⁹⁶ De surcroît, ils ne sont pas légions. Cf. O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Paris, Litec, coll. Manuels, 4^{ème} éd., 2005, p. 53 : « Le nombre des décisions rendues par le Tribunal des conflits, entre 1873 et 2003, est de 3370, soit une moyenne – sur la longue durée – de moins de deux arrêts seulement par mois. Cette statistique établit le caractère quantitativement marginal de la question des conflits de compétence externe entre les deux ordres de juridiction ». Ce qui n'interdit pas, en endossant l'habit du justiciable, de le déplorer. En ce sens, D. TRUCHET, *Le droit public, op. cit.*, p. 31 : « Inutile de dire que cette procédure – nécessaire pour éviter des dénis de justice ou des conflits durables de compétence – constitue toujours pour les parties un regrettable accident, coûteux en temps, en argent et en confiance dans la justice ».

¹⁹⁷ Incidemment, dans le cadre de sa mission principale (répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions), il apparaît que le juge des conflits participe, sinon à la détermination, du moins à la clarification de l'intérêt général. Voir, en ce sens, TC, 9 juin 1986, *Eucat*, RDP 1987, p. 1852, concl. M.-A. LATOURNERIE : « Considérant que la liberté fondamentale d'aller et venir n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter; que ce droit est reconnu par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il est confirmé tant par l'article 2-2°, du quatrième protocole additionnel à la convention européenne des sauvegardes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, publiée par le décret n° 74-360 du 3 mai 1974, que par l'article 12-2° du pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques, publié par le décret n° 81-76 du 29 janvier 1981 qu'il ne peut être restreint que par la loi ».

¹⁹⁸ S. PETIT, *Le Tribunal des conflits, op. cit.*, p. 8. « Une juridiction autonome » affirme Olivier Gohin, dans O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁹ O. GOHIN, *op. cit.*, p. 54.

²⁰⁰ Article 1^{er} de la loi du 20 avril 1932 *ouvrant un recours devant le tribunal des conflits contre les décisions définitives rendues par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs lorsqu'elles présentent contrariété aboutissant à un déni de justice* (texte disponible intégralement sur le site Legifrance.gouv.fr). Cette loi, dont l'effet était rétroactif, devait permettre de régler la question de la responsabilité d'un dommage subi par le sieur Rosay à l'occasion d'un accident entre deux véhicules (un public et l'autre privé) au cours duquel il fut blessé. Le juge judiciaire suprême et le Conseil d'État jugèrent l'affaire ainsi. Voir G. LEBRETON, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 280 : « Les deux ordres de juridictions se reconnurent compétents, mais rejetèrent tous deux son action après examen au fond : le premier estima en effet que le conducteur du véhicule privé n'avait commis aucune faute, et que l'accident était uniquement dû à la maladresse du conducteur du véhicule militaire ; à l'inverse, le second jugea ce dernier irréprochable, et mit l'accent au compte du conducteur privé. M. Rosay se retrouvait finalement sans un franc d'indemnité alors que personne en contestait son droit à réparation ». Le Tribunal des conflits devait trancher, au fond, pour un partage de responsabilité entre l'État et la personne privée dans TC, 8 mai 1933, *Rosay*, Rec. p. 1236.

²⁰¹ Selon Gilles Lebreton, « la loi est appliquée en moyenne une fois tous les dix ans ». Cf. G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 280.

²⁰² Dont on trouvera un exposé clair dans J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 153-154.

2. – Le contrôle naturel du juge judiciaire :

532. L'intervention du juge judiciaire est naturelle du point de vue du publiciste²⁰³. Car, outre que le juge judiciaire est conduit à appliquer le droit entre les particuliers, ce qui lui permet dans cette configuration générale de mettre œuvre les conciliations particulières des conflits de droits fondamentaux, cet ordre de juridiction intervient également et nécessairement en droit public. Trois éléments de discussion tendent à le confirmer.

533. L'intervention indirecte, tout en étant significative, est celle du juge répressif. L'exemple du droit pénal, « droit mixte »²⁰⁴ ou matériellement public²⁰⁵, fournit une excellente illustration du décloisonnement auquel nous invitons l'observateur. Déjà, au crépuscule du XIX^{ème}, on doit, dans la perception habituelle du droit pénal, cette entaille aux termes de laquelle la peine, écrit Émile Durkheim, « ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre ; sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune »²⁰⁶. Plus près de nous, le doyen Aubert met en exergue une nouvelle définition du droit pénal contemporain : « on définit aujourd'hui le droit pénal, de manière plus large, comme "l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants" »²⁰⁷. Et ce dernier d'en extraire cette remarque intéressante : « Cette définition, plus conforme à la réalité, présente aussi l'intérêt d'insister sur le rôle éminent que joue ici la *puissance publique* : les infractions sont déterminées en considération de l'intérêt général, et c'est la puissance publique qui a la maîtrise de la sanction » (italique dans le texte)²⁰⁸. Sa conclusion vient ainsi au soutien de notre cause : il faut « avoir conscience de sa nature réelle pour mieux en

²⁰³ Bénédicte Delaunay écrit précisément que « le juge administratif, mais aussi le juge judiciaire, [ont] une vocation "naturelle" à protéger les droits fondamentaux ». Cf. B. DELAUNEY, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 211.

²⁰⁴ Point de vue du privatiste : J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 40 : « La notion est donc simple : constitue un droit mixte toute branche du droit qui réalise une combinaison de règles relevant, pour les unes du droit public, et pour les autres du droit privé ».

²⁰⁵ Point de vue du publiciste : D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 25 : « Le droit pénal appelle une remarque particulière : une tradition que personne ne remet en cause le range dans le droit privé, ce qu'atteste notamment la présence d'une Chambre criminelle au sein de la Cour de cassation. Pourtant, ses caractères (et en particulier le fait que des peines y sont infligées par l'État) devraient matériellement en faire du droit public » (italique dans le texte).

²⁰⁶ É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, P.U.F./Quadrige, 1994, p. 76 cité par O. CORTEN, « Une compétence universelle sans communauté internationale ? », in « Thème : La Belgique, justicier du monde ? », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 24-27 spéc. p. 25. Ce disant, le sociologue s'appuie, probablement, sur la conception théorisée par Beccaria au XVIII^{ème} siècle liant droit pénal et intérêt général : « les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et (...) ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social ». Et l'auteur d'ajouter : « l'intérêt général exige le respect des conventions utiles au plus grand nombre. Leur violation, même par un seul, est le début de l'anarchie » (cf. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., respectivement p. 38 et p. 38-39).

²⁰⁷ J.-L. AUBERT, op. cit., p. 41.

²⁰⁸ *Ibid.* Il est, selon les mots d'Harald Renout, « le reflet des valeurs de la société ». Cf. H. RENOUT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 1.

comprendre l'exacte portée, qui est de *sauvegarder l'ordre social* » (nous soulignons)²⁰⁹. Elle est déclinée et précisée par M. Renout en ces termes : « Le but du droit pénal est la défense de la société contre les comportements qu'elle interdit, la protection de l'ordre et de la sécurité publics (...) »²¹⁰. Enfin, il est significatif de ce point de vue que le Conseil constitutionnel ait contribué à faire, notamment, du droit pénal un outil au service des droits fondamentaux en intégrant cette branche du droit dans cet ensemble plus vaste qu'est la sauvegarde de l'ordre public, constitutive d'un objectif de valeur constitutionnelle²¹¹ : « Considérant que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle »²¹². Le contrôle du juge répressif est concrétisé avec relief dans une décision notable du Tribunal des conflits aux termes de laquelle le juge répartiteur des compétences déclarait : « il résulte de la nature de la *mission* assignée au juge pénal que celui-ci a, en principe, plénitude de juridiction sur tous les points d'où dépend l'application ou la non-application des peines » (nous soulignons)²¹³. Cantonnée aux actes administratifs réglementaires, la compétence du juge pénal s'est vu accrue à travers l'article 111-5 du Code pénal : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis »²¹⁴.

534. Ainsi disséminées dans l'ensemble de notre droit, les dispositions de nature à autoriser le contrôle judiciaire des restrictions aux droits fondamentaux prennent une résonnance bruyante dans le

²⁰⁹ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 41. La liaison démocratique est en outre avérée : « Ce constant renvoi à la loi est justifié par l'idée, chère aux révolutionnaires puis aux systèmes politiques démocratiques, que seul le peuple est à même, par l'intermédiaire de ses représentants, de fixer des limites à sa liberté lorsque l'enjeu est d'ordre répressif ». Cf., en ce sens, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 87.

²¹⁰ H. RENOUT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 2. Des conceptions « individualistes » du droit pénal existent dès lors qu'elles ne se préoccupent pas directement de l'intérêt de la société. C'était, semble-t-il, l'approche adoptée par Rawls : « le but du droit pénal est de faire respecter les devoirs naturels de base, ceux qui nous interdisent de nuire aux autres dans leur vie et leur être, ou de les raver de leur liberté et de leur propriété ; et les peines doivent servir à cette fin ». Cf. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 352. L'intérêt général ne serait plus alors aussi prégnant (p. 353).

²¹¹ Citons deux décisions essentielles quant à la qualification de la sauvegarde de l'ordre public en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle : CC, 17 janvier 1989, déc. n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Conseil supérieur de l'audiovisuel)*, Rec. p. 18, GDCC n° 42, p. 721-742, cons. n° 26 et CC, 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France (Maîtrise de l'immigration)*, Rec. p. 224, GDCC n° 46, p. 822-851, cons. n° 3.

²¹² CC, 20 janvier 1981, déc. n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (Sécurité et liberté)*, Rec. p. 15, GDCC, n° 30, 426-447, cons. n° 56. Il faut ajouter, à la recherche des auteurs d'infractions, leur « condamnation » ainsi que l'a jugé expressément le Conseil dans CC, 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, Rec. p. 75, cons. n° 2.

²¹³ TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarets*, Rec. p. 638. Si pour le Tribunal des conflits le juge pénal était incompétent pour interpréter un acte administratif individuel et en apprécier la légalité, la Cour de cassation avait adopté une position contraire : Cass. crim., 21 décembre 1961, *Dame Le Roux*, Bull. crim. 1961, n° 551.

²¹⁴ Voir, sur la portée de l'exception d'illégalité devant le juge répressif, H. RENOUT, op. cit., p. 62-63, spéc. p. 63 : « Si le juge répressif considère que l'acte administratif est effectivement illégal, il en écartera simplement l'application dans le procès en cours, à l'occasion duquel l'exception a été soulevée, mais il ne pourra pas l'annuler *erga omnes*. L'acte n'étant pas annulé, il pourra servir de base à de nouvelles poursuites ».

célèbre article 66 de la Constitution de 1958 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi »²¹⁵. Le Conseil constitutionnel en a fait une garantie extrêmement forte puisque la « liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République »²¹⁶ et que l'article 66 de la Constitution, s'il « en confie la garde à l'autorité judiciaire »²¹⁷, ne ferait que réaffirmer ce principe²¹⁸. La protection de la liberté individuelle ne saurait donc être sous-estimée, par le publiciste sous prétexte qu'elle relève au premier chef du juge judiciaire, puisque la présente liberté « désigne l'une des libertés, celle considérée d'ailleurs comme la plus importante car elle est le "bouclier" de toutes les autres »²¹⁹. Dans ces conditions, les incursions du juge judiciaire dans la matière administrative apparaissent effectivement « naturelles » lorsqu'est en jeu la définition de la liberté individuelle. On en conviendra sans peine à la lecture de la décision du Conseil constitutionnel en date du 25 février 1992 : « considérant que le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ; que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent »²²⁰.

²¹⁵ Cette disposition n'est certainement pas étrangère au 4° de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 selon lequel : « L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle elle se réfère ». Voir la loi du 3 juin 1958, in *La Constitution française du 4 octobre 1958*, La Documentation française, coll. Documents d'études, n° 1.04, 2008, p. 3. En ce sens, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 338. Voir également CC, 29 décembre 1983, déc. n° 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, Rec. p. 67, cons. n° 28 : « Considérant cependant que, si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile ; que l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent » (nous soulignons).

²¹⁶ CC, 12 janvier 1977, déc. n° 76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales (Fouilles des véhicules)*, Rec. p. 33, GDCC n° 24, p. 327-340, cons. n° 1.

²¹⁷ CC, *Fouilles des véhicules*, précitée, cons. n° 2. Voir L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 338 : « Ce considérant placé en tête de la décision n'est pas fortuit : il exprime, une nouvelle fois, l'importance que le Conseil constitutionnel attache à l'autorité judiciaire et à son rôle (...) ».

²¹⁸ CC, *Fouilles des véhicules*, précitée, cons. n°2. Cette reconnaissance singulière (principe fondamental réaffirmé par la Constitution) démontre avec acuité à quel point le contrôle du juge judiciaire sur les restrictions (et par suite la définition) de ce droit fondamental est essentiel aux yeux du Conseil constitutionnel. Car toute remise en cause par le Constituant nécessiterait non seulement de réécrire l'article 66 (ce qui n'est pas inconcevable) mais également – ce qui est beaucoup plus original – d'adopter une disposition constitutionnelle pour neutraliser un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Elle a nourri, pour cette raison, une controverse sur le « fondement ambigu » exact dans notre Charte de la liberté individuelle. Cf., sur ce point, L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 335-336, spéc. p. 335.

²¹⁹ L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 333.

²²⁰ CC, 25 février 1992, déc. n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 48, cons. n° 15.

535. Enfin, troisième et dernier élément de discussion, si l'on porte son regard sur le contrôle civil de l'intérêt général, on s'aperçoit que le juge judiciaire intervient directement dans la détermination du de son contenu. Deux illustrations sont, à cet égard, significatives : la construction jurisprudentielle de la voie de fait et la protection juridictionnelle du droit de propriété.

536. La voie de fait n'est pas accessoire dans la relation intérêt général et droits fondamentaux quand bien même elle relève, *in fine*, du juge judiciaire. Les exemples (nombreux) de droits fondamentaux intéressés par la voie de fait illustrent l'importance de cette notion et le rôle joué par les tribunaux judiciaires²²¹. Le Tribunal des conflits a apporté, à l'occasion d'une décision récente, une redéfinition de la théorie jurisprudentielle de la voie de fait qui, désormais, est réduite à deux hypothèses de fond spécifiques : « Considérant qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, *portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété*, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative »²²². Les formes de la voie de fait n'ont pas changé au regard du droit antérieur²²³ ; en revanche, les conditions de fond – tenant à la seule protection de la liberté individuelle et à l'extinction du droit de propriété – pour qu'il y ait voie de fait, en réduiront à coup sûr l'apparition dans le contentieux²²⁴. Les conséquences d'une qualification retenue de voie de fait restent, quant à elles, les mêmes. Si la nullité des décisions prises par l'autorité

²²¹ Pour des exemples de droits reconnus dans le cadre de la voie de fait, voir notamment F. BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », préc., p. 1537 : TC, 8 avril 1935, *L'Action française*, Rec. p. 1227 (liberté de la presse), TC, 10 décembre 1956, *Sieurs Randon et autres*, Rec. p. 592 (liberté de la correspondance), TC, 4 juillet 1934, *Curé de Réalmont*, Rec. p. 1247 (liberté du culte), TC, 27 janvier 1966, *Guigon*, Rec. p. 830 (respect du domicile) ou encore TC, 9 juin 1986, *Commissaire de la République de la région Alsace et autres*, Rec. p. 301 (la liberté fondamentale d'aller et venir).

²²² TC, 17 juin 2013, *M. B. c. Société ERDF Annecy*, n° C3911, publié au *Recueil*.

²²³ Voir notamment, M. Long et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 302. Voir aussi TC, 8 avril 1935, *Action Française*, Rec. p. 1226, *GAJA* n° 49, p. 301-307 ; en dernier lieu, TC, 23 octobre 2000, *Boussadar*, Rec. p. 775 : « il y a voie de fait dans les cas « où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ». Pour la liaison droits fondamentaux et voie de fait, et donc de la détermination incidente de l'intérêt général, dans le prétoire judiciaire, voir V. Saint-James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., respectivement p. 203-204 et p. 205.

²²⁴ D'autant plus que la voie de fait se heurte au développement remarquable du référé-liberté : dès lors que la décision administrative peut être rattachée à un pouvoir appartenant à l'administration, il ne saurait y avoir voie de fait. Demeure la possibilité du référé liberté de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à la quelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale » (nous soulignons).

administrative peuvent être constatées tant par le juge judiciaire qu'administratif²²⁵, il résulte que les agissements (exécution irrégulière d'une décision même régulière ou agissement insusceptible d'être rattaché à un pouvoir de l'administration) constitutifs de la voie de fait relève exclusivement des tribunaux judiciaires. « L'action de l'administration est en effet si arbitraire, si ouvertement hors la loi, qu'elle est déchu de sa dignité d'activité administrative et du privilège de juridiction qui s'y attache ; son caractère dégradant lui vaut en quelque sorte d'être dégradée »²²⁶. La voie de fait, qui ne préjuge pas de l'existence d'un intérêt général, rappelle à l'administration qu'elle ne peut, dans le cadre d'un État de droit, le déterminer sans respecter les règles qui s'imposent à elle²²⁷. Le cas échéant, elle devra répondre de ses actes devant le juge judiciaire²²⁸ parce que « le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires n'a plus lieu de s'appliquer là où n'existe point, à proprement parler, une activité administrative »²²⁹.

537. Les contrôles judiciaires sont moins « déshonorants » pour l'administration pour ceux qui touchent à la définition du droit de propriété. Le juge judiciaire est, en effet, dans la tradition juridique française le gardien de la propriété privée²³⁰. Cela se voit notamment au regard de sa compétence lorsqu'un acte de l'administration est constitutif d'une emprise irrégulière : « Considérant que, dans les circonstances sus-relatées de l'espèce l'occupation des locaux litigieux constituait non l'exercice des droits attribués à l'administration par les textes législatifs applicables aux réquisitions, mais une emprise sur une propriété privée immobilière, ayant le caractère d'une occupation irrégulière ; qu'il ne pouvait dès lors appartenir qu'à l'autorité judiciaire de statuer sur la demande d'indemnité formée par la société "Hôtel du Vieux Beffroi", en raison de l'ensemble des préjudices résultant de cette occupation ; qu'ainsi c'est à tort que le préfet a élevé le conflit d'attribution »²³¹. La Cour de cassation devait confirmer le rôle éminent du juge judiciaire en la matière : « Attendu cependant, d'abord, qu'en cas d'atteinte à la propriété immobilière constitutive d'une emprise irrégulière ou d'une voie de fait,

²²⁵ TC, 27 juin 1966, *Guigon*, *Rec.* p. 830.

²²⁶ G. LEBRETON, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 285.

²²⁷ Il n'y a pas, dans la voie de fait, cette idée dominante, dans le détournement de pouvoir, que les moyens de la puissance publique sont « détournés » de l'intérêt général. Car, dans le détournement de pouvoir *stricto sensu* (c'est-à-dire en le distinguant, d'une part, du détournement de pouvoir en vue de poursuivre un autre but d'intérêt général que le but visé par le pouvoir litigieux et, d'autre part, du détournement de procédure), il est acquis qu'aucun intérêt général ne figure dans l'acte ou l'agissement de l'administration. Voir l'exemple évocateur : CE, 23 juillet 1909, *Fabrègue*, *Rec.* p. 727 : « suspension d'un garde champêtre par dix arrêtés municipaux successifs, destinées à assouvir la vengeance du maire » (rapporté par M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 28).

²²⁸ Toutefois, sur les dérives de la voie de fait par les juridictions judiciaires, voir M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, *op. cit.*, p. 1142 : « Sous l'impulsion des tribunaux judiciaires et non sans de multiples abus de leur part, elle a même connu à la fin du XX^{ème} siècle une singulière prospérité, entretenue par les faiblesses de la justice administrative ». Gilles Lebreton accentue la critique : « Lorsqu'il est saisi, le Tribunal des conflits s'oppose fort heureusement à ces entreprises hasardeuses, dont on voit bien qu'elles frapperaient à mort la justice administrative si on les laissait se généraliser (...). Aujourd'hui, la voie de fait (...) fait irrésistiblement penser à la grenouille de la célèbre fable, qui se prenait pour un bœuf... ». Cf. G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 292.

²²⁹ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 183.

²³⁰ TC, 17 mars 1949, *Société « Hôtel du Vieux Beffroi »*, *Rec.* p. 592 : « Considérant que la protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire ».

²³¹ TC, *Société « Hôtel du Vieux Beffroi »*, précité.

les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour en réparer les conséquences dommageables (...) »²³². À son tour, le Conseil constitutionnel devait consacrer la compétence du juge judiciaire dans la protection du droit de propriété en tant que « principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'autorité judiciaire est garante de la propriété »²³³. La compétence judiciaire a connu, en outre, un approfondissement certain, à la suite d'un arrêt non moins important du Conseil d'État²³⁴, dans l'admission par la Cour de cassation de la possibilité, sous conditions, d'enjoindre la démolition d'un ouvrage public « mal planté » lorsque la construction de l'ouvrage est constitutive d'une voie de fait : « alors que si les juridictions de l'ordre judiciaire ne peuvent prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public, il en va autrement dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée »²³⁵. Enfin, signalons que le juge judiciaire intervient dans la phase finale, à savoir l'indemnisation et le transfert de propriété, de la procédure redoutée de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Toutefois, il n'est pas faux de soutenir que son contrôle est trop formel pour constituer une réelle garantie dans les concrétisations de la hiérarchie des normes s'agissant de définir le droit fondamental à la propriété consacré par l'article 17 de la Déclaration de 1789²³⁶. Le contrôle de l'utilité publique par les juridictions administratives atteste de la complémentarité des juridictions françaises dans l'œuvre qui est la leur de définir hiérarchiquement la notion d'intérêt général.

3. – Le contrôle général du juge administratif :

538. Il n'est pas sérieusement contesté qu'il s'agit là de la mission cardinale de la juridiction administrative que de contrôler les restrictions aux droits fondamentaux édictées par le pouvoir Exécutif²³⁷. En dépit des limites que rencontre la juridiction administrative²³⁸, la soumission de

²³² Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1985, n°84-12103, *Bull. civ. I.*, n° 163.

²³³ CC, 25 juillet 1989, déc. n° 89-256 DC, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, *Rec.* p. 53, cons. n° 16.

²³⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 2003, *Mme Mouareau c. Comme de Verdun-sur-Ariège*, *D.* 2003, p. 1932, note S. PETIT.

²³⁵ CE Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, *AJDA* 2003, p. 784, note P. SABLIERE. Le très ancien et contesté principe d'intangibilité de l'ouvrage public (CE, 7 juin 1853, *Robin de la Grimaudière*, *S.* 1854, II, p. 213) rendu célèbre par l'adage « ouvrage public mal planté ne se détruit pas » donnait une définition singulière du droit de propriété puisque son titulaire, victime de l'ouvrage public, ne pouvait qu'espérer une indemnité de l'administration ou que cette dernière « si mieux n'aime le détruire ou le déplacer » (CE, 10 mars 1905, *Berry et Chevallard*, *Rec.* p. 255). Sous le feu croisé des juges administratif et judiciaire, le principe devait progressivement fléchir jusqu'à rompre. Voir, sur cette question, S. BRONDEL, « Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexion sur une évolution jurisprudentielle », *AJDA* 2003, p. 761-767.

²³⁶ Ce point de vue résulte de l'incise discrète mais sévère du professeur Hostiou s'agissant des fonctions du juge judiciaire juge de l'expropriation : « Le juge judiciaire, gardien quelque peu "théorique" de la propriété privée (...) ». Cf. R. HOSTIOU, « Une tentative de "conventionnalisation" du Code de l'expropriation », *AJDA* 2005, p. 1382-1387.

²³⁷ Naturellement nous ne souhaitons ni entrer dans le débat relatif à l'opportunité d'une juridiction administrative en France, ni l'éluder non plus. Voir, cependant, les différents points de vue sur cette question *in* *Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel*, *AJDA* 2005, p. 1760-1786. Tout au plus pourrait-on objecter que le développement consacré au

l'Administration au principe de juridicité prend assurément des voies considérables²³⁹. Cette soumission aboutit à faire du juge administratif, auteur historique du droit administratif, la principale pièce maîtresse de l'édifice ainsi que le soulignent de nombreux auteurs. Bertrand Seiller allant jusqu'à annoncer que le Conseil d'État est « l'un des plus vigilants défenseurs des droits fondamentaux »²⁴⁰.

539. « En tant que justification primordiale de l'action publique, l'intérêt général se trouve ainsi à la source des grandes constructions jurisprudentielles et législatives du droit public. Cependant, eu égard à la place centrale qui est la sienne dans l'ensemble de la jurisprudence, cette notion apparaît aussi comme une norme de référence pour l'action administrative, justifiant, si nécessaire, certaines restrictions aux droits et aux libertés. Il revient au juge, et notamment au juge administratif, de fixer les limites à ces restrictions et d'assurer la difficile conciliation entre les intérêts regardés comme particuliers et l'intérêt général qui s'impose à eux »²⁴¹. Le contrôle du juge, en particulier administratif, a pour effet de participer à la définition des droits fondamentaux puisqu'il détermine, au contentieux, le contenu de l'intérêt général : « Quant au juge administratif, qui intervient *a posteriori*, il est amené à défendre une conception de l'intérêt général qui va au-delà de la synthèse des intérêts particuliers. Il lui revient ainsi de contrôler la conformité de l'action administrative à la finalité d'intérêt général invoquée puisque c'est elle qui justifie l'étendue des pouvoirs dévolus à l'administration. Il vérifie, réciproquement, que la protection des intérêts individuels ne se fait pas au détriment de l'intérêt général. Le juge est ainsi amené à préciser les contours du concept d'intérêt général. S'il exerce, en effet, pour l'essentiel, un contrôle de légalité, il se reconnaît la possibilité d'apprécier le bien-fondé de l'action administrative. Il contribue donc à définir le contenu de l'intérêt général. Il s'agit alors pour lui, non de se substituer aux instances légitimement en charge de cette formulation, mais d'explicitier à partir des textes une conception qui demeurerait implicite »²⁴².

juge administratif et sa teneur plaide *ipso facto* en faveur de la juridiction administrative et révèle incidemment notre parti pris.

²³⁸ Parmi celles-ci il suffira d'évoquer les actes de gouvernement, les mesures d'ordre intérieur ou encore « l'absurde maintien de la théorie de la loi écran en matière constitutionnelle » (J. MEKHANTAR, « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », préc., p. 1681). Cependant avec cette nuance : « La soumission de l'Administration au droit est très largement l'œuvre de la juridiction administrative. Il n'est pas ou peu d'actes ou de secteurs qui échappent au contrôle juridictionnel. Toutes les décisions administratives sont susceptibles de lui être déférées ». Cf. M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 1119. Quant aux mesures d'ordre intérieur, spécialement « à caractère disciplinaire », elles sont « une espèce en voie de disparition » (cf. F. SAINT-BONNET, « Arbitraire », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 60).

²³⁹ Outre le traditionnel recours en excès de pouvoir, il faut mentionner le recours de plein contentieux et le référé liberté.

²⁴⁰ B. SEILLER, « Conseil d'État », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 61-66, spéc. p. 62.

²⁴¹ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 271.

²⁴² *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 267.

540. Dans cette mesure, il n'est pas anodin de découvrir la relation dérogatoire établie entre les « lois administratives » et la loi civile²⁴³. Ce que M. Cassese sous-tend est que la naissance du droit administratif, et en tant qu'il est devenu un système cohérent de normes, ne pourrait pas seulement s'expliquer par la volonté des Révolutionnaires puis du Premier Empire de soustraire au juge judiciaire les opérations des corps administratifs. La création et la pérennisation d'un droit dérogatoire au droit commun répond au souci d'édifier un ensemble structuré de normes dérogatoires parce que restrictives ainsi que le disait en 1848 le Conseiller d'État Macarel : « Ce qui les distingue est ceci : c'est que les règles de conduite qu'elles nous prescrivent constituent généralement des modifications aux règles tracées par la loi naturelle ou par la loi civile, des restrictions aux facultés que celles-ci nous reconnaissent ou nous accordent »²⁴⁴. Cet « empilement » successif des diverses restrictions apportées aux droits et libertés, supposés être reconnues par le droit commun, aurait permis la structuration d'un droit administratif tourné, dès l'origine, vers la conciliation des droits des particuliers et de l'intérêt général. Pour Jean-François Lachaume, « le droit administratif (...) doit s'efforcer de trouver un équilibre entre les droits, y compris fondamentaux, des administrés d'une part et les exigences de l'intérêt général et de l'ordre public, d'autre part. Cet équilibre est, par essence, fragile, fait de compromis et il peut être, suivant les circonstances, rompu par le législateur ou par le juge, soit au profit des droits fondamentaux, soit au bénéfice de la puissance publique »²⁴⁵. Après un exercice difficile²⁴⁶, proposer une définition du droit administratif, Jean-Marie Pontier aboutit à un constat visiblement analogue : « Plus encore, le droit administratif français est un droit d'équilibre (par définition instable) des droits, droits de l'État et droits des autres personnes morales, droits de l'État et droits des citoyens, faisant la part de ce qu'il faut reconnaître à ces derniers sans oublier la matrice originelle qui le constitue. Et si l'image de la balance est celle qui représente traditionnellement la justice, le juge administratif est celui qui met en balance ces droits respectifs, qui corrige le mouvement d'une balance penchant autrefois nettement du côté de l'État et que certains, aujourd'hui, voudraient voir pencher du côté des citoyens. Mais le droit administratif ne peut perdurer dans son être que s'il parvient à tenir ces deux exigences »²⁴⁷. L'objectif est établi : concilier les droits fondamentaux. Mission aussi simple que redoutable.

²⁴³ S. CASSESE, « Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 167-172, spéc. p. 167.

²⁴⁴ M. MACAREL, *Cours de droit administratif*, Paris, Gustave Thorel Libraire, 1848, p. 26 et s., rapporté par S. CASSESE, « Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français », préc., p. 167.

²⁴⁵ J.-F. LACHAUME, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA n° spécial* 1998, p. 92-105, spéc. p. 92.

²⁴⁶ J.-M. PONTIER, « Qu'est-ce que le droit administratif ? », *AJDA* 2006, p. 1937-1940.

²⁴⁷ J.-M. PONTIER, préc., p. 1940. Cette définition, vivante, légitime la vision optimiste que l'on peut avoir quant à l'avenir du droit administratif et dont se fait le défenseur Brigitte Ferrari. Cette dernière considère en effet que le droit administratif constitue un système de droit qui vit dans un contexte (national et international) en évolution permanente mais qui démontre « tout à la fois la souplesse du système et la valeur de ses fondements et de ses mécanismes. Ceux-ci constituent encore aujourd'hui une référence qui n'est pas celle du passé, mais correspondent à une solution adaptée à certains objectifs et apportent le choix d'un autre système de valeurs ». Cf. B. FERRARI, « Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité », *AJDA* 2006, p. 1021-1027, spéc. p. 1027.

541. L'une des manifestations de la difficulté, pour le juge, de saisir l'action administrative en droit est suggérée par Jacques Chevallier : « Ce large pouvoir discrétionnaire laissé à l'administration rend difficile l'exercice du contrôle juridictionnel : comment censurer l'administration pour violation de la loi alors que le législateur lui-même a évité de subordonner la mise en œuvre de ses pouvoirs à des conditions trop précises ? Le principe de légalité risque ainsi d'être vidé de toute substance. Le juge administratif s'est efforcé de parer à ce risque en adaptant son contrôle aux mutations de la légalité. Suivant l'administration sur le terrain du fait, il tend de plus en plus à subordonner la validité de ses actes à la double adéquation aux objectifs définis par le législateur et aux circonstances concrètes : partant du principe managérial de l' "économie de moyens", il va vérifier que les mesures prises par l'administration étaient nécessaires, compte tenu des buts de la loi, et proportionnées à la situation ; et les atteintes portées aux droits et libertés individuelles seront illégales dès l'instant où elles apparaîtront "superflues ou excessives eu égard à la finalité de l'action administrative"²⁴⁸ » (italique dans le texte)²⁴⁹.

542. À la jonction entre les fonctions administrative et juridictionnelle, le Vice-président du Conseil d'État prolonge de façon intéressante la fonction sociale que devrait exercer le Conseil d'État : « De manière générale, le Conseil d'État doit manifester qu'il est inscrit dans la Cité et pas hors du monde. J'ai la conviction que, sans renier son identité ni céder aux effets de mode, il doit, dans ses études, comme dans ses activités consultatives et contentieuses, être à l'écoute de la société française et européenne et jouer pleinement un rôle de passeur et d'interface, un rôle de régulateur entre pouvoirs et société. Il en va de sa responsabilité à l'égard des citoyens »²⁵⁰.

543. Norbert Foulquier voit dans l'intervention appuyée et dorénavant familière du juge européen un renforcement du contrôle opéré sur les restrictions aux droits fondamentaux par le Conseil d'État lequel développe de nouveaux contrôles : « L'affirmation de Corneille qu'en matière de police, la liberté est le principe, les restrictions l'exception, ne doit pas cacher que le juge opère une balance entre les droits des particuliers et les missions de l'administration. Or cette balance est justement la révélation que ces droits sont opposables aux personnes publiques. Certes, cette opposabilité est à la mesure de leur devoir d'assurer l'ordre public mais, sous l'effet des jurisprudences européennes, il ne s'agit plus de simples faits qu'elles doivent prendre en considération »²⁵¹. C'est à ces jurisprudences européennes qu'il convient maintenant de porter notre attention.

²⁴⁸ Citant G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, op. cit., p. 297.

²⁴⁹ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », préc., p. 340-341.

²⁵⁰ J.-M. SAUVE, « Entretien avec le Vice-président du Conseil d'État », *AJDA* 2007, p. 556-558, spéc. p. 558

²⁵¹ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., p. 203.

B. – Le contrôle subsidiaire de juges internationaux : le contrôle externe

544. La détermination hiérarchique du contenu de l'intérêt général ne procède pas uniquement des organes internes. Évoquant les instruments internationaux de protection des droits fondamentaux dont la Convention européenne des droits de l'Homme, Bernadette Duarte redit la nécessité d'un tel contrôle : « L'histoire tout comme l'actualité montrent que les dirigeants ne sont pas toujours soucieux du bien-être des gouvernés. Afin d'éviter les abus, des garde-fous ont été mis en place (...). Ainsi, dans le but précis de lutter contre la raison d'État, les Traités (...) ont institué un mécanisme de garantie collective permettant un contrôle supranational du comportement des autorités internes »²⁵². Le système de droit libéral a en effet accepté de soumettre ses propres normes à un contrôle externe confié à des juridictions internationales. D'eux d'entre elles jouent un rôle majeur : la Cour de Strasbourg (1.) et la Cour de Luxembourg (2.)²⁵³.

1. – Le contrôle incident de la Cour européenne des droits de l'Homme :

545. Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme permet de concilier les exigences de l'intérêt général et le respect des droits fondamentaux : elle participe dans le respect du principe de subsidiarité²⁵⁴, le cas échéant, à la détermination du contenu de l'intérêt général en vérifiant la validité de la restriction nationale au droit fondamental au regard du cadre conventionnel²⁵⁵. Quant à la validité d'une mesure nationale, nous ferons cette brève remarque. Lorsque la Cour européenne des droits de l'Homme juge que la mesure restrictive – l'ingérence dans un droit garanti – doit être prévue par la loi, elle fait référence à l'ensemble de la hiérarchie formelle que le système de droit est tenu de

²⁵² B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 207.

²⁵³ Nous écartons, compte tenu de la faiblesse relative de leur impact, le Comité des droits de l'Homme et de nombreux autres organes qui peuvent être chargés, à différents titres et selon des modalités extrêmement diverses, d'examiner les définitions nationales des droits fondamentaux. Par exemple, concernant les possibilités d'agir offertes par le droit international telles que le droit de pétition, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 90-93 ; sur les attributions du Comité onusien, G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 240-241.

²⁵⁴ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, série A n° 24, § 48 : « La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (...). La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes ». Voir en outre l'article 35 § 1 de la Convention : « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ». La subsidiarité, au surplus, ne préjuge en rien de l'efficacité d'un tel contrôle : « la CEDH fournit aujourd'hui le modèle le plus perfectionné de garantie effective des droits de l'homme proclamés sur le plan international : elle offre aux individus le bénéfice d'un contrôle juridictionnel du respect de leurs droits ». Cf. F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 3. Un contrôle « à bien des égards révolutionnaire en droit international » (p. 8).

²⁵⁵ La Cour en a, au demeurant, un monopole de principe : « Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention » (article 55 de la Convention).

respecter²⁵⁶. Dans ce cadre, la Cour retient une conception matérielle de la loi au sens où elle constitue l'ensemble du droit écrit interne²⁵⁷. Mais elle ajoute que la mesure doit être prévisible au nom du principe de sécurité juridique²⁵⁸. L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour, *Leyla Şahin contre Turquie* de 2005, agence les canons jurisprudentiels en la matière : « En ce qui concerne l'expression "prévue par la loi" figurant aux articles 8 à 11 de la Convention, la Cour rappelle avoir toujours entendu le terme "loi" dans son acception "matérielle" et non "formelle" ; elle y a inclus à la fois du "droit écrit", comprenant aussi bien des textes de rang infralégislatif (...) que des actes réglementaires pris par un ordre professionnel, par délégation du législateur, dans le cadre de son pouvoir normatif autonome (...) et le "droit non écrit". La "loi" doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le "droit élaboré" par les juges (...). En résumé, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété »²⁵⁹. Nous nous appuyons sur les analyses du professeur Sudre pour considérer que la condition tirée de la conventionnalité d'une mesure de restriction (« prévue par la loi ») convoque le contrôle minimal qu'exerce la Cour de Strasbourg. « Le soin, dit-il, de définir les atteintes au droit reconnu est confié à l'État lui-même qui dispose ici d'une marge d'appréciation certaine. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé à plusieurs reprises (...) qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, du fait du caractère second du mécanisme conventionnel, de mettre en œuvre ou de garantir les droits et libertés proclamés : les autorités nationales doivent disposer d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les circonstances qui peuvent justifier, à un moment et à un endroit donné, les restrictions imposées au droit ou à la liberté d'un individu »²⁶⁰. Ce sont les circonstances de fait et de droit, dont l'appréciation est étendue (« pouvoir discrétionnaire »), qui peuvent autoriser l'organe normatif, qu'est l'État au niveau de la Convention, à qualifier juridiquement tel ou tel motif d'intérêt général. Mais pour ce faire, l'État doit-il encore prouver à la Cour qu'il a respecté son propre ordonnancement juridique pour introduire une restriction à un droit fondamental²⁶¹. À défaut d'y parvenir, la mesure nationale est contraire à la Convention. Elle ne saurait avoir vocation à être jugée compatible avec la Convention si, *prima facie*, elle emporte violation d'une règle nationale supérieure. « Le principe de sécurité juridique, estime la Cour, [est] nécessairement inhérent au droit de la Convention (...) »²⁶². L'arrêt *Goussinski contre Russie* est un exemple topique du contrôle qu'exerce, *a minima*, le juge européen sur la conventionnalité d'une mesure de restriction. « Il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Comme, au regard de l'article 5 § 1,

²⁵⁶ La mesure restrictive qui participe à la définition d'un droit fondamental doit s'insérer dans l'ordonnancement juridique et, *a fortiori*, avoir été édictée par l'ordre juridique dans le respect de sa propre hiérarchie des normes.

²⁵⁷ Sur ce point, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 214-218, spéc. p. 215 : elle « désigne donc l'ensemble du droit en vigueur qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel ».

²⁵⁸ Voir F. SUDRE, *op. cit.*, p. 215-216.

²⁵⁹ CEDH, Gr. Ch., 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, req. n° 44774/98, R. 2005-XI, § 88.

²⁶⁰ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 214.

²⁶¹ Cette introduction doit respecter, en outre, pour être conventionnelle, les principes de sécurité juridique, d'accessibilité et de prévisibilité de la règle de droit interne (cf. F. SUDRE, *op. cit.*, p. 214-218).

²⁶² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A n° 31, § 58.

l'inobservation du droit interne entraîne une violation de la Convention, la Cour peut et doit toutefois exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit a bien été respecté (...) »²⁶³. L'État partie qui assume la définition des droits fondamentaux ne doit pas commettre une première erreur grossière, une erreur manifeste d'appréciation de la situation conflictuelle, en édictant une mesure non-conforme à sa propre hiérarchie des normes.

546. Si l'« on peut s'interroger sur la légitimité » de ce contrôle en se demandant « qui habilite la Cour européenne à définir ce qu'est l'intérêt général dans le cadre du système juridique et politique français »²⁶⁴, la réponse fondée en droit sera très exactement : la Constitution du 4 octobre 1958 et, spécialement son article 55. La Convention européenne de sauvegardes droits de l'Homme et des libertés fondamentales ayant été ratifiée et régulièrement introduite en droit interne, le système de droit français a accepté, par avance, que la détermination de l'intérêt général puisse être contrôlée par l'organe juridictionnel créé par le présent texte « puisque la jurisprudence de [celui-ci] constitue une interprétation authentique de la Convention »²⁶⁵. Se conformer aux décisions de la Cour européenne dans la définition qu'elle opère, en dernier ressort, des droits fondamentaux procède de l'article 46 § 1 de la Convention : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». Le Comité des ministres « en surveille l'exécution » (article 46 § 2). La Cour a explicité les conséquences de la redéfinition de l'intérêt général et par suite celle des droits fondamentaux : « en vertu de l'article 46 de la Convention les Parties contractantes *se sont engagées à se conformer* aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels sont parties, le Comité des Ministres étant chargé d'en surveiller l'exécution. Il en découle notamment que l'État défendeur reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles est appelé, non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, *les mesures générales/et ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne* afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possibles les conséquences (...) » (nous soulignons)²⁶⁶. Il appartient à notre système de droit sanctionné d'édicter les mesures propres à

²⁶³ CEDH, 19 mai 2004, *Goussinski c. Russie*, req. n° 70276/01, R. 2004-IV, § 66.

²⁶⁴ C'est l'objection que formulaient le doyen Favoreu et Loïc Philip, in L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 425, en réaction au constat de violation rendu par la Cour européenne dans son arrêt CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, req. n°s 24846/94, 34165/96 et 34173/96, R. 1999-VII. La Cour, après un contrôle approfondi d'une loi française de validation, devait condamner la France pour violation du droit d'accès à un tribunal (protégé par l'article 6 § 1) alors même que le Conseil constitutionnel avait déclaré la loi conforme à la Constitution. S'interrogeant, également, sur cette tendance : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 239 : « On ne peut manquer de relever que (...) le juge européen s'aventure sur le terrain de la politique législative ».

²⁶⁵ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 17. « Ne pouvant être contestée, l'interprétation qui émane de la Cour européenne présente, si l'on reprend le vocabulaire kelsénien, le caractère d'une interprétation authentique » (cf. F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge*, préc., p. 224).

²⁶⁶ CEDH, 10 avril 2003, *Mehemi c. France* (n° 2), req. n° 53470/99, R. 2003-IV, § 43.

permettre à l'ensemble de ses organes internes de satisfaire aux engagements de conformité qu'il a souscrits. Il bénéficie à cet égard d'une liberté²⁶⁷ parfois toute relative²⁶⁸.

547. Cette conformité ne saurait enfin se borner au seul dispositif. Aux yeux de la Cour, s'il est exact que l'autorité de la chose jugée attachée à toute décision de justice implique l'exécution de son dispositif, il est tout aussi vrai que cette autorité s'attache également aux motifs qui en sont le soutien nécessaire²⁶⁹. Pour dire les choses d'une autre manière, il est essentiel que le système de droit français, pour respecter ses engagements, lise la définition des droits fondamentaux par l'une quelconque des dispositions conventionnelles effectuée par la Cour de Strasbourg non pas uniquement au regard d'un arrêt de violation mais plus largement en « accordant la plus grande importance à la manière dont ladite disposition est interprétée et appliquée par la Cour européenne de Strasbourg et [qu'il] ne s'en écarte que pour des motifs tout à fait exceptionnels »²⁷⁰. L'autorité de la chose interprétée ne lie pas, certes, le système de droit français avec la même rigueur qu'une décision de la Cour. Cependant, poursuit le rapporteur public Ronny Abraham, « des considérations de politique jurisprudentielle qui ne sont, en fait, guère moins impérieuses que celles qui procéderaient d'une obligation juridique » militent instamment pour une telle approche car « depuis la reconnaissance par la France, en 1981, du droit de recours individuel devant les organes de Strasbourg, il importe au plus haut point de prévenir [le risque] d'exposer la République à des condamnations par la Cour européenne »²⁷¹. Des observateurs autorisés de la jurisprudence de la Cour avaient conclu, s'agissant du Conseil d'État, à une pareille attitude : « l'attitude du Conseil d'État consistant à appliquer l'autorité de la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme devient de plus en plus fréquente. Et le juge administratif suprême est proche de l'acceptation pure et simple du concept d'autorité de la chose interprétée »²⁷². Au final les arrêts de la Cour « servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, et à

²⁶⁷ En ce sens, CEDH, 25 novembre 1993, *Zander c. Suède*, req. n° 14282/88, série A n° 279-B, § 112 : « c'est à l'État qu'il appartient de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle de l'article [46 § 1] de la Convention (...) ».

²⁶⁸ La liberté dans les moyens n'est cependant pas totale. Compte tenu des motifs de la Cour énoncés dans un arrêt constatant une violation de la Convention, il est arrivé à la Cour de dire, sans le dire, que l'État en cause était contraint d'adopter une mesure spécifique. Voir en ce sens CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, série A n° 214-C, § 26 : en l'espèce, seule une réforme législative permettait de mettre fin à la violation de la Convention en raison de la législation belge créant une discrimination entre enfant légitime et enfant naturel.

²⁶⁹ Règle clairement affirmée par CEDH, 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*, req. n° 8269/78, série A n° 49, § 39 *in fine* : « [les motifs d'une décision de justice] font corps avec le dispositif et l'on ne peut les en dissocier ».

²⁷⁰ R. ABRAHAM, « La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme », conclusions pour CE Sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, *RFDA* 1998, p. 1243-1253, spéc. p. 1246.

²⁷¹ R. ABRAHAM, préc., p. 1247. Il n'est pas interdit de voir que les États parties à la Convention ont créé le gendarme des droits de l'Homme...

²⁷² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. SERMET, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », in *Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme*, *RFDA* 2004, p. 991-1000, spéc. p. 992.

contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »²⁷³.

548. Le propos qui vient d'être tenu vaut, dans le cadre du droit de l'Union européenne et *mutatis mutandis*, pour une grande part dans le contrôle effectué par les juridictions de l'Union en tant qu'elles sont « le juge communautaire spécialisé » par opposition – organique seulement – aux juges de droit commun que sont tous les juges nationaux institués sur l'ensemble du territoire de l'Union²⁷⁴.

2. – Le contrôle spécialisé des juridictions de l'Union européenne :

549. Qualifier ainsi le contrôle n'est pas le dévaluer. Il s'agit de rappeler la configuration particulière du droit de l'Union dans cet environnement normatif : « Dans la mesure où la Communauté européenne ne dispose pas véritablement de compétences en matière de droits fondamentaux (...), la Cour de justice ne peut intervenir que dans le champ fonctionnel des traités et non à l'égard de toute violation des droits fondamentaux comme la Cour européenne des droits de l'homme »²⁷⁵. Pour autant « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »²⁷⁶. L'Union européenne n'a pas cessé suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne d'être une Communauté de droit. Traduction au plan de l'Union du principe de l'État de droit²⁷⁷, la Communauté de droit, *l'Union de droit* devrait-on dire désormais, implique « la soumission des autorités publiques à des normes et l'existence d'un contrôle juridictionnel permettant de garantir le respect de ces normes »²⁷⁸. Ainsi la Communauté de droit manifeste et relaye la concrétisation de la hiérarchie des normes établie par le système de droit relativement à l'articulation des normes entre elles et produites par l'ordre juridique de l'Union et au regard des normes internes. C'est ce dont a jugé la Cour de justice et dont elle s'est chargée²⁷⁹. « À la fois juge administratif et juge constitutionnel, la Cour de justice, secondée par le Tribunal de première

²⁷³ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A n° 25, § 158.

²⁷⁴ D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in *L'office du juge*, préc., p. 463.

²⁷⁵ O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 130.

²⁷⁶ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.* 1986, p. 1339, point 23. Ainsi que M. DARMON, conclusions pour CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.* 1986, p. 1656, point 3 : « Constituée d'États de droit, la Communauté européenne est nécessairement une Communauté de droit ». Plus généralement, H. GAUDIN, « Communauté et Union de droit », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 179-183.

²⁷⁷ Notamment, pour cette opinion, H. GAUDIN, op. cit., p. 179-180.

²⁷⁸ J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 52.

²⁷⁹ Avec les limites que les spécialistes du droit de l'Union ne manquent pas de relever. Voir, par exemple, J. P. JACQUE, op. cit., p. 52-53 ; O. DUBOS, op. cit., p. 132-137.

instance, assure le règne de la loi au sein des Communautés et contrôle l'ensemble des actes de droit dérivé à l'aune d'un "bloc de légalité" dont elle a elle-même identifié les principales composantes »²⁸⁰.

550. Il faut en effet ne pas taire que le saisissement de l'intérêt général a dépendu très étroitement de l'implication continue de la Cour de justice (anciennement Cour de justice des Communautés européennes) dans la construction d'une protection juridictionnelle, dans le cadre du droit de l'Union, dont les ressortissants de l'Union vont progressivement et plus sûrement bénéficier²⁸¹. Le premier acte de la reconnaissance des droits fondamentaux par l'ordre juridique de l'Union est donné dans l'arrêt *Stauder* aux termes duquel est jugé que la décision litigieuse de la Commission « ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »²⁸². La Cour étayera sa position en confirmant le contrôle qu'elle opère des actes de l'Union européenne susceptibles de restreindre les droits fondamentaux, position dont l'arrêt *Nold* fournit un attendu de principe particulièrement net : « Attendu que (...) les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces États ; que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre communautaire »²⁸³.

²⁸⁰ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 443.

²⁸¹ Il faut noter qu'aux origines de la construction de la Communauté, la question des droits fondamentaux n'était pas la préoccupation centrale des législateurs communautaires (de l'Union), ces derniers ont effet rendu les Traités fondateurs particulièrement muets. Le travail de la Cour en faveur des droits fondamentaux est d'autant plus méritant qu'il s'inscrit, du point de vue de la Communauté, dans le vide laissé par les Traités et qu'il procède quasiment *ex nihilo*. Voir, s'agissant de l'instauration des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la présentation historique de C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 86-95.

²⁸² CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. 29-69, *Rec.* 1969, p. 419, point 7. Voir également CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70, *Rec.* 1970, p. 1125, point 4 : « en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ».

²⁸³ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen - und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. 4-73, *Rec.* 1974, p. 491, point 13. Au nombre des instruments internationaux dont la Cour de justice peut tenir compte figure, de toute évidence, la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi qu'elle le précisera elle-même, notamment, dans l'arrêt CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, aff. 36-75, *Rec.* 1975, p. 1219, point 32 ou encore dans l'arrêt CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.* 1979, p. 3727, point 15 et, surtout, CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, aff. C-260/89, *Rec.* 1991, p. I-2925, point 41. La Cour a eu recours à d'autres instruments mais de façon « exceptionnelle et limitée ». En ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 144. La Cour a pu s'appuyer sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou sur la Charte sociale européenne, deux exemples repris à O. DUBOS, « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 125.

551. Le droit de l'Union européenne prime le droit interne des États membres en vertu de l'arrêt *Costa contre Enel*²⁸⁴ et implique d'écarter la norme nationale contraire²⁸⁵. Cette primauté, dont les juridictions internes assurent de façon prééminente l'effectivité, est vérifiée en dernier ressort par la Cour de justice de l'Union européenne, c'est-à-dire la Cour de justice et le Tribunal (anciennement Tribunal de Première instance). L'article 19 § 1 du Traité sur l'Union européenne dispose en effet que « la Cour de justice de l'Union européenne (...) assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »²⁸⁶. Quant à l'article 280 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il énonce que « les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ont force exécutoire (...) ». De la jurisprudence communautaire (droit de l'Union) et des deux dispositions évoquées, il résulte que le droit de l'Union européenne détermine, dans le seul cadre qu'il institue, le contenu de l'intérêt général lorsque sont en cause des droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union. Cette remarque prend un relief singulier compte tenu de l'étendue de la règle de l'effet direct²⁸⁷ dont jouissent les dispositions du droit de l'Union en termes d'applicabilité et des modalités d'intégration du droit de l'Union par le système de droit français. Le justiciable aura la certitude de la possibilité du contrôle du respect des normes de l'Union : « Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes »²⁸⁸. Sur ce dernier point, il découle de surcroît de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁸⁹ et du Conseil d'État²⁹⁰, que dans l'hypothèse où les juges de l'Union auraient préalablement défini un droit fondamental – reconnu également en droit français, cette définition s'imposerait à l'ensemble des normes internes, y compris les normes constitutionnelles, sauf disposition constitutionnelle expresse contraire. Aussi, ce dernier cas réservé, faut-il conclure que la définition de l'intérêt général par le droit de l'Union européenne se substitue intégralement à la

²⁸⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* 1964, p. 1141.

²⁸⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* 1978, p. 629. Le juge national est tenu d'écarter la norme interne, sauf la norme suprême, incompatible avec la norme de l'Union. Du reste, « le contrôle de la Cour de justice intéresse indistinctement la loi nationale ou l'acte réglementaire, car, au niveau communautaire, les distinctions normatives internes n'ont pas d'importance : il suffit que la norme interne constitue un support suffisant et effectif à l'application de la norme communautaire ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 61.

²⁸⁶ « Malgré cette formulation générale, la Cour de justice ne dispose (...) que d'une compétence d'attribution et le contrôle qu'elle exerce ne joue que dans le cadre et selon les procédures définies par le traité. Cependant, la Cour a interprété largement ses compétences en se fondant » sur cette disposition. Cf. J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 389-391, spéc. p. 389-390.

²⁸⁷ Relativement à cette règle, J. P. JACQUE, *op. cit.*, p. 587-600. Ainsi que F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 303 : « l'une des justifications de l'effet direct du droit communautaire (...) réside dans le fait que le traité vise les peuples et autorise, par conséquent, à introduire cette "démocratie normative" dans l'ordre juridique communautaire ».

²⁸⁸ CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, *Rec.* 1991, p. I-6079, point 21 *in fine*.

²⁸⁹ Ce que le Conseil reconnaît depuis 1977 comme une « conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France » et appuyait sur l'article 55 de la Constitution (CC, 30 décembre 1977, déc. n° 77-90 DC, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977*, *Rec.* p. 44, cons. n° 4) et ce qu'il a confirmé nettement, désormais, sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution (CC, 10 juin 2004, déc. n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec.* p. 101, CC, 30 novembre 2006, déc. n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *Rec.* p. 120).

²⁹⁰ CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor*, *RFDA* 2007, p. 384.

définition nationale de l'intérêt général dans l'application, il est vrai, du seul droit de l'Union, qu'il soit mis en œuvre par l'Union ou par les États membres²⁹¹. « Le critère utilisé par la Cour afin d'établir sa compétence pour apprécier la compatibilité de l'action d'un État membre avec les droits fondamentaux réside dans le point de savoir si le domaine relève ou non du champ d'application du droit communautaire. La Cour ne se reconnaît aucun titre pour vérifier la conformité de l'ensemble de l'action nationale avec les droits fondamentaux et n'exerce son contrôle que dans les domaines qui se situent dans le cadre du droit communautaire »²⁹².

552. L'intervention des différents juges dont nous venons de faire mention participe pleinement à la détermination du contenu valide de l'intérêt général. Chacune de ces juridictions assume, dans le cadre constitutionnel du 4 octobre 1958, sa part et sous sa responsabilité la plénitude de ses attributions. Car la résolution des conflits de droits fondamentaux n'est pas une faculté pour le système de droit. Elle s'impose à lui dans le cadre hiérarchique ainsi identifié²⁹³. Il reste qu'une telle panoplie de contrôles, pour peu qu'ils soient efficaces, n'aurait aucun sens si elle ne s'accompagnait d'un véritable droit au juge.

§2. – Une conciliation garantie par le droit au juge :

553. La garantie des droits exige du système de droit qu'il assure aux sujets de droits la possibilité de faire valider la conciliation entre leurs droits fondamentaux et l'intérêt général édictés par les organes normatifs²⁹⁴. « D'où la nécessité de reconnaître un ensemble de droits ou de libertés

²⁹¹ Sur ce point, nous nous référons aux développements de J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 67-69 ; ainsi qu'à ceux de O. DUBOS, « Droit communautaire », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 268-272.

²⁹² J. P. JACQUE, op. cit., p. 69.

²⁹³ Hiérarchie n'est pas soumission. Denys Simon, relativement aux rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union européenne, a apporté la preuve que leurs organes juridictionnels respectifs ont dépassé la logique d'une concrétisation « autoritaire » du droit de l'Union en droit interne pour entrer dans une logique d'association mutuelle pour dire – ce qui est l'essentiel – le bon droit. Cf. D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in *L'office du juge*, préc., p. 463-466. « Si l'on s'écarte des considérations purement juridiques, il est frappant de constater que progressivement, le dialogue des juges entre juge national et juge communautaire a créé une culture juridique commune » (p. 465).

²⁹⁴ C'est à une analyse théorique à laquelle nous nous bornerons tout en ayant conscience que seuls les enseignements tirés de la pratique concrète de la justice permettent de considérer que la garantie des droits est, effectivement, réalisée. Voir en ce sens : les questionnements de M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 1116 : « Les réflexions naïves que prête Jean Rivero à un certain Huron après sa visite au Palais Royal ont rappelé que la valeur du système juridictionnel de contrôle de l'Administration ne pouvait être appréciée en faisant abstraction du fonctionnement concret de la justice (...) » ; P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 522 : « La justiciabilité n'est qu'une partie de l'effectivité, mais elle est un facteur "déclencheur" essentiel : l'obligation inscrite dans la loi judiciairement contrôlée met en demeure les acteurs de susciter et réunir les ressources humaines et institutionnelles nécessaires » ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 338 « Cela ne veut pas dire qu'ils [les juges] doivent obligatoirement donner raison aux titulaires des droits, mais qu'il leur faut les écouter selon une procédure appropriée ».

fondamentaux à caractère processuel »²⁹⁵. Ce processus est l'autre facette du concept de *garantie des droits* inscrits dans notre norme suprême : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »²⁹⁶. Il est incontestable qu'« un système de protection des droits de l'homme n'est crédible que s'il offre aux individus des garanties efficaces pour la défense de leurs droits ; des droits et libertés reconnus ou proclamés mais non garantis n'ont d'intérêt que théorique »²⁹⁷. La dévolution de l'impérieuse tâche d'examiner, lors des sollicitations des sujets de droit, la liaison effective entre la restriction et la protection des droits et libertés est aujourd'hui essentiellement contentieuse²⁹⁸. Des modes alternatifs de résolution des conflits de droits fondamentaux peuvent exister²⁹⁹ mais ils n'ont qu'une fonction supplétive dans la mesure où le droit de vérifier la détermination de l'intérêt général s'exerce quasi-exclusivement et, par défaut, auprès des titulaires de la fonction juridictionnelle. Un droit au juge est aujourd'hui consacré à cette fin.

554. Par *droit au juge* nous prétendons, sans lui donner une détermination technique particulière, ramasser sous un même concept l'ensemble des dénominations propres à chacun des ordres juridiques intéressés³⁰⁰. S'il est acquis que devant chaque juge auquel les sujets de droit peuvent s'adresser, une

²⁹⁵ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 75 (et plus généralement sur cette thématique p. 75 et s.).

²⁹⁶ Article 16 de la Déclaration de 1789. Elle est aussi essentielle en droit international puisqu'on en retrouve des concrétisations multiples dans les principaux instruments internationaux : notamment, les articles 8, 10 et 11 de la Déclaration universelle de 1948 et les articles 3, 9 et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. C'est donc bien d'un « droit à la justice » (A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 75) en tant qu'elle constitue la fonction de droit commun, au sein du système de droit, pour *dire le droit applicable*. Pour une vision très négative de l'étendue de la garantie des droits, J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 102-106.

²⁹⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 15. Ainsi que J. BENZIMRA-HAZAN, « Droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 336 : « un système de protection des droits n'est complet que si l'individu a les moyens de les faire valoir effectivement (...) ».

²⁹⁸ Il existe par exemple, en matière administrative, la possibilité de saisir certaines autorités publiques auteur d'une décision, en particulier administrative, pour demander que sa cause soit entendue de nouveau : c'est l'objet de tout recours administratif préalable, qu'il soit gracieux ou hiérarchique.

²⁹⁹ Ou M. A. R. C. pour *modes alternatifs de règlement des conflits*. Il faut relever qu'un certain flou terminologique entoure cette question. On peut trouver devant le juge judiciaire les « modes de résolution amiable des conflits » (cf. V. DAUDET, J. NAVARRE-BRAGER, « Le droit, source de conflits », *préc.*, p. 39-40 ; site Internet du Ministère de la Justice et des Libertés) excluant l'arbitrage. On pouvait également, pour le seul juge administratif, faire état du sigle M. A. R. L. pour *modes alternatifs de règlement des litiges*. Adoptant celui-ci, B. DELAUNEY, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 211-229. Mais, prévient Mme Delaune, « les protections non juridictionnelles ne se résument pas aux "MARL". Elles peuvent se définir comme des garanties destinées à défendre des droits par des moyens non juridictionnels, c'est-à-dire en dehors de la fonction de juger des juridictions » (p. 212). L'auteur inclut dans celles-ci l'action des autorités administratives indépendantes (AAI) que nous avons choisi, pour notre part, d'aborder au titre du démembrement de la puissance publique et non en tant que garantie des droits. Plus généralement, il faut noter, il est vrai, que « d'autres garanties non juridictionnelles, peuvent être organisées : des instances de médiation ou même d'investigation (...) », dont il apparaît bien artificiel de déterminer, avec exactitude, dans laquelle de ces classifications elles s'intégreraient. Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 12. Ces auteurs évoquent ainsi « la Mission d'étude sur la spoliation des personnes considérées comme juives par les autorités de Vichy : D. 23 décembre 1997 ».

³⁰⁰ Nous aurions pu tout à fait le qualifier de « droit d'accès au juge ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 75. Certains auteurs semblent attacher une importance aux distinctions sémantiques, voir J. PINI, T. S. RENOUX, « Juge (Droit à un recours juridictionnel) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 503-512, *passim* et spéc. p. 508 : « Ainsi se confirme la distinction désormais bien établie d'un point de vue tant conceptuel que normatif entre droit au juge et droit au recours juridictionnel ».

terminologie spécifique est élaborée, il est tout aussi indéniable que « le droit d’être entendu par un juge oblige chaque État à mettre des juges à la disposition des justiciables quelle que soit la cause qu’ils souhaitent plaider »³⁰¹. Ainsi, si le Conseil d’État a consacré l’existence d’un principe général du droit au recours en excès de pouvoir, la Cour européenne des droits de l’Homme évoque tour à tour le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable (dans lequel figure le droit d’accès au juge) tandis que la Cour de justice de l’Union européenne a développé un droit à une protection juridictionnelle effective³⁰². Le Conseil constitutionnel promeut quant à lui le droit à un recours effectif devant une juridiction. Enfin, devant le juge judiciaire, le droit au juge procède notamment de la nécessité impérieuse d’être entendu en matière pénale. Quelle que puisse être cependant les dénominations, et notamment leurs étendues respectives, demeure l’exigence que tout sujet de droit soit en mesure de contester devant le juge la rectitude, au regard de la hiérarchie des normes, des restrictions portées à ses droits fondamentaux³⁰³. Les développements concernant le droit au juge, « cette juridictionnalisation nécessaire des droits de l’homme »³⁰⁴, suggèrent une analyse historique de celui-ci pour rendre compte à la fois de sa nécessité (I.) et de l’obligation, correspondante, d’exercer la fonction juridictionnelle dans notre système de droit libéral (II.). Seront ainsi identifiés le rôle de ces « protecteurs juridictionnels », pour reprendre une formule éclairante de Dominique Turpin³⁰⁵.

I. – L’affirmation historique du droit au juge :

555. Cette affirmation est jalonnée dans l’histoire de notre système de droit selon quatre grandes étapes que nous pouvons isoler. Primitivement, le rôle du juge judiciaire répressif fut des plus exemplaires dans la reconnaissance d’un droit au juge (A.). À son tour, le Conseil d’État prolongea ce droit en le rendant progressivement opposable à l’Administration (B.). Confirmé par les droits européens (C.), le droit au juge parvint enfin au rang normatif qui aurait toujours dû être le sien : une norme constitutionnelle (D.).

³⁰¹ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 76.

³⁰² S’agissant de « la garantie des droits fondamentaux » par les deux droits européens, H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », préc., p. 85-91.

³⁰³ Cette assertion ne signifie pas que les droits fondamentaux seraient amputés de toute valeur juridique faute, pour les sujets de droit, de pouvoir en faire constater une définition illicite au regard de l’ordre juridique établi. Il n’en reste pas moins essentiel qu’il soit globalement organisé. Nous intégrons cependant la précaution suivante : « Nombre de juristes tendent d’ailleurs à estimer que c’est la présence de garanties juridictionnelles qui confère aux libertés leur caractère *public*, voire même *juridique* [...]. Cette présentation est sans doute excessivement positiviste en ce qu’elle met une fois de plus l’accent sur l’*effectivité* de la règle pour établir sa *juridicité* » (italique dans le texte). Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, op. cit., p. 12.

³⁰⁴ É. MILLARD, « Effectivité des droits de l’homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 352.

³⁰⁵ Cf. D. TURPIN, « France (État des droits de l’homme en) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 443.

A. – Le rôle majeur du juge pénal dans l’affirmation du droit au juge :

556. Il est de notoriété publique que la Révolution française trouve, parmi ses multiples causes, le rejet des exactions de la justice royale à l’encontre de la liberté individuelle des sujets, en France et en Europe³⁰⁶. On sait combien étaient vives les plaies ouvertes par les tristement célèbres lettres de cachets³⁰⁷. Si la liberté individuelle est incontestablement « le bien le plus précieux de l’homme »³⁰⁸ en ce qu’elle permet d’exercer les autres droits fondamentaux, sa définition – et singulièrement ses restrictions – devraient pouvoir être discutées. Beccaria annonçait la seule méthode concevable : « tout acte d’autorité d’homme à homme qui ne dérive pas d’une nécessité absolue est tyrannique »³⁰⁹. Présentant au Roi Louis XVI le 6 mai 1775 ses remontrances à ce sujet, le magistrat Malesherbes s’en émut : « *Des ordres attentatoires à la liberté des citoyens*, fit-il valoir, ne devraient jamais être accordés à des particuliers, ni pour leurs intérêts personnels ni pour venger leurs injures, parce que, dans les pays où il y a des lois, les particuliers n’ont pas besoin d’ordres extrajudiciaires, et que d’ailleurs de tels ordres sont donnés aux puissants contre les faibles, sans réciprocité, ce qui est *la plus criante de toutes les injustices...* » (nous soulignons)³¹⁰. En réponse aux dysfonctionnements du droit d’Ancien Régime quant aux droits et libertés des sujets, les Révolutionnaires devaient inscrire un certain nombre de principes tendant à soustraire à l’arbitraire monarchique la définition de la liberté individuelle³¹¹. « La société étant de plus en plus contestée dans son principe, les institutions sont considérées comme fondamentalement imparfaites. C’est désormais l’*Homme* qui compte et donc, en justice, l’accusé » (italique dans le texte)³¹². La disposition éclatante est sans conteste l’article 7 de la Déclaration de 1789 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font

³⁰⁶ Elles inspireront à Cesare Beccaria, en 1764, son œuvre majeure : « Ce sont ces lois, émanation des siècles les plus barbares, que nous examinons dans ce livre pour ce qui concerne la jurisprudence criminelle et dont nous nous permettons d’exposer les abus aux arbitres de la félicité humaine (...) ». Cf. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 23-24. Voir les idées défendues par les « réformateurs » qui inspireront le droit pénal moderne à la veille de la Révolution, idées dont le professeur Carbasse se fait l’écho dans J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 353-354.

³⁰⁷ Dont on rappelle, sommairement, qu’elle permettait de faire emprisonner arbitrairement et discrétionnairement un individu sans procès. Cf. J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 356-358. Sur la proximité entre les lettres de cachet et la sûreté du droit français (art. 2 de la Déclaration de 1789), la seconde étant « la réaction » aux premières, A. PENA, « Sûreté personnelle (Droit à la) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 685-702, spéc. p. 685-686. Pour une description beaucoup plus nuancée des lettres de cachet, J.-L. HAROUEL, « Ancien Régime », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 37-38 : « il y a eu une véritable mythologie à propos des lettres de cachet » (p. 37).

³⁰⁸ J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 380.

³⁰⁹ C. BECCARIA, op. cit., p. 35.

³¹⁰ Cité par J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 357-358.

³¹¹ Plus d’un siècle auparavant, les Anglais ouvraient la marche de manière spectaculaire avec l’*Habeas Corpus Act* de 1679 selon lequel « lorsqu’un citoyen anglais est arrêté, notification doit lui être faite dans les vingt-quatre heures du délit qui lui reproché. Toute personne qui s’estime irrégulièrement détenue peut s’adresser au juge d’une juridiction supérieure et celui-ci demander au gardien du prisonnier de le représenter afin de vérifier le motif de sa détention ». Cf. J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 354.

³¹² J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 354.

exécuter des ordres arbitraires doivent être punis (...) »³¹³. Il concrétise, dans la matière répressive, c'est-à-dire dans un domaine essentiel pour la liberté, le droit à la sûreté consacré par l'article 2 de la Déclaration de 1789. « Il est clair que désormais (...) seul le pouvoir judiciaire pourra disposer, dans des cas précis déterminés par le pouvoir législatif, de la liberté des citoyens »³¹⁴. La première des libertés, la sûreté, voit en 1789 sa définition déterminée par la loi et contrôlée, aux cas d'espèce, par un juge. Nous pouvons considérer qu'il s'agit là sans nul doute des prémices du droit au juge³¹⁵.

557. Aujourd'hui, il n'est pas inutile, avant de clore ce point, de souligner l'importance attachée par notre système de droit au respect d'un *habeas corpus* à la française consacré par l'article 66 de la Constitution³¹⁶. Le Conseil constitutionnel devait juger en substance que toute personne détenue devait pouvoir faire examiner dans les plus brefs délais, par un juge de l'ordre judiciaire, le bien-fondé de sa détention : « Considérant (...) que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, s'il en est ainsi dans le cas prévu à l'article 3 de la loi qui subordonne à la décision du juge le maintien, au-delà de quarante-huit heures, de l'intéressé dans les locaux où il est retenu, il n'en va pas de même dans le cas prévu à l'article 6 de la loi dès lors que, dans cette dernière éventualité, l'intervention du juge n'est déclarée nécessaire que pour prolonger, au-delà de sept jours, le régime de détention auquel l'étranger est soumis ; qu'ainsi, du fait qu'il prévoit que la personne expulsée, en application des dispositions du 1 au 4 dudit article 23, peut être maintenue en détention pendant sept jours sans qu'un juge ait à intervenir, de plein droit ou à la demande de l'intéressé, le sixième alinéa de l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel qu'il résulte de l'article 6 de la loi soumise au Conseil constitutionnel, n'est pas conforme à la constitution »³¹⁷. La place que réserve le Code de procédure pénale à la possibilité pour toute personne dont la liberté individuelle est restreinte de vérifier sa conformité au droit corrobore cette lecture.

³¹³ Outre cette disposition, il est significatif, du point de vue de la réaction que constitue la Déclaration par rapport à la Monarchie, ce que relève Jean-Marie Carbasse, que ce texte « a un contenu pénal particulièrement riche : sur 17 articles, en effet, onze touchent directement ou indirectement au droit pénal. Cela n'est pas étonnant, si l'on songe à la place qu'avait tenue la question de la justice dans les débats pré-révolutionnaires ». Cf. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 371.

³¹⁴ J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 373.

³¹⁵ Spécialement : le juge informé d'une infraction devait saisir « un premier jury, le *jury d'accusation*, composé de huit citoyens tirés au sort. Si ce jury estimait les charges suffisantes, il devait déférer l'accusé, "pris de corps", devant le tribunal criminel départemental », à charge pour ce dernier de décider de la culpabilité de l'accusé. Cf. J.-M. CARBASSE, op. cit., p. 377.

³¹⁶ « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Selon Gilles Lebreton, cependant, cet *habeas corpus* n'est que potentiellement inscrit dans la Constitution faute de loi. Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 224.

³¹⁷ En ce sens, CC, 9 janvier 1980, déc. n° 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, Rec. p. 29, cons. n° 4. Plus globalement, A. PENA, « Sûreté personnelle (Droit à la) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 690-696.

Parce qu'il est inscrit à son article préliminaire³¹⁸, ce droit au juge semble orienter comme principe directeur fondamental toutes les procédures de nature à protéger et définir conformément au Droit la liberté individuelle en matière pénale. Il ne serait pas exagéré d'y voir enfin l'*habeas corpus* dans sa version française. « L'intervention de l'autorité judiciaire est à même de lever les doutes les plus lourds sur l'éventuel caractère arbitraire de la mesure de police (...) »³¹⁹.

B. – Le prolongement du droit au juge par le Conseil d'État :

558. Parce que le respect du droit est la première condition du respect des droits, la traduction historique de la garantie des droits dans le « droit de l'administration »³²⁰ est le principe de légalité. Jean Delvolvé dit du principe de légalité qu'il « est le plus important de notre droit public, principe antérieur à la législation républicaine elle-même et dont tout l'effort de la jurisprudence administrative a tendu à imposer le respect à toutes les autorités administratives, si haut placées qu'elles fussent (...) »³²¹. Restait à faire le lien entre respect de la légalité et droit au juge : tel fut l'effet reconnu au recours en excès de pouvoir conçu en des termes remarquablement clairvoyants par Léon Duguit lequel écrit, au début du siècle dernier, que le justiciable « n'a pas besoin d'invoquer un droit ; il vit sous le régime de l'État de droit et par conséquent il est recevable à provoquer la censure juridictionnelle de tout acte de l'administration violant le droit »³²².

559. Toute l'entreprise de subordination juridique de l'Administration au respect de la légalité puis de l'ensemble de la hiérarchie des normes est le résultat d'un travail mené avec constance – mais non sans heurts³²³ ni défiance des administrés³²⁴ – depuis sa création et avec une « force tranquille »

³¹⁸ Article préliminaire, III, (créé par la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence) : « Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne. Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable. Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction ».

³¹⁹ A. PENA, « Sûreté personnelle (Droit à la) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 696.

³²⁰ Nous empruntons l'expression à René Chapus, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 1.

³²¹ J. DELVOLVÉ, conclusions pour CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, cité par P. DELVOLVÉ, *Le droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3^{ème} éd., 2002, p. 51.

³²² L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Alcan, 1913, p. 191 cité par B. SORDI, « Le rôle de la notion de droits publics subjectifs des administrés en Italie », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 163.

³²³ Voir M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 1116 : la justice administrative « n'a jamais été épargnée par les critiques les plus diverses d'ordre politique, juridique, technique, institutionnel. Tout le XIX^e siècle est émaillé d'escarmouches suscitées par les Libéraux, anglophiles de cœur et de raison. Les uns ne pardonnent pas au Conseil d'État d'avoir été enfanté par un régime autoritaire ; les autres lui reprochent sa servilité envers les gouvernants ». Ce point mériterait une discussion approfondie. MM. Rivero et Moutouh parviennent à la conclusion que le juge anglais n'a pas été aussi audacieux à l'égard de l'administration que le juge administratif français. Cf. J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, op. cit., p. 224-227. Ce dont il faut convenir : « Les plus acharnés à dénoncer l'illégitimité et l'incommodité du dualisme juridictionnel conviennent que ce dualisme a produit des résultats souvent supérieurs à ceux du monisme anglo-saxon » (M. DE VILLIERS et alii, op. cit., p. 1117).

depuis 1872 par le Conseil d'État³²⁵. La soumission de l'Administration culmine avec l'arrêt *Dame Lamotte* où le Conseil d'État consacre l'existence et la fonction du recours pour excès de pouvoir : il est, décide le Conseil, le « recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »³²⁶. La possibilité ainsi organisée au profit des sujets de droit de demander au juge administratif qu'il vérifie la conformité de la définition administrative de l'intérêt général à la loi est d'autant plus forte que le recours est admis alors même que la loi avait exclu tout « recours administratif ou judiciaire »³²⁷. Le Conseil d'État considère en effet que ladite loi « n'a pas exclu le recours en excès de pouvoir »³²⁸. Cette ténacité, qui en d'autres temps aurait été discutée³²⁹, tient au fait, rappelé par le professeur

³²⁴ « Ils sont disposés à croire que la juridiction administrative a été instituée pour protéger l'Administration et que, par une pente naturelle, elle est portée à l'avantager aussi bien dans l'élaboration que dans l'application du droit qui la gouverne ». Cf. M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 1117 ; sur les soupçons à cet égard, J. CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 57-70, spéc. p. 57 : « Le soupçon de privilège pèse depuis toujours sur le droit administratif : en tant que droit spécial, ne permet-il pas à l'administration de bénéficier d'un régime de faveur et d'échapper au contrôle du juge ordinaire ? » ; même constat historique dans V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 205-206 ; plus récemment, Bertrand Seiller débute son propos par une assertion emblématique : « L'étude de la protection des droits fondamentaux par le juge administratif peut surprendre » car, poursuit-il, sa « participation (...) à cette protection est pour le moins paradoxale » (cf. B. SEILLER, « Juge administratif (et protection des droits fondamentaux) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 512-518, spéc. p. 512).

³²⁵ À l'origine de ces transformations on trouve la loi républicaine du 24 mai 1872 qui substituait (définitivement) à la justice retenue le système de la justice déléguée confiée dorénavant au Conseil d'État. Sur ce point, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 11^{ème} éd., 2004, p. 67-68. « À de multiples égards, le Conseil d'État a témoigné de hardiesse, poussant son contrôle aux limites du tolérable pour l'Administration. Sur le plan théorique, hommage peut être rendu au remarquable travail accompli par la justice administrative ». Cf. M. DE VILLIERS et alii, op. cit., p. 1119 ; propos – avec quelques réserves cependant – globalement partagé à l'étranger, voir T. R. FERNANDEZ, « L'importation de la notion de droits publics subjectifs des administrés en Espagne », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 178 : « L'activité du Conseil d'État français, soutenue avec autant de prudence que de fermeté durant deux siècles, est admirable, et nous en sommes tous redevables, en France comme à l'étranger ». Remontant un peu plus en arrière (que la loi de 1872), J. PINI, T. S. RENOUX, « Juge (Droit à un recours juridictionnel) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 507-508 (notamment par un arrêt, qu'il cite, CE, 13 mai 1818, *Liotard c. Ferry Lacombe*, Rec. p. 351).

³²⁶ CE Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Rec. p. 110, GAJA n° 64, p. 406-409 confirmé, par exemple, récemment par CE, avis, 21 juillet 2009, *Mme Idjihadi*, Rec. p. 288. Pour un aperçu général du recours pour excès de pouvoir, nous nous sommes référé à R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 210 et s ; ainsi qu'à G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 226 : « Création majeure du Conseil d'État, le recours pour excès de pouvoir (...) constitue une pièce fondamentale du dispositif français de protection des libertés ». Il est notoire que les mêmes considérations animent sans nul doute possible la Cour de cassation comme l'ont relevé ces auteurs en citant l'arrêt Cass. crim., 17 mai 1984, *Bull. crim.*, n° 183 : « la Cour de cassation considère que "tout acte administratif ou judiciaire doit pouvoir, même en l'absence de texte, faire l'objet d'un recours permettant au moins le contrôle de sa légalité" ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 155.

³²⁷ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 407 : « la suppression par voie législative de tout recours juridictionnel », selon les auteurs, « ne pouvait faire aucun doute ». Cette remarque contextuelle éclaire la témérité du juge administratif en faveur de la reconnaissance du droit au juge face à l'administration. Car, ajoutent-ils, « le Conseil d'État statue en ces matières, sinon *contra legem*, du moins *praeter legem* » (p. 409). Pour une lecture voisine fondée sur la qualité de l'interprétation de la loi par le juge administratif, voir L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 42 : l'auteur montre, incidemment, que la décision du Conseil d'État peut, tout aussi bien, avoir adopté une interprétation *contra legem* qu'une interprétation *praeter legem*, cette dernière hypothèse étant – il est vrai – textuellement plausible.

³²⁸ CE Ass., *Dame Lamotte*, précité.

³²⁹ Parce que si l'on s'accorde néanmoins à reconnaître que la loi excluant tout recours juridictionnel dans l'affaire *Dame Lamotte* avait effectivement pour objet de « briser la résistance des juges » (M. LONG et alii, op. cit., p. 407), il n'est pas interdit de voir dans l'obstination – au demeurant salutaire – du Conseil d'État un empiètement sur l'exercice de la fonction législative prohibé par la loi des 16-24 août 1790 (article 10) : « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou retarder l'exécution des décrets du corps législatif sanctionné par le Roi, à peine de forfaiture ». À moins que le Conseil d'État n'ait « triché », l'une des quatre

Chapus, « que le recours pour excès de pouvoir puisse et doive être considéré, aujourd'hui comme hier, comme un moyen, et un moyen particulièrement important, du contrôle auquel l'administration doit être soumise en vue de la sauvegarde du droit objectif »³³⁰. Qualifiant le recours pour excès de pouvoir de « recours d'utilité publique », nous sommes conforté de lire dans le propos de René Chapus qu'« il importe, en effet, à l'intérêt général que toutes les décisions illégales puissent être déférées au juge et censurées par lui »³³¹. Cette considération d'intérêt général – nourri d'objectivisme contentieux – tend à rapprocher le recours pour excès de pouvoir « de l'action populaire »³³². En définitive, par le recours pour excès de pouvoir³³³, le Conseil d'État prolonge le droit au juge et rend, concret et effectif, la garantie des droits des administrés, ceux-ci pouvant toujours contester les restrictions aux droits fondamentaux à l'encontre de toutes les autorités administratives y compris à l'égard du Gouvernement³³⁴. Il s'avère en effet que « le gouvernement ne peut, ni dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome qu'il tient de l'article 37 de la Constitution, ni dans celui du pouvoir de prendre des ordonnances qu'il tient de l'article 38, soustraire certains de ces actes à tout contrôle juridictionnel, soit en écartant le recours pour excès de pouvoir, soit en prononçant la validation de certaines décisions administratives (...) »³³⁵. Le droit administratif, droit de l'Administration, n'est pas étanche, comme on le voit, aux préoccupations relatives aux définitions des droits fondamentaux

« attitudes » envisagées par Robert Cover pour permettre au juge de sortir d'un « dilemme » juridico-moral : « Le juge peut faire prévaloir le droit sur sa conscience. Il peut suivre sa conscience et être déloyal au droit. Il peut démissionner. Ou il peut tricher : il peut dire que le droit n'est pas ce qu'il croit qu'il est et ainsi préserver une apparence (vis-à-vis des autres) de conformité du droit et de la morale » (R. COVER, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, p. 6, trad. F. MICHAUT, *Le droit dans tous ses états à travers l'œuvre de Robert M. Cover*, Paris, l'Harmattan, 2001, p. 237, cité par S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 135-136).

³³⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 213.

³³¹ R. CHAPUS, op. cit., p. 218.

³³² En ce sens, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 218-219. Quant au contentieux de l'excès de pouvoir, « le plus objectif qui soit » (p. 11), P. DELVOLLE, « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 11-12 ; la démonstration du professeur Plessix témoigne de cette « objectivisme » originaire au point même que l'excès de pouvoir a longtemps été étranger à l'affirmation de droits subjectifs au profit des administrés, *a fortiori* de droits fondamentaux, et que le constat concernant le rôle de ce contentieux susceptible d'être dressé, à contre-courant, n'en a que plus de relief. Voir, B. PLESSIX, « Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 39-44.

³³³ Nous n'avons envisagé uniquement que le recours pour excès de pouvoir compte tenu de son caractère saillant dans le raffermissement continu d'un droit au juge. Il va de soi que le recours pour excès de pouvoir trouve, lui aussi, des relais. On songe au recours de plein contentieux lorsque litige porte sur les droits subjectifs. On n'omet pas non plus l'arrêt CE Ass., 7 février 1947, *D'Aillières*, Rec. p. 50, GAJA n° 60, p. 381-385 : « considérant (...) qu'aux termes (...) de l'ordonnance du 21 avril 1944 (...) la décision du jury d'honneur "n'est susceptible d'aucun recours" : mais considérant que l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État ». Pour une synthèse récente du « renforcement du droit au recours », B. SEILLER, « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 191-209, spéc. p. 193-202.

³³⁴ S'il est néanmoins exact de relever que les intérêts défendus par les justiciables devant le juge administratif ne sont pas toujours reliés au principe de légalité, celui-ci demeure, ce qui n'est d'ailleurs pas contredit, la clé de voûte dans la protection juridictionnelle des justiciables. Sur ces nuances et réserves contemporaines tendant à renforcer les droits des justiciables au détriment du respect pur et simple de la légalité, voir B. SEILLER, op. cit., p. 202 et s. Résumant assez bien la pensée de cet auteur, ce passage : « Il peut paraître paradoxal que l'intérêt général soit susceptible de s'opposer à l'exécution des conséquences d'une illégalité constatée par le juge. N'est-il pas au contraire d'intérêt général que la légalité soit respectée ? Cela semble être la première des exigences dans un État de droit » (p. 208).

³³⁵ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 408. Voir, pour les ordonnances de l'article 38, CE Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. p. 658.

dans le cadre de notre système de droit libéral³³⁶. C'est pourquoi, au-delà de la spécificité et de l'ancienneté du recours en excès de pouvoir pour concrétiser le droit au juge, le juge administratif consacre l'existence d'un véritable « droit fondamental qu'est le droit au recours »³³⁷ lorsqu'avant lui Gaston Jèze voyait dans cet instrument « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre la liberté »³³⁸.

560. Mais à l'égard d'une loi expresse qui limiterait voire interdirait tout recours, le juge administratif doit-il s'incliner ? Voici une réponse on ne peut plus claire du juge lui-même : « Considérant que le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, protégé par la Constitution et par les stipulations des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue une liberté fondamentale »³³⁹. Effectivement, « sous la double influence de la place grandissante des conventions internationales dans l'ordre interne et de l'extension du contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le Conseil constitutionnel, il semble possible d'affirmer qu'une disposition législative qui viendrait à soustraire un acte administratif à tout contrôle juridictionnel heurterait aussi bien la norme internationale que la norme constitutionnelle »³⁴⁰. C'est ce qu'il nous faut respectivement éprouver à présent.

C. – La confirmation du droit au juge par les droits européens :

561. Les juges de Strasbourg et de Luxembourg ont, par la généralisation à l'échelle du continent européen, grandement contribué à renforcer le droit à un juge lorsqu'un sujet de droit entend faire

³³⁶ En ce sens, De même, G. LEBRETON, *Droit administratif général*, op. cit., p. 15 : « Cette perméabilité à l'idéologie des droits de l'Homme prouve à l'évidence que le droit administratif n'est pas qu'un droit de privilèges au service de l'administration. Il est aussi et surtout un instrument de soumission de l'administration au respect des administrés (...) ».

³³⁷ CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, Rec. p. 360.

³³⁸ G. JEZE, *Rapport à l'Institut international de droit public*, Annuaire 1929, p. 180, cité par B. SEILLER, « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 192.

³³⁹ CE, ord., 30 juin 2009, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales*, Rec. p. 240. Dans l'arrêt CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, Rec. p. 313, la Haute juridiction avait admis que le moyen tiré de la méconnaissance du « principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel » était opérant.

³⁴⁰ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 408. S'agissant du Conseil constitutionnel, il faut noter, d'une part, qu'il reconnaît aux autorités administratives, fussent-elles indépendantes, la possibilité d'édicter des actes administratifs, sur autorisation et en application de la loi, à la condition leur définition éventuelle de l'intérêt général « sera, à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations de l'État, que par toute personne qui y aurait intérêt ». Voir CC, 18 septembre 1986, déc. n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141, cons. n° 23. D'autre part, il résulte de l'illustre décision *Conseil de la concurrence* de ce même Conseil que le législateur ne pourrait porter atteinte à la compétence que le juge administratif tient désormais directement de la Constitution de contrôler la légalité des actes pris par le pouvoir Exécutif. Voir, CC, 23 janvier 1987, déc. n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence (Conseil de la concurrence)*, Rec. p. 8, GDCC n° 41, p. 706-720, cons. n° 15 : « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

valider une restriction à son droit fondamental³⁴¹. Ce faisant, ils ont légitimé l'existence de procédures juridictionnelles tendant à vérifier le contenu de l'intérêt général. Cet état de fait est particulièrement perceptible à l'aune de la Convention européenne des droits de l'Homme (1.) sans être négligeable du point de vue de la Cour de justice de l'Union européenne (2.).

1. – Le droit au juge par la Cour européenne des droits de l'Homme :

562. Trois dispositions essentielles figurant dans la Convention et développées par le juge européen matérialise la garantie des droits reconnus par les États parties en vertu de l'article 1^{er} de la Convention : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Chacun des membres du corps social ainsi que les ressortissants étrangers doivent avoir la certitude que la juridiction qui s'exerce sur eux est orientée de façon à définir leurs droits fondamentaux selon les canons conventionnels³⁴².

563. La première disposition est d'ordre général. Conformément à l'article 13 de la Convention, les destinataires des règles de droit nationales ont la faculté d'exercer un recours effectif en vue de vérifier la conformité de la définition nationale de l'intérêt général au droit européen : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». La Cour a jugé que l'article 13 garantit à « un individu qui, de manière plausible, se prétend victime d'une violation des droits, [le droit de] disposer d'un recours devant une instance nationale afin de statuer sur son grief (...) »³⁴³. Les implications de ce droit procédural sont connues pour ne pas s'y étendre trop longuement. Simplement, l'arrêt *Kudla contre Pologne* condense l'effet utile de l'article 13 espéré du juge dans la définition des droits fondamentaux : « L' "effectivité" d'un "recours" au sens de l'article 13, dit la Cour, ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant³⁴⁴. De même, l' "instance" dont parle cette disposition n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais alors ses

³⁴¹ Voir aussi sur ce point précis, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 21-22.

³⁴² Pour une synthèse récente, D. SZYMCAK, « Le droit européen, source de droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p.61-63. Cette légitimation du droit au juge par le droit européen de la Convention est mise en évidence de façon approfondie (qu'il soit confirmé ou infirmé), s'agissant du contentieux administratif français, par les travaux du professeur Sermet. Voir L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, op. cit.

³⁴³ CEDH, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79, série A n° 98, § 84.

³⁴⁴ Il suffit, habituellement, que le requérant « allègue », c'est-à-dire qu'il présente un grief défendable pour actionner son droit au juge et demander qu'on vérifie la définition de ses droits et libertés. En ce sens, CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 15473/89, série A n° 28, § 64.

pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours s'exerçant devant elle »³⁴⁵.

564. La seconde disposition est le recours à l'article 5 de la Convention et intéressant la matière répressive. Consacrant le droit à la liberté et à sûreté, cette disposition instaure un ensemble détaillé de garanties dont, celle capitale, du droit à être traduit devant un juge : « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale » (article 5 § 4). Elle n'est pas sans lien substantiel avec les garanties inscrites dans notre procédure pénale, ni même avec l'*Habeas Corpus*³⁴⁶.

565. Enfin, l'article 6, troisième disposition de la Convention de nature à renforcer le droit au juge, consacre un droit au procès équitable, au sein duquel on identifie le droit d'accès à un tribunal³⁴⁷. L'arrêt de principe est celui du 21 février 1975 par lequel la Cour avec un ton proche du bon sens déclare : « On ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité, et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès (...). Il ressort que le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 § 1 (...). [Ce dernier] garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil »³⁴⁸. À partir de cette disposition, la Cour a construit une jurisprudence prescriptive d'obligations positives à la charge des États en vue d'assurer l'effectivité du droit d'accès au tribunal. En particulier, la définition de l'intérêt général doit pouvoir être contestée en pratique : il pèse sur les États, selon la Cour, « une obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice »³⁴⁹ car « un obstacle de fait peut enfreindre la

³⁴⁵ CEDH, Gr. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, R. 2000-XI, § 157. C'est pourquoi nous parlions, afin de saisir l'ensemble des situations, d'un *droit au juge* au sens large et nous permettre d'éviter ainsi d'entrer dans des considérations terminologiques qui rendraient indigeste notre propos. Voir aussi CEDH, 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, req. n° 31107/96, R. 1999-II, § 66 : « le recours exigé de l'article 13 doit être "effectif" en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État défendeur (...) ». Plus généralement, sur cette stipulation conventionnelle, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 438 et s.

³⁴⁶ Voir J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 70 : « L'article 5 § 4 est l'émanation moderne de l'Acte d'*Habeas Corpus* de 1679. Il concerne le contrôle de la légalité, tant à l'égard du droit interne que de la Convention, de la privation de liberté d'une personne ».

³⁴⁷ Spécialement son article 6 § 1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) ».

³⁴⁸ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A n° 18, § 35-36. La terminologie même de « droit d'accès à un tribunal » a eu des suites. Cf. CE, 11 avril 2005, *M. Max X*, n° 255995, inédit : mais dans le cadre, il est vrai, des prescriptions de l'article 6 § 1.

³⁴⁹ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, série A n° 32, § 25. Et ce d'autant que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs » (§ 24).

Convention à l'égal d'un obstacle juridique »³⁵⁰. Cette obligation justifie les mécanismes d'aide juridictionnelle en faveur des plus démunis des membres signataires du pacte social sans lesquels les droits fondamentaux resteraient lettres mortes. Un retour à un état de conflit ne pouvant être exclu, l'obligation positive de faciliter l'accès au tribunal s'inscrit, corrélativement, dans les conséquences logiques du pacte. Ainsi en est-il de la réalisation du droit au juge rendu effectif en France notamment par l'aide juridictionnelle organisée par la loi du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique*³⁵¹. Le Conseil d'État a considéré que l'aide juridictionnelle a « pour objet de rendre effectif le principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours » devant une juridiction³⁵². Les mêmes considérations prévalent devant les juridictions judiciaires³⁵³.

566. Au regard des trois stipulations conventionnelles présentement évoquées, le droit européen et son juge établissent leurs propres exigences relatives à la garantie des droits et exhortent de la sorte le système de droit français à permettre aux sujets de droit, si nécessaire, de rouvrir la discussion quant aux restrictions aux droits fondamentaux. Bernadette Duarte souligne enfin qu'une relation se noue entre l'impossibilité de prévoir toutes les hypothèses licites de restrictions aux droits fondamentaux et l'affirmation de garanties procédurales dont la présence d'un juge au profit des justiciables³⁵⁴. Offrir la possibilité de contester la définition des droits fondamentaux qu'on leur oppose vient pallier – « compenser »³⁵⁵ écrit-elle – l'inévitable et indispensable plasticité de la notion d'intérêt général.

2. – Le droit au juge par la Cour de justice de l'Union européenne :

567. Dans l'hypothèse où un sujet de droit est confronté à une détermination par le droit de l'Union de l'intérêt général, la Cour de justice confirme, à son attention, la possibilité qui doit lui être organisée de saisir le juge interne puis de l'Union afin de pouvoir la contester. Le droit de saisir la Cour de justice était alors organisé, jusqu'en 2009, par l'article 230 § 4 du Traité instituant la Communauté européenne : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes

³⁵⁰ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, précité, § 26. L'obligation positive procède à n'en pas douter d'une autre stipulation conventionnelle, à savoir l'article 14 lequel garantit la jouissance pour tous des droits et libertés reconnus « sans distinction aucune, fondée notamment (...) sur la fortune (...) ou sur toute autre situation ».

³⁵¹ Loi n° 91-647 modifiée (spécialement Première partie « L'aide juridictionnelle »). La Cour n'a pas une position « intégriste » de l'aide apportée aux justiciables mais elle demeure vigilante comme en témoigne l'arrêt CEDH, 19 septembre 2000, *Gnahoré c. France*, req. n° 40031/98, R. 2000-IX. Après avoir examiné avec minutie le mécanisme d'aide devant la Cour de cassation française (§ 38-42), elle conclut que n'est pas contraire au droit d'accès au juge le fait de refuser l'aide juridictionnelle au motif que l'action envisagée serait vouée à l'échec (§ 41). Sur la nécessité de « l'assistance judiciaire » au regard des droits fondamentaux, C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 49-50.

³⁵² CE, 10 janvier 2001, *Mme Coren*, RFDA 2001, p. 518. Elle est, au surplus, devenue une exigence du droit de l'Union en vertu de l'article 47 alinéa 3 de la CDFUE : « Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

³⁵³ M. DOUCHY-LOUDOT, « Garanties procédurales et encadrement constitutionnel et européen du service public de la justice », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 463-464.

³⁵⁴ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 596-598.

³⁵⁵ B. DUARTE, op. cit., p. 597.

conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement ». À partir de cette disposition, la Cour a construit sur les fondations du célèbre arrêt *Johnston* de 1986 le futur concept de protection juridictionnelle effective : « le contrôle juridictionnel (...) est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. Comme il a été reconnu par la déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission, en date du 5 avril 1977 (...) »³⁵⁶. Elle devait confirmer progressivement l'établissement d'une liaison entre le droit à un recours juridictionnel et la protection juridictionnelle effective³⁵⁷. Pour consacrer, définitivement, la version du droit au juge en droit de l'Union par des termes solennels : « il convient de rappeler que la Communauté européenne est une *communauté de droit* dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux. Dès lors, les particuliers doivent pouvoir bénéficier *d'une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique communautaire*, le droit à une telle protection faisant partie des principes généraux de droit qui découlent des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce droit a également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) » (nous soulignons)³⁵⁸. Cependant, la protection juridictionnelle effective du droit communautaire connaissait une limite : un règlement communautaire ne pouvait faire l'objet, faute de mesure individuelle et alors même qu'il avait des effets sur la situation juridique du requérant, d'un contrôle car le recours était jugé irrecevable³⁵⁹. Invité par la Cour à remédier à cette lacune³⁶⁰, les États membres ont procédé à un

³⁵⁶ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.* 1986, p. 1657, point 18. Il en résulte, poursuit la Cour, « que toute personne qui s'estime lésée par une discrimination entre hommes et femmes doit disposer d'un recours juridictionnel effectif » (point 58).

³⁵⁷ En ce sens, CJCE, 27 novembre 2001, *Commission c. Autriche*, aff. C-424-99, *Rec.* 2001, p. I-9285. Pour une présentation de cette évolution et ses grandes lignes, voir les conclusions présentées par l'avocat général Jacobs le 21 mars 2002, in F. G. JACOBS, conclusions pour CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.* 2002, p. I-6677.

³⁵⁸ CJCE, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, préc., points 38-39. La formulation est heureuse dans la mesure où elle permet de transposer les conséquences de l'État de droit au système juridique de l'Union. Une fois encore, la définition de l'intérêt général et des droits fondamentaux se réalise dans un *état de droit*, quand bien même l'Union européenne n'aurait pas les qualités étatiques.

³⁵⁹ CJCE, *Unión de Pequeños Agricultores contre Conseil*, préc., point 44 : en l'espèce, l'association requérante ne pouvait établir que le règlement la concernait « individuellement ». La Cour tranche cette question en sens opposé à la proposition que lui faisait son avocat général. Cf. F.G. JACOBS, conclusions pour CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.* 2002, p. I-6677, point 103 : « Pour toutes ces raisons, nous concluons qu'un particulier devrait être considéré comme individuellement concerné par une mesure communautaire au sens de l'article 230, paragraphe 4, CE lorsque, en raison de la situation dans laquelle il se trouve, la mesure nuit, ou est susceptible de nuire, à ses intérêts de manière substantielle ».

³⁶⁰ CJCE, *Unión de Pequeños Agricultores contre Conseil*, préc., point 45 : « Si un système de contrôle de la légalité des actes communautaires de portée générale autre que celui mis en place par le traité originaire et jamais modifié dans ses principes est certes envisageable, il appartient, le cas échéant, aux États membres, conformément à l'article 48 UE, de réformer le système actuellement en vigueur ».

infléchissement de la rédaction restrictive de l'article 230 § 4, lequel est devenu l'article 263 § 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et dispose désormais : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution »³⁶¹.

568. Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ayant reçu force obligatoire par l'effet de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en date du 13 décembre 2007³⁶², consacre dans le droit originaire de l'Union deux dispositions cruciales à la pleine reconnaissance du droit au juge dans l'ordre juridique de l'Union. La garantie des droits dans le droit de l'Union trouve une première concrétisation d'ordre général dans le « droit à une bonne administration »³⁶³ tandis qu'elle reçoit sa formulation de principe dans le « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial »³⁶⁴. De cette manière, tant le juge européen que le juge de l'Union sont en mesure, à leur échelon et dans le cadre de leurs champs de compétence respectifs, de légitimer au plan interne l'exercice par les membres du corps social du droit au juge et contribuent à rendre effectif le concept de garantie des droits. Le droit constitutionnel consolide cet état du droit au juge.

D. – La consécration constitutionnelle du droit au juge :

569. Dernier et fondamental relais du droit au juge, le droit constitutionnel ne s'est pourtant pas pressé de consacrer la garantie des droits. Cette consécration, débutée semble-t-il en 1989³⁶⁵, n'est nettement affirmée par le Conseil constitutionnel qu'en 1994³⁶⁶ puis surtout en 1996 : « Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : "Toute Société

³⁶¹ On a ôté, pour ce qui est des règlements, l'exigence selon laquelle le règlement devait concerner le requérant individuellement. Voir, notamment, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 630.

³⁶² Excepté pour le Royaume-Uni, la République Tchèque et la Pologne.

³⁶³ Article 41 § 1 CDFUE : « Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union ».

³⁶⁴ Article 47 CDFUE : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

³⁶⁵ En ce sens, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 741. Les auteurs font référence à la décision CC, CC, 17 janvier 1989, déc. n° 88-248, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Conseil supérieur de l'audiovisuel)*, Rec. p. 18, GDCC n° 42, p. 721-742.

³⁶⁶ CC, 21 janvier 1994, déc. n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, Rec. p. 40, cons. n° 4 : « que les dispositions qu'il (le législateur] a prises n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la possibilité ouverte à tout requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus explicites ou implicites ; que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours ; qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen manque en fait » (nous soulignons).

dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au *droit* des personnes intéressées d'exercer *un recours effectif devant une juridiction* » (nous soulignons)³⁶⁷. La Haute instance devait largement confirmer la valeur constitutionnelle de ce droit en même temps qu'elle paraissait en stabiliser la formulation exacte à travers le « droit à un recours juridictionnel effectif »³⁶⁸. En cela, elle fut imitée par le Conseil d'État avec une ressemblance accusée mais aussi une novation pertinente : « considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle renvoie le Préambule de la Constitution de 1958 : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; que *la garantie des droits* ainsi proclamée *implique le droit* pour les personnes intéressées d'exercer *un recours effectif devant une juridiction* (...) » (nous soulignons)³⁶⁹. On perçoit dans la rédaction même de l'arrêt l'enchaînement logique entre la garantie des droits et le droit d'exercer un recours pour contester la définition de l'intérêt général servant de matériau aux restrictions posées aux droits fondamentaux. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 perfectionne le système de droit en offrant, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, au profit du sujet, la faculté, *in fine*, de saisir – selon les modalités que la Constitution et la loi organique ont établies – le Conseil constitutionnel pour qu'il statue sur la conformité de la définition législative de l'intérêt général aux normes constitutionnelles. Cette réforme s'imposait³⁷⁰.

570. Car l'existence d'organes de contrôle de la définition adéquate des droits fondamentaux résulte directement de la hiérarchie des normes. Or, cette hiérarchie des normes implique que soit organisée la possibilité pour les citoyens de vérifier à tous les échelons du système de droit que les mises en cause des droits fondamentaux par les organes infra-constitutionnels ne méconnaissent pas la norme fondamentale. C'est pourquoi elle justifie la distinction au sein des droits fondamentaux de droits appelés droits-garanties ou droits procéduraux. « Ils n'offrent à l'individu aucun champ nouveau ou spécifique de liberté, ou aucun droit à prestation. Ils visent à lui donner les instruments propres à assurer une protection effective de ses droits »³⁷¹. Cette protection des droits fondamentaux, c'est-à-

³⁶⁷ CC, 9 avril 1996, déc. n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. p. 43, cons. n° 83. Voir CC, 23 juillet 1999, déc. n° 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec. p. 100, cons. n° 38 : « qu'il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». Le Conseil ne fait plus mention de l'incise « en principe » (énoncée dans la décision n° 96-373 DC) qui semblait inclure une réserve au droit à un recours effectif.

³⁶⁸ CC, 19 décembre 2000, déc. n° 2000-437 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, Rec. p. 190, cons. n° 43-44.

³⁶⁹ CE, 21 décembre 2001, *M. et Mme Hofmann*, Rec. p. 409.

³⁷⁰ Selon Samuel Etoa, la création de la question prioritaire de constitutionnalité peut être interprétée, sinon discutée, sous l'angle de l'existence même des droits fondamentaux en droit français, en renforçant significativement leur incorporation dans le droit positif. Voir, en particulier, S. ETOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, op. cit., p. 344 et s.

³⁷¹ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 139.

dire la faculté qui doit être donnée à leurs titulaires de faire constater que toute restriction à un droit fondamental répond à la poursuite de l'intérêt général, directement ou en vue de le concilier avec un autre droit fondamental, est si importante qu'elle a pu être résumée au bien public de tout un système juridique : « C'est la mission des juges ; la protection des droits individuels de chacun, que se situe par priorité le bien public pour les Anglais. En Angleterre, le bien public consiste à assurer la *rule of law* »³⁷². En outre, la remarque que nous faisons nôtre quant à la présence nécessaire du juge constitutionnel vaut tout autant pour les juges infra-constitutionnels³⁷³, qu'il s'agisse des juges ordinaires ou des juges internationaux. L'intervention est importante à telle enseigne qu'elle fait dire au conseiller d'État Christian Vigouroux que « seule l'autorité des juges peut mettre un point (juridiquement final) à une affaire »³⁷⁴. Toutefois, ainsi que le souligne le Conseil d'État, il ne s'agit pas pour le juge de se substituer au législateur : « la définition de l'intérêt général ne relève pas, au premier chef, du juge, qui ne saurait donner à cette notion une extension qui lui ferait perdre beaucoup de cohérence. Éclairé par la volonté du législateur et par la référence aux principes constitutionnels, il a pour mission d'encadrer l'action de l'administration, en lui rappelant sa seule raison d'être, qui est de conformer ses décisions, des plus importantes aux plus anodines, aux finalités d'intérêt général »³⁷⁵. Le juge ne définit pas immédiatement l'intérêt général, il se borne à en contrôler celle effectuée par les organes actifs, autrement dit ceux chargés par le système de droit de déterminer directement son contenu.

571. Certes, le juge ne peut aller au-delà du contrôle. Mais que doit-il faire lorsqu'il lui est impossible d'exercer ce contrôle en raison de l'absence même de notion d'intérêt général prédéfinie par les organes responsables ? Doit-il se refuser à vérifier la conformité des restrictions aux droits fondamentaux au droit sous prétexte qu'il ne peut exercer son contrôle ? Le système de droit libéral exclut radicalement cette option car « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (article 4 du Code civil).

³⁷² É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 98. Avec la note explicative suivante : « La *rule of law* n'est pas le parfait décalque de l'État de droit continental ; son contenu est tout autant, sinon plus, matériel que formel. C'est moins la hiérarchie des normes que le primat de l'individu sur l'État qui en constitue le principe » (p. 98).

³⁷³ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 131 : « C'est alors la figure du juge qui prend une place prépondérante dans l'ordre institutionnel. C'est pour l'essentiel à lui qu'il appartient d'appliquer ces droits fondamentaux pour en fixer la portée et, le cas échéant, les concilier ».

³⁷⁴ C. VIGOUROUX, « Le contrôle de la police », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 743-760, spéc. p. 754.

³⁷⁵ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 311.

II. – L’obligation corrélative d’exercer la fonction juridictionnelle :

572. La garantie des droits matérialisée par le droit au juge n’aurait aucun sens lorsque, saisi, le juge refuserait, dans les conditions fixées par le système de droit³⁷⁶, d’exercer sa fonction juridictionnelle. L’obligation d’exercer la fonction juridictionnelle constitue le pendant inéluctable du droit au juge. Le juge doit décider. À cet égard, la Cour européenne des droits de l’Homme invite le juge à « *trancher*³⁷⁷, sur la base de normes de droit et à l’issue d’une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence » (nous soulignons)³⁷⁸. Les juridictions sont invitées à tirer toutes les conséquences du droit au juge telles qu’on peut en percevoir un résumé dans le propos suivant de la Cour européenne : « le droit à un procès équitable, garanti par l’article 6 § 1 de la Convention, englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu’elles estiment pertinentes pour leur affaire. La Convention ne visant pas à garantir des droits théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs (...), ce droit ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment "entendues", c’est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l’article 6 implique notamment, à la charge du tribunal, l’obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuves des parties (...) »³⁷⁹. C’est au principe de pleine juridiction qu’il faut se référer en la matière : « Le droit à la justice, c’est aussi le droit d’être entendu par un *tribunal* : une institution dont la mission essentielle est de rendre la justice et qui se trouve ainsi entourée des garanties les plus fortes pour l’administration de cet élément essentiel à toute vie politique » (italique dans le texte)³⁸⁰.

573. On comprend aisément que les implications de l’obligation d’exercer la fonction juridictionnelle sont très nombreuses³⁸¹. Certaines qualités sont attendues car « la protection de la

³⁷⁶ C’est-à-dire dans le sens général que leur donne la Cour européenne dans CEDH, 27 avril 1988, req. n^{os} 9659/82 et 9658/82, *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, série A n^o 131, § 52 : « L’article 13 (...) ne saurait cependant s’interpréter comme exigeant un recours interne pour toute doléance, si justifiée soit-elle, qu’un individu peut présenter sur le terrain de la Convention : il doit s’agir d’un grief défendable au regard de celle-ci ». Sens auquel le Conseil d’État s’est rallié puisque, dans une ordonnance de référé, il a pu viser *expressis verbis* l’arrêt *Boyle et Rice contre Royaume-Uni*. Cf. CE, ord., 20 décembre 2005, *Alain Meyet*, n^o 288253, publié au *Recueil*. « De toute façon, des limites paraissent s’imposer : vers le haut, du fait de l’existence d’un irréductible pouvoir discrétionnaire de la puissance publique lié à sa souveraineté ; vers le bas, par évacuation d’un contentieux trop minime pour mériter le déploiement de l’appareil juridictionnel ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 76.

³⁷⁷ Le nœud gordien...qui se présente devant le juge à la jointure entre restriction et protection des droits fondamentaux.

³⁷⁸ CEDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, req. n^o 8950/80, série A n^o 127-B, § 50.

³⁷⁹ CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, req. n^o 34553/97, § 33.

³⁸⁰ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 79.

³⁸¹ « On y trouve réunies de multiples prérogatives : droit d’avoir un juge, droit à une audition équitable, publique et rapide, droit d’être confronté à un tribunal indépendant et impartial légalement institué, droit enfin à un jugement public ». Cf. A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 75 (et le détail de ces prérogatives, p. 75-82). La division tripartite de David Szymczak ne manque pas de pédagogie lorsqu’elle décline le droit au juge en tant qu’il est « le droit d’avoir un juge », « le droit d’avoir un "vrai juge" » et « le droit d’avoir un "bon juge" ». Cf. D. SZYMCAK, « Le droit européen, source de droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 61-63. Enfin, détaillant les règles du « procès équitable » européen, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 373 et s.

liberté serait vide de sens si elle n'était pas confiée à une justice indépendante et impartiale » soutient-on à juste titre³⁸². Sans toutefois les détailler toutes, nous pouvons rendre compte de l'importance de cette obligation selon deux axes principaux. D'une part, l'obligation d'exercer la fonction juridictionnelle s'entend d'une obligation d'exclure le déni de justice (A.). D'autre part, elle constitue une obligation tendant à ce qu'une décision effective soit rendue (b.).

A. – L'obligation d'exclure le déni de justice :

574. L'article 4 du Code civil intime l'ordre au juge de contrôler la définition des droits fondamentaux quand il est régulièrement saisi sauf à encourir le grief de déni de justice³⁸³ voire à commettre l'infraction pénale du même nom³⁸⁴. Mais le concept de déni de justice, nous semble-t-il, n'est pas uniquement destiné à forcer la main du juge³⁸⁵, sa bouche dirait Montesquieu³⁸⁶, mais plus fondamentalement à obliger tout le système de droit à faire ce pour quoi il a été créé : définir les droits fondamentaux. « Qu'il [le juge] le veuille ou non, si imprévues que puissent être les questions qui lui sont posées, il va devoir juger et, ce faisant, compléter et modifier sans cesse cet ensemble dont il est aussi un rouage »³⁸⁷. L'expression est nette, par exemple, dans ce jugement du juge judiciaire : « Il faut entendre par déni de justice non seulement le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires en l'état de l'être, mais aussi, plus largement, *tout manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu (...)* » (nous soulignons)³⁸⁸. La création et les fonctions du Tribunal des conflits expriment à elles seules la volonté du système de droit de ne pas laisser s'installer un déni de justice faute pour les deux ordres de juridictions de parvenir à un accord

³⁸² Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 351.

³⁸³ « Aussi le juge doit-il interpréter la loi » disait le Conseiller d'État Christian Vigouroux comme s'il y était, en quelque sorte, « condamné » par les deux dispositions du Code civil que sont l'article 4 (interdiction du déni de justice) et l'article 5 (prohibition des arrêts de règlement). Cf. C. VIGOUROUX, « L'expression "au sens de" ou le juge linguiste sans être encyclopédiste », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, op. cit., p. 847. Il faut cependant comprendre cette règle générale dans les limites de sa compétence. Les requêtes irrecevables en raison de son incompétence, bien qu'elles ne soient pas sans lien avec le déni de justice (en ce sens, C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 5), échappent au contrôle du juge non pas en raison d'un refus d'interprétation mais parce que le système de droit le lui interdit. Nous ne sommes pas sur le même plan causal.

³⁸⁴ Le système de droit réprime le déni de justice « actif » (l'entêtement du juge ?) : « Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans » (art. 434-7-1 du Code pénal).

³⁸⁵ Véritable « architecte » du système de droit si l'on en croit Bruno Latour : « le juge doit s'assurer que les trous sont ravautés maintenant, les déchirures aussitôt rapiécées, les vides comblées, les affaires résolues, les arrêts rendus, les querelles éteintes ». Cf. B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 258-259. Les images de la construction valent aussi pour le juge constitutionnel lorsqu'il examine les travers de la loi : « C'est bien souvent lui qui replâtre des projets par le biais du contrôle de constitutionnalité ». Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 157.

³⁸⁶ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, op. cit., p. 337.

³⁸⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 48.

³⁸⁸ TGI Paris, 6 juillet 1994, *Gaz. Pal.* 1994, II, p. 589, note S. PETIT.

sur la juridiction compétente³⁸⁹. Le déni de justice est également consommé lorsqu'existe une contradiction entre deux décisions juridictionnelles de l'ordre administratif. Le juge doit, pour ce motif, constater l'annulation de l'une des deux décisions³⁹⁰. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que la prohibition du déni de justice est un principe du droit international figurant « au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus »³⁹¹. Enfin, il ne serait pas exagéré de considérer que la réforme constitutionnelle de 2008 à l'origine de laquelle est créée la question prioritaire de constitutionnalité devant les juges administratif et judiciaire, et le Conseil constitutionnel, met fin à une hypothèse ancienne de déni de justice³⁹² : l'application éventuelle par les juges ordinaires, en raison de la théorie de la « loi-écran », d'une loi inconstitutionnelle. Il reste que ce propos se limite à relever l'obligation théorique pour le système de droit de définir les droits fondamentaux. Aussi le système de droit doit-il, de surcroît, donner aux juges les moyens pratiques d'exercer leur fonction juridictionnelle.

B. – L'obligation de rendre une décision juridictionnelle effective :

575. Par une image empruntée certainement aux concepts issus du marketing, Justin KISSANGOULA assimile la décision de justice dans une formulation suggestive à un « produit légal fini »³⁹³. Rendre une décision juridictionnelle effective est assurément l'interprétation ultime de la règle de droit. Mais il va de soi que toute une série d'obstacles est susceptible de générer, *de facto*, des hypothèses de déni de justice. Parmi ces obstacles, deux méritent d'être évoqués compte tenu de leurs saillances.

576. Le premier est matérialisé par la lenteur excessive du juge pour trancher le litige porté devant lui. Or, ainsi que le formulait l'essayiste Casamayor (alias le magistrat judiciaire Serge Fuster), « il y a un point où rendre la justice trop tard équivaut à ne pas la rendre du tout »³⁹⁴. Autrement dit, par exemple, « l'annulation tardive d'une décision illégale qui, entre temps, a produit et épuisé ses effets,

³⁸⁹ Que le déni de justice procède d'un conflit négatif d'attribution (décret du 26 octobre 1849) ou d'une contrariété de jugements rendus au fond (loi du 20 avril 1932). Cf. S. PETIT, *Le Tribunal des conflits*, *op. cit.*, respectivement p. 70-76 et p. 95-99. Pour un aperçu critique de cet état de fait, M. DE VILLIERS et *alii*, *Droit public général*, *op. cit.*, p. 1116 : certains « ont objecté que la création d'une justice administrative (...) avait engendré un dualisme juridictionnel source d'innombrables conflits et dans les méandres duquel les justiciables sont voués à s'embourber... ».

³⁹⁰ CE, 12 février 1990, *Commune de Bain-de-Bretagne*, *Gaz. Pal.* 1990, I, p. 263 : en l'espèce, la contrariété tenait à l'impossibilité d'exécuter à la fois le jugement du Tribunal administratif de Rennes et l'arrêt du Conseil d'État. Ce dernier déclare alors nulles et non avenues les dispositions du jugement de première instance contraires à l'arrêt antérieur du Conseil d'État.

³⁹¹ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A n° 18, § 35.

³⁹² Beaucoup plus critique, Joël Mekhantar n'hésite pas à qualifier l'attitude des juges ordinaires de Coup d'État : « le juge qui n'écarter pas la loi fait un coup d'État contre la volonté du peuple en méconnaissance de la Constitution ». Cf. J. MEKHANTAR, « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *préc.*, p. 1685.

³⁹³ J. KISSANGOULA, « Jusnaturalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et *alii*, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 570.

³⁹⁴ Cité par M. DE VILLIERS et *alii*, *Droit public général*, *op. cit.*, p. 1120. En cela, obtenir une décision avec promptitude des juridictions internes fut d'abord une garantie européenne.

a toute chance d'être perçue comme un semblant de justice »³⁹⁵. Si le justiciable n'est pas assuré que la définition de son droit fondamental n'est pas examiné dans un délai raisonnable, c'est l'efficacité et la crédibilité de la justice qui seront en cause³⁹⁶. Car à terme, prévient la Cour européenne des droits de l'Homme, « la lenteur excessive de la justice représente[ra] pour l'État de droit un danger important »³⁹⁷. La vérification effective de la définition juridique de l'intérêt général est également une attente des membres du corps social comme le notait Frank Abikhzer : « il n'est pas tant question de rentabilité ou de performance que de *réponse sociale adaptée*, personnalisée dont l'impact sur l'intérêt général et individuel est équilibré et réel » (nous soulignons)³⁹⁸. C'est pourquoi, le droit à un recours effectif pour se plaindre de la violation de son droit à un délai raisonnable de la procédure, droit fondamental de nature procédurale, s'inscrit naturellement dans le prolongement du droit au juge. Reconnue d'abord par le droit européen³⁹⁹, cette garantie procédurale est inscrite en droit français et organisée par lui autant devant le juge judiciaire⁴⁰⁰ que devant le juge administratif⁴⁰¹.

577. Le second obstacle tient aux limites du droit à l'exécution des décisions de justice dont l'importance pratique pour les droits fondamentaux n'est pas moindre car « il n'est pas douteux (...) qu'un jugement devenu définitif doit recevoir exécution »⁴⁰². « Ce droit, juge la Cour européenne des

³⁹⁵ M. DE VILLIERS et alii, *op. cit.*, p. 1120. Voir également, D. POUYAUD, P. WEIL, *Le droit administratif*, Paris, PUF, coll. Que sais-je?, 20^{ème} éd., 2003, p. 114 : « il est certain que la justice administrative, à l'exception du juge des référés, reste lente (...) et que le temps, qui n'est jamais neutre, travaille en général contre l'administré ».

³⁹⁶ Voir cette prise de position de la Cour de Strasbourg lors de la première condamnation française pour dépassement du délai raisonnable de la procédure (article 6 § 1 de la Convention) devant le Tribunal administratif de... Strasbourg ! CEDH, 24 octobre 1989, *H. c. France*, req. n° 10073/82, série A n° 162-A.

³⁹⁷ CEDH, Gr. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, R. 2000-XI, § 148.

³⁹⁸ F. ABIKHZER, « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? », *AJDA* 2005, p. 983-992, spéc. p. 983. Mais célérité n'est pas non plus précipitation ! Voir A. COURREGES, A. ROBINEAU-ISRAËL, M. VIALETES, « Le temps de la justice administrative », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, *op. cit.*, p. 833-846, spéc. p. 846 : il faut aussi admettre que la justice exige du temps. Une justice expéditive ne peut être une bonne justice. Un délai raisonnable d'instruction et d'examen, proportionné à l'enjeu et à la difficulté de l'affaire, est en effet la condition d'une justice de qualité. Il profite aux parties et aux juges, notamment dans le cadre des travaux et délibérés collégiaux, pour discuter, vérifier, relativiser, comparer et mûrir les questions posées par un litige ».

³⁹⁹ Suite à l'arrêt de revirement, CEDH, Gr. Ch., *Kudla c. Pologne*, préc., les justiciables bénéficient d'un recours effectif, au titre de l'article 13, pour se plaindre de la violation devant l'instance de Strasbourg de leur droit à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable (article protégé par l'article 6 § 1 de la Convention).

⁴⁰⁰ Sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire (anciennement L. 781-1). Voir, par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, *Bull. civ.* 2009, I, n° 114 : dépassement du délai raisonnable d'une procédure civile « constitutif d'un déni de justice ».

⁴⁰¹ Consacré par CE Ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la justice C. M. Magiera*, *Rec.* p. 247, le droit à un recours effectif pour se plaindre de la violation du droit à un délai raisonnable de la procédure relève de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État en application de l'article 6 du décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 *modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative*, *JORF* du 4 août 2005, texte n° 27 et insérant un 7° à l'article R. 311-1 du Code de justice administrative.

⁴⁰² M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 249. Il suffit, par exemple, de lire la formule suivante qui termine chacune des décisions de la juridiction administrative et prévue par l'article R. 751-1 du Code de justice administrative : « la République mande et ordonne [ministre, préfet ou le représentant de l'État] en ce qui les concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision ». Il en est de même pour les décisions de la juridiction judiciaire conformément l'article 1^{er} du décret modifié n° 47-1047 du 12 juin 1947 *relatif à la formule exécutoire*, *JORF* du 13 juin 1947, p. 5487 : « En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les

droits de l'homme, serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie (...). L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 »⁴⁰³. Il participe au droit au juge tel que le formule le droit conventionnel au titre du procès équitable de l'article 6 en ce sens que, note la Cour, « le droit à l'exécution des décisions de justice est un des aspects du droit d'accès à un tribunal (...) »⁴⁰⁴. Le droit français l'a exprimé suffisamment tôt dans son principe par l'illustre arrêt *Couitéas* : « le justiciable, considère le Conseil d'État, nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré »⁴⁰⁵. Le droit à l'exécution des décisions de justice a bénéficié en outre de l'appui postérieur du législateur⁴⁰⁶ avant que le Conseil constitutionnel, en le rattachant expressément au concept de garantie des droits, ne vienne le consacrer et en déterminer la portée : « Considérant que toute décision de justice a force exécutoire ; qu'ainsi, tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution ; *qu'une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ; que si, dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative peut, sans porter atteinte au principe sus-évoqué, ne pas prêter son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle, le législateur ne saurait subordonner l'octroi de ce concours à l'accomplissement d'une diligence administrative » (nous soulignons)⁴⁰⁷.

578. Cet état du droit interne, relayé au plan européen, témoigne de la réalité de l'obligation de résultat qui pèse sur le système de droit quant à la définition conforme des droits fondamentaux dont les titulaires entendent se prévaloir. Éviter les causes pratiques de déni de justice est en conclusion une non moins impérieuse nécessité que de souligner l'obligation de moyen. Cette double obligation révèle que le système de droit se heurte ainsi aux limites de la seule constitutionnalisation définitionnelle de l'intérêt général. La hiérarchie des normes, avec à son sommet une constitution, ne suffit pas à conceptualiser l'intérêt général. Pourquoi ? Parce que la hiérarchie des normes recouvre

tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis ».

⁴⁰³ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, R. 1997-II, § 40.

⁴⁰⁴ CEDH, 31 mars 2005, *Matheus c. France*, req. n° 62740/00, § 54. En outre, il faut signaler que le juge européen consacre également un droit à l'exécution des décisions de justice par le truchement de l'article 13. Ce dernier est violé, faute d'effectivité, lorsque le justiciable se voit refuser l'exécution d'une décision de justice lui ayant donné gain de cause sur le terrain de l'article 13. En ce sens CEDH, 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, req. n° 31107/96, R. 1999-II, § 66.

⁴⁰⁵ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. p. 789, GAJA n° 41, p. 248-255.

⁴⁰⁶ Article 16 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 *portant réforme des procédures civiles d'exécution*, JORF du 14 juillet 1991, p. 9228 : « L'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de l'État de prêter son concours ouvre droit à réparation ». Article L. 11 du Code de justice administrative : « Les jugements sont exécutoires ».

⁴⁰⁷ CC, 29 juillet 1998, déc. n° 98-403, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec. p. 276, cons. n° 46.

deux réalités : l'une, « verticale », suppose de faire application de la norme pourvu qu'elle soit conforme ou compatible avec la norme supérieure ; l'autre, « horizontale », conduit à opérer une conciliation entre deux normes d'égale valeur⁴⁰⁸. Que faire dans ce dernier cas de figure ? Que faire d'autre si ce n'est s'en remettre aux organes juridictionnels lorsque les organes normatifs ont opté pour une résolution d'un conflit de droits fondamentaux en prenant des règles de droit d'égale valeur ? L'enseignement principal qu'il convient d'en tirer est que la soumission de l'intérêt général aux droits fondamentaux passera pratiquement par le contentieux.

⁴⁰⁸ Nous empruntons à François Terré ces terminologies et cette présentation de la hiérarchie des normes, voir F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 197-198.

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

579. La conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général est prioritairement une conciliation normative, une conciliation par les normes. Elle repose sur notre Charte fondamentale et permet de définir tous les droits fondamentaux. Elle est mise en œuvre dans le respect de la hiérarchie des normes dont l'observation effective est garantie par les juridictions. Notre réflexion, au vu de ce qui précède, révélerait la maturité de notre système de droit pour définir *des* droits fondamentaux. « La V^e République est le premier régime de tous ceux qui se sont succédé depuis plus de deux siècles à faire de la garantie des droits fondamentaux un objet de son droit constitutionnel *positif* » (italique dans le texte)¹. S'en remettre à la seule hiérarchie des normes pour apprécier la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général est certes incontournable. Le droit positif édicté par les organes normatifs est la base de la conciliation. Mais s'en remettre exclusivement à une conciliation normative ne rendrait pas compte des implications de notre droit contemporain.

580. Pourtant, il faut effectivement convenir de ce que les conséquences du normativisme apparaissent battues en brèche en tant qu'elles réduiraient « le rôle du juge à celui d'un robot »². De la seule confrontation hiérarchique des normes, laquelle permettrait de définir *a priori* les restrictions valides, il ne serait pas possible de dégager avec certitude le résultat de la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général. Les normes ne disent pas tout. « Il faut pleinement admettre que le sens de la loi est imparfaitement déterminé par le législateur lui-même, car celui-ci ne saurait être crédité d'une clairvoyance, d'une connaissance des choses, d'une détermination totale de ses intentions et d'une perfection d'expression (...) »³. Cette opinion est partagée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui octroie une marge de manœuvre aux organes juridictionnels : « Il faut en plus avoir à l'esprit qu'aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire, car il faudra toujours élucider les points obscurs et s'adapter aux circonstances particulières. [Mais à] lui seul, un certain doute à propos de cas limites ne suffit pas à rendre l'application d'une disposition légale imprévisible. En outre, une telle disposition ne se heurte pas à l'exigence de prévisibilité aux fins de la Convention du simple fait qu'elle se prête à plus d'une interprétation. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne »⁴. La définition des droits fondamentaux et, par suite, le contenu exact de l'intérêt général ne sauraient être appréciés uniquement par le prisme

¹ M. DE VILLIERS, « Constitution de 1958 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 67.

² C. GREWE, « Interprétation (Méthodes d') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 540.

³ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 145.

⁴ CEDH, Gr Ch., 10 novembre 2005, *Mme Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 4477498, R. 2005-XI, § 91.

« gommant » de la hiérarchie des normes. Le libéralisme sur lequel repose notre approche juridique des droits fondamentaux l'interdit manifestement.

581. « Une fois qu'un droit individuel est consacré par l'ordre international, prévient en effet Norbert Foulquier, il échappe à la souveraineté des États. En particulier, les organes administratifs ne sont plus légitimes à intervenir que pour réguler et, finalement, protéger l'exercice de ces droits »⁵. Ce mouvement de promotion européen des droits fondamentaux affecte les méthodes de notre droit interne : « il n'est plus suffisant de prétendre que l'interdiction administrative est l'exception au principe de liberté. La Cour de Strasbourg est plus exigeante. Pour être légitime, le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne doit plus être identifié à l'interdiction ou à une quelconque atteinte à un droit des particuliers. Il n'est légitime que s'il se présente comme une nécessité de *l'exercice* des droits individuels ; autrement dit, s'il est mis en œuvre par les autorités publiques dans l'intérêt même des sujets de droits individuels » (italique dans le texte)⁶. On doit s'assurer qu'est pleinement reçu en droit positif français l'adage célèbre suivant lequel « la liberté est la règle, la restriction l'exception » dont la paternité revient au commissaire du gouvernement Corneille s'exprimant en 1917 ainsi : « Pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble les libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que *la liberté est la règle et la restriction de police l'exception* » (italique dans le texte)⁷. « Cette maxime domine l'état du droit » estime le professeur Chapus⁸. Elle imprègnerait désormais tout le champ conceptuel des droits fondamentaux⁹. Pour autant, il faut le vérifier. Nous devons entrer dans l'antre de la conciliation, celle qui vise une « garantie quotidienne des droits de l'individu dans un État de droit »¹⁰. Or, cette garantie n'est possible que si le système de droit organise un véritable contentieux de l'intérêt général. La conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général relève, après les normes, du juge.

⁵ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, op. cit., p. 269.

⁶ N. FOULQUIER, op. cit., p. 269.

⁷ Conclusions Corneille pour CE, 17 août 1971, *Baldy*, extrait repris de B. STIRN, « Le juge administratif et les libertés publiques », in *Les Grands enjeux de l'État de droit. France – Suisse – Grèce*, Premier E-colloque de la Fondation Mémoire Albert Cohen, <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org>.

⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 727.

⁹ En ce sens, L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 65.

¹⁰ E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », préc., p. 68.

Titre II : Une conciliation par le juge :

582. À ce stade de nos développements, la hiérarchie des normes encadre le processus d'édiction des mesures prises au nom de l'intérêt général et destinées à servir l'idéal libéral de concrétisation effective des droits fondamentaux. Néanmoins, fait-on remarquer à juste titre, cette « approche classique en vertu de laquelle les droits fondamentaux sont définis comme des droits protégés par la Constitution ou par des normes internationales n'est qu'une approche globale qui consiste à indexer l'introduction d'un concept dans le vocabulaire juridique au phénomène de constitutionnalisation et d'internationalisation de la protection des droits de l'homme. Mais cette ligne de conduite ne saurait nous renseigner sur la qualification de chaque droit pris isolément et n'est pas suffisante pour reconnaître à une liberté déterminée un caractère fondamental »¹. Que faire, par exemple, des hypothèses de conflits entre droits fondamentaux *de même valeur normative* ?² Le professeur Viala nous convie à dépasser la stricte mécanique de la hiérarchie formelle des normes prescriptives de l'intérêt général pour engager un dialogue normatif et interactif entre le droit fondamental considéré et l'intérêt général. Il faut percer le voile hiérarchique, qui ne suffit pas à indiquer les axes de conciliation entre intérêt général et droits fondamentaux, afin de clarifier « les subtilités et les énigmes qui façonnent l'univers de la fundamentalité »³. On peut, pareillement, étendre la réflexion portée par le professeur Chapus sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Implicitement, il réitère l'importance d'une flexibilité normative (de la souplesse dans la hiérarchie des normes) pour déterminer l'intérêt général : « Il est normal et nécessaire que le droit ouvre à l'administration des possibilités de choix, car l'intérêt général ne saurait s'accommoder d'une administration se trouvant dans la situation d'un robot au comportement programmé. La légalité n'importe pas seule. L'opportunité compte aussi. Il serait navrant que le principe de légalité ait des exigences si constamment strictes qu'elles imposeraient trop souvent aux autorités administratives des comportements inopportuns ou inadaptés. C'est précisément de la liberté d'apprécier ce que l'opportunité recommande que ces autorités sont investies quand elles disposent du pouvoir discrétionnaire »⁴. Cette analyse propre au contentieux administratif est sans peine transposable au contentieux des droits fondamentaux⁵.

¹ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 27-288.

² « Il peut arriver que plusieurs droits de l'homme semblent avoir des contenus antinomiques ». Cf. D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 45.

³ A. VIALA, op. cit., p. 287.

⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 1056.

⁵ En contentieux constitutionnel, le doyen Favoreu a examiné les degrés possibles dans le « rapport de constitutionnalité » entre la conformité stricte d'une loi, sa compatibilité ou non contrariété, ou encore sa conformité sous réserve, à la Constitution. Voir L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op.cit., p. 41-47.

583. Dominique Turpin résume l'économie générale, selon lui, qui sous-tend la conciliation à venir : « Lorsque des antinomies apparaissent entre normes constitutionnelles, les juges s'efforcent d'abord de les interpréter de telle manière qu'il devienne possible de les concilier puis, à défaut, sont bien obligés d'établir entre elles une hiérarchie, qui ne peut être que politique »⁶. Cette marge de manœuvre, indispensable, que constitue l'opportunité dans le contentieux des droits fondamentaux, a pour contrepartie une densification considérable de la conciliation intérêt général et droits fondamentaux. En rendre compte devient par conséquent une tâche immense et requiert des non-dits communément admis sauf à se perdre dans les méandres d'une conciliation sans fin⁷. Ainsi en est-il de la dichotomie familière du régime des droits fondamentaux construite autour des notions de « mise en cause » et de « mise en œuvre ». Si elle ne doit pas être tue, au moins, ne devrait-on pas en exagérer le rôle lorsque l'objectif final est de penser l'accession des droits et libertés au rang de droits fondamentaux. Dans le droit fil des droits antinomiques, il est seulement indispensable de dépasser la hiérarchie des normes pour connaître le sens libéral de la définition des droits fondamentaux. Dès lors pour concevoir une restriction aux droits fondamentaux permettant leur protection, il faut considérer que leur mise en œuvre passe par leur mise en cause ou bien leur mise en cause permet leur mise en œuvre. Valérie Goesel-Le Bihan évoque, à raison, « ces hypothèses-limites où la mise en œuvre d'un droit frise sa mise en cause »⁸. S'il n'est guère réaliste, compte tenu de cet *état de fait* du droit, d'envisager toutes les conflictualités de manière exhaustive, on peut cependant s'essayer à en dresser une perspective évocatrice dans les limites du possible.

584. À cet égard, le système de droit organise la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général en prenant en compte *concrètement* le conflit généré par les droits fondamentaux pour décider de la méthode et des moyens de sa résolution. Si l'on veut effectivement définir les droits et libertés en respectant les principes de base posés par le pacte – restreindre pour protéger –, il appartient à chaque fois qu'est actionné ce processus définitionnel, à savoir l'édiction d'un texte normatif suivie de son interprétation (diction du droit), de vérifier, en pratique, que l'intention corresponde aux résultats. C'est dans cette mesure que la subordination de l'intérêt général aux droits et libertés ne peut être que pragmatique. Il importe alors de rechercher, dans la jurisprudence, la rationalité interne qui anime le juge lorsqu'il est invité à valider l'interprétation de l'intérêt général

⁶ D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 45.

⁷ Le problème est le suivant : si comme le soutient René Chapus (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 1056), « le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives n'est rien d'autre que *le pouvoir de choisir* entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) *également conformes à la légalité* » (italique dans le texte), il faut en déduire que la juridicité d'une norme ne suffit pas seule, en toute hypothèse, à discriminer les mesures restrictives valides de celles qui seraient invalides. À l'échelle du pouvoir législatif (confronté à la constitution), on mesure d'ores et déjà l'immensité des possibles tous conformes à la règle de droit.

⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 62-69, spéc. p. 64.

retenue par l'organe normatif pour justifier une restriction. « Toute juridiction, qu'elle soit ou non constitutionnelle, doit, en l'absence de texte y procédant, déterminer les moyens par lesquels elle contrôlera les actes qui lui sont soumis. La liberté dont elle dispose dans cette entreprise est toutefois limitée par la prise en compte des diverses contraintes – juridiques et extrajuridiques – qui pèsent sur elle et qui, intériorisées, vont s'inscrire dans les choix opérés »⁹. Si la liberté de la *juri-dictio* est grande, la conciliation contentieuse des droits fondamentaux et de l'intérêt général semble malgré cette latitude obéir à un seul impératif : celui de concilier intérêt général et droits fondamentaux avec pragmatisme. Il apparaît alors que l'on puisse en dresser les deux principaux caractères. Les restrictions d'intérêt général destinées à définir les droits fondamentaux seront validées au terme d'une interprétation téléologique (Chapitre I^{er}). En dehors de cette exigence méthodologique, il n'est pas possible d'envisager *a priori* le sens de la diction du droit. La validation des restrictions d'intérêt général est effectivement une validation *a posteriori* (Chapitre II).

⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22 – juin 2007, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, spéc. introduction.

Chapitre I^{er} : Une interprétation téléologique des restrictions d'intérêt général :

585. Il se trouve désormais que l'ordre juridique entende inscrire, au cœur de la relation intérêt général et droits fondamentaux, la liaison *restriction-protection*. Ainsi, concernant le droit de grève et l'intérêt général, Guillaume Merland souligne que « le recours au terme "conciliation" n'est pas fortuit. Il révèle la volonté du Conseil de protéger efficacement le droit de grève. La conciliation implique la confrontation entre deux normes de même rang, entre des "règles antagonistes de même valeur" »¹. Pour valider une définition d'un droit fondamental produite à l'aune de l'intérêt général, il est indispensable que le processus respecte la logique définitionnelle construite. « Une fois que l'intérêt général a été quelque peu dépouillé de son enveloppe légitimante et idéologique »², la notion ne résiste plus à un contrôle réel de son contenu. Car, si l'on accepte que Raymond Aron définisse l'idéologie comme « l'idée vue par l'autre, par celui qui n'adhère pas »³, alors il devient possible d'énoncer, en soi, que l'intérêt général n'est qu'une étiquette commode. Il n'est plus guère possible de s'en tenir à une idée vague et « fourre-tout » pouvant précipiter les droits et libertés à leur perte. Cette tendance à retenir l'intérêt général – pour lui éviter de s'engager dans une pente potentiellement liberticide – est rendue possible par l'interprétation téléologique – que nous allons préciser – de l'intérêt général en droit positif : restreindre *pour* protéger.

586. Du concept d'interprétation nous retiendrons la seule définition de Gérard Cornu qu'extrait Constance Grewe : « La définition classique de l'interprétation (...) comporte trois éléments : la recherche du sens véritable d'un texte, les méthodes utilisées à cette fin, le résultat de la recherche, c'est-à-dire, dans le cas d'une interprétation par le juge, le choix de la norme applicable à l'espèce, majeure du syllogisme judiciaire »⁴. Appliquée à notre investigation, l'interprétation est téléologique lorsque la recherche du sens – présenté comme véritable – du texte conduit à privilégier une signification de l'intérêt général promotrice des droits fondamentaux. La finalité de l'interprétation et le résultat de l'interprétation ont pour objet de mettre en œuvre les droits fondamentaux en adoptant, au besoin, des mesures restrictives. Pour être validé par les organes juridictionnels, l'intérêt général interprété par les organes normatifs doit avoir pour objectif final la protection de la liberté. L'approfondissement conceptuel de l'intérêt général révèle son aptitude à encadrer l'édiction d'une mesure restrictive d'un droit fondamental en montrant la dynamique d'inférences des bornes à la

¹ G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 71.

² Nous empruntons cette métaphore judicieuse à M. Lachaume dans J.-F. LACHAUME, « Quels droits publics subjectifs pour les usagers des services publics ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 124.

³ Propos cité par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 12.

⁴ C. GREWE, « Interprétation (Méthodes d') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 540.

liberté. En partant du *général*, l'intérêt général entendu abstraitement, pour aller vers le *particulier*, l'intérêt général concrétisé, l'examen de la mesure restrictive s'inscrit alors dans la logique de but défendue par le pacte social libéral : *restreindre pour protéger*. Le pacte social oblige le système de droit à déterminer sa préférence, celle « d'épouser » la mise en œuvre effective des droits fondamentaux en orientant la notion d'intérêt général à cette fin. Il importe, disait Humboldt, de proposer « une détermination nette du but que l'État devrait se proposer, ou, ce qui au fond est la même chose, une fixation des limites dans lesquelles il doit renfermer son action (...) »⁵. Autrement dit, il faut dessiner un cadre à l'intérêt général. Il ressort du droit applicable que l'intérêt général épouse parfaitement ce statut définitionnel : restreindre (intérêt général acceptable) un droit pour le protéger (intérêt général concrétisé). On sort d'une approche exclusivement formaliste : la mesure restrictive n'est plus *en soi* susceptible de valider juridiquement une restriction à un droit fondamental. L'ordre juridique exige que la mesure soit appréciée au regard de l'intérêt général invoqué. Toute mesure restrictive à un droit fondamental ne peut donc jamais être envisagée *per se*, elle doit être confrontée à un motif d'intérêt général « situé »⁶. C'est nécessairement le passage du contrôle de l'existence de l'intérêt général à sa densité. C'est aussi le glissement de la nécessité formelle d'une restriction à son encadrement substantiel.

587. Par-delà les mots et leur probable dose d'approximation scientifique, cette sémantique permet de dépasser les méthodes classiques d'interprétation : la lettre contre l'esprit ; le contexte d'élaboration etc. Elle est un préalable commode car la seule interprétation qui vise à subordonner l'intérêt général aux droits fondamentaux est l'interprétation téléologique⁷. Concrétiser l'intérêt général pour apprécier la validité d'une mesure restrictive (en confrontant les données en présence) met en relief un point essentiel : on suppose que la mesure restrictive doit répondre effectivement à un but d'intérêt général, en l'espèce concrétisé. On pose comme préalable l'existence mais l'insuffisance d'un contrôle *in abstracto* et, *ipso facto*, la nécessaire complémentarité du contrôle *in concreto*. Or, cet impératif conduit à apprécier la validité de la mesure au regard de son objet. Cet

⁵ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 181. Mais c'est, semble-t-il, à la philosophie épicurienne (IV^{ème} siècle avant J.-C.) que l'on doit d'avoir, pour la première fois, conçu la nécessité de concrétiser l'intérêt général par la notion d'« utilité commune ». En ce sens, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 55-56 : « Épicure est le premier à fonder la règle de droit sur le critère de l'utilité commune. Le seul motif qui, selon Épicure, légitime véritablement la règle de droit, est l'utilité concrète qu'elle apporte à la communauté » (p. 55). L'utilité commune « ne peut être définie de manière abstraite » (*ibid.*).

⁶ Qu'on nous autorise l'acclimation de cette expression de Georges Burdeau. À l'intérêt général, abstrait et pour tout dire vraiment général, on oppose aux cas spécifiques (devant le juge constitutionnel, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, devant le Conseil d'État), un intérêt général « situé » seul susceptible de valider la norme restrictive édictée.

⁷ Sur cette méthode d'interprétation nouvelle et « provoquée » par les droits fondamentaux, voir É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 18-19 : le texte de droit ne suffisant plus à déterminer le contenu d'un droit, l'interprète du texte a progressivement recherché le « sens » du texte en ayant en vue la fundamentalité – à mettre en œuvre – dudit droit. On « privilégie le sens à la signification : il ne s'agit plus seulement d'interpréter un texte, pour lui restituer sa signification [...]. Le sens (...) dépasse le texte en cela que, sans que ce dernier s'y oppose le moins du monde (car ce ne serait plus un artifice mais une violation), il découle non pas seulement du texte, mais notamment d'un contexte qui l'entoure, l'englobe et le surpasse » (italique dans le texte, p. 18).

objet n'est alors plus exclusivement le motif d'intérêt général (cause de l'adoption de la mesure), mais le but d'intérêt général (objet de l'adoption de la mesure). Plus prosaïquement, la mesure restrictive atteint-elle l'objet qu'elle s'est fixé pour s'assurer de la réalisation de l'intérêt général ? Pour répondre à ces interrogations, nous verrons que toute restriction à un droit fondamental, devant être validée par l'intérêt général, doit, d'abord, être corrélée formellement à l'intérêt général (Section 1^{ère}). Ensuite, la restriction édictée par les organes normatifs doit être en correspondance avec un intérêt général concrétisé (Section 2^{ème}). Si nous sommes plus prédisposés, au contact des différents contentieux, à employer les vocables d'adéquation ou de proportionnalité, nous croyons utile, pour construire cette systématisation, de recourir à des termes, par ailleurs rigoureusement pesés du point de vue sémantique⁸, ouvrant la voie à un consensus minimal. La corrélation traduit le rattachement nécessaire mais non-suffisant de la mesure à l'intérêt général. La correspondance rend compte de son caractère approprié pour satisfaire l'intérêt général.

Section 1^{ère} : De la corrélation formelle de la mesure restrictive à l'intérêt général :

588. Existe-t-il une corrélation entre l'objet de la mesure restrictive et la cause qui a motivé son édicition ? Nous nous bornerons à rappeler que ce présent point s'inscrit dans la continuité logique du pacte social libéral. Le système de droit est présumé agir dans l'intérêt général abstraitement considéré. Cette première étape est incontournable, quand bien même elle peut être dépassée⁹. « Une décision prise par les pouvoirs publics s'impose parce qu'elle est d'intérêt général, sans qu'il soit nécessaire de le prouver. Plus exactement, la preuve ne peut être administrée qu'*a contrario* : s'il est démontré que les pouvoirs publics ont agi dans un but d'intérêt particulier, alors la présomption d'intérêt général qui recouvre toutes leurs décisions peut être levée : c'est l'existence d'un intérêt particulier qui doit être prouvée, et non celle d'un intérêt général »¹⁰. On ne comprendrait guère qu'il soit soutenu, dans l'absolu, que la puissance publique, en dehors des cas spécifiques d'absence totale d'intérêt général (que sanctionneront les mécanismes du système de droit), puisse agir valablement en suivant des buts ou objectifs complètement étrangers à l'intérêt général. Excepté donc les rares

⁸ À la lecture des définitions des deux termes (cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 549), si l'un et l'autre semblent entretenir un rapport de synonymie (non pas directement mais par l'intermédiaire d'autres vocables), il ressort manifestement de leur sens respectif, d'une part, que la corrélation signifie que le lien de rattachement d'un objet à un autre est simplement possible. Et, d'autre part, s'agissant de la correspondance, le lien de rattachement entre deux objets relève soit d'un rapport logique, soit d'un rapport de conformité. Cette différence de degré s'apparente, plus exactement, à une différence de nature : deux objets peuvent être corrélés sans correspondre ; en revanche, deux objets qui correspondent ont été (et/ou doivent être) corrélés.

⁹ Pour aller plus loin que M. Rangeon, « l'intérêt général [doit être] ainsi présupposé avant même d'être déterminé ». Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 23.

¹⁰ F. RANGEON, op. cit., p. 23.

hypothèses d'absence totale d'intérêt général (§2.), l'analyse des motivations conduisant à l'adoption d'une mesure restrictive part du principe de l'existence d'un intérêt général (§1.).

§1. – L'existence présumée de l'intérêt général :

589. La mesure restrictive doit être, par principe, rattachée à l'exercice du pouvoir normatif, dépositaire de l'intérêt général. On peut le voir en citant les commentaires de la jurisprudence constitutionnelle : « le juge constitutionnel protège les droits fondamentaux en exerçant un contrôle abstrait destiné à faire barrage à une disposition législative qui fait subir à l'un d'entre eux une atteinte qu'il considère excessive. *Le Conseil ne condamne jamais le principe même de l'atteinte à un droit fondamental mais il évalue son degré.* Il est donc admis par le juge constitutionnel que si les droits fondamentaux sont sanctuarisés, leur exercice ne saurait être absolu et doit donc supporter des sacrifices dont l'ampleur doit être raisonnable » (nous soulignons)¹¹. Guillaume Merland a démontré que le contrôle de la restriction est à double détente : « La protection des droits fondamentaux n'étant pas convenablement assurée par le contrôle de l'appréciation de l'objectif de la loi, le Conseil a recours à une seconde technique de contrôle : le contrôle de la proportionnalité. En effet, l'invocation d'un objectif d'intérêt général ne suffit jamais pour qu'on puisse conclure à la constitutionnalité de la restriction législative. Il faut en outre que l'atteinte ne soit pas excessive »¹². La méthode du Conseil constitutionnel opère donc en deux temps pour contrôler les restrictions aux droits fondamentaux. L'objectif d'intérêt général renvoie ici à l'idée de but d'intérêt général, à savoir l'objet de la mesure restrictive. Son objet est d'atteindre le but d'intérêt général qu'elle se fixe. Son effet est de porter atteinte à un droit fondamental. Or, en énonçant que l'objectif d'intérêt général ne suffit pas, Guillaume Merland ne fait que rappeler que cette étape est d'abord nécessaire, mais qu'elle ne saurait suffire, « n'étant pas convenablement assurée ». Cette présomption d'intérêt général permet, néanmoins, de concevoir l'interprétation téléologique des restrictions d'intérêt général en rendant possible l'orientation libérale de l'intérêt général. Elle révèle les deux temps de l'intérêt général, ou ces deux facettes de l'intérêt général. Cette décomposition diachronique (I.) permet la structuration dialogique de l'intérêt général (II.).

¹¹ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 298. Présomption juridique fondée par les clauses du pacte, cf. *supra* n°s 271-277.

¹² G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 38.

I. – La décomposition diachronique de l'intérêt général :

590. Pour distinguer l'intérêt général formel de l'intérêt général matériel, celui qui, *in fine*, restreindra les droits fondamentaux, nous aurons recours à une hypothèse d'école que fournit, à titre exemplaire, la conciliation des droits fondamentaux et de l'intérêt général au sein du service public des transports aériens. Service public à caractère industriel et commercial, le transport aérien met aux prises deux réalités contraires. D'un côté, des agents exercent leur droit fondamental constitutionnellement reconnu de cesser le travail, à savoir leur droit de grève. Cet exercice provoque, d'un autre côté, un conflit dans le fonctionnement de ce service public en le paralysant. Le droit de grève se heurte directement à l'intérêt général, spécialement formulé par le principe à valeur constitutionnelle de continuité du service public. Mais, derrière le principe de continuité, et donc, derrière l'intérêt général, ce sont plusieurs droits fondamentaux qui sont affectés : la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté du travail (des agents non grévistes) et la liberté d'aller et venir (des usagers empruntant le service). La situation donnée révèle l'existence d'un conflit de libertés. La puissance publique a, face à ce conflit, deux options. Soit elle peut considérer que la définition actuelle des droits fondamentaux doit suffire à régler le conflit, la définition du droit de grève incluant la possibilité de paralyser plus ou moins durablement le service du transport aérien ; celle de la liberté du commerce et de l'industrie, du travail et de la liberté d'aller et venir subissant, elles aussi, des atteintes particulières dans la situation du transport aérien. Soit la puissance publique peut estimer au contraire que le conflit appelle une réaction normative pour (ré)concilier les droits en présence. Dans ce cas, elle va procéder à une redéfinition de l'ensemble des droits fondamentaux concernés pour résoudre le conflit de libertés. Sa démarche sera la suivante : elle se propose de restreindre le droit de grève (spécialement certaines conditions de son exercice dans le cadre litigieux) au nom de l'intérêt général, c'est-à-dire pour protéger – plus amplement – les droits fondamentaux précédemment énoncés (liberté du commerce et de l'industrie, liberté du travail et liberté d'aller et venir). La situation conflictuelle (donnée objective) née de l'exercice jugé problématique (donnée subjective) du droit de grève au regard des trois libertés mentionnées provoque et *motive* la réaction du système de droit¹³. Elle constitue le fait générateur de l'action publique : restreindre (donnée objective). Cependant, ce qui, au centre de la situation conflictuelle, appelle précisément la réaction publique, c'est la volonté de *protéger* les droits fondamentaux affectés par la présente situation (donnée subjective), qui est le *but* même de la puissance publique¹⁴.

¹³ Un détour lexical doit éviter de susciter la confusion : la motivation, c'est d'abord « la relation d'un acte aux motifs qui l'expliquent ou le justifient » ; motiver c'est « justifier par des motifs », « causer, expliquer », ce sont « les raisons qui (...) poussent à agir » (cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 1641).

¹⁴ Là encore nous essaierons d'être précis sur le vocable utilisé. Dans son immédiateté sémantique, le but c'est « le point visé », l'« objectif » ; c'est ensuite « le point que l'on se propose d'atteindre » ; c'est enfin « ce que l'on se propose d'atteindre, ce à quoi l'on tente de parvenir », « dessein, fin, intention, objectif, objet, propos, visée » (cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 315).

591. On retrouve la distinction que dresse le professeur Chapus s'agissant d'envisager les moyens de légalité interne de l'acte administratif : « Motifs et but de l'acte ne doivent pas être confondus. Alors que les premiers sont des données objectives, le but est une donnée subjective, d'ordre psychologique : apprécier le but en vue duquel l'autorité administrative a agi, c'est rechercher ce qu'ont été ses mobiles, son intention ou, si on peut dire, ce qu'elle avait en tête »¹⁵. Le meilleur moyen de comprendre ce premier point consiste par conséquent à solliciter une différenciation communément admise entre le motif d'intérêt général et le but d'intérêt général. Le motif d'intérêt général conditionnerait le déclenchement du pouvoir de restriction aux droits fondamentaux, quand le but d'intérêt général limiterait le pouvoir de restriction aux droits fondamentaux. Cette vision graduelle de la relation intérêt général-droits fondamentaux a pour base une abstraction indéfinie et une concrétisation encadrée de la notion d'intérêt général. L'intérêt général est potentiellement illimité dans sa capacité contributive abstraite mais pratiquement limité dans sa capacité contributive concrète. Le contrôle juridictionnel porte sur le point de savoir si la situation conflictuelle permettrait à « l'administration d'adopter non seulement *une* décision, mais *la* décision même qu'elle a prise. Elle concerne, au-delà des raisons de l'acte, son contenu » (italique dans le texte)¹⁶. Le motif d'intérêt général traduit l'obligation d'agir (obligation de moyen) : la puissance publique est tenue de restreindre les droits fondamentaux dans la mesure où sa création est sa raison d'être première, initiale et exclusive. Cependant que le but d'intérêt général traduise l'obligation de satisfaire à cette restriction (obligation de résultat), la puissance publique doit réussir dans son œuvre de restriction. D'une part, le motif d'intérêt général enclenche le processus de définition des droits et libertés, et, d'autre part, le but d'intérêt général en borne l'étendue. Motivation et objectivation sont deux tensions complémentaires présidant à l'orientation libérale de l'intérêt général. Cette illustration explicative permet d'apercevoir qu'une graduation de la notion d'intérêt général offre prise à l'appréciation des mesures restrictives.

592. Michel Fromont éclaire les termes de ce débat en partant du droit administratif. « Il est vrai, affirme-t-il, que bien des analystes ont fait remarquer que l'appréciation de l'adéquation au but se ramenait en fait à celle de l'adéquation au motif : par exemple, c'est l'ampleur des menaces pour l'ordre public qui est prise en considération pour apprécier la légalité d'une mesure de police ou c'est la gravité de la faute qui est prise en considération pour apprécier la validité d'une sanction. Mais, en réalité, derrière le motif il y a bien le but ; ainsi dans les exemples précédents, à la menace pour l'ordre public (motif) correspond le souci de parer à cette menace (but) et, de même, à la gravité de la faute (motif) correspond la nécessité de punir cette faute (but). Par conséquent, l'atteinte à une liberté que réalise la mesure de police (contenu) est bien appréciée au regard du but, celui d'assurer le

¹⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1048.

¹⁶ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 168-178, spéc. p. 176.

maintien de l'ordre public ; et dans le second exemple, l'ampleur de la punition est bien appréciée au regard du but qui est de punir »¹⁷. Cette distinction motif/but sans doute délicate, compte tenu de l'étroitesse des significations dont chaque terme peut être porteur, ne conduit toutefois pas le professeur Fromont à faire du motif et du but des synonymes. On peut y voir ce rapport chronologique recherché : le *motif d'intérêt général* déclenche la mesure restrictive administrative. Il est à l'origine d'une réponse administrative susceptible de porter atteinte aux droits et libertés. C'est la justification théorique, abstraite et de principe de l'édiction d'une restriction. Puis, le *but d'intérêt général* valide la mesure restrictive effectivement édictée (ou ne la valide pas) mais cette fois au regard d'un contrôle d'adéquation : le contenu, l'objet ou le but de la mesure restrictive (but d'intérêt général) doivent être corrélés – disons simplement, à ce stade, correctement – aux motifs d'intérêt général. C'est l'acceptation pratique, concrète et circonstancielle de l'édiction de *cette* restriction. À la généralité du contenant d'intérêt général succède l'individualisation de son contenu. En rendant les deux volets de l'intérêt général (restreindre pour protéger) simultanément plausibles et en indiquant l'ordre temporel de leur examen, cette graduation de l'intérêt général – quoique vague – crée un espace de dialogue susceptible d'ouvrir la discussion entre normes de valeurs égales ou, dans une perspective plus classique, dans celle de la hiérarchie formelle.

II. – Une structuration dialogique de l'intérêt général :

593. Puisque nous sommes en mesure de dévoiler une structuration du sens de l'intérêt général, nous pouvons délimiter un espace dialogique entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. Cet espace de dialogue fournit le cadre général d'appréciations des mesures restrictives prises au nom de l'intérêt général et destinées à satisfaire la définition des droits fondamentaux. Il fixe un point de départ et un point d'arrivée à l'intérêt général, autrement dit, entre les interprétations de l'intérêt général *a priori* acceptables et réalisées par les organes normatifs et celles qui seront finalement retenues *a posteriori* par le contrôle juridictionnel. On trace, en quelque sorte, un périmètre à la conciliation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux. Ce périmètre constitue l'assise du dialogue juridique qui se trouve au cœur du processus de validation de la restriction d'intérêt général. Ce dialogue juridique, entre l'organe normatif qui édicte l'intérêt général et l'organe juridictionnel qui le valide, exige au minimum qu'un intérêt général formel soit poursuivi.

¹⁷ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 156-166, spéc. p. 163.

§2. – Les exceptions : l’absence totale d’intérêt général

594. En soi, et eu égard à tout ce qui vient d’être exposé, la mesure qui a contribué, d’une manière ou d’une autre, à restreindre un droit ou une liberté, ne peut être validée, faute de dialogue, lui-même absent faute d’intérêt général. Deux exceptions majeures matérialisent l’absence totale d’intérêt général privant ainsi la mesure restrictive de sa corrélation à l’intérêt général. D’une part, le cas spécifique du détournement de pouvoir singularise, en droit public, une hypothèse originale d’absence d’intérêt général (I.). D’autre part, il faut redire sommairement combien le système de droit réprime les agissements étrangers à l’intérêt général (II.).

I. – L’exception du détournement de pouvoir :

595. Ayant présumé le fonctionnement normal du système de droit, à l’intérieur de ce cas d’ouverture du recours en excès de pouvoir devant les juridictions administratives qu’est le détournement de pouvoir¹⁸, une seule hypothèse sera retenue : celle dans laquelle l’autorité administrative prend une mesure restrictive au nom de considérations totalement étrangères à l’intérêt général. L’illustration classique en est donnée par l’arrêt *Demoiselle Rault* de 1934 : « Pour mettre fin à la concurrence qu’un établissement de danse fait à son débit de boissons, un [maire] va utiliser ses pouvoirs de police et prescrire la fermeture de l’établissement (...) » certains jours de la semaine¹⁹. L’atteinte portée par l’autorité municipale à la liberté du commerce et de l’industrie ne peut sûrement pas être justifiée sur un quelconque motif, la définition de ladite liberté ne reposant pas sur la liaison *restriction-protection* faute d’intérêt général. L’intérêt général n’existe pas, le détenteur de la puissance publique agissant dans son intérêt personnel ou privé. Ce moyen de légalité interne de l’acte administratif, écrit M. Chapus, « est destin[é] à dénoncer la mauvaise foi de l’autorité administrative [...]. Alors que l’annulation pourrait, dans bien des cas, être prononcée pour erreur de droit, elle le sera pour détournement de pouvoir et revêtira ainsi le caractère d’une *condamnation morale* de l’administration » (italique dans le texte)²⁰. De ce commentaire sur le jugement de valeur inévitablement formulé par le juge à l’encontre de l’Administration, il résulte que l’absence totale d’intérêt général est à l’évidence tout à fait incongrue dans l’action des pouvoirs publics. Ce dernier point appelle trois remarques complémentaires.

¹⁸ Sur cette notion et son régime, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1048 et s.

¹⁹ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1049 : « c’est, complète René Chapus, la variété primaire et frustre (...) du détournement de pouvoir ». Voir CE, 14 mars 1934, *Delle Rault*, *Rec.* p. 337.

²⁰ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1048-1049.

596. D'abord, il n'est pas le seul fait d'autorités locales. La preuve a été apportée qu'il peut être imputable aux plus hautes autorités de l'État²¹. Ensuite, nous écartons à dessein l'autre grande hypothèse de détournement de pouvoir généralement retenue par la doctrine, à savoir celle que commet une autorité administrative lorsqu'elle agit au nom de considérations *d'intérêt général* autres que celles prescrites par les textes qui ont fondé la mesure restrictive adoptée²². Outre l'absence du « caractère infamant que revêt nécessairement une annulation pour détournement de pouvoir »²³, puisqu'on ne peut guère reprocher à l'administrateur de servir des intérêts exclusivement privés, la terminologie simplificatrice pose problème. Y a-t-il, ontologiquement parlant, détournement de pouvoir si ce dernier est exercé au nom de l'intérêt général ? On perçoit une contradiction dans les termes : si l'intérêt général est la source du pouvoir et la fin du pouvoir, a-t-on détourné *le* ou *un* pouvoir, s'il a servi, *in fine*, l'intérêt général ?²⁴ Nous gagnerions à réserver le détournement de pouvoir à la seule hypothèse (étroite) où l'administrateur sert un intérêt exclusivement privé à l'exclusion de l'intérêt général puisque, en droit public²⁵, c'est le seul cas, à notre connaissance, où l'absence totale d'intérêt général n'est pas contestable. Dans les autres cas de figure, nous aurions intérêt à évoquer des détournements de compétence ou, terminologie plus familière, de procédure²⁶.

597. Enfin, le détournement de pouvoir existe-t-il dans d'autres branches du droit public ? Ce moyen de légalité existe devant le juge de l'Union européenne et, semble-t-il, répond aux mêmes schémas qu'en droit administratif français²⁷. Si le cas d'ouverture du recours en annulation est ouvert pour détournement de pouvoir aux fins de « poursuite d'un but totalement contraire à l'intérêt général prévu par le traité »²⁸, il est précisé qu'il y a aussi détournement de pouvoir alors même qu'un intérêt

²¹ En ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, p. 1050-1051 (citant notamment l'arrêt CE, 13 janvier 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux de l'administration*, *Rec.* p. 23).

²² Sur cette seconde hypothèse, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1051-1052.

²³ G. LEBRETON, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 391.

²⁴ Insister sur la nuance, acceptable, entre le détournement *de* pouvoir (sous-entendu d'un pouvoir identifié) et le détournement *du* pouvoir (sous-entendu le Pouvoir) ne remet pas en cause notre approche. Seulement, il conviendrait de parler exclusivement – pour qualifier l'absence totale d'intérêt général – de détournement *du* pouvoir ce qui, à notre connaissance, n'est pas reçu en doctrine. C'est pourquoi nous faisons le choix de rester dans le cadre sémantique habituel.

²⁵ La répression pénale d'agissements contraires à l'intérêt général (corruption, abus de biens sociaux, etc.) relève organiquement et matériellement du droit privé.

²⁶ À laquelle René Chapus ne peut se résoudre, à raison, même si nous ne partageons pas son raisonnement ici : « on doit estimer, dit-il sur l'emploi de l'expression « détournement de procédure », que de deux choses l'une : ou bien l'autorité administrative a cru, à tort mais de bonne foi, qu'elle était en droit de mettre en œuvre la procédure qu'elle a choisie et sa décision est entachée d'une erreur de droit ; ou bien, elle a voulu, grâce à la procédure choisie, se soustraire à des contraintes auxquelles l'exposait la procédure qu'elle savait être la seule adéquate, et il y a détournement de pouvoir » (cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1054). Au fond, sauf à dénaturer le propos de l'auteur, le critère de la bonne foi distinguerait le détournement de pouvoir des autres cas d'ouverture du recours en annulation dont l'erreur de droit. On peut lui préférer celui de l'intérêt général qui évite au juge d'entrer dans des considérations morales : bonne ou mauvaise foi, l'autorité administrative qui poursuit un intérêt général en violation des textes commet une erreur de droit ou un détournement de procédure, à moins que l'on incline vers le détournement de compétence.

²⁷ En ce sens, J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 685. Ainsi que F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 444-447.

²⁸ F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 444.

général était recherché. Du reste, à l'instar de son homologue français, ce moyen de légalité s'avère « peu maniable » et « réservé aux erreurs grossières et graves de l'autorité normatrice »²⁹.

598. Quant au droit européen, le professeur Sudre affirme qu'une telle hypothèse de détournement de pouvoir est admise par l'article 18 de la Convention³⁰ : « Afin d'empêcher l'utilisation abusive de la clause d'ordre public, l'article 18 de la CEDH fait interdiction à l'État partie d'exercer sa faculté de restreindre l'exercice des droits garantis dans un but autre que celui pour lequel les restrictions ont été prévues, prohibant ainsi expressément le détournement de pouvoir (...) »³¹. Si l'énumération des restrictions possibles aux droits fondamentaux renvoient, comme nous le soutenons, à l'intérêt général, alors, il est acquis que le système de droit restreignant un droit fondamental au nom de considérations étrangères aux restrictions détaillées par le texte européen ne poursuivrait pas l'intérêt général et commettrait effectivement un détournement de pouvoir – dans le cadre de l'hypothèse étroite retenue – comparable aux agissements de l'Administration française. Néanmoins, la présente analyse pourrait ne pas emporter l'adhésion. Il est probable que M. Sudre vise, aussi et surtout³², le détournement que nous appelons ici de compétence ou de procédure car, à de rares exceptions près, il peut sembler osé de prétendre que la France, en violant la définition européenne d'un droit fondamental, ne poursuive *aucun* intérêt général.

599. Cette prudence est corroborée par le fait établi, qu'au plan constitutionnel, il paraît habituellement douteux qu'existe un détournement de pouvoir commis par le législateur³³. Du moins, le Conseil constitutionnel ne l'emploie jamais *expressis verbis*³⁴. À la rigueur, et si l'on retient exclusivement l'hypothèse étroite du détournement de pouvoir (le détournement du Pouvoir par le

²⁹ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 447.

³⁰ « Limitation de l'usage des restrictions aux droits : Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

³¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 219.

³² Ainsi que l'on peut le lire dans le propos de l'auteur ici : F. SUDRE, *op. cit.*, p. 211 : « Les dispositions en la matière (...) organisent moins une restriction des droits garantis que la déchéance du droit de s'en prévaloir dans le but de détruire les droits de l'homme ou de les limiter au-delà de ce qui est prévu. Elles visent l'État comme l'individu et les groupements d'individus, marquant ainsi que les droits de l'homme sont opposables non seulement aux rapports États-individus, mais encore aux rapports entre individus ».

³³ Notamment, J. MASSOT, « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, *op. cit.*, p. 163. On se souvient néanmoins de la polémique engendrée par la loi du 23 octobre 1984 *visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* dont de nombreux observateurs s'étaient accordés à dire qu'elle avait essentiellement pour mobile politique de mettre fin au monopole du groupe de presse de Robert Hersant, considéré, alors, comme proche de la droite et clivage politicien oblige, hostile à la gauche alors au pouvoir (d'où une loi parfois qualifiée de loi « anti-Hersant »). Cette polémique n'a pas franchi le prétoire de l'aille Montpensier car il va de soi que, saisi, le Conseil constitutionnel aurait eu beaucoup de peine à déceler un détournement de pouvoir commis par la Représentation nationale... Cf. CC, 10 et 11 octobre 1984, déc. n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse (Entreprises de presse)*, *Rec.* p. 78, *GDCC* n° 36, p. 597-619.

³⁴ L'intérêt général, devant le juge constitutionnel, réactive un ensemble de difficultés que le professeur Merland résume par cette interrogation très intéressante : l'intérêt général « amène à poser une question aussi simple dans son énoncé que redoutable dans sa réponse : se peut-il que le législateur n'agisse pas dans l'intérêt général ? ». Cf. G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », in *Dossier : Le Conseil constitutionnel et les divers branches du droit*, *préc.*, spéc. § II-A.

législateur), on peut évoquer le cas pratique qu'a constitué l'inversion du calendrier électoral par la majorité socialiste au pouvoir en mai 2001³⁵. « Dans le contentieux du report des élections », note en substance Mme Goesel-Le Bihan, il y avait matière à un « contrôle objectivé du détournement de pouvoir, le législateur étant suspecté par l'opposition de poursuivre un intérêt partisan sous couvert de poursuivre un intérêt général (...) »³⁶. En jugeant qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif », le juge de la constitutionnalité des lois refuserait d'accueillir le détournement de pouvoir – frontalement – pour ne pas heurter sans doute la Représentation nationale. L'objectif que s'est assigné le législateur organique – prendre acte de la place de fonction présidentielle – est reçu comme une donnée politique, relevant de l'opportunité. Toutefois, et c'est ce qu'indique en filigrane le professeur Goesel-Le Bihan, l'exigence relative à l'absence de disproportion entre l'intérêt général affiché et les atteintes aux règles et principes à valeur constitutionnelle (notamment le droit de suffrage) permettrait de sanctionner, le cas échéant, la poursuite d'un intérêt partisan sans frapper la loi de l'infamie du détournement de pouvoir³⁷, « en tant qu'il consiste à surprendre la mauvaise foi de l'auteur de l'acte (...) »³⁸.

600. En dehors de cette hypothèse grossière où l'intérêt général est absent, une restriction aux droits fondamentaux résulte toujours, ostensiblement ou par prétérition, de l'existence d'un motif d'intérêt général. Si ce dernier est absent, l'agissement positif de la puissance publique sera sanctionné pénalement.

³⁵ Voir CC, 9 mai 2001, déc. n° 2001-444 DC, *Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 59 : le législateur organique, en prolongeant le mandat des députés de onze semaines pour l'année 2002, entendait décaler les élections législatives afin de donner la priorité à l'élection présidentielle eu égard aux réalités de la vie politique française. Selon le Conseil, « en raison de la place de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct dans le fonctionnement des institutions de la cinquième République, [il] était souhaitable que l'élection présidentielle précède, en règle générale, les élections législatives et que cette règle devait s'appliquer dès l'élection présidentielle prévue en 2002 » (cons. n° 4).

³⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, Actes du colloque de Strasbourg – 6 mai 2011, www.institutvilley.com, p. 1.

³⁷ L'auteur ne fournit cependant aucun exemple de détournement de pouvoir. Tout au plus, le Conseil constitutionnel sanctionnerait l'insuffisance des moyens au regard de l'intérêt général avancé par le législateur pour censurer – à rebours – « des fins suspectes » ou « une politique d'affichage » (cf. V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 1). On est encore assez loin, semble-t-il, du détournement de pouvoir en tant qu'il y aurait une fin partisane. « Une intention subjective du législateur, différente de celle mise en avant et étrangère à l'intérêt général, n'a jamais été recherchée par le Conseil » concède le professeur Goesel-Le Bihan (V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, préc., spéc. I-A).

³⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. I-A.

II. – La répression pénale d’agissements étrangers à l’intérêt général :

601. Le législateur incrimine ainsi la « tentation » de s’arroger – illégalement – le pouvoir d’énoncer l’intérêt général dont la puissance publique est la détentrice légale. Le Code pénal français réprime deux séries d’agissements susceptibles d’être considérés comme étrangers à l’intérêt général. Il opère par deux types d’infractions, les premières visent à protéger la puissance publique de ses propres rouages, les secondes entendent la préserver des particuliers.

602. Au regard de la première série d’infractions, quatre dispositions inscrites au Code pénal marquent la volonté d’empêcher les agents et/ou organes du système de droit de se détourner de leur mission : l’intérêt général. Deux textes prévoient et répriment les abus d’autorité que constituent, tant « le fait, par une personne dépositaire de l’autorité publique, agissant dans l’exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l’exécution de la loi » (art. 432-1) que « le fait, par une personne dépositaire de l’autorité publique ou chargée d’une mission de service public ou par une personne investie d’un mandat électif public, ayant été officiellement informée de la décision ou de la circonstance mettant fin à ses fonctions, de continuer à les exercer » (art. 432-3). Leurs agissements, dans les deux cas, ne sont pas rattachables à l’intérêt général. À ces textes, ajoutons que la loi réprime la corruption passive et le trafic d’influence commis par des personnes exerçant une fonction publique (art. 432-11) : « le fait, par une personne dépositaire de l’autorité publique, chargée d’une mission de service public, ou investie d’un mandat électif public, de solliciter ou d’agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques *pour elle-même ou pour autrui* » (nous soulignons). Or, agir dans son propre intérêt ou, eu égard à l’économie générale des dispositions pénales, dans l’intérêt particulier d’autrui, présage de ne pas agir dans l’intérêt général. Enfin, citons l’incrimination de la prise illégale d’intérêts (art. 432-12 et 432-13) dont, à juste titre, l’objet est de punir la prise d’« un intérêt quelconque » (432-12 al. 1^{er}), lequel est étranger à l’intérêt général.

603. La loi a également pour objectif général³⁹ de préserver la puissance publique des agissements des particuliers qui la détourneraient de l’intérêt général. Le législateur a établi une seconde série d’infractions dans laquelle trois dispositions essentielles ambitionnent de protéger l’intérêt général détenu par la puissance publique. De la même manière que pour les agents, la loi punit la corruption active et le trafic d’influence commis par les particuliers (art. 433-1 et 433-2). Le fait de proposer ou solliciter « des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques » pour soi-

³⁹ En ce qu’il intéresse le système de droit dans sa globalité puisque, le Titre III du Livre IV du Code pénal (« Des crimes et délits contre la nation, l’État et la paix publique »), consacré aux atteintes à l’autorité de l’État, inclut (*sic*) un Chapitre V intitulé « Des atteintes à l’administration publique et à l’action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l’Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques ».

même ou pour autrui est sans lien possible avec l'intérêt général. Intéressant plus spécialement les particuliers, la loi prévoit et punit l'usurpation de fonctions c'est-à-dire « le fait, par toute personne agissant sans titre, de s'immiscer dans l'exercice d'une fonction publique en accomplissant l'un des actes réservés au titulaire de cette fonction » (art. 433-12). Enfin, il faut mentionner l'usurpation de commandement, de la levée de forces armées et de la provocation à s'armer illégalement prévues et réprimées par les articles 412-7 et 412-8. Ces infractions connexes et l'ensemble des dispositions attestent de l'importance du rattachement de toute mesure restrictive à l'intérêt général. Faute d'être corrélée, par défaut d'intérêt général, la restriction ne sera pas validée. L'intérêt général est par conséquent formellement nécessaire mais cela n'est pas suffisant. Il doit être, en outre, substantiellement nécessaire.

Section 2^{ème} : De la correspondance substantielle de la mesure restrictive à un intérêt général :

604. La liaison formelle entre restriction et protection de la liberté est dorénavant acquise. L'adoption de la mesure restrictive n'est plus discutée dans son principe mais dans son contenu, au regard de son objet et de ses effets, c'est-à-dire en fonction des circonstances données. Reste donc à déterminer, ce qui devient essentiel, si cette liaison est substantiellement vérifiée : existe-t-il une correspondance entre l'objet de la mesure restrictive et l'intérêt général qu'elle poursuit ?⁴⁰ Le pouvoir juridictionnel s'apprête à effectuer un choix, susceptible d'être discuté, qui dépend de l'existence et de la consistance de textes normatifs, c'est-à-dire de la liberté plus ou moins grande que ces textes ou leur absence confèrent à l'organe normatif et de la propre perception que le juge a de la situation conflictuelle⁴¹. « Les textes sont parfois très généraux ou très vagues (...) »⁴². Le juge, interprète authentique de son échelon normatif, est amené à moduler son contrôle, à jeter les bases de la graduation de l'intérêt général, autrement dit encore à déterminer la structuration dialogique de l'intérêt général. Il est, très fréquemment, le concepteur de l'orientation d'un intérêt général au service des droits fondamentaux. « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a conditionné la conventionnalité des lois nationales à la poursuite d'un intérêt général dont elle se réserve le droit de caractériser l'existence et la portée. Ainsi, le juge national ordinaire, judiciaire ou

⁴⁰ Imaginons une situation S donnée, représentée par le chiffre 0, soit $S=0$ symbolisant l'état hypothétique de paix sociale parfaite. Un événement E vient troubler la paix sociale négativement et d'une intensité variable que l'on peut chiffrer de -1, -2 etc.. Pour y répondre, la puissance publique devra adopter une mesure restrictive MR correspondant substantiellement à un intérêt général-concret, c'est-à-dire apte à rétablir la situation originelle de paix sociale $S=0$. Pour résoudre le cas, l'équation serait la suivante : si $E = -1$ alors $MR = +1$ pour que $S = 0 = E (-1) + MR (+1)$; soit $MR = 1$ car $-1 + 1 = 0$. La mesure restrictive correspondante, valide, ne peut pas être +0.5 ou +2, elle doit être égale à 1.

⁴¹ Par exemple, s'agissant des variations du pouvoir du juge administratif liées à l'existence et à la consistance des textes, voir M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 168-178, spéc. p. 170-172.

⁴² M. LONG et alii, op. cit., p. 168-178, spéc. p. 171.

administratif, est conduit à se livrer lui-même à un tel contrôle. Il n'est plus alors seulement compétent pour apprécier si le législateur poursuit bien un intérêt général, mais aussi pour vérifier que cet intérêt général est suffisant ou approprié au regard des exigences conventionnelles »⁴³.

605. Pour faire état de la correspondance substantielle, toujours dans l'optique d'embrasser l'ensemble du contentieux intéressant les droits fondamentaux, il nous paraît nécessaire de construire notre propre méthode d'examen fondée sur une appréciation graduelle au titre des trois contrôles : contrôle minimum, normal et maximum (§1.). Ce préalable posé, nous pourrions observer que cette appréciation graduelle est confirmée par le recours au principe de proportionnalité *lato sensu* (§2.).

§1. – Une appréciation graduelle fondée sur les trois contrôles, minimum, normal et maximum :

606. Trois méthodes s'offraient à nous. Nous pouvions aborder le traitement contentieux de la correspondance substantielle de la mesure restrictive à l'intérêt général en convoquant les unes après les autres les juridictions constitutionnelle française, européennes et ordinaires. La réflexion gagnerait en lisibilité ce qu'elle perdrait toutefois en richesse. Nous pouvions aussi inventorier tous les types de contrôle et les multiples techniques jurisprudentielles dont les juges font usage pour apprécier une mesure restrictive. Cette démarche est, à première vue, riche d'enseignements, et d'une grande clarté. Mais, pour être complète, elle n'en serait pas moins excessive matériellement et risquerait, en préférant l'exhaustivité à l'exemplarité, de densifier inutilement le propos. Finalement, nous nous sommes tournés vers une troisième voie, médiane à certains égards, qui retient ce qu'il y a de saillant dans chacune des juridictions. Le Conseil constitutionnel, les Cours européennes ainsi que le Conseil d'État partagent, à des degrés divers, la conjonction des trois contrôles théorisés par le contentieux administratif et dont l'élément central repose sur une appréciation de la situation factuelle du conflit de droits fondamentaux (I.). *En fait*, y a-t-il correspondance entre la mesure restrictive édictée et l'intérêt général convoqué ? C'est à cette question, *de droit*⁴⁴, que les juridictions sont appelées à répondre selon une méthodologie qui varie en fonction de l'intensité avec laquelle le contrôle juridictionnel s'opère sur la liaison substantielle entre mesure restrictive et intérêt général (II.).

⁴³ B. MATHIEU, « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », *APD* 2006, p. 41-48, spéc. p. 43-44.

⁴⁴ Elle fait son entrée dans les moyens du recours en excès de pouvoir devant le Conseil d'État à partir de CE, 4 avril 1914, *Gomel*, *Rec.* p. 488, *GAJA* n° 29, p. 168-178.

I. – Une appréciation éminemment factuelle de la correspondance entre mesure restrictive et intérêt général : la qualification juridique des faits

607. Le contentieux administratif fournit un cadre fécond pour mener à bien notre démarche. « Les questions de fait ne sont pas extérieures à celles de droit : si une décision ne peut être juridiquement fondée que sur un fait, l'absence de ce fait empêche cette décision de correspondre au droit. C'est ce qui justifie que, pour statuer en droit, le juge de l'excès de pouvoir examine les faits »⁴⁵. Si l'on suit la présentation de Gilles Lebreton⁴⁶, il apparaît que l'erreur de fait (moyen de légalité interne) concentre en vérité l'essentiel des débats relativement au bien-fondé de la mesure restrictive dans la perspective qui est la nôtre. La restriction prise par l'autorité administrative peut-elle atteindre l'intérêt général invoqué, eu égard aux *faits* de la situation conflictuelle constatée ? Écartons d'emblée l'inexactitude matérielle des faits⁴⁷, leur « irréalité »⁴⁸, ainsi que les hypothèses déjà traitées d'absence totale d'intérêt général, pour ne s'intéresser qu'à l'appréciation portée sur ces faits, appréciation destinée à fonder la restriction. Pour contrôler la capacité alléguée d'une mesure restrictive à atteindre l'intérêt général avancé par l'organe normatif, le juge administratif va effectuer une appréciation du bien-fondé du contenu et des objectifs de l'acte⁴⁹. Les variations sont innombrables et Paul Cassia figure très bien l'enjeu : « Pour le musicien amateur, il est parfois difficile de distinguer l'intervalle qui sépare deux notes comprises dans une octave. Cette difficulté trouve son pendant pour le juriste de droit public – même averti – lorsqu'il s'agit d'analyser l'intensité du contrôle opéré par le juge administratif sur la légalité d'un acte administratif. Schématiquement, la gamme des possibles pour ce juge s'étend de l'absence de prise de position sur la légalité de l'acte litigieux (tel est par exemple le cas lorsqu'une demande en référé est rejetée au titre de l'urgence) à l'exercice d'un contrôle dit de "proportionnalité" par le juge du fond »⁵⁰. Ce point montre une sorte d'éventail gradué du minimum vers le maximum dépendant étroitement de la situation factuelle. Toutefois, la doctrine a synthétisé trois contrôles discriminés selon leur degré d'examen de la situation de fait. Les faits seront appréciés soit de manière minimale, soit de manière maximale. À la charnière des deux, existe une appréciation intermédiaire appelée contrôle normal. Les trois contrôles reposent, *in fine*, sur l'étendue de la marge de manœuvre laissée par les textes et/ou le juge administratif à l'autorité administrative pour apprécier les faits, autrement dit pour qualifier juridiquement une situation de conflit entre droits fondamentaux,

⁴⁵ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 181.

⁴⁶ En comparant G. LEBRETON, *Droit administratif général*, op. cit., p. 395 et s. et 401.

⁴⁷ L'exactitude matérielle des faits est contrôlée par le Conseil d'État depuis CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec. p. 15, GAJA n° 30, p. 179-183.

⁴⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 1047, et plus globalement, sur l'erreur de fait, p. 1046-1048.

⁴⁹ Nous entrons au cœur de la décision publique, de son contenu, de ses motivations et de son objet. Pour mémoire, le contrôle du juge administratif porte sur la légalité externe de la mesure restrictive (incompétence, vice de procédure et vice de forme) et la légalité interne (violation directe de la loi, erreur de droit, erreur dans la qualification juridique des faits et erreur de fait). Nous reprenons la classification présentée par R. CHAPUS, op. cit., p. 1022 et s.

⁵⁰ P. CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », in Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif, *RFDA* 2007, p. 45-57, spéc. p. 45.

requérant la détermination corrélative de l'intérêt général. La qualification juridique des faits est le point nodal de cette distinction des trois contrôles. « Le contrôle de la qualification juridique des faits porte sur la question de savoir *si les faits*, tels qu'ils existent, *présentent les caractéristiques permettant de prendre la décision*, s'ils sont "de nature à" justifier celle-ci » (italique dans le texte)⁵¹. Les auteurs des *Grands arrêts* éclairent avec intérêt ce point : « Il s'agit de reconnaître aux faits en cause une qualification. Celle-ci relève d'une appréciation qui, *a priori*, paraît appartenir à l'administration elle-même, et non pas à son juge. Placée en présence de circonstances données, l'administration doit déterminer si elles justifient l'adoption de l'acte qu'elle a reçu le pouvoir de prendre. Ses pouvoirs lui sont accordés pour faire face, non pas à n'importe quelle circonstance mais à celles qui correspondent à une notion juridique. Ce n'est plus une question de fait, c'est une question de droit, sur laquelle a prise le contrôle du juge »⁵². L'autorité administrative ne doit donc pas commettre d'erreur dans l'appréciation des faits à l'origine d'une situation de conflit de droits fondamentaux. Elle ne doit pas se tromper exagérément car l'erreur est juridiquement sanctionnée.

II. – Un contrôle variablement minimum, normal ou maximum de la mesure restrictive au regard de l'intérêt général invoqué : l'erreur d'appréciation dans la qualification juridique des faits

608. L'appréciation des faits ne doit pas être erronée, c'est une question de droit. Elle est au cœur de la distinction des contrôles minimum, normal et maximum. Après quelques hésitations jurisprudentielles que l'auteur souligne, René Chapus conclut à cet égard : « La question est de savoir comment la qualification juridique des faits est contrôlée. Réserve faite de cas particuliers (...), elle est en effet toujours contrôlée désormais, mais plus ou moins. Ou bien elle l'est pleinement, et toute erreur continue à être censurée (contrôle normal). Ou bien, elle ne l'est que dans une certaine mesure et seules sont censurées les erreurs manifestes d'appréciation (nouveau contrôle restreint) »⁵³. Enfin, le contrôle maximum suppose, alors même que l'administration n'aurait commis aucune erreur pour qualifier juridiquement la situation conflictuelle, que sa réaction a été illégale car disproportionnée. Cette différenciation tripartite retenue (A.), en dépit des fluctuations qu'elle présente (B.), nous apparaît opératoire pour être comparée au principe de proportionnalité (C.).

⁵¹ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 168-178, spéc. p. 169.

⁵² *Ibid.*

⁵³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 1065. Dans le même sens, sur ce point précis, G. LEBRETON, *Droit administratif général*, op. cit., p. 396.

A. – La différenciation tripartite retenue :

609. Ce qui doit retenir l'attention, pour l'examen de la validité d'une mesure restrictive à atteindre un intérêt général, est la différenciation tripartite du contrôle du juge administratif portant sur les faits de la cause : contrôle minimum ou restreint (1.), contrôle normal (2.) et contrôle maximum (3.). Si tous intègrent l'ensemble des moyens de légalité externe (incompétence, vice de procédure et vice de forme) et interne (violation directe de la loi, erreur de droit, erreur de fait), chacun d'entre eux traduit un degré d'examen variable des *faits* qui motivent l'édiction de la mesure restrictive. Il va sans dire que le contrôle maximum suppose le contrôle normal et le contrôle restreint, quand le contrôle normal inclut le contrôle restreint, du point de vue de l'intensité de l'appréciation des faits.

1. – Le contrôle minimum ou restreint :

610. Incluant au titre des moyens de légalité l'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle minimum ou restreint vise à ce que la décision administrative « ne soit pas viciée » et implique « que la liberté que la détention du pouvoir discrétionnaire confère à l'administration [soit] désormais également limitée par l'interdiction d'apprécier les faits à la base de ses décisions de façon manifestement erronée »⁵⁴. Le contrôle restreint, ou minimum, sanctionnera une erreur manifeste d'appréciation dans l'édiction de la mesure restrictive, soit que les faits ont été manifestement et incorrectement appréciés, soit qu'une disproportion manifeste au regard des faits entache la décision prise⁵⁵. Par exemple, dans l'arrêt *SA Librairie François Maspero*, le Conseil d'État contrôlait – l'état du droit ayant changé sur ce point – l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'autorité administrative pour interdire une publication étrangère au nom de l'ordre public⁵⁶. « Le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper, mais non celui de commettre une erreur manifeste, c'est-à-dire à la fois apparente et grave »⁵⁷.

2. – Le contrôle normal :

611. Le juge fait « grâce », à l'administration, « de ses erreurs bénignes, non manifestes, parce qu'elles sont au fond moins de véritables erreurs que de simples appréciations contestables,

⁵⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1061.

⁵⁵ Par exemple, G. LEBRETON, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 401-402 : le juge s'assure que la sanction disciplinaire infligée à un agent public n'est pas manifestement disproportionnée au regard de la faute commise. Notamment citant CE Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, *AJDA* 1978, concl. Genevois (p. 399).

⁵⁶ CE Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, *Rec.* p. 611.

⁵⁷ G. BRAIBANT, conclusions, cité par M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 174.

consubstantielles à l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire digne de ce nom »⁵⁸. Par exemple, les faits reprochés à un agent public sont-ils, juridiquement, constitutifs d'une faute disciplinaire ?⁵⁹ Dans son arrêt *Tessier*, le Conseil d'État contrôle l'erreur d'appréciation commise par l'autorité disciplinaire « en recherchant si le fait reproché au fonctionnaire mérite ou non d'être qualifié de faute disciplinaire au sens du droit de la fonction publique »⁶⁰. Autres illustrations : le contrôle de la qualification juridique de l'intérêt général en matière de restrictions apportées aux spectacles de curiosités et de variétés, soumis à des autorisations, est un contrôle normal⁶¹. La délivrance de l'autorisation administrative ne peut être refusée que dans un but touchant à la sauvegarde de l'ordre public⁶² ; la liberté d'expression des détenus fait également l'objet d'un contrôle normal des justifications opposées à un requérant à sa demande de publication⁶³. Allant plus loin, M. Chapus range l'ensemble du contentieux des mesures de police administrative, qui restreignent un droit ou une liberté, dans le contrôle normal (étendu)⁶⁴. C'est une donnée d'ordre général : « les exigences jurisprudentielles ne sont que faiblement différenciées en fonction des libertés ou des pouvoirs de police en cause »⁶⁵. D'auteurs auteurs préfèrent prendre acte de l'existence d'un troisième contrôle, le contrôle maximum, appelé aussi contrôle de proportionnalité, pour y ranger les mesures de police administrative.

3. – Le contrôle maximum :

612. Le contrôle des mesures restrictives de police administrative, qu'il s'agisse de contrôle normal ou de contrôle maximum, constitue, en tout état de cause, un resserrement du contrôle du juge administratif sur la qualification juridique des faits. Des observateurs avisés de la jurisprudence du Palais Royal affirment que « la qualification des faits est alors examinée pour savoir s'ils permettaient à l'administration d'adopter non seulement *une* décision, mais *la* décision même qu'elle a prise » (italique dans le texte)⁶⁶. Nous sommes bien en présence d'un degré supplémentaire dans l'appréciation des erreurs commises par l'Administration. « Lorsque les décisions de l'administration dont il a à connaître lui paraissent si menaçantes pour l'exercice d'une liberté publique »⁶⁷, le juge

⁵⁸ G. LEBRETON, *Droit administratif général*, op. cit., p. 398.

⁵⁹ G. LEBRETON, op. cit., p. 402.

⁶⁰ *Ibid.* Précisant que contrôle restreint et contrôle normal peuvent se cumuler lors d'une même espèce, R. CHAPUS, op. cit., p. 1066.

⁶¹ CE Ass., 11 juillet 1975, *Sieur Clément et Association pour la défense de la culture et de la musique contemporaine*, Rec. p. 427.

⁶² Voir P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », préc., p. 1205.

⁶³ D. BESLE, « Les limites de la liberté d'expression des détenus », note sous CAA Lyon, 30 juin 2005, *Ministre de la Justice c/ M. Henaf*, req. n° 00LY01591, AJDA 2005, p. 313-315, p. 315.

⁶⁴ Dont on aura un aperçu global dans R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 723 et s.

⁶⁵ R. CHAPUS, op. cit., p. 732.

⁶⁶ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., n° 29, p. 168-178, spéc. p. 176.

⁶⁷ G. LEBRETON, op. cit., p. 403.

sanctionnera sévèrement toute erreur dans la réaction administrative au regard des faits juridiquement qualifiés. « En face de circonstances données, ne peuvent être prises que des mesures qui leur sont *exactement* adaptées. Alors son contrôle s'exerce à la fois sur les motifs et sur le dispositif, sur la relation qui doit exister entre les premiers et le second » (nous soulignons)⁶⁸. Ce rapport d'exactitude ouvre la voie au rapport de proportionnalité.

613. Le contrôle maximum traduit un contrôle de proportionnalité de la mesure restrictive : sera sanctionnée « la moindre disproportion de l'objet de l'acte par rapport à ses motifs de faits »⁶⁹. Ce contrôle est inauguré par l'arrêt *Benjamin* de 1933⁷⁰. Pour Gilles Lebreton, l'arrêt *Benjamin* traduit le contrôle de proportionnalité destiné à vérifier « la disproportion de l'objet de l'acte par rapport à ses motifs de fait »⁷¹. « Il consiste à vérifier si les actes de police administrative générale portant atteinte à une liberté publique sont strictement proportionnés à la gravité du trouble à l'ordre public que leurs auteurs cherchent à prévenir. C'est donc un contrôle extrêmement rigoureux, puisqu'il sanctionne toute disproportion, même la plus légère, par l'annulation de l'acte attaqué. C'est pourquoi on le qualifie de "contrôle maximum" : on veut en effet signifier par cette expression qu'il place l'autorité de police administrative générale dans une situation de compétence étroitement liée, ou "ligotée" »⁷². Rien n'interdit, néanmoins, qu'au cœur du contrôle maximum des nuances subsistent. Ainsi, « s'agissant de spectacle, le contrôle est moins rigoureux que pour une réunion »⁷³. Le juge ne rentre pas toujours dans le détail des points en discussion. À l'inverse, Pierre Tifine considère, s'agissant de la liberté cinématographique, que « la réglementation actuellement en vigueur ne fixe aucun critère d'appréciation en fonction duquel le ministre est censé rendre ses décisions. C'est pour éviter les risques d'arbitraire que le Conseil d'État a décidé d'opérer un contrôle maximum sur les décisions prises dans le cadre de la police spéciale du cinéma »⁷⁴. « Pour s'assurer que le ministre a bien respecté cet objectif de conciliation [celui visé dans l'arrêt *Benjamin* de 1933], le juge administratif, dans le cadre d'un contrôle maximum, va substituer son appréciation à celle du ministre et vérifier si le contenu du film justifie la décision contestée »⁷⁵. Le juge administratif applique les mêmes principes de rigueur jurisprudentielle dans d'autres domaines tels que les publications. « La lecture de la jurisprudence montre bien qu'il tire toutes les conséquences du principe d'adéquation des mesures de police aux circonstances. Sa méthode d'analyse du comportement "policier" s'uniformise et aboutit

⁶⁸ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 176.

⁶⁹ G. LEBRETON, *Droit administratif général*, op. cit., p. 403.

⁷⁰ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. p. 541, GAJA n° 47, p. 289-296.

⁷¹ G. LEBRETON, op. cit., p. 397.

⁷² *Ibid.*

⁷³ M. LONG et alii, op. cit., p. 524-531, spéc. p. 530.

⁷⁴ P. TIFINE, « Le visa d'exploitation du film "Ken Park" est annulé en tant qu'il n'est pas assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans », note sous CE, 4 février 2004, *Association Promouvoir*, req. n° 261804, JCP E 2004, II-10045, p. 570-573, spéc. p. 572.

⁷⁵ P. TIFINE, préc., p. 572.

à une diminution de la liberté décisionnelle en matière de police spéciale »⁷⁶. Le contrôle opéré par le juge fait appel à la logique de proportionnalité : « Le contrôle de la légalité des interdictions prononcées par le ministre de l'Intérieur va donc chercher à savoir si la motivation était suffisante pour justifier l'usage de cette police spéciale, mais également si la mesure prononcée était proportionnée aux risques encourus »⁷⁷. L'arrêt *Benjamin* est en arrière-plan : « le juge garantit l'absence de disproportion de la réaction du ministre. Cette technique d'examen de la légalité est désormais régulièrement employée car elle permet de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative sans toutefois entrer sur le terrain de l'opportunité »⁷⁸. En effet, dans les hypothèses de contrôle des mesures de police administrative, « le contrôle de la qualification juridique des faits peut aboutir à substituer l'appréciation du juge à celle de l'administration »⁷⁹. Cependant, ce contrôle s'arrête en principe au seuil de l'opportunité : « Il est entendu (...) que le contrôle de la qualification juridique des faits, même lorsqu'il s'exerce, ne peut jamais porter sur l'opportunité de l'acte »⁸⁰. « La doctrine administrativiste presque unanime estime que le contrôle de proportionnalité de l'acte ou de l'activité a lieu au moment de la qualification juridique des faits. Cette précision a une très grande importance, car c'est elle qui permet que le contrôle de proportionnalité ne se transforme pas en contrôle de l'opportunité »⁸¹.

B. – Une différenciation tripartite discutée :

614. Décliner l'intensité du contrôle juridictionnel administratif d'une mesure restrictive a parfois les allures d'une construction arbitraire tant la thématique est mouvante. Si, par exemple, le professeur Lebreton a fait sienne cette lecture de la jurisprudence administrative⁸², il n'en concède pas moins l'importance des nuances et l'absence de vision statique. Il est juste d'écrire que « le contrôle de la qualification juridique des faits n'est ni général ni uniforme. Il peut évoluer »⁸³. Cependant, au titre des contingences circonstancielles, trois points – d'inégal intérêt – sont à soulevés.

615. Le premier point concerne l'évolution d'une matière administrative d'un contrôle à l'autre. Ce point ne présente pas de difficultés particulières bien qu'il oblige à réévaluer en permanence la

⁷⁶ É. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *AJDA* 2006, p. 298-305, spéc. p. 301.

⁷⁷ É. PECHILLON, préc., p. 303.

⁷⁸ É. PECHILLON, préc., p. 303.

⁷⁹ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 168-178, spéc. p. 172.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 46-53, spéc. p. 46.

⁸² En tenant pour globalement acquise cette différenciation, voir G. LEBRETON, *Droit administratif général*, op. cit., p. 401-403.

⁸³ M. LONG et alii, op. cit., p. 177.

classification des contrôles en fonction de leur objet. M. Chapus note, témoignant du caractère évolutif du contrôle juridictionnel, la possible transformation, en général, du contrôle restreint vers un contrôle normal et du contrôle initialement normal vers un contrôle maximum⁸⁴. Ainsi pour le contrôle des interdictions des publications étrangères, la Section du contentieux du Conseil d'État est revenue sur le contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation éventuellement commise par le ministre de l'Intérieur pour opérer, à l'avenir, un contrôle normal⁸⁵. La doctrine a relevé également un accroissement du contrôle en matière de police des étrangers et divers autres domaines⁸⁶. « À notre époque, la tendance ne peut être qu'à l'amoindrissement du domaine du contrôle restreint (...) »⁸⁷. Le deuxième point d'incertitudes relatives réside en ce que la doctrine appelle le contrôle « dissymétrique ». En principe, le contrôle est identique à la fois pour l'acceptation et pour le rejet administratifs. C'est le cas de la liberté d'expression cinématographique où le Conseil d'État effectue un « contrôle normal sur le fait de nature à justifier l'interdiction d'un film et seuls des intérêts généraux peuvent motiver légalement des restrictions à la liberté d'expression »⁸⁸. Le contrôle est normal à la fois pour l'octroi du visa d'exploitation que, le cas échéant, pour son refus⁸⁹. Mais il peut être, dans d'autres cas de figure, dissymétrique : l'administration peut délivrer un permis de construire (octroi), sauf erreur manifeste d'appréciation du contrôle restreint. Son refus, en revanche, fait l'objet d'un contrôle normal. L'inverse (contrôle restreint du refus et contrôle normal de l'octroi) est également admis⁹⁰. Toutefois, Éric Péchillon souligne que le refus par l'autorité administrative d'exercer son pouvoir de police spéciale en matière de publication s'inscrit dans le cadre d'une interprétation téléologique de l'intérêt général favorable aux droits fondamentaux. « En refusant d'exercer à l'encontre de ce type de refus un contrôle approfondi, ils ont clairement signifié aux "lecteurs potentiels" que cette police spéciale ne pouvait être entendue que comme une dérogation à la liberté d'expression »⁹¹. Cet état du droit jurisprudentiel est de nature à brouiller la différenciation retenue et appelle à une veille jurisprudentielle. Il faut ajouter que la différenciation tripartite elle-même est sujette à discussions.

616. L'étude de la jurisprudence administrative conduit en effet René Chapus à réduire la différenciation tripartite pour ne plus dénombrer que deux contrôles uniquement⁹². Reconnaisant la part incompressible d'arbitraire, il préfère voir dans le contentieux administratif deux contrôles

⁸⁴ Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1068-1070.

⁸⁵ Respectivement CE Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, *Rec.* p. 611 (contrôle restreint) et CE Sect. 9 juillet 1997, *Association Ekin*, *Rec.* p. 300 (contrôle normal).

⁸⁶ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 173 et p. 177.

⁸⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1070.

⁸⁸ M. LONG et alii, *op. cit.*, p. 524-531, spéc. p. 530.

⁸⁹ CE, 9 mai 1990, *de Bénouville*, *Rec.* p. 117.

⁹⁰ Sur ces deux points, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1067-1068.

⁹¹ É. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *préc.*, p. 305.

⁹² Adoptant une vision bipartite, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1061 et s.

seulement de la qualification juridique des faits, et son analyse est très précieuse puisqu'aussi bien le contrôle restreint peut être encore amoindri (« contrôle minimal ») et que le contrôle normal peut être étendu (« plein contrôle de proportionnalité »)⁹³. Deux nuances non négligeables.

617. En premier lieu, vers le bas, le contrôle restreint ou minimum peut être encore réduit. Il est constant que le juge administratif refuse, aujourd'hui, de contrôler autant les appréciations techniques réalisées par l'administration que celles qu'elle formule en qualité de jury d'examen ou de concours sur la valeur d'un candidat ou bien en matière sportive⁹⁴. Faut-il ajouter un quatrième contrôle, « rudimentaire », à l'arc du Conseil d'État ? Outre qu'en l'état, il doit être considéré pour ce qu'il est, une « étrange autolimitation du juge [devant] être condamnée avec fermeté »⁹⁵, nous adoptons entièrement l'analyse de M. Chapus qui conclut qu'« il ne paraît pas, compte tenu de l'esprit général de la jurisprudence et du sens de son évolution, qu'on puisse présenter ces solutions autrement que *comme des exceptions* à ce qu'est en principe le contrôle restreint » (italique dans le texte)⁹⁶. Il serait « excessif » complète-t-il de dégager un « contrôle spécifique d'un troisième type et qualifiable de "contrôle minimal" »⁹⁷. Si l'on peut écarter cette différenciation vers le bas, qu'en est-il de l'extension du contrôle vers le haut ?

618. En second lieu, la doctrine montre ses divisions s'agissant des rapports entre contrôle normal et contrôle maximum. René Chapus, à l'instar du contrôle des mesures de police administrative, soutient que le contrôle de proportionnalité, en tant qu'il serait qualifié par d'autres de contrôle maximum⁹⁸, relève du contrôle normal⁹⁹. Ce n'est pas un type nouveau de contrôle. « Le plein contrôle de proportionnalité » met en œuvre « une méthode exigeante d'appréciation de la qualification des faits. Aux avantages d'une décision sont confrontés ses inconvénients ; ou, en d'autres termes, ses effets positifs attendus sont confrontés à ses retombées négatives. Et c'est seulement si les premiers l'emportent sur les secondes – c'est-à-dire, si *le bilan* est positif – que les faits dont la décision procède seront reconnus comme de nature à la justifier juridiquement. C'est dire que la décision ne sera légale que si elle est adéquatement *proportionnée* aux faits » (italique dans le texte)¹⁰⁰. Il estime que l'examen des mesures de police administrative relève d'un contrôle normal, assimilable certes à un plein contrôle de proportionnalité¹⁰¹, mais demeurant dans ce cadre notionnel :

⁹³ Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1071 et s.

⁹⁴ Sur ces deux points, nous renvoyons à la jurisprudence classique du Conseil d'État, notamment, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1071-1074 ; M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 173 ; G. LEBRETON, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 401-402.

⁹⁵ G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 402.

⁹⁶ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1073-1074.

⁹⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1074.

⁹⁸ Notamment, G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 403.

⁹⁹ Voir, tout d'abord, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1066.

¹⁰⁰ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1074.

¹⁰¹ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1078.

« la subordination de la légalité des mesures de police à leur nécessité »¹⁰². « Mais il n'est pas douteux que l'appréciation de la nécessité de ces mesures passe par celle de leur rapport avec les faits dont elles procèdent : elles sont nécessaires dans la mesure où elles ne sont pas excessives, c'est-à-dire disproportionnées »¹⁰³. À propos de l'arrêt *Benjamin* (précité), tenu pour être l'arrêt inaugural ou « symbolique »¹⁰⁴ du contrôle de proportionnalité, le professeur Chapus considère que « s'il apparaît que les troubles susceptibles d'être provoqués par une réunion publique n'étaient pas d'une gravité telle que l'ordre public ne pouvait être maintenu que par son interdiction, cette dernière est illégale »¹⁰⁵. Le juge effectue une analyse des faits de l'espèce pour vérifier la correspondance étroite – la nécessité – de la mesure restrictive au regard des troubles invoqués. « Après avoir vérifié que la mesure contestée a bien été prise en vue du maintien de l'ordre public, le juge recherche, en examinant très concrètement toutes les données de l'espèce, si son édiction était nécessaire pour assurer son maintien »¹⁰⁶. Il ne s'agirait pas d'un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Les commentateurs de la jurisprudence du juge administratif ne disent pas autre chose lorsqu'ils énoncent que le contrôle « s'exerce sur l'adaptation des restrictions qu'elles imposent aux désordres qu'elles veulent éviter »¹⁰⁷. Le fait de classer la théorie du bilan coût-avantages au sein du contrôle normal de la qualification juridique des faits, fût-il étendu au maximum, est symptomatique du refus d'un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*¹⁰⁸.

619. La théorie du bilan, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, conduit le juge de l'Administration à poser trois questions durant le procès administratif : « l'expropriation projetée est-elle, de façon concrète, justifiée par un intérêt public ? » ; « l'expropriation (en vue d'une opération dont l'utilité publique est reconnue) est-elle nécessaire ? » ; enfin, « réaliser l'expropriation projetée, n'est-ce pas trop cher payer, du point de vue, tant de l'atteinte à la propriété privée, que du coût financier et aussi du coût social (atteinte à l'environnement, conséquences défavorables sur l'économie locale) de l'opération ? »¹⁰⁹. Si l'on suit l'analyse de René Chapus, il semblerait en effet

¹⁰² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 723 et, pour le régime juridique et diverses illustrations, p. 727 et s.

¹⁰³ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1078.

¹⁰⁴ G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 47.

¹⁰⁵ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 728.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁰⁸ En ce sens, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1074-1078. De surcroît, l'approfondissement et l'extension de la théorie du bilan à d'autres contentieux (cf. M. LONG et alii, *op. cit.*, p. 598-611) rendent utile son évocation ici. *Contra*, sur le premier point, notamment G. KALFLECHE, préc., p. 49-50 : « Le "contrôle du bilan" est la technique contentieuse qui correspond le plus à un contrôle de proportionnalité dans l'esprit des juges administratifs et de la doctrine » ; D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA n° spécial du 5 mars 2009*, p. 17-25, spéc. p. 22 : évoquant le principe de proportionnalité au sens strict, l'auteur y voit une très forte analogie avec la théorie du bilan du Conseil d'État et parle même de « test de la balance des intérêts » (p.21).

¹⁰⁹ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1075-1076.

que les trois étages de la théorie du bilan fassent qu'elle s'inscrive dans un contrôle normal¹¹⁰. C'est bien la troisième et dernière question de droit posée qui l'interdit : « Quelque poussé qu'il puisse être, le contrôle de légalité exercé en application de la théorie du bilan ne va pas jusqu'à exclure toute possibilité d'appréciation libre, en opportunité, de l'autorité administrative »¹¹¹. L'absence d'annulation des grands projets d'envergure nationale atteste de la grande marge de manœuvre laissée aux pouvoirs publics. « En réalité, le considérant principal de l'arrêt Ville Nouvelle Est dépasse, par une rédaction peut-être excessive, sa véritable signification et l'intention probable du juge. On peut, on doit faire confiance à ce dernier pour l'appliquer avec mesure. Il a voulu d'une part signifier à l'administration qu'elle ne devait pas exproprier "à tort et à travers", de manière trop technocratique si l'on ose écrire, d'autre part mettre fin à certains abus. Il a eu raison de le faire »¹¹². Cette dernière remarque de Didier Truchet, concédant certes l'extension du contrôle normal, tend à circonscrire la théorie du bilan pour la maintenir dans le giron d'un contrôle normal de la qualification juridique des faits. Ce qui inspirait cette insinuation sévère de M. Lebreton : « Le contrôle du bilan coût-avantages apparaît finalement assez factice. C'est un épouvantail qu'on agite à grands cris pour chasser les moineaux, et qu'on tient prudemment au repos, au mépris des exigences de l'État de droit, quand plane l'ombre de la politique gouvernementale »¹¹³. La proportionnalité, à bien y regarder, est relativement souple, contrairement à la proportionnalité stricte du contrôle maximum. C'est à l'aune de ces précisions de prudence que l'on peut malgré tout regarder la différenciation tripartite comme opératoire.

C. – Une différenciation tripartite opératoire : l'analogie avec le principe de proportionnalité

620. Trois contrôles exercés par le juge administratif reposant, *mutatis mutandis*, sur une échelle d'erreur : l'erreur grossière ou manifeste d'appréciation de la situation, toute erreur d'appréciation dans la situation de fait¹¹⁴ et toute erreur dans l'interprétation de l'appréciation de la situation de fait. Cette échelle fournit des outils notionnels aptes à rendre compte des différentes approches des mesures restrictives par les juridictions françaises et européennes. Nous avons choisi de partir de la phraséologie du contentieux administratif français pour dresser les principaux caractères du contrôle de la correspondance substantielle d'une mesure restrictive au regard d'un intérêt général invoqué. Il

¹¹⁰ Faisant de même, G. LEBRETON, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 400 : l'auteur place la théorie du bilan, en dépit – peut-être ? – de sa vocation à la proportionnalité, à mi-chemin entre le contrôle normal et le contrôle maximum.

¹¹¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1077.

¹¹² D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 260.

¹¹³ G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 401. Pour un avis plus modéré, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1078 : en misant sur son « effet préventif » en amont du processus décisionnel, la théorie du bilan ne serait pas « de la poudre jetée aux yeux ».

¹¹⁴ Preuve que les dissensions ne sont pas totalement épuisées : Gilles Lebreton range « les erreurs bénignes » ou « non manifestes » dans le contrôle normal tandis que René Chapus estime, que sous cet angle, « toute erreur continue à être censurée ». Cf., respectivement, G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 398 et R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1065.

faut concéder, à nouveau, la part de schématisation extrême qu’une telle méthode renferme, tout en indiquant sa capacité à intégrer et à subsumer les différentes approches juridictionnelles. Le *distinguo*, permis par la notion d’erreur dans l’appréciation des faits conflictuels à l’origine de la mise en mouvement de l’action publique, conduit à exiger des organes normatifs la juste mesure restrictive dans un contexte normatif donné. Cette mesure restrictive n’est juste, en effet, que selon le degré d’acceptabilité que le pouvoir juridictionnel façonne lorsqu’il est saisi. Cette mesure ne peut, *a priori*, être juste *per se*. Pour le Conseil d’État, par exemple, la juste mesure restrictive est respectivement celle, exempte d’aucune erreur dans la réaction administrative (contrôle maximum), celle, exempte d’aucune erreur dans l’appréciation de la situation conflictuelle (contrôle normal) et celle, exempte d’erreur grossière ou manifeste dans l’appréciation des mêmes faits (contrôle minimum). Le juge administratif, tenant compte de l’état du droit au moment où il statue et des circonstances de fait, ne peut fixer, par anticipation, ce qu’est la juste mesure, puisqu’une telle restriction pourra inclure une marge plus ou moins importante d’erreur. Il n’y a donc pas de règle intangible si ce n’est la recherche – contextualisée – de la juste mesure restrictive. Or, cette règle méthodologique, exigeant, dans un contexte donné, une mesure juste ou équilibrée, s’apparente à cette vieille idée de proportionnalité. « L’idée de proportionnalité, relève François Terré, est (...) consubstantielle au droit, en ce qu’elle se relie à une exigence de juste mesure (...) »¹¹⁵. Son ancienneté¹¹⁶ et son universalité emportent la conviction : « Il s’agit *partout et toujours* de se demander si les moyens utilisés par le droit – institution, règle, solution – sont proportionnés aux buts visés ou, peut-on dire encore, s’il y a une adéquation des moyens et des fins » (nous soulignons)¹¹⁷. En s’appuyant sur le principe de proportionnalité, le juge recherche des principes aptes à construire une appréciation de la validité d’une mesure restrictive lorsqu’une application machinale de la seule hiérarchie formelle des normes ne peut suffire. « Là où le système juridique n’est élaboré que de manière fragmentaire – ce fut longtemps le cas en droit public – [ces principes] ont permis de remédier aux insuffisances et de servir la cohérence nécessaire des règles et des solutions »¹¹⁸.

621. Accolée au principe de proportionnalité, cette grille de lecture, distinguant les degrés de contrôle, permet de dégager les points significatifs de convergence entre les différents contentieux et leur traduction, commune, de l’orientation conceptuelle de l’intérêt général favorable aux droits fondamentaux. La graduation, qu’offre la différenciation tripartite du contrôle effectué par le juge administratif, est liée étroitement à celle, bien acclimatée, tenant au principe de proportionnalité, au point même que les précautions valant pour l’une vaudraient pour l’autre. Voici ce qu’en dit M. Denys Simon : « Le raisonnement à base de proportionnalité ne me semble pas pouvoir être asservi à une

¹¹⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 155.

¹¹⁶ Le professeur Terré remonte à la Grèce pour la découvrir (*ibid.*).

¹¹⁷ F. TERRE, op. cit., p. 155.

¹¹⁸ F. TERRE, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G.* n° 25, 15 juin 2009, p. 52-57, spéc. p. 52.

catégorisation rigide. On sait par exemple que même si elles sont partiellement opératoires, les distinctions entre contrôle minimum, contrôle restreint et contrôle entier ou maximum expriment plus une échelle mobile d'intensité du contrôle qu'une taxinomie rigoureuse qui lierait le juge »¹¹⁹. Cela étant dit, on peut avancer la proposition suivante : l'erreur manifeste que sanctionne le contrôle minimum prouve l'inadéquation de la mesure restrictive. Toute erreur est sanctionnée au titre du contrôle normal dès lors que la mesure restrictive n'apparaît pas nécessaire. Enfin, toute erreur d'interprétation, portée sur l'appréciation de la situation de fait, sera censurée lors d'un contrôle dit maximum en raison de la disproportion de la mesure restrictive. Le lien avec les droits fondamentaux est dès lors opératoire.

622. Le principe de proportionnalité est incontestablement, dans le droit contemporain, l'instrument forgé par la logique même de la conciliation entre les exigences sociales – disons-le l'intérêt général – et les aspirations individualistes – *grosso modo* les droits fondamentaux. « Si le contrôle de proportionnalité impose la recherche d'un équilibre entre les atteintes portées aux droits et libertés constitutionnels et les objectifs poursuivis, l'étendue du contrôle exercé est en elle-même le résultat d'un équilibre entre exigences logiques, au sacrifice desquelles le juge ne peut se résoudre au-delà d'un certain seuil, et respect des compétences attribuées à l'organe contrôlé »¹²⁰. Le principe de proportionnalité est l'outil contentieux par excellence dont se sert le juge pour trancher le nœud gordien : résoudre par conciliation les deux antagonismes, cependant irréductibles, que sont l'intérêt général et les droits fondamentaux. Il « est assurément en lui-même une technique de protection des libertés publiques quel que soit le contentieux considéré, constitutionnel ou administratif »¹²¹. *A fortiori* en est-il de même des contentieux européens pour lesquels il est inutile de rappeler combien ils usent de ce principe de proportionnalité pour contrôler les restrictions aux droits. Selon Michel Fromont, le principe de proportionnalité est reçu dans le droit de la Convention européenne, singulièrement aux paragraphes 2 des articles 8 à 11¹²². « Le principe de proportionnalité est ainsi devenu pour la Cour européenne des droits de l'homme une règle générale qui lui sert à moduler l'ampleur du contrôle qu'elle exerce sur les pouvoirs d'appréciation des États et spécialement de leurs législateurs »¹²³. Xavier Philippe persiste et signe : « Le contrôle de proportionnalité est présent dans tous les systèmes juridiques et apparaît comme une constante, consubstantielle à la fonction de

¹¹⁹ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 18.

¹²⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel*, préc., spéc. introduction.

¹²¹ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, préc., p. 1.

¹²² M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », préc., p. 159.

¹²³ M. FROMONT, préc., p. 160.

juger »¹²⁴. L'appréciation de nature graduelle – traduisant l'orientation conceptuelle de l'intérêt général – de la mesure restrictive trouve par conséquent sa confirmation dans le principe de proportionnalité *lato sensu*.

§2. – Une appréciation graduelle confirmée par le recours au principe de proportionnalité *lato sensu* :

623. Si « la proportion est utilisée comme un correctif accompagnant un comportement inhabituel, si ce n'est même a-normal par rapport à un système établi »¹²⁵, c'est là la preuve que la proportionnalité, érigée en principe, ordonne les restrictions de manière à ce qu'elle protège les droits et libertés¹²⁶. Nous tenterons avant toute chose de poser une définition du principe de proportionnalité *lato sensu*, illustrant la faisabilité du syncrétisme construit (I.). La mise en œuvre de ce principe de proportionnalité devant les différents organes juridictionnels (II.), à des degrés divers, et, parfois, loin de l'orthodoxie communément exposée, prouve que le contrôle d'une mesure restrictive porte sur l'intensité de l'intérêt général avancé par les organes normatifs.

I. – La définition du principe de proportionnalité *lato sensu* :

624. « La proportionnalité se définit génériquement comme "l'état des grandeurs qui sont ou restent proportionnelles entre elles" ou encore comme "un rapport de proportion" (...) »¹²⁷. De façon très imagée, on peut soutenir encore que « globalement, le contrôle de proportionnalité, réduit à son noyau dur, tend essentiellement à empêcher, pour parler comme Jellinek, qu'on tire sur un moineau avec un canon ('*mit Kanonen auf Spätzen schießen*') »¹²⁸. Pourquoi le principe de proportionnalité *lato sensu* concrétiserait-il la graduation révélée par la différenciation tripartite du contrôle d'une mesure restrictive propre au contentieux administratif ? Parce qu'il faut entendre, par principe de proportionnalité *lato sensu*, l'inclusion des trois sous-principes d'adéquation, de nécessité et de

¹²⁴ X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 6-16, spéc. p. 6.

¹²⁵ F. TERRE, « La proportionnalité comme principe ? », préc., p. 53.

¹²⁶ Voir C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 107 : du principe de proportionnalité, l'auteur écrit que « la Cour constitutionnelle [allemande] y a d'abord vu une composante de l'État de droit (...) avant de le rattacher à l'essence des droits fondamentaux (...) ».

¹²⁷ X. PHILIPPE, préc., p. 9. S'il fallait distinguer le contrôle de proportionnalité, c'est le second axe qui nous occupe ici. Xavier Philippe distingue les deux axes du contrôle de proportionnalité : d'abord le « contrôle de la proportionnalité » qui renvoie à deux hypothèses : celle du contrôle exigé par une norme (ex : obligation de respecter une proportionnalité entre la gravité des faits et la peine encourue en droit pénal) et celle du contrôle exigé lorsqu'il est question de poser des limites aux droits et libertés fondamentaux. Le second axe du contrôle est le « contrôle de proportionnalité » entendu comme technique de contrôle forgée par le juge (p. 9-10).

¹²⁸ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 17.

proportionnalité au sens strict avec les terminologies qui leur sont associées¹²⁹. Créé et défini, dans sa version actuelle, par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, depuis plus de quarante ans¹³⁰, on peut le résumer comme suit : « les moyens utilisés doivent être d'abord *aptés* à réaliser, au moins partiellement, la fin recherchée (*Geeignetheit*) ; ils doivent être *nécessaires* à cette fin, sans qu'une mesure plus douce puisse atteindre la même efficacité (*Erforderlichkeit*) ; ils doivent être en tout état de cause, au regard de l'importance du but recherché, *supportables* par les personnes concernées (*Zumutbarkeit*, ou *proportionnalité au sens strict*). Ce dernier moment du contrôle de proportionnalité implique une mise en balance des biens et des intérêts, publics et privés (...) »¹³¹. Dans la même veine, mais avec quelques nuances, en citant le professeur allemand Harmut Maurer¹³², Michel Fromont explicite la signification, désormais convenue, du principe de proportionnalité en droit allemand : « Dans la réalité des choses, il y a toutefois accord sur les points suivants : 1) La mesure en cause n'est *appropriée* que si elle est de nature à atteindre à coup sûr le résultat recherché ; 2) La mesure appropriée n'est *nécessaire* que si d'autres moyens appropriés affectant de façon moins préjudiciable la personne concernée et la collectivité ne sont pas à la disposition de l'autorité ; 3) La mesure nécessaire ne présente un caractère de *proportionnalité au sens étroit* que si elle est hors de proportion avec le résultat recherché (...) » (italique dans le texte)¹³³. Le principe ou contrôle de proportionnalité est devenu au cours des dernières décennies l'instrument privilégié des juges pour apprécier la correspondance substantielle entre une mesure restrictive et l'intérêt général. « Pour exercer pleinement son rôle, le juge doit disposer d'instruments ou de techniques de contrôle et il a naturellement eu recours au contrôle de proportionnalité parce que celui-ci est apparu dans bien des cas adapté à la mission qui lui était dévolue. Le contrôle de proportionnalité permet en effet au juge de contrôler la logique d'un acte ou d'une action et par définition s'avère adapté à cette analyse de la rationalité des rapports entre la norme et les faits ou entre les motifs et le but poursuivi. Les juges ont ici cherché à travers le contrôle de proportionnalité un instrument adapté à la difficulté de leur tâche »¹³⁴. Le Conseil d'État résume l'ensemble de ce propos : « Le principe proportionnalité connaît sa forme la plus aboutie en droit allemand, en raison du souci constant du juge d'assurer une protection effective des libertés fondamentales. La Cour constitutionnelle fédérale définit ainsi la

¹²⁹ Sur cette présentation, V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, préc., spéc. I.

¹³⁰ Sur ces deux points : M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », préc., p. 156-157 : le principe de proportionnalité est né en Allemagne et en Suisse avant de gagner les pays de tradition juridique germanique puis les deux Cours européennes (p. 156) ; la reconnaissance constitutionnelle par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne résulte de l'adoption de la Loi fondamentale de 1949 (p. 157). Ainsi que X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 6 : « La paternité du recours au contrôle de proportionnalité revient probablement à l'Allemagne dans les pays de droit écrit ».

¹³¹ O. JOUANJAN, « Allemagne (État des droits fondamentaux en) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 23-24.

¹³² H. MAURER, *Droit administratif allemand*, traduction Michel FROMONT, L.G.D.J, 1995, p. 272.

¹³³ M. FROMONT, préc., p. 157. *Nota* : La proposition 3) doit être comprise comme indiquant que la mesure ne présente pas un caractère de proportionnalité au sens étroit si elle est hors de proportion. Se rapprochant de cette subdivision conceptuelle et linguistique (traduction similaire), C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 108.

¹³⁴ X. PHILIPPE, préc., p. 10.

proportionnalité : "l'intervention doit être adéquate et nécessaire pour atteindre son but ; elle ne doit pas constituer une charge excessive pour l'intéressé et doit donc pouvoir être raisonnablement exigée de celui-ci". La recherche de l'équilibre entre l'intérêt général poursuivi par l'administration et les droits et libertés des particuliers, qui caractérise le contrôle de proportionnalité, a été introduite, sous l'influence de la jurisprudence de la CJCE, dans les droits italien et anglais. Les notions de proportionnalité, d'adéquation, de mesure, d'équilibre, servent également de critères d'appréciation dans le contrôle de légalité des actes administratifs, à des degrés variés, dans divers droits européens »¹³⁵. Les trois strates du principe de proportionnalité, ainsi énumérées par la doctrine, épousent sans peine la différenciation des contrôles minimum, normal et maximum. Il faut en déterminer sa mise en œuvre par les juges.

II. – La mise en œuvre variable du principe de proportionnalité *lato sensu* :

625. « Pour tuer une poule use-t-on d'un couteau à dépecer le bœuf ? ». À cette apostrophe posthume de Confucius¹³⁶, chacune des juridictions répond – invariablement – par la négative. Le rapport de proportion est une donnée fondamentale du contentieux des droits fondamentaux. Mais force est de constater, très platement, que chaque juge n'a pas la même définition d'une poule, d'un couteau à dépecer et d'un bœuf... Les nuances sont donc importantes et inévitables. Nous prenons le risque de gommer les singularités propres à chaque contentieux puisque l'objectif du propos est de rendre compte, dans les grandes lignes et non dans le menu détail, de leur convergence à saisir une mesure restrictive sous l'angle de la proportionnalité. Les trois degrés du contrôle de la restriction, inscrits dans le rapport de proportionnalité, se retrouvent dans les différents contentieux. Mais le contrôle diffère en fonction des juridictions saisies. Les Cours européennes ont largement intégré le principe de proportionnalité et assument pleinement son recours dans le cadre de leur contrôle des mesures restrictives prises au nom de l'intérêt général (A.). Devant les juridictions françaises, son recours est conditionnel (B.).

¹³⁵ *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 310.

¹³⁶ Rapportée par É. NAIM-GESBERT, « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion*, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 54-61, spéc. p. 54. Nous aurions pu mentionner aussi « l'expression française selon laquelle on ne doit pas écraser une mouche avec un marteau-pilon » (cf. G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline, op. cit.*, p. 298).

A. – Le recours assumé au principe de proportionnalité devant les Cours européennes :

626. Marqueur emblématique du contrôle réalisé par la Cour européenne des droits de l'Homme, le principe de proportionnalité est éprouvé dans le contentieux de Strasbourg (1.). On vérifie également son usage à Luxembourg (2.)

1. – Un recours éprouvé devant la Cour européenne :

627. La banalité du recours au principe de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'Homme est étonnante à la fois en raison de son absence formelle dans le droit de la Convention et de sa nécessaire consubstantialité, affirmée très tôt dans la jurisprudence. Ce qu'il faut, avec le professeur Sermet, préalablement observer : « Le contrôle de proportionnalité absent, ou presque, du texte conventionnel a pris une place si significative qu'il doit être considéré comme inhérent à la protection européenne des droits fondamentaux. En effet, la Cour assure, *via* le contrôle de proportionnalité, un équilibre, toujours ou presque à réécrire, entre deux tensions contraires : la protection des droits fondamentaux, qui exprime une conception propre de ceux-ci, et la reconnaissance de prérogatives de l'État, sous la forme générique de ses responsabilités envers la protection des droits de l'homme, qui prend l'appellation de marge nationale d'appréciation »¹³⁷. Vincent Berger, ancien greffier à la Cour, s'inscrit totalement dans cette vision de la jurisprudence précisant simplement que le contrôle de proportionnalité est utilisé « parfois de manière explicite, le plus souvent de façon latente ou diffuse »¹³⁸. Cela étant dit, on trouve sans doute dans la jurisprudence européenne un déploiement conséquent du principe de proportionnalité dans l'examen des restrictions aux droits et libertés. Ce principe est inhérent au contrôle européen de la définition des droits fondamentaux. Bien que les termes employés diffèrent, Laurent Sermet rappelle que « les composantes prétorienne du contrôle juridictionnel, au nombre de trois, sont fondées sur une trilogie désormais solidement arrêtée : légalité, légitimité, nécessité »¹³⁹. C'est au titre de la « nécessité » que se trouvent formulées, à des degrés

¹³⁷ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *in* Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 27.

¹³⁸ V. BERGER, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 40-45, spéc. p. 40.

¹³⁹ L. SERMET, préc., p. 29. Tributaire de la rhétorique européenne, une mesure nationale restrictive « doit être prévue par la loi », « viser un but légitime » et présenter un caractère de nécessité « dans une société démocratique », le fond subsiste, intacte, puisqu'il clarifie les termes de légitimité et de nécessité ainsi : par légitimité, la Cour opère un contrôle des motifs ayant conduit à l'adoption d'une mesure restrictive aux droits fondamentaux ; par nécessité, la Cour effectue alors un contrôle de proportionnalité de la mesure restrictive au sens strict (p. 30). L'interprétation est également celle-ci pour F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 222 : « Le contrôle du juge européen sur la nécessité de la mesure restrictive s'organise autour de la notion de "marge nationale d'appréciation" ». Or, ce contrôle est qualifié par l'auteur de contrôle d'adéquation en tant qu'il renvoie au principe de proportionnalité : « Le principe de

variables, les deux composantes du principe de proportionnalité *lato sensu* : nécessité ou contrôle normal et proportionnalité *stricto sensu*. On retrouve en effet le même phénomène d'exigence méthodologique dans l'appréciation graduelle de la correspondance d'une mesure restrictive à un intérêt général. Mais, à l'instar de la jurisprudence administrative, le juge de Strasbourg module son contrôle de proportionnalité lequel connaît des variations au titre de la marge nationale d'appréciation. « La Cour a dégagé très tôt la notion de marge nationale d'appréciation dont elle s'est servie dans des affaires portant sur des mesures restrictives ou dérogatoires dont il fallait soit apprécier le caractère "nécessaire dans une société démocratique" (...), soit vérifier qu'elles avaient été prises "dans la stricte mesure où la situation l'exige[ait]" (...) »¹⁴⁰. La correspondance offre une relative souplesse. « La Cour ménage aux États une certaine marge d'appréciation sous l'empire de son contrôle »¹⁴¹. Or, ce contrôle de « la nécessité de la mesure restrictive s'organise autour de la notion de "marge nationale d'appréciation" »¹⁴².

628. Les grandes lignes de la jurisprudence de Strasbourg peuvent se résumer ainsi : « la "marge d'appréciation" ainsi laissée aux États n'est pas illimitée. Elle suppose un contrôle européen (...) mais qui repose sur l'idée que les mesures limitatives de droits individuels doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Il suffit à ce stade de relever que s'exerce un contrôle de finalité, de nécessité et de proportionnalité des mesures nationales »¹⁴³. La systématisation doctrinale du recours au principe de proportionnalité ne doit toutefois pas masquer que ce dernier est avant tout un outil extrêmement malléable, destiné à pouvoir s'adapter aux circonstances de fait et de droit soumises à l'examen de la Cour. « Selon qu'elle énonce plus ou moins strictement la condition de proportionnalité – proportion rigoureuse, juste, raisonnable –, la Cour européenne module l'intensité de son contrôle et, en conséquence, fait varier l'étendue de la marge d'appréciation de l'État (...) »¹⁴⁴. La catégorisation – arbitraire s'il en est – ne doit pas être surdéterminée et revêt, ici, un caractère essentiellement explicatif. Il faut rappeler que les terminologies peuvent brouiller le discours. Par exemple, la mesure nécessaire dans une société démocratique est aussi bien une mesure nécessaire sous l'angle du sous-principe de nécessité qu'une mesure proportionnée au sens du sous-principe de proportionnalité *stricto sensu*. Dans ce cadre interprétatif, et vu les différentes précautions énoncées, retenons que les trois éléments habituels du principe de proportionnalité constituent l'armature du contrôle européen d'une mesure restrictive. « La Cour de Strasbourg, affirme Denys Simon, a estimé qu'une ingérence dans un

proportionnalité, qui traduit une exigence d'adéquation entre un objectif légitime et les moyens utilisés pour l'atteindre, se situe donc au cœur du contrôle de la marge nationale d'appréciation » (p. 226).

¹⁴⁰ L. PUBERT, « Cour européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 156.

¹⁴¹ Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 907.

¹⁴² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 222.

¹⁴³ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 53-54.

¹⁴⁴ F. SUDRE, op. cit., p. 226.

droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, justifiée par un motif d'intérêt général national, n'était compatible avec la Convention que pour autant qu'elle poursuivait un *but légitime*, qu'elle présentait un caractère de *nécessité* et qu'elle ne portait pas une *atteinte disproportionnée* aux droits garantis » (italique dans le texte)¹⁴⁵. La vérification de la correspondance substantielle entre une mesure restrictive et l'intérêt général passe par trois niveaux d'intensité : le contrôle minimum porte sur l'adéquation de la mesure nationale au but légitime invoqué (a.), les contrôles normal et maximum portant respectivement sur la nécessité de la mesure (b.) et sa proportionnalité *stricto sensu* (c.) dans une société démocratique.

a) – Le contrôle minimum européen : l'adéquation de la mesure nationale au but légitime invoqué

629. La mesure nationale restrictive est-elle appropriée ? Est-elle apte à atteindre effectivement le but légitime qu'elle poursuit ? Au sens du sous-principe d'adéquation, « une telle mesure doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée, ce qui suppose qu'elle soit *a priori* susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur »¹⁴⁶. La Cour européenne répond-elle à cette première question ? La caractérisation du contrôle minimum ou d'adéquation est probablement d'une pertinence limitée, au plan européen, dans la mesure où la Cour a généralement tendance à valider ensemble – le « ticket » – but légitime et adéquation de la mesure restrictive. Dès lors qu'un but légitime est objectivé, dans la mesure restrictive, et admis, en principe, par la Cour, celle-ci constate par transition que la mesure (l'ingérence dans le droit) a pour finalité – premier niveau du contrôle – de satisfaire de manière appropriée à cet intérêt général. La rédaction des arrêts, s'attardant peu sur cet élément, révèle pourtant sa prise en compte, fût-ce de manière très formelle. À ce titre, les juges de Strasbourg font preuve d'une autolimitation et reconnaissent aux États parties une marge nationale d'appréciation étendue pour qualifier une situation conflictuelle. La Cour européenne peut le dire de façon négative comme dans l'affaire *Fressoz et Roire contre France* : « Selon les requérants, le Gouvernement et la Commission, l'ingérence avait pour but de protéger la réputation et les droits d'autrui et d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles. La Cour n'aperçoit aucune raison d'adopter un point de vue différent »¹⁴⁷. Illustratif de la position de la Cour, l'arrêt *Leyla Şahin contre Turquie* accentue cette bienveillance : « Eu égard aux circonstances de la cause et aux termes des décisions des juridictions internes, la Cour peut accepter que l'ingérence incriminée poursuivait pour l'essentiel les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de

¹⁴⁵ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », *op. cit.*, p. 64.

¹⁴⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, préc., spéc. I.

¹⁴⁷ CEDH, Gr. Ch., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, R. 1999-I, § 43.

l'ordre, ce qui ne prête pas à controverse entre les parties »¹⁴⁸. En énonçant qu'elle « peut accepter que l'ingérence incriminée poursuivait pour l'essentiel les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de l'ordre », la Cour établit l'adéquation de la mesure restrictive nationale, sa finalité conventionnellement compatible, au regard du but d'intérêt général affiché par l'État partie. Enfin, il lui arrive parfois de l'affirmer avec beaucoup plus de netteté lorsque, dans l'arrêt *Slivenko contre Lettonie*, elle conclut : « En somme, les mesures d'éloignement dont les requérantes ont fait l'objet peuvent être considérées comme ayant été adoptées aux fins de la protection de la sécurité nationale, but légitime au regard de l'article 8 § 2 de la Convention »¹⁴⁹.

b) – Le contrôle normal : la nécessité de la mesure nationale dans une société démocratique

630. S'agissant du principe de la mesure la moins restrictive, la Cour l'a formalisé ainsi : « Eu égard à la place éminente qu'occupe le droit à une bonne administration de la justice dans une société démocratique, toute mesure restreignant les droits de la défense doit être absolument nécessaire. Dès lors qu'une mesure moins restrictive peut suffire, c'est elle qu'il faut appliquer »¹⁵⁰. Il demeure que les hypothèses de censure, au titre du contrôle de la nécessité, c'est-à-dire du sous-principe de nécessité, sont rares, constate le professeur Sermet. Selon cet auteur, en 2007, la Cour n'a eu recours que dans six cas au principe de la mesure la moins restrictive¹⁵¹. C'est le dernier échelon du principe de proportionnalité qui concentre la philosophie générale favorable aux droits fondamentaux du contrôle effectué par l'organe strasbourgeois.

c) – Le contrôle maximum : la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure nationale dans une société démocratique

631. Dernier stade du contrôle, effectué par la juridiction européenne, « il reste à déterminer si, en l'occurrence, il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les objectifs légitimes poursuivis par l'ingérence contestée »¹⁵². Ce « contrôle de proportionnalité se présente dès lors comme l'outil idéal de mise en balance des intérêts et de la protection des droits et

¹⁴⁸ CEDH, Gr. Ch., 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, req. n° 44774/98, R. 2005-XI, § 99. Sur cet arrêt, G. GONZALEZ, « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », note sous CEDH, 10 novembre 2005, *Mme Leyla Şahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98, AJDA 2006, p. 315-320.

¹⁴⁹ CEDH, Gr. Ch., 9 octobre 2003, *Slivenko c. Lettonie*, req. n° 48321/99, R. 2003-X, § 112.

¹⁵⁰ CEDH, 23 avril 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, req. n°s 21363/93 ; 21364/93 ; 21427/93 et 22056/93, R. 1997-III, § 58.

¹⁵¹ En ce sens, L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 31.

¹⁵² CEDH, Gr. Ch., *Leyla Şahin c. Turquie*, précité, § 117.

libertés dans une société démocratique »¹⁵³. « La Cour recherche si l'ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi et vérifie alors qu'un "juste équilibre" a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (...) »¹⁵⁴. Pour illustrer le contrôle maximum, la Cour conclut dans l'affaire *Goodwin contre Royaume-Uni* que la mesure restrictive britannique « ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite du but légitime visé. Les restrictions que l'ordonnance de divulgation a fait peser sur la liberté d'expression du journaliste qu'est le requérant ne peuvent donc passer pour nécessaires dans une société démocratique, au sens du paragraphe 2 de l'article 10 (...) »¹⁵⁵. La rédaction de l'arrêt est explicite : le non respect du sous-principe de proportionnalité au sens strict, par le Royaume-Uni, conduit à regarder la mesure restrictive comme ne satisfaisant pas à la condition conventionnelle de nécessité dans une société démocratique. Pour effectuer cette balance des intérêts, la Cour devant se livrer à un examen des cas d'espèce qui lui sont soumis, le contrôle européen apparaît par conséquent éminemment casuistique. L'affaire *Stoll contre Suisse* nous paraît emblématique de la démarche des juges de Strasbourg¹⁵⁶. Selon la Cour, « pour déterminer si la mesure litigieuse était néanmoins nécessaire en l'espèce, plusieurs aspects distincts sont à examiner : les intérêts en présence (...), le contrôle exercé par les juridictions nationales (...), le comportement du requérant (...) ainsi que la proportionnalité de l'amende infligée (...) »¹⁵⁷. Elle consacre précisément une cinquantaine de paragraphes pour aboutir à la conclusion suivante : « il apparaît que dans la mise en balance, à la lumière de tous les éléments pertinents, des intérêts en jeu en l'espèce, les autorités nationales n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Par conséquent, la condamnation du requérant peut passer pour une mesure proportionnée au but légitime visé. Il s'ensuit qu'il y n'a pas eu violation de l'article 10 de la Convention »¹⁵⁸. On peut être saisi de vertiges à l'idée qu'il faille rationaliser le contrôle européen de proportionnalité fondamentalement tributaire des faits. On retrouve en outre, comme en contentieux administratif, une dépendance du contrôle en fonction du pouvoir discrétionnaire laissé par le juge et/ou le texte conventionnel aux autorités nationales. « Le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 par. 2 (...), juge la Cour européenne. L'affaire *Handyside* concernait la "protection de la morale". L'idée que les États contractants "se font des exigences de cette dernière", a constaté la Cour, "varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque", et "les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences" (...). Il n'en va pas exactement de même de la notion, beaucoup plus objective, d'"autorité" du pouvoir judiciaire. En la matière, une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des États contractants. Elle se reflète

¹⁵³ Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 907.

¹⁵⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 226.

¹⁵⁵ CEDH, Gr. Ch., 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90, R. 1996-II, § 46.

¹⁵⁶ Voir CEDH, Gr. Ch., 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*, req. n° 69698/01, publié au *Recueil*.

¹⁵⁷ CEDH, Gr. Ch., *Stoll c. Suisse*, précité, § 112.

¹⁵⁸ CEDH, Gr. Ch., *Stoll c. Suisse*, précité, § 162.

dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6 (...), qui n'ont pas d'équivalent pour la "morale". À une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu »¹⁵⁹.

632. Le professeur Sudre estime toutefois, pour clarifier la jurisprudence, que ce « contrôle de proportionnalité varie en fonction de trois paramètres »¹⁶⁰ qu'il identifie ainsi : importance du droit fondamental restreint, importance du but d'intérêt général poursuivi et importance d'un consensus avéré quant à la conciliation des droits fondamentaux et de l'intérêt général au sein des États parties à la convention¹⁶¹. Ces trois critères fournissent donc une vision globale mais changeante. Le dernier critère, « l'interprétation "consensuelle" [...], élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux États dans la mise en œuvre des restrictions aux droits » est, sous cet angle, très significatif, si, effectivement, l'interprétation consensuelle « est fragilisée par l'indétermination du standard européen – dont on ne sait s'il doit s'entendre dans un sens quantitatif ou qualitatif – qui vient marquer les bornes de la diversité nationale »¹⁶². Faut-il le regretter ? Assurément non puisque la validation des mesures restrictives, impliquant d'apprécier des situations de fait, réclame une validation *a posteriori* de la définition des droits fondamentaux. « Il est significatif, remarque M. Sudre, que la Cour de justice des Communautés européennes emprunte, de longue date (...), une démarche symétrique à celle de la Cour de Strasbourg lorsqu'elle apprécie les limitations imposées par un État à un droit subjectif garanti par le droit communautaire, n'hésitant pas à se référer expressément à la clause d'ordre public de la CEDH et, de plus en plus fréquemment, semble-t-il, à la notion de marge nationale d'appréciation (...) »¹⁶³.

2. – Un recours vérifié devant la Cour de justice :

633. Le droit de l'Union a développé aussi sa conception de la correspondance de la mesure restrictive à l'intérêt général revendiqué par l'autorité normative de l'État membre concerné. On retrouve pareillement des similitudes avec le droit européen quant à la liberté laissée aux organes normatifs de l'Union. Jean Paul Jacqué rappelle que « le traité communautaire est un traité-cadre qui laisse une large place à l'interprétation »¹⁶⁴. La Cour de justice, dans son contrôle de proportionnalité, ne peut se soustraire à ce paramètre qui gonfle ou amenuise le saisissement de la situation de fait : « dès lors que les auteurs du traité ou le législateur ont laissé, dans le cadre du droit primaire ou du droit dérivé, une large place à l'interprétation judiciaire, il ne saurait être reproché au juge, qui ne peut

¹⁵⁹ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. n° 6538/74, série A n° 30, § 59.

¹⁶⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 226.

¹⁶¹ Voir F. SUDRE, op. cit., p. 226-231.

¹⁶² F. SUDRE, op. cit., p. 229.

¹⁶³ F. SUDRE, op. cit., p. 231.

¹⁶⁴ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 398.

se refuser de statuer, d'exercer sa mission (...) »¹⁶⁵. La Cour cherche par conséquent une voie médiane constitutive du contexte de son office.

634. « Sans préjuger de la légitimité intrinsèque de l'objectif poursuivi, le juge va toutefois vérifier qu'il existe "*une relation étroite de cause à effet entre la réglementation protectrice édictée par l'État membre et l'intérêt général que celui-ci entend protéger*" » (italique dans le texte)¹⁶⁶. L'avocat général Jacobs devait indiquer la voie à suivre : la règle de droit de l'Union ne doit pas être « la source d'un équilibre injuste entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus »¹⁶⁷. Cet ordre juridique a construit la conciliation intérêt général et droits fondamentaux à partir du « contrôle de proportionnalité de la mesure au regard de l'intérêt général invoqué »¹⁶⁸. Allons plus loin : « Il importe de préciser que ce contrôle apparaît en réalité comme la condition centrale de la conformité des intérêts généraux au regard du droit communautaire »¹⁶⁹. Le droit de l'Union ne fait pas exception au triptyque de la proportionnalité puisque l'on retrouve les trois stades connus : adéquation, nécessité, et proportionnalité au sens strict¹⁷⁰. « Les réglementations étatiques, résume Mme Kauff-Gazin, doivent être nécessaires, efficaces et tendre réellement à poursuivre l'intérêt général qu'elles prétendent protéger. Enfin, les réglementations doivent être globalement proportionnées au regard des inconvénients qui résultent pour l'intérêt communautaire affecté et les avantages procurés à l'objectif d'intérêt général poursuivi »¹⁷¹. Ces trois éléments caractéristiques du principe de proportionnalité *lato sensu* sont repérables dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

635. « La Cour de Luxembourg, sur la base du traité communautaire, a admis qu'une mesure nationale dérogeant aux règles du traité au nom de raisons d'intérêt général national n'était compatible avec le droit communautaire que pour autant qu'elle répondait à un triple contrôle de *finalité*, de *nécessité* et de *proportionnalité* » (italique dans le texte)¹⁷². Si l'on retrouve les trois niveaux de contrôle de la proportionnalité propres à la théorie allemande, à l'instar du contentieux français, la jurisprudence de Luxembourg n'est cependant pas toujours claire : « le juge ne procède pas toujours, comme le voudrait la logique de la théorie allemande, à un examen successif des différents éléments structurels du contrôle. Il lui arrive de modifier ou d'inverser, de mêler subtilement – et pas toujours

¹⁶⁵ J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 399.

¹⁶⁶ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 161, citant C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit communautaire matériel*, Paris, Montchrestien, Domat, 1^{ère} éd., 1999, p. 220.

¹⁶⁷ F. G. JACOBS, conclusions pour CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS et Minister for Transport, Energy and Communications e.a.*, aff. C-84/95, *Rec.* 1996, p. I-3976, point 67.

¹⁶⁸ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 163 et s.

¹⁶⁹ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 163-164.

¹⁷⁰ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 164-165.

¹⁷¹ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 164 (ainsi que la jurisprudence illustrant la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité).

¹⁷² D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 64.

très clairement – deux des tests, voire de procéder à un amalgame syncrétique qui n'est pas toujours limpide pour l'observateur »¹⁷³. À l'image du droit conventionnel, la Cour de justice accepte d'effectuer un contrôle restreint de l'adéquation de la mesure restrictive au regard de l'intérêt général invoqué. Un trait particulier tient au double degré du contrôle restreint devant le juge de l'Union. Alors que l'intérêt général d'essence communautaire fera l'objet d'un véritable contrôle restreint ou minimaliste, l'État membre qui argue d'un intérêt général d'origine nationale pour justifier une mesure restrictive devra se soumettre à un contrôle restreint plus étendu. Cette spécificité procède des impératifs de consolidation et d'harmonisation du droit de l'Union. Le sous-principe d'adéquation de la mesure n'en demeure pas moins affecté puisqu'une mesure de restriction à un droit fondamental sera plus ou moins adéquate selon la nature (nationale ou « unionale ») de l'intérêt général exposé devant le juge. Quant au sous-principe de nécessité, selon Valérie Goesel-Le Bihan, « autant dans la jurisprudence allemande que dans celle communautaire, le contrôle de la nécessité de la mesure permet au juge de rechercher s'il n'existe pas, à résultat égal, une mesure moins contraignante que celle adoptée, même si elle est de nature différente »¹⁷⁴. Là encore, le débat doctrinal semble moins s'intéresser à cet échelon qu'à celui, conséquent, de la proportionnalité au sens strict. Il semblerait effectivement, qu'en droit de l'Union, tout se joue généralement au dernier étage.

636. Le droit de l'Union est construit autour du principe de la balance des intérêts : ceux des particuliers exprimés par les droits fondamentaux et celui de la puissance publique¹⁷⁵. Confrontée à un droit fondamental, « l'équation entre l'intérêt général ou public et les droits et libertés individuels, ne se résout plus selon une approche transcendante de l'intérêt général, mais au terme d'une mise en balance entre les différents intérêts »¹⁷⁶. Le moteur de l'interprétation de l'intérêt général favorable aux droits fondamentaux réside assurément dans le contrôle de proportionnalité au sens strict. Devant la Cour de justice, le troisième niveau de contrôle a pour principal objet de protéger les droits fondamentaux. « La même mise en balance d'intérêts divergents est opérée dès que la mesure en cause suppose un arbitrage entre droits fondamentaux difficilement conciliables »¹⁷⁷. « Si l'on veut préciser l'apport de la jurisprudence communautaire sur ce point, ajoute le professeur Simon, j'aurais tendance à présenter le raisonnement comme la mise en rapport de la situation de la mesure au regard de deux échelles : la première permet de situer le degré de gravité de l'atteinte à une liberté ou à un droit, c'est-à-dire l'intensité de la restriction ; la seconde permet d'évaluer le degré d'importance de l'intérêt public en jeu, c'est-à-dire l'intensité de l'intérêt général. Plus l'intérêt général est

¹⁷³ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 20. Pour une description des modalités et les trois étapes du contrôle de proportionnalité opéré par le juge communautaire (p. 20-22).

¹⁷⁴ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel*, préc., spéc. I-B.

¹⁷⁵ Voir, pour la mise en œuvre, F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 429-438.

¹⁷⁶ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 429.

¹⁷⁷ D. SIMON, préc., p. 22.

fondamental, plus la restriction, même importante, pourra être jugée proportionnée ; inversement, plus la restriction est gravement attentatoire à un droit particulièrement protégé, plus l'objectif d'intérêt général devra être fondamental pour qu'il puisse y être porté atteinte »¹⁷⁸. Au regard de cet ultime stade du contrôle par l'Union, il ressort que la jurisprudence de Luxembourg enferme le pouvoir normatif d'édiction d'une mesure restrictive en soulignant que « le législateur ne saurait affecter la substance du droit en question, mais peut restreindre l'usage de ce droit »¹⁷⁹. Il faut entendre précisément que « l'intervention ne doit être ni démesurée, ni intolérable »¹⁸⁰. La nuance n'est pas négligeable. Au terme de son examen, Fabienne Kauff-Gazin a tendance à croire que la Cour de justice privilégie généralement l'intérêt général au détriment des droits fondamentaux¹⁸¹. « Cette position nette en faveur de la prévalence de l'intérêt général communautaire s'avère certainement motivée par l'impératif, particulièrement, fort de structuration du droit communautaire, droit qui doit s'imposer comme un droit supérieur aux États et aux individus »¹⁸². Cet impératif, propre au système juridique de l'Union, explique sans doute la liberté prise par la Cour de justice avec l'orthodoxie allemande du contrôle de la proportionnalité *lato sensu*. Il peut s'avérer indispensable de moduler ce contrôle pour préserver la construction de l'Union européenne, au détriment, autant de la rigueur attendue que de la promotion des droits fondamentaux. Ce n'est évidemment pas les mêmes préoccupations qui sous-tendent le recours conditionnel au principe de proportionnalité devant les juges français.

B. – Le recours conditionnel au principe de proportionnalité devant les juridictions nationales :

637. Chacune des juridictions françaises admet, lorsqu'elle est saisie d'une atteinte à un droit ou à une liberté, d'effectuer un contrôle effectif – pour employer un terme suffisamment neutre – du bon rapport entre la mesure restrictive adoptée et l'intérêt général que l'autorité normative a jugé éligible au rang de justification régulière de cette restriction. Mais la part d'incertitudes dans l'utilisation du principe de proportionnalité *lato sensu* démontre que ledit principe n'est pas complètement assumé au contentieux. L'appel à la doctrine atteste seulement que le Conseil constitutionnel ferait du principe un usage limité (1.), que devant le juge judiciaire le contrôle de proportionnalité ne serait pas encore achevé (2.) et, qu'enfin, le juge administratif l'accepte sans le savoir ou sans le reconnaître (3.). *Grosso modo*, à l'aile Montpensier, on appliquerait le principe en l'érodant ; au Quai de l'Horloge, on

¹⁷⁸ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 22.

¹⁷⁹ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 434.

¹⁸⁰ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 436.

¹⁸¹ F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 436-438.

¹⁸² F. KAUFF-GAZIN, op. cit., p. 442-443.

prétend l'appliquer progressivement ; au Palais Royal, on l'applique mais on ne voudrait pas l'admettre.

1. – Un principe de proportionnalité amputé devant le Conseil constitutionnel ?

638. Il pourra sembler surprenant d'évoquer le principe de proportionnalité en droit constitutionnel positif tant on s'accorde généralement pour ne pas l'y trouver¹⁸³. Le droit constitutionnel positif ne le connaîtrait pas, du moins dans sa forme aboutie léguée par la jurisprudence de Karlsruhe. « En droit constitutionnel français, il n'existe pas de principe général de proportionnalité qui soit imposé par les textes ou déduits de ceux-ci »¹⁸⁴. Le professeur Goesel-Le Bihan concède néanmoins que la décision *Droit de grève à la radio et à la télévision*¹⁸⁵ ait pu introduire pour la première fois, à défaut d'un contrôle de proportionnalité analogue au droit conventionnel ou au droit allemand, du moins « de la proportionnalité »¹⁸⁶. Elle estime que la proportionnalité pour apprécier une mesure restrictive est reçue par le juge constitutionnel mais pas en bloc et sans suivre la rigueur développée outre-Rhin. « Certes, l'énoncé clair et sans équivoque du principe de proportionnalité, dans son triptyque, est en soi une évolution. Mais il ne s'agit pas d'une révolution dans la mesure où le principe de proportionnalité est depuis longtemps appliqué de manière implicite par le Conseil et, surtout, parce que ce dernier ne semble pas exactement appliquer les trois sous-principes tels que définis par le *BverfGE*¹⁸⁷ »¹⁸⁸. La nuance tient à ce que le Conseil n'opère pas un contrôle de proportionnalité sur le fond mais sur la forme : en examinant chacune des garanties procédurales offertes aux personnes faisant l'objet d'une mesure de sûreté ou de surveillance, il conclut à la constitutionnalité de la mesure. Il n'aurait pas selon Valérie Goesel-Le Bihan procédé à une véritable pondération entre l'objectif poursuivi et les atteintes portées à la liberté individuelle¹⁸⁹. Le dernier stade, le sous-principe de proportionnalité *stricto sensu*, n'est pas pleinement appliqué par le Conseil. Mais la proportionnalité subsisterait : « C'est désormais l'ensemble des restrictions apportées aux différents

¹⁸³ En fouillant nos textes constitutionnels, trouverait-on une ébauche de proportionnalité ? Quelques dispositions françaises annoncent ou entérinent indubitablement une certaine idée de proportionnalité. C'est le cas de la Déclaration de 1789, qui punit les « ordres arbitraires (art. 7), qui réclame « des peines strictement et évidemment nécessaires » (art. 8), qui exige de réprimer toute arrestation dont la rigueur « ne serait pas nécessaire » (art. 9) et, enfin, qui n'autorise l'expropriation qu'en cas de « nécessité publique » évidente (art. 17). La Constitution de 1958 est peu diserte. Relevons cependant l'article 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu ». Récemment, la Charte de l'environnement a contribué à acclimater la sémantique de la proportionnalité dans le droit constitutionnel écrit au titre de l'article 5 (extrait) : « Les autorités veillent, par application du principe de précaution (...), à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et *proportionnées* afin de parer à la réalisation du dommage » (nous soulignons).

¹⁸⁴ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 62.

¹⁸⁵ CC, 25 juillet 1979, déc. n° 79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail (Droit de grève à la radio et à la télévision)*, Rec. p. 33, GDCC n° 27, p. 366-382.

¹⁸⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 62.

¹⁸⁷ *Bundesverfassungsgericht* : la Cour constitutionnelle fédérale (d'Allemagne).

¹⁸⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, préc., spéc. introduction.

¹⁸⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. introduction.

droits et libertés de valeur constitutionnelle qui va être mesuré à l'aune de la proportionnalité et mis en relation avec l'objectif recherché par le législateur »¹⁹⁰. Régis Fraisse explique que « le triple test de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict n'est ni une technique inventée par le Conseil constitutionnel ni une technique à laquelle il recourt de façon méthodique et généralisée »¹⁹¹. Tentons de les distinguer malgré les limites soulevées en traitant d'abord de l'adéquation (a.), puis de la nécessité (b.) avant d'envisager, enfin, la proportionnalité au sens strict (c.). Seul le premier test apparaîtra conforme à la triple dimension du principe de proportionnalité *lato sensu* puisque les deux autres sont « assimilés » par le contentieux constitutionnel.

a) – L'adéquation de la mesure législative restrictive : un « authentique » contrôle minimum

639. Mme Goesel-Le Bihan affirme que le Conseil constitutionnel emploie le vocable « adéquation » pour la première fois dans une décision du 15 décembre 2005¹⁹². Toutefois, dans une attitude comparable à la Cour de justice de l'Union, traitant de l'intérêt général d'essence communautaire, ou de celle de la Cour européenne, examinant l'intérêt général affiché par l'État partie, le juge constitutionnel français adopte, prévient le professeur Goesel-Le Bihan, un contrôle minimal qui se limite à examiner l'intention affichée de l'acte législatif : « Il n'accepte pas de sonder les mobiles du législateur afin d'y surprendre une éventuelle mauvaise foi : la recherche d'une intention subjective du législateur différente de celle mise en avant et étrangère à l'intérêt général est exclue »¹⁹³. La thèse principale, défendue par Guillaume Merland, quant à l'approche par le Conseil constitutionnel de la condition d'intérêt général dans le contrôle de constitutionnalité des lois est que si le Conseil laisse une marge de manœuvre (pour des raisons de politique jurisprudentielle) au législateur dans la détermination du but d'intérêt général, en revanche, cette liberté est contrebalancée par le contrôle de proportionnalité¹⁹⁴. « S'il ne souhaite pas se livrer à un contrôle délicat sur les liens entre la loi et l'intérêt général, il peut exiger du législateur qu'il fasse preuve de cohérence : les objectifs poursuivis doivent être proportionnés aux attaques provoquées »¹⁹⁵.

¹⁹⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 62.

¹⁹¹ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 77. Avant de détailler la jurisprudence du Conseil (p. 77-79), il note à titre général qu'« on ne trouve pas de cas, contrairement à certaines cours suprêmes ou constitutionnelles étrangères, où les trois éléments du triple test soient actionnés simultanément pour contrôler une limitation d'un droit ou d'une liberté. Généralement, un seul de ces éléments est utilisé, parfois deux mais c'est plus rare » (p. 77).

¹⁹² V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 63. Il s'agit de CC, 15 décembre 2005, déc. n° 2005-528 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, Rec. p. 157, cons. n° 15 : « elle fixe à cet égard des règles adéquates et proportionnées ».

¹⁹³ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 63.

¹⁹⁴ Voir G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 43.

¹⁹⁵ *Ibid.*

640. Le premier stade du contrôle, effectué par le Conseil constitutionnel, s'articule donc autour du sous-principe d'adéquation – la mesure apte à atteindre le but fixé par le législateur – comme le montre l'exemple fourni par Guillaume Merland relativement aux atteintes à l'égalité : « le juge subordonne la constitutionnalité du dispositif discriminatoire à un lien de cohérence de celui-ci avec l'intérêt général poursuivi par le législateur »¹⁹⁶. M. Merland relate l'absence de cohérence entre la disposition légale édictée qui restreint le principe d'égalité et le but d'intérêt général convoqué par la loi, absence qui conduit à la violation du principe constitutionnel d'égalité selon le Conseil¹⁹⁷. Le législateur, dans la présente décision, entendait favoriser la transmission de patrimoines en distinguant les actes sous seing privé et les actes authentiques (notariés) au nom du but d'intérêt général de prévention de la fraude fiscale. Or, le juge constitutionnel censure la disposition légale, dès lors que le législateur n'établit pas la différence de situation entre les actes mentionnées au regard de l'intérêt général tiré de la prévention de la fraude fiscale. Pour le Conseil, si c'est bien ce but qui est poursuivi, alors le dispositif législatif (la restriction au principe d'égalité) n'est pas justifié faute d'être en adéquation au but d'intérêt général. La mesure n'est pas cohérente¹⁹⁸. « L'exigence d'adéquation permet d'éviter que le législateur ne justifie son atteinte à un droit ou à une liberté par n'importe quel objectif d'intérêt général, quand bien même serait-il impérieux »¹⁹⁹. « Même si l'auteur de la loi est souverain dans l'appréciation de l'intérêt général, sa liberté est encadrée par le contrôle de l'adéquation »²⁰⁰. Régis Fraisse résume l'objet du contrôle d'adéquation en tant qu'il permet de vérifier que le minimum requis pour restreindre un droit ou une liberté est présent : « Le contrôle de l'adéquation consiste pour le Conseil constitutionnel à vérifier que la mise en cause d'un droit ou d'une liberté par le législateur n'est pas "gratuite", c'est-à-dire qu'elle a un lien causal avec l'intérêt général poursuivi, qu'il soit de nature constitutionnelle ou non »²⁰¹. Contrôle minimum mais non suffisant. Le juge constitutionnel effectue également un contrôle de la nécessité de la mesure législative.

b) – La nécessité de la mesure législative restrictive : un contrôle normal « restreint »

641. Le sous-principe de nécessité suppose pour le juge de rechercher et de valider la mesure restrictive la moins attentatoire aux droits fondamentaux. Est-il reçu, dans cette acception, par le Conseil constitutionnel ? On devrait en douter. « Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le

¹⁹⁶ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 43-44.

¹⁹⁷ G. MERLAND, *op. cit.*, p. 43-44. Voir CC, 30 décembre 1991, déc. n° 91-302 DC, *Loi de finances pour 1992*, *Rec. p.* 137, cons. n° 7.

¹⁹⁸ CC, 30 décembre 1991, *Loi de finances pour 1992*, précitée, cons. n° 7.

¹⁹⁹ G. MERLAND, *op. cit.*, p. 44.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 77.

contrôle de la nécessité n'inclut que le contrôle de l'adaptation de la mesure prise à l'objectif poursuivi, tant dans son champ matériel que temporel ; la recherche d'une mesure alternative de nature différente est exclue. Le Conseil a maintes fois affirmé qu'il "ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qui ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie" »²⁰². Cette analyse est partagée par M. Fraisse pour qui le Conseil ne recherche pas « la mesure la plus douce » : « Le Conseil constitutionnel refuse d'appliquer la conception traditionnelle allemande selon laquelle le juge doit vérifier que la mesure décidée par le législateur constitue, parmi les autres solutions qui s'offraient à lui pour atteindre le but poursuivi, l'atteinte la moins sévère aux libertés »²⁰³. L'auteur considère qu'il n'existe qu'une seule hypothèse manifeste où « le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à dire que le législateur avait la possibilité de prendre d'autres mesures, non rétroactives, pour atteindre l'objectif qu'il poursuivait »²⁰⁴. En effet, la décision du 18 décembre 1998 illustre l'admission par le Conseil du grief tiré de l'absence de nécessité de la mesure puisqu'une autre mesure aurait été constitutionnellement validée. Saisi d'une disposition, visant à imposer rétroactivement les laboratoires pharmaceutiques, la Haute instance considère « que le souci de prévenir les conséquences financières d'une décision de justice censurant le mode de calcul de l'assiette de la contribution en cause ne constituait pas un motif d'intérêt général suffisant pour modifier rétroactivement l'assiette, le taux et les modalités de versement d'une imposition, alors que celle-ci avait un caractère exceptionnel, qu'elle a été recouvrée depuis deux ans et qu'il est loisible au législateur de prendre des mesures non rétroactives de nature à remédier aux dites conséquences (...) »²⁰⁵. En clair, pour l'avenir seulement, le législateur pouvait imposer plus lourdement les contribuables visés pour satisfaire l'intérêt général invoqué. Cette mesure n'est pas nécessaire pour satisfaire les finances publiques. Dès lors, selon Régis Fraisse, la nécessité doit s'entendre de la sorte : « le juge ne recherche pas s'il existe une mesure alternative moins attentatoire aux droits et libertés mais vérifie si la mesure n'est pas excessive par rapport à l'objectif poursuivi »²⁰⁶. Ainsi que le soutient le professeur Goesel-Le Bihan, le sous-principe de nécessité, s'il est reçu par l'Aile Montpensier, le juge lui a imprimé, semble-t-il, une densité moins importante que celle connue dans les contrôles européens, et, on le verra, de celle du contentieux administratif. Le Conseil n'irait donc pas au-delà de la mesure en choisissant de valider ou de censurer la mesure présentée sans se soucier d'autres solutions alternatives. « Il suffit que la mesure adoptée n'excède pas

²⁰² V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 64.

²⁰³ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 77.

²⁰⁴ R. FRAISSE, préc., p. 78.

²⁰⁵ CC, 18 décembre 1998, déc. n° 98-404 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, Rec. p. 315, cons. n° 7.

²⁰⁶ R. FRAISSE, préc., p. 78.

ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi. La nécessité contrôlée par le conseil peut donc être qualifiée de restreinte : elle ne concerne que la mesure prise, le reste étant laissé à la libre appréciation du législateur »²⁰⁷. La retenue du Conseil s'expliquerait par la place qu'il occupe dans notre système de droit. Analogue aux contrôles européens, le sous-principe de nécessité affecterait le contrôle de constitutionnalité des lois craint Régis Fraisse : « ce serait un contrôle dangereux en cas de contrôle plus resserré de l'adéquation. En effet, en acceptant de rechercher l'existence d'une mesure moins perturbatrice, il franchirait, en sa qualité de juge *a priori*, la frontière qui délimite la constitutionnalité de l'opportunité »²⁰⁸. Ces quelques lignes annoncent un *self-restraint* qui ne peut que contrarier l'intégration d'un véritable contrôle maximum fondé sur le sous-principe de proportionnalité *stricto sensu*.

c) – La proportionnalité au sens strict : un contrôle maximum « modulable »

642. Il est difficile de se déterminer complètement tant « la jurisprudence récente est (...) ambiguë »²⁰⁹. Guillaume Merland n'a cependant aucun doute. Lorsque le Conseil constitutionnel recourt à la notion d'intérêt général « suffisant », dit-il en substance, il effectue le contrôle de proportionnalité au sens strict²¹⁰. L'auteur suggère de bien mesurer les contours du contrôle de constitutionnalité opéré au regard de la proportionnalité *stricto sensu* : « Au-delà d'une simple mise en balance entre le dispositif législatif examiné et l'importance de l'objectif d'intérêt général, le contrôle de proportionnalité permet au Conseil de porter une appréciation sur l'objectif d'intérêt général poursuivi, sans pour autant prétendre se substituer au législateur. La censure d'une disposition au motif d'un intérêt général "insuffisant" n'établit apparemment aucun doute sur le caractère d'intérêt général de l'objectif poursuivi par le législateur ; seulement, dans le cas d'espèce, l'intérêt général en question n'est pas en mesure de justifier une atteinte aussi grave au droit protégé »²¹¹. Guillaume Merland en est convaincu. Le Conseil constitutionnel a recours à un contrôle de proportionnalité au sens strict pour l'ensemble des principes auxquels le législateur peut apporter des limites au nom de

²⁰⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 64.

²⁰⁸ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 79.

²⁰⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, préc., p. 5. Preuve supplémentaire de cette ambiguïté, cette analyse nuancée de l'auteur quant à l'usage par le Conseil constitutionnel du sous-principe de nécessité de la mesure dans une autre étude : « Quant au contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil, il est, sauf pour les atteintes légères portées à la sûreté, particulièrement approfondi : il est non seulement constitué d'un contrôle de l'adéquation et de la nécessité de la mesure prise, mais il est également entier, c'est-à-dire non restreint à la sanction des seules disproportions manifestes. Pour les atteintes les plus graves, le Conseil vérifie même qu'il n'existe pas une mesure alternative moins restrictive du droit en cause ». Cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Quels droits reconnaît-elle ? », in *Dossier : La Constitution en vingt questions – Question n° 4*, préc., spéc. § II-2.

²¹⁰ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 45.

²¹¹ G. MERLAND, op. cit., p. 45-46.

l'intérêt général²¹². *A fortiori*, la déclinaison des trois sous-principes devrait être admise. Cela n'interdit pas, il est vrai, d'émettre des réserves. Elles tiennent pour partie aux choix des termes employés, qui peuvent masquer le recours au sous-principe de proportionnalité et faire croire à son absence²¹³. On le voit nettement ici : « Le Conseil constitutionnel lorsqu'il est appelé à connaître avant leur promulgation de lois restreignant l'exercice d'une liberté publique recherche, dans la ligne de la jurisprudence *Benjamin*, si les dispositions arrêtées par le législateur sont proportionnées à l'objectif à atteindre, c'est-à-dire à la nécessité d'assurer la sauvegarde de l'ordre public »²¹⁴. C'est pourquoi, globalement et à condition de dépasser les apparences lexicales, « son existence – sous la forme du triptyque adaptation, nécessité, proportionnalité – a (...) été rappelée dans quelques décisions QPC relatives à l'une ou l'autre de ces libertés »²¹⁵.

643. « Des déclarations d'inconstitutionnalité, note Valérie Goesel-Le Bihan, on en trouve (...) qui sanctionnent le contrôle de la proportionnalité au sens strict, lequel comprend celui des garanties appropriées. Parfois enrôlé sous la bannière de l'incompétence négative, il consiste à vérifier que la conciliation entre les exigences constitutionnelles antagonistes a été correctement opérée »²¹⁶. Par exemple, la décision du 30 juillet 2010 abroge diverses dispositions du Code de procédure pénale aux motifs que les atteintes aux droits fondamentaux sont d'une ampleur excessive au regard de l'intérêt général poursuivi faute, et ce point est important, de « garanties appropriées »²¹⁷. Le juge considère alors que « la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée ; que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution »²¹⁸. Un second exemple concerne le contrôle de la dénaturation d'un droit – le droit de propriété notamment – et pourrait constituer l'une des facettes du sous-principe de proportionnalité au sens strict en tant qu'il est porteur « d'une balance opérée entre la gravité de l'atteinte et l'importance des garanties (...) »²¹⁹. « Tout en reconnaissant le pouvoir d'appréciation du Parlement, le juge réserve la possibilité de sanctionner des atteintes trop graves au principe de propriété qui mettraient en cause son existence même. En d'autres termes, il préserve son droit de veiller à ce qu'un principe essentiel ne soit pas

²¹² G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 277.

²¹³ Régis Fraisse dénombre cinq hypothèses où s'exerce le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* : « conciliation ou conflit entre droits-libertés », conciliation ou conflit entre droit-liberté et droit-créance », « conciliation ou conflit entre droit-liberté et objectif de valeur constitutionnelle », « conciliation ou conflit entre droit-créance et objectif de valeur constitutionnelle » et enfin « conciliation ou conflit entre droit-liberté et intérêt général ». Cf. R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 79-80.

²¹⁴ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 294.

²¹⁵ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, préc., p. 7.

²¹⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 2.

²¹⁷ CC, 30 juillet 2010, déc. n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*, Rec. p. 179, cons. n° 27-29.

²¹⁸ CC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*, précitée, cons. n° 29.

²¹⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 4.

dissous par des redéfinitions successives »²²⁰. En revanche, ce qui est de nature à nuire à la compréhension de la jurisprudence est, selon M. Fraisse, que le Conseil constitutionnel use d'autres techniques pour contrôler les limites aux droits fondamentaux, ce qu'il appelle « les substituts ou les compléments au "triple test" »²²¹. Il s'agit du « contrôle de l'absence de dénaturation d'un droit ou d'une liberté », « la vérification de l'existence de garanties légales », « le contrôle de l'incompétence négative » et « les réserves d'interprétation »²²². Il n'en reste pas moins vrai que, dès lors que le contrôle du Conseil constitutionnel a pour objet, en dépit des dénominations et des techniques employées, de « vérifier si les effets bénéfiques de la mesure décidée par le législateur l'emportent sur ses effets préjudiciables »²²³, il n'est pas excessif de le regarder comme pensé à partir du sous-principe de proportionnalité au sens strict.

644. Il faut le lire en creux. Ainsi, si Régis Fraisse souligne les « modulations » du contrôle opéré par le Conseil (restreint ou renforcé), cette modulation, admet-il, est réalisée selon deux paramètres : « en fonction de la pondération des intérêts en jeu » et « en fonction de la nature des intérêts en jeu »²²⁴. Et cette pondération, marqueur emblématique de ce type de contrôle, dépend du contexte d'interprétation de la norme : « l'intensité du contrôle du Conseil constitutionnel est tributaire de l'intensité de la contrainte exercée par la Constitution sur le législateur »²²⁵. Il existe des variations dans « l'intensité du contrôle qu'il exerce en fonction de l'importance des droits et libertés concernés, ainsi que, dans certains cas, de l'ampleur des atteintes qui leur sont portées par la loi et de l'importance – elle-même variable – de l'objectif antagoniste poursuivi »²²⁶. Lorsqu'un droit fondamental est considéré comme essentiel, le motif d'intérêt général ne doit pas être seulement législatif, il doit trouver sa source dans une règle ou un principe à valeur constitutionnelle²²⁷. « Les autres droits et libertés, dont les restrictions peuvent être justifiées par un simple intérêt général, font en revanche l'objet d'un contrôle restreint de proportionnalité : seules les atteintes manifestement excessives au regard de l'objectif poursuivi sont sanctionnées »²²⁸. Il ne faudrait donc pas inférer, des variations dans l'appréciation de la mesure législative par le Conseil, une amputation totale du dernier stade du principe de proportionnalité *lato sensu*. Sans doute, sommes-nous dans « un contrôle de proportionnalité des lois à la française »²²⁹, une exception française de plus...

²²⁰ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 403.

²²¹ R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 80.

²²² R. FRAISSE, préc., p. 80-81.

²²³ Voir R. FRAISSE, préc., p. 79.

²²⁴ R. FRAISSE, préc., p. 84-85.

²²⁵ R. FRAISSE, préc., p. 85.

²²⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel*, préc., spéc. II.

²²⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. II-A.

²²⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. II-A.

²²⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. introduction.

645. Valérie Goesel-Le Bihan suggère, en effet, que c'est « une logique binaire qui est à l'œuvre »²³⁰, circonscrite à l'adéquation et à la nécessité de la mesure restrictive²³¹. Il nous paraît délicat de trancher cette question, l'auteur semblant admettre que le principe de proportionnalité *lato sensu* devant le Conseil constitutionnel ferait fi des classifications. Trois éléments nourrissent cette controverse. En premier lieu, la proportionnalité ne serait pas là où on l'attend. « Le contrôle de l'adéquation est également un élément du contrôle de la suffisance. Dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, le contrôle de la suffisance peut être considéré comme un contrôle de proportionnalité "à visage inversé" »²³². Écarté en tant que troisième étage du contrôle, le sous-principe de proportionnalité (au sens strict) reviendrait-il par un autre canal, celui du sous-principe de l'adéquation ? En deuxième lieu, la proportionnalité ne serait pas plus protectrice des droits fondamentaux puisqu'« un dispositif législatif peut être inconstitutionnel, non seulement s'il excède ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché, mais également s'il n'est pas suffisant pour permettre le respect de certains droits et libertés de valeur constitutionnelle »²³³. En troisième lieu, le principe de proportionnalité, par ses effets considérables sur la norme législative, n'est peut-être pas d'un maniement aisé pour le Conseil constitutionnel, ce que M. Merland a très bien mis en lumière. « Derrière le discours du juge peut se cacher une autre volonté : la censure du dispositif législatif serait avant tout due au fait que l'objectif poursuivi par le législateur ne mériterait pas d'être qualifié d'intérêt général. Le recours aux tests de proportionnalité permettrait alors au Conseil de faire prévaloir cette opinion sans pour autant le dire ouvertement. Autrement dit, le Conseil constitutionnel serait en mesure de sanctionner le détournement de pouvoir du législateur sans qu'il ait besoin de heurter de front l'auteur de la loi »²³⁴. Il y aurait ainsi quelque tromperie à disqualifier un intérêt général en énonçant, au terme d'une pondération des intérêts (sous-principe de proportionnalité *stricto sensu*), que l'intérêt général poursuivi par le législateur en est un mais qu'il est, compte tenu des atteintes disproportionnées aux droits et libertés, insuffisant. Pourquoi ?

646. Pour la raison que le contrôle de constitutionnalité des lois, réalisé par un juge, aboutirait à dire au Parlement qu'il doit revoir sa copie et proposer un intérêt général beaucoup plus dense. Quelle différence y a-t-il entre une absence d'intérêt général et un intérêt général insuffisant ? Si la première solution est à coup sûr « infamante », que la seconde est empreinte de plus de tact, le sort qu'elles réservent l'une et l'autre à la loi est le même : la censure est une détermination de l'intérêt général par le Conseil constitutionnel au moyen d'artifices interprétatifs qu'offre le sous-principe de

²³⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, préc., spéc. I.

²³¹ Pour un panorama de ce contrôle de proportionnalité « amputé », voir V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. I-A et I-B.

²³² V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 64.

²³³ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 64.

²³⁴ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 45-46.

proportionnalité au sens strict. Guillaume Merland nous invite à ne pas confondre le contrôle de proportionnalité (qui ne nie pas l'existence d'un intérêt général) et le contrôle du caractère d'intérêt général de l'objectif poursuivi par le législateur (qui là peut nier l'existence même de l'intérêt général)²³⁵. Outre qu'il consent à reconnaître que la frontière est très mince²³⁶, nous ne croyons pas confondre le contrôle de proportionnalité (correspondance substantielle) et le contrôle de l'existence d'un intérêt général (corrélation formelle) qui entoure l'appréciation graduelle d'une mesure restrictive. Ce sont les deux contrôles qui, d'eux-mêmes, se confondent : la proportionnalité au sens strict exige du juge qu'il effectue une balance des intérêts en cause (intérêt général et droits fondamentaux) en absorbant le lien formel entre l'intérêt général et la mesure de restriction. La balance des intérêts n'a-t-elle pas pour effet de déterminer l'intérêt général, quand bien même elle se bornerait à sous-peser son contenu ? Si la balance est déséquilibrée parce que les atteintes aux droits fondamentaux sont hors de proportion avec le but d'intérêt général recherché, le Conseil condamne-t-il l'intérêt général insuffisant ou l'excès de restrictions ? La réponse à cette question est capitale car d'elle dépend pour une large part la crédibilité de la norme déférée au contrôle du juge et sa capacité reconnue, en soi, à poursuivre l'intérêt général. Peut-on seulement y répondre avec certitude ?

647. Examinant la jurisprudence constitutionnelle²³⁷, M. Merland, nous semble-t-il, pose une question susceptible d'éclairer la réponse : « la référence à la notion d' "intérêt général véritable" n'est-elle qu'un accident lié aux potentialités du contrôle de proportionnalité ? Ou bien est-elle l'amorce d'une nouvelle ère de la jurisprudence constitutionnelle consistant à ne plus estimer comme acquis le lien entre la loi et l'intérêt général ? »²³⁸. Quelle que soit la réponse donnée à la question de l'auteur, c'est la proportionnalité optimale, inhérente au principe de proportionnalité, qui serait susceptible de rompre le lien entre la norme législative et l'intérêt général, par « accident » ou structurellement. Autrement dit, le juge qui déclare une mesure disproportionnée invaliderait toujours l'intérêt général poursuivi, qu'il dise de lui qu'il est insuffisant au regard des multiples atteintes dénombrées ou, qu'en raison des multiples atteintes dénombrées, l'intérêt général est insuffisant²³⁹. Le principe de proportionnalité inquiète car, sous couvert d'apprécier la correspondance substantielle d'une mesure restrictive à un intérêt général, il touche à l'un des fondements les plus importants de la définition des droits fondamentaux : la définition des droits et libertés appartient aux organes normatifs et non aux organes juridictionnels. Les rares exceptions de rupture du lien formel entre la

²³⁵ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 46.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Spécialement en se référant à la décision CC, 29 décembre 2005, déc. n° 2005-350 DC, *Loi de finances pour 2006* Rec. p. 168, cons. n° 88 : le Conseil utilisant les termes étonnants d'« intérêt général véritable ».

²³⁸ G. MERLAND, *op. cit.*, p. 46.

²³⁹ L'image de la balance est pertinente : le déséquilibre lié à la lourdeur des atteintes sera réparé soit en diminuant le nombre des atteintes (garanties procédurales, champ d'application de la mesure etc.), soit en donnant plus de poids à l'intérêt général. Dans les deux cas de figure, on modifie la teneur de l'intérêt général en le dévaluant (indirectement pour le premier cas), en le réévaluant (directement pour le second cas).

norme et l'intérêt général, dans lesquels les organes juridictionnels sont conduits à censurer les organes normatifs pour absence d'intérêt général, et que sont le détournement de pouvoir et la répression pénale d'agissements étrangers à l'intérêt général confirment ce principe, sauf à remettre en cause tout le fonctionnement du système de droit.

648. À supposer même que, de tout ce qui vient d'être dit, on ait qu'une conscience diffuse voire seulement intuitive, il n'est pas exagéré de prêter au Conseil constitutionnel la volonté de moduler les implications du sous-principe de proportionnalité *stricto sensu* en ôtant le caractère potentiellement létal de cet outil contentieux pour le lien entre la loi et l'intérêt général. Que serait une loi proposée par le Gouvernement ou un parlementaire, discutée par les Chambres, votée par le Parlement et même promulguée par le Président de la République (dans l'hypothèse de la question prioritaire de constitutionnalité) qui n'aurait pas pour objet final de poursuivre l'intérêt général ? On comprend facilement que le Conseil ait tendance à amputer un contrôle aux conséquences virtuellement disproportionnées. D'où les nuances y compris dans les termes employés : « En tant qu'élément de logique juridique, la proportionnalité est également limitée dans la mesure où elle ne peut placer le juge dans la même position que l'autorité de décision. À de rares exceptions près, il serait donc préférable de parler de "contrôle d'absence de disproportion" que de contrôle de proportionnalité »²⁴⁰. On saisit, enfin, le manque d'empressement du juge judiciaire à parachever la construction complète de ce contrôle et, du côté de la juridiction administrative, le malaise à reconnaître qu'elle manie cette « arme », pour l'heure avec dextérité et dans une perspective de dissuasion.

2. – Un principe de proportionnalité inabouti devant le juge judiciaire ?

649. Le principe de proportionnalité est relayé dans le prétoire judiciaire ce que mentionne nettement le professeur Seube. Après avoir écarté la « proportionnalité arithmétique » et celle « synonyme d'équilibre contractuel »²⁴¹, l'auteur considère qu'il reste « toutes les hypothèses où la proportionnalité est utilisée pour contrôler les atteintes portées à un droit fondamental. Ce contentieux est, en droit privé, de plus en plus répandu et l'on voit que le contrôle de proportionnalité est indissociable des droits fondamentaux »²⁴². Il n'est cependant, comme devant ses homologues constitutionnel et administratif, pas concrétisé dans la stricte orthodoxie du droit allemand ou des droits européens. « Le contrôle de proportionnalité est loin d'être abouti pour les juridictions judiciaires. Nous n'en sommes qu'à une étape de son développement et il faudra sans doute quelques

²⁴⁰ X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 10.

²⁴¹ J.-B. SEUBE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, LPA n° spécial du 5 mars 2009, p. 86-92, respectivement p. 86 et p. 86.

²⁴² J.-B. SEUBE, préc., respectivement p. 86 et p. 87.

années, quelques décennies, pour que l'utilisation de ce nouvel outil soit rationalisée. C'est aujourd'hui le temps des tâtonnements, des approximations, des hésitations »²⁴³.

650. Ce temps pourrait être long. Le procès fait au principe de proportionnalité est aussi instruit par une partie de la doctrine privatiste. Jean-Baptiste Seube le décrit selon une approche critique en mettant en exergue sa « dangerosité » et « son inutilité »²⁴⁴. « Ériger la proportionnalité en règle de jugement revient à oublier la règle de droit pour ne juger qu'à travers le prisme de la balance des intérêts en cause. Il en résulte deux périls : d'une part, celui d'aboutir à une véritable casuistique puisque chaque solution serait occasionnelle, justifiée par les faits de l'espèce ; d'autre part, celui d'abandonner progressivement l'idée d'une solution juridique préétablie pour s'en remettre, en toutes circonstances à l'arbitrage du juge. Derrière le contrôle de proportionnalité se cacherait donc l'insécurité juridique et l'imprévisibilité du droit »²⁴⁵. Dans son sillage, Jean-Pierre Gridel se demande : « que les termes à concilier émanent de lois ou de volontés privées juridiquement obligatoires, ne court-on pas toujours le risque d'une dilution du normatif dans des casuistiques d'espèce et, de là, un détournement de la source profonde du devoir juridique, depuis le texte ou la stipulation, et en direction de la décision juridictionnelle, c'est-à-dire du juge et de ses appréciations plus ou moins personnelles. Celles-ci peuvent être de grand intérêt ou valeur... mais ce n'est pas sur elle qu'est construite la théorie politico-constitutionnelle du droit français »²⁴⁶. Il y a là matière à questionner l'éventuelle nocivité du principe au regard du fonctionnement du système de droit. Qu'en est-il, dans ces conditions de méfiance généralisée du droit français, de son homologue administratif ?

3. – Un principe de proportionnalité inavoué devant le juge administratif ?

651. Aborder le principe de proportionnalité devant le juge administratif, en le disant « inavoué », est une déduction du statut paradoxal de ce juge. Dernier maillon – donc *prima facie* plus faible du point de vue de la hiérarchie des normes – dans l'appréciation des restrictions adoptées par la puissance publique, par le biais de l'Administration, le Conseil d'État jouit, cependant, contrairement aux juges européens et au Conseil constitutionnel²⁴⁷, d'une position de force notable : il est le juge de l'Administration et doit veiller, à ce titre, au respect par cette dernière de la volonté normative de

²⁴³ J.-B. SEUBE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 87. Ainsi que F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 155 : « L'expansionnisme de la proportionnalité s'est produit plus récemment en droit privé ».

²⁴⁴ J.-B. SEUBE, préc., p. 87.

²⁴⁵ J.-B. SEUBE, préc., p. 87.

²⁴⁶ J.-P. GRIDEL, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 113-118, spéc. p. 113.

²⁴⁷ Les Cours européennes doivent prendre en considération, *mutatis mutandis*, le fait qu'elles sont des juges internationaux qui doivent « ménager » subtilement la souveraineté étatique. Le Conseil constitutionnel doit faire montre d'un même *self-restraint* en prenant soin, sous couvert de parler au nom de la Constitution, de ne pas heurter ostensiblement le législateur lequel est le dépositaire de l'expression, fût-elle indirecte, de la souveraineté nationale.

l'ensemble des organes et textes auxquels elle est soumise (Gouvernement, Parlement, Constitution, engagements internationaux). L'Administration ne bénéficie ni de la légitimité du législateur ni de celle de l'État au plan international. Son juge peut et doit s'appuyer sur le principe de soumission de l'Administration à la légalité largement entendue. Le Conseil d'État se sert-il pour autant du principe de proportionnalité *lato sensu* lors de son contrôle d'une mesure administrative de restriction aux droits et libertés ? La proportionnalité était globalement peu présente dans la jurisprudence du Conseil d'État, ce dernier ne se souciant pas de « l'efficacité » de la mesure restrictive. En 1977, Didier Truchet faisait cette remarque : « Le juge contrôle assez peu l'efficacité des mesures qui portent atteinte – en tant qu'elles portent atteinte – à la liberté ou à la propriété au nom de l'intérêt général »²⁴⁸. Que peut-on dire actuellement ?

652. L'examen de la jurisprudence administrative révélerait une tendance binaire analogue au contrôle effectué par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire celle d'un contrôle cantonné à l'adéquation et à la nécessité de la mesure au regard de l'intérêt général poursuivi par l'autorité administrative (a.). Pour autant l'affirmation d'un principe de proportionnalité spécifique au contentieux administratif n'interdirait pas de concevoir la proportionnalité *stricto sensu* (b.). La possibilité de caractériser ce principe semble placer le sous-principe en réserve (c.) et le rendrait potentiellement applicable à titre de dissuasion (d.).

a) – Un contrôle apparemment limité aux deux composantes du principe de proportionnalité : adéquation et nécessité

653. L'arrêt *Association Promouvoir*, affaire médiatique relative au film *Ken Park*, offre une bonne perception des deux sous-principes d'adéquation et de nécessité de la restriction²⁴⁹. Le raisonnement du Conseil d'État mérite d'être largement repris car il permet d'explicitier la déclinaison de ces deux sous-principes. « Considérant qu'il résulte de l'instruction, d'une part, que le film "Ken Park", s'il comporte une scène de sexe non simulée et plusieurs scènes de violence, ne présente pas, compte tenu de son thème et des conditions de sa mise en scène, un caractère pornographique ou d'incitation à la violence, qui aurait imposé son inscription sur la liste des films soumis aux dispositions des articles 11 et 12 de la loi du 30 décembre 1975 portant loi de finances pour 1976 ; qu'ainsi, le ministre de la culture et de la communication n'a pas commis d'erreur d'appréciation ni méconnu le principe de la dignité humaine invoqué par l'association requérante en n'inscrivant pas le film "Ken Park" sur la liste des films pornographiques ou d'incitation à la violence ; mais considérant qu'eu égard à la scène

²⁴⁸ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 338. L'efficacité est entendue par l'auteur au sens de « la proportionnalité de la mesure » (*ibid.*).

²⁴⁹ P. TIFINE, « Le visa d'exploitation du film "Ken Park" est annulé en tant qu'il n'est pas assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans », préc., p. 570-573.

de sexe non simulée évoquée ci-dessus, qui revêt un caractère particulièrement cru et explicite, et aux autres scènes du film qui représentent elles aussi des adolescents en mêlant sexe et violence, le ministre, en interdisant la représentation de "Ken Park" seulement aux mineurs de moins de seize ans et non à ceux de moins de dix-huit ans, a fait une inexacte application des dispositions de l'article 3 du décret du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du Code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des films, dont la modification issue du décret du 12 juillet 2001, alors applicable, a pour objet la protection des mineurs »²⁵⁰. Les deux considérants du juge permettent de faire trois conjectures.

654. La première option (d'école) est que l'inscription du film litigieux dans la catégorie des films pornographiques ou d'incitation à la violence aurait été adéquate puisque l'interdiction faite aux mineurs de dix-huit ans répondait à l'intérêt général (la protection de la jeunesse), mais elle n'aurait pas été pour autant nécessaire, puisque, suite à la qualification juridique des faits vérifiée par le Conseil d'État (« compte tenu de son thème et des conditions de sa mise en scène »), cette inscription aurait porté une atteinte considérable à la liberté du commerce et de l'industrie (notamment en privant les exploitants de la possibilité financièrement non négligeable de diffuser l'œuvre dans les salles « grand public »). La seconde option (celle choisie par l'autorité administrative) a consisté pour le ministre à interdire la diffusion aux mineurs de seize ans. Cette mesure est annulée par le juge car elle ne satisfait pas suffisamment l'intérêt général (protection de la jeunesse) au regard de la requalification juridique des faits par le Conseil d'État (« eu égard à la scène de sexe non simulée évoquée ci-dessus, qui revêt un caractère particulièrement cru et explicite, et aux autres scènes du film qui représentent elles aussi des adolescents en mêlant sexe et violence »)²⁵¹. La troisième option (finalement décidée par le Conseil d'État) revient à énoncer qu'aux deux mesures adéquates (inscription sur la liste des films pornographiques ou interdiction simple aux mineurs de dix-huit ans) qui auraient en soi satisfait l'intérêt général (protection de la jeunesse), le Conseil ne retient que la solution de l'interdiction aux mineurs de dix-huit ans car, entre ces deux mesures adéquates, seule cette dernière est nécessaire selon lui, puisqu'elle est la mesure la moins attentatoire au regard du droit applicable.

655. L'arrêt *Ministre de la justice contre M. Henaf* illustre également les deux premières gradations du contrôle²⁵². Le requérant, détenu, s'est vu opposer un refus, par le directeur régional de l'administration pénitentiaire de Bourgogne, de publier ses écrits contenant des passages injurieux que

²⁵⁰ CE, *Association Promouvoir*, précité.

²⁵¹ Cet arrêt rappelle à l'autorité administrative qu'elle est liée, dans l'interprétation des motifs d'intérêt général justifiant une restriction, aux textes normatifs supérieurs.

²⁵² Voir D. BESLE, « Les limites de la liberté d'expression des détenus », préc., p. 313-315. *Contra* : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 527 : « Le juge interne semble se livrer à un contrôle purement formel de la compatibilité avec l'article 10 CEDH des limitations à la liberté d'expression des détenus (...) ».

ledit détenu n'avait pas entendu retirer. Or le directeur a subordonné son autorisation de publication à la suppression des passages injurieux. La Cour administrative d'appel de Lyon conclut « que ces écrits étant ainsi susceptibles de porter atteinte à l'honorabilité des personnes ou services concernés, c'est à bon droit que, sur le fondement des dispositions sus-analysées, le directeur régional de l'administration pénitentiaire de Bourgogne a subordonné l'autorisation d'une publication à la suppression des passages désignés plus haut »²⁵³. On retrouve dans cette espèce les deux premiers contrôles possibles relativement à la liberté d'expression. Trois décisions existaient dans l'absolu : l'interdiction pure et simple, la décision du directeur, l'absence de décision. Au titre de l'adéquation (contrôle minimum), pour atteindre l'intérêt général affiché (la protection de l'institution judiciaire), seules l'interdiction pure et simple et l'interdiction conditionnelle du directeur régional paraissent adéquates. Faute de prendre une décision, l'autorité administrative aurait commis une erreur manifeste d'appréciation. Mais, au titre de la nécessité (contrôle normal), aucune erreur n'est acceptée. Seule la décision du directeur était nécessaire. Elle permet, non seulement parce qu'elle est adéquate, d'atteindre le but d'intérêt général (la protection de l'institution judiciaire) mais aussi, parce qu'elle constitue, en lieu et place d'une interdiction pure et simple de publication, une atteinte minimale à la liberté d'expression du détenu. Le directeur n'a commis aucune erreur d'appréciation en subordonnant la publication des écrits à la suppression des passages injurieux.

656. L'adéquation et la nécessité de la mesure administrative sont comprises par la jurisprudence administrative comme des seuils. Chacun d'entre eux doit être atteint avant d'envisager le suivant. Elles permettent un contrôle minutieux des faits. D'ailleurs, Gérard Timsit présente l'erreur manifeste d'appréciation (contrôle minimum ou adéquation) et la technique du bilan (contrôle normal ou nécessité) comme deux techniques jurisprudentielles permettant d'appréhender les faits dans leur singularité. Elles offrent une analyse plus fine et plus approfondie des termes du litige²⁵⁴. Enfin « si l'Administration doit s'efforcer de protéger les impératifs tenant à l'intérêt général, et notamment au respect de l'ordre public, ce qui peut l'amener à restreindre certaines libertés, cette restriction ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à la poursuite des objectifs recherchés par les titulaires du pouvoir de police »²⁵⁵. Cette analyse, cantonnée aux deux aspects de la proportionnalité, invalide-t-elle pour autant l'existence d'un troisième niveau d'examen par le juge administratif ?

²⁵³ CAA Lyon, *Ministre de la Justice c/ M. Henaf*, précité.

²⁵⁴ G. TIMSIT, « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 685-713, spéc. p. 701.

²⁵⁵ P. TIFINE, « Le visa d'exploitation du film "Ken Park" est annulé en tant qu'il n'est pas assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans », préc., p.572.

b) – Un principe de proportionnalité administratif affirmé : vers la proportionnalité *stricto sensu* ?

657. L'ancien président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État, Guy Braibant, estime que le principe de proportionnalité n'est pas inconnu du juge administratif lorsqu'il s'entend de « l'exigence d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'Administration et le but qu'elle vise »²⁵⁶. L'éminent spécialiste du contentieux administratif rappelle que ce principe procède de l'expression classique en France, « selon laquelle on ne doit pas écraser une mouche avec un marteau-pilon »²⁵⁷, et d'ajouter qu'« ainsi entendu, ce principe n'est que l'application à l'Administration d'une règle de bon sens (...) »²⁵⁸. Mais, au-delà des images, le recours au principe de proportionnalité répond à la logique de l'appréciation graduelle de la mesure restrictive laquelle, comme nous le soutenons, traduit l'orientation conceptuelle de l'intérêt général en faveur des droits fondamentaux. « Ce n'est pas là seulement une question d'efficacité, dit très justement Guy Braibant : dans la mesure où l'administration dispose de pouvoirs qui lui permettent de porter atteinte aux droits et libertés des citoyens, elle ne doit en user que dans la mesure nécessaire ; les atteintes à ces droits et libertés sont illégales dès lors qu'elles sont superflues ou excessives, eu égard à la finalité de l'action administrative »²⁵⁹. Le changement de paradigme peut alors s'effectuer pour appréhender les restrictions prises par l'Administration au nom de l'intérêt général. « Ce sont des mesures de police. Elles sont soumises de ce fait aux règles classiques concernant les limites du pouvoir de police. L'importance des restrictions doit être proportionnée aux risques encourus réellement par l'ordre public »²⁶⁰. La proportionnalité est le moyen de réaliser la conciliation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux (but) comme l'a montré Grégory Kalflèche. « Le terme central (...) est à notre sens le verbe concilier. C'est en effet la balance entre différents intérêts qui est au cœur du contrôle de proportionnalité, balance qui diffère cependant selon les cas. Elle est tantôt à effectuer entre un pouvoir de l'administration – ou d'une personne privée chargée de prérogatives de puissance publique – et les libertés fondamentales reconnues au chef du particulier, tantôt entre les différents droits fondamentaux entre eux. Ainsi, la conciliation entre liberté d'entreprendre et libertés syndicales, entre liberté d'aller et de venir et sécurité publique, entre principes environnementaux et propriété ou liberté prend-elle souvent la forme d'un contrôle de proportionnalité »²⁶¹. D'où les interrogations légitimes sur un prétendu rejet de la proportionnalité devant le Conseil d'État. « Comment en effet ne pas

²⁵⁶ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, op. cit., p. 298.

²⁵⁷ G. BRAIBANT, op. cit., p. 298.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ G. BRAIBANT, op. cit., p. 298.

²⁶⁰ A. LEGRAND, « Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités », note sous CE, 26 octobre 2005, *M. Gollnisch*, req. n^{os} 275512 et 279189 (2 espèces), *AJDA* 2006, p. 505-509, spéc. p. 507.

²⁶¹ G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 47-48.

constater qu'en cherchant à effectuer une analyse *in concreto* des faits, le contrôle de proportionnalité correspond à l'essence même du droit administratif : la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts privés »²⁶². A-t-il pleinement accepté de recourir au principe de proportionnalité *lato sensu* et peut-on corrélérer ce contrôle de proportionnalité à une différenciation des trois contrôles minimum, normal et maximum du contentieux administratif ? De la confrontation du premier aux seconds, par le truchement de l'arrêt *Benjamin*²⁶³, on se persuadera des points de convergences.

c) – Un principe de proportionnalité administratif caractérisable : une proportionnalité *stricto sensu* en réserve ?

658. Le juge administratif ferait amplement usage du principe de proportionnalité, dans ses trois composantes et en lien avec les trois contrôles évoqués du contentieux administratif, mais ce serait un contrôle qui, en quelque sorte, s'ignore. Est-ce concevable ? L'arrêt *Benjamin*²⁶⁴, on l'a dit à maintes reprises, cristallise le débat relatif à l'instauration, éventuelle, d'un contrôle de proportionnalité s'inspirant d'un principe de proportionnalité *lato sensu*. Rappelons que les faits de l'arrêt font état de la demande de René Benjamin de tenir une réunion publique (une conférence) d'ordre littéraire dans la ville de Nevers. Face à l'hostilité suscitée par les écrits de l'intéressé auprès d'une partie de ses administrés, le maire de la commune a interdit purement et simplement la réunion au motif qu'elle « était de nature à troubler l'ordre public »²⁶⁵. Déférée à la censure du Conseil d'État par le sieur Benjamin, la décision municipale est annulée aux termes d'un considérant qu'il convient de citer : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pas pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre »²⁶⁶. Que dit le Conseil d'État du point de vue qui nous occupe ?

²⁶² G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 47.

²⁶³ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec.* p. 541, *GAJA* n° 47, p. 289-296.

²⁶⁴ Michel Fromont remonte un peu plus loin en arrière et voit dans la décision CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, *Rec.* p. 181 la réception, certes implicite, du principe de proportionnalité en droit administratif présidant aux contrôles des mesures attentatoires aux libertés. Cf. M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », préc., p. 161 : à propos de la liberté des cultes et le maintien de l'ordre sur la voie publique (dans cette affaire), il note : « Dès le début [du siècle dernier], le Conseil d'État pose la règle selon laquelle l'autorité publique ne peut limiter une liberté publique que dans la stricte mesure du nécessaire ». Même regard porté sur cet arrêt pour G. KALFLECHE, préc., p. 48. C'est à cette jurisprudence qu'Éric Péchillon se réfère pour affirmer : « Le juge garantit l'absence de disproportion de la réaction du ministre. Cette technique d'examen de la légalité est désormais régulièrement employée car elle permet de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative sans toutefois entrer sur le terrain de l'opportunité » (cf. É. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », préc., p. 303). C'est sur elle aussi, mais pour en mesurer les excès et, d'une certaine façon, préfigurer les réticences à opter pour un vrai contrôle de proportionnalité que Virginie Saint-James s'appuie : « Ce souci de proportion va jusqu'à l'examen des moyens retenus pour concilier la liberté et le maintien de l'ordre, et confine parfois au contrôle d'opportunité » (cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 185-186).

²⁶⁵ CE, *Benjamin*, précité.

²⁶⁶ CE, *Benjamin*, précité.

659. D'abord, en filigrane, que les troubles à l'ordre public étaient existants et qu'une restriction au droit fondamental, au nom de l'intérêt général, pouvait être édictée. L'autorité locale n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation (contrôle restreint) puisqu'il lui appartenait de maintenir l'ordre compte tenu des troubles potentiels. Ce premier étage, attaché au contrôle minimum, renvoie au sous-principe d'adéquation du principe de proportionnalité. En effet, « selon le principe d'adéquation, le moyen doit *contribuer* de manière *effective* à la réalisation de l'objectif » (italique dans le texte)²⁶⁷. « Ce principe n'exige pas moins une *confrontation* entre le *contenu matériel* du moyen employé et celui de l'objectif » (italique dans le texte)²⁶⁸. Interdire la réunion publique contribue – adéquatement – à maintenir l'ordre public. Mais le Conseil d'État, en raison de l'annulation de l'interdiction, ne dit pas que cela. Ensuite, effectivement, il s'interroge sur la nécessité de la mesure restrictive, laquelle nécessité s'entend du sous-principe de nécessité propre au principe de proportionnalité brossé : « Le choix du "meilleur" moyen adéquat, qui ne donne pas souvent lieu à annulation, combine l'aspect finaliste du premier sous-principe d'adéquation et une approche *in concreto* mesurant l'incidence factuelle de la mesure sur le droit concerné »²⁶⁹. Parmi toutes les mesures de restriction de police susceptibles d'être adoptées par le maire, l'interprétation téléologique de l'intérêt général impose de prendre la mesure la moins attentatoire à la liberté de réunion. Le contrôle juridictionnel s'affine. Le Conseil d'État ne se contente plus de vérifier la seule adéquation (absence d'erreur manifeste d'appréciation du contrôle minimum), il porte son jugement sur la nécessité de la mesure en vérifiant la « bonne » qualification juridique des faits propre au contrôle normal, c'est-à-dire une qualification juridique exempte d'erreur. Le maire de Nevers a-t-il, pour maintenir l'ordre public, commis une erreur d'appréciation des risques de troubles à l'ordre public pour interdire la réunion publique du sieur Benjamin ? La réponse de la Haute juridiction administrative est affirmative. Les troubles allégués n'exigeaient pas de restreindre la liberté de réunion au point de l'interdire. Ces troubles, ainsi qualifiés, n'étaient pas de nature à justifier la présente mesure restrictive. « Le maire aurait pu, en faisant appel à la gendarmerie et à la garde mobile, éviter tout désordre, tout en laissant René Benjamin donner sa conférence »²⁷⁰. L'alternative moins restrictive, à la disposition de l'autorité administrative, justifie l'annulation du juge et explique alors, et incidemment, pourquoi il est envisageable de ne pas classer le contrôle des mesures de police administrative dans le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* (et le maintenir dans le contrôle

²⁶⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, préc., spéc. introduction.

²⁶⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. introduction.

²⁶⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. introduction.

²⁷⁰ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 289-296, spéc. p. 290. Le contrôle des moyens est une constante du contrôle juridictionnel administratif. Par exemple, « la jurisprudence *Dehaene*, maintes fois répétée, permet au juge administratif de contrôler les moyens retenus par l'administration pour concilier l'exercice du droit de grève de ses agents et l'intérêt général qui s'attache au fonctionnement du service. Ces moyens ne doivent être ni excessifs, ni insuffisants ». Cf. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 339.

normal y compris en l'approfondissant). Or, s'il n'est pas réaliste d'invoquer le contrôle maximum pourtant énoncé communément à propos de cette décision fondatrice du contentieux des libertés publiques, *quid*, alors et enfin, du troisième sous-principe dénommé sous-principe de proportionnalité au sens strict ? « Selon ce troisième sous-principe, l'importance de l'objectif poursuivi doit entretenir une certaine "correspondance" avec l'importance de l'atteinte aux droits et libertés en cause »²⁷¹. « Cette opération de pondération entre avantages et inconvénients nécessite une approche à la fois casuistique et matérielle, voire substantielle, du degré d'atteinte au droit »²⁷². Est-ce la démarche du juge administratif ?²⁷³ Afin d'éclairer ce dernier point, il faut se demander si le Conseil d'État a livré tout le fond de sa pensée.

660. Pour censurer la mesure municipale attentatoire à la liberté de réunion, au titre de la qualification juridique des faits, le juge doit considérer que c'est la prévision des troubles qui est erronée (contrôle normal ou de nécessité). Par voie de transition, et seulement après, les faits n'étant pas aussi graves, la réaction administrative ne correspond pas aux faits qui l'ont motivée. Toujours est-il que la présente distinction construite sur l'identification du réceptacle de l'erreur administrative reste floue. L'erreur de l'autorité administrative est-elle dans l'appréciation des faits (des troubles moins graves pour le juge que pour le maire) ou bien dans la réaction administrative (une mesure trop sévère au regard des troubles annoncés et non contestés dans leur éventualité et leur gravité) ? Dans le premier cas de figure, l'erreur relève du contrôle normal et n'entre pas dans un hypothétique contrôle maximum (proportionnalité au sens strict). Dans le second cas, l'erreur porte sur la réaction administrative (en l'espèce disproportionnée) et relève du contrôle maximum (la proportionnalité *stricto sensu*) parce qu'elle excède largement le seul contrôle normal. Si l'un et l'autre cas reposent sur la qualification juridique des faits, le curseur de l'erreur joue un rôle fondamental pour discriminer le contrôle maximum ou de proportionnalité au sens strict.

661. Supposons que les troubles à l'ordre public causés par la venue de René Benjamin soient, dans une vérité judiciaire hypothétique, qualifiés de troubles par la lettre A. La réaction administrative, pour maintenir l'ordre, doit être A'. L'erreur d'appréciation pourra alors se situer à deux endroits différents dans le processus décisionnel. La première situation est que le maire a qualifié juridiquement les troubles par B, dès lors la réponse municipale A' est, quoiqu'il en soit, erronée, fautive

²⁷¹ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, préc., spéc. introduction.

²⁷² V. GOESEL-LE BIHAN, préc., spéc. introduction.

²⁷³ Réponse négative relativement au droit de propriété par exemple. Voir Conclusions GENTOT pour CE Ass., 22 février 1974, *Adam et autres*, Rec. p. 145, citées par D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 342-343 : « Vous n'avez donc pas à rechercher, selon nous, lequel des deux tracés réalise l'utilité publique *optimale*, vers laquelle doit tendre l'action administrative : il n'est pas de gradation dans la légalité, et entre deux décisions légales, le Gouvernement peut exercer son choix en toute opportunité » (italique dans le texte).

de pouvoir correspondre puisque, selon le juge, la qualification exacte était A. Ou bien, seconde situation, le maire a correctement qualifié les troubles par A, mais la réponse donnée fut B alors que le juge attendait, son étroite mesure correspondante, A'. Dans la première situation, l'autorité administrative commet une erreur d'appréciation dès la qualification juridique des faits conduisant à vicier tout le processus normatif de restriction aux droits fondamentaux. Dans la seconde situation, la même autorité a correctement qualifié les faits en droit mais a commis une erreur d'interprétation de sa propre appréciation en choisissant une mesure disproportionnée. Cette différenciation, dans l'appréciation des faits par l'administrateur, soit au stade de la qualification retenue, soit au stade de l'interprétation de cette qualification, suffit-elle à fonder l'existence d'un contrôle maximum ou de proportionnalité (au sens strict) devant le Conseil d'État ? Dans l'orthodoxie du droit du contentieux administratif, refuser le contrôle maximum revient à considérer, du point de vue des principes de cette discipline, que l'erreur dans la qualification juridique des faits absorbe celle commise dans l'interprétation de cette qualification pour générer la contre-mesure. Mais, du point de vue, plus global, du contentieux des droits fondamentaux par le Conseil d'État, se tromper sur l'appréciation de la situation factuelle, d'une part, et, d'autre part, mal interpréter l'appréciation que l'on vient à l'instant de porter sur ladite situation de fait, est-ce accomplir le même contrôle de vérification de la validité d'une mesure restrictive lorsque l'on porte son regard sur l'un ou l'autre de ces agissements imputables à l'administrateur ?

662. L'arrêt *Guyot* rendu en 1987²⁷⁴ apporte, selon nous, un éclairage décisif en ce qu'il est moins laconique que l'arrêt *Benjamin* (précité). Dans cette espèce, dont on retrouve certaines similitudes avec l'arrêt *Benjamin*, le maire de la commune de Breuches-les-Luxeuil a interdit à la société requérante l'exploitation d'un bal public aux motifs que « la salle de bal se trouvait dans un quartier résidentiel dans lequel la circulation et le stationnement des véhicules risquaient de compromettre la sécurité des piétons » et que « le fonctionnement de l'établissement de 14 heures à 20 heures les dimanches et jours fériés portait atteinte à la tranquillité des habitants du secteur »²⁷⁵. Le Conseil d'État annule la décision du maire pour deux erreurs d'appréciation. La première tient à une erreur dans l'appréciation de la qualification juridique de la situation conflictuelle : « Considérant d'une part que la circonstance que l'ouverture de la salle de bal risquait d'attirer comme les années antérieures, une clientèle se déplaçant sur des véhicules bruyants en violant les règles du stationnement et de la circulation, au mépris de la sécurité des piétons, ne constituait pas par elle-même un motif qui pouvait légalement justifier une mesure de fermeture de la salle de bal alors que le maire avait la possibilité de prévenir et de réprimer les nuisances constatées en prenant les mesures de police appropriées »²⁷⁶. Il

²⁷⁴ CE, 26 juin 1987, *Guyot*, *AJDA* 1987, p. 689.

²⁷⁵ CE, *Guyot*, précité.

²⁷⁶ CE, *Guyot*, précité. Il faut bien comprendre, compte tenu de la rédaction de l'arrêt, que le juge ne rejette pas toute espèce d'intérêt général, il le juge comme étant insuffisant.

n'y a guère de doute que le juge opère, dans ce premier considérant, un contrôle normal assimilable au sous-principe de nécessité du contrôle de proportionnalité *lato sensu*. Le Conseil d'État ne nie pas l'existence d'un motif d'intérêt général mais l'appréciation de cet intérêt général est erronée puisque les nuisances sonores, provoquées par les clients, et le risque pour les piétons exigeaient, en réalité, d'autres mesures restrictives que la seule fermeture de l'établissement (« des mesures de police appropriées »). La fermeture prononcée est illégale puisqu'elle répond, dès le départ, à une appréciation faussée de la situation de fait. En revanche, concernant la seconde erreur, le Conseil d'État s'est à l'évidence placé sur le terrain de l'interprétation erronée d'une qualification juridique des faits au départ exempte d'erreur : considérant que « s'il est constant que des habitants du voisinage s'étaient plaints l'année précédente, de nuisances sonores provoquées par le fonctionnement de la salle de bal, il appartenait au maire, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tenait des articles L.131-1 et L.131-2 du code des communes, d'imposer à l'exploitant de prendre les mesures propres à éviter qu'il soit porté atteinte au repos et la tranquillité du voisinage et qu'il ne résulte pas des pièces du dossier qu'une mesure aussi absolue que l'est la fermeture de l'établissement était nécessaire pour atteindre ce résultat »²⁷⁷. L'autorité municipale n'a pas commis d'erreur d'appréciation pour qualifier la situation de fait : l'exploitation d'un bal public était de nature à créer, ce que le juge reçoit, des troubles à la tranquillité publique et appelait, par conséquent, une réaction administrative. Mais cette même autorité municipale a mal interprété sa propre qualification juridique des faits à l'origine de sa décision. L'erreur qu'elle accomplit aboutit à une disproportion entre la situation de fait – correctement qualifiée – et la réponse donnée.

663. En revenant, une dernière fois, à l'arrêt *Benjamin* (précité), il est possible d'apercevoir que la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu* peuvent se confondre lorsqu'il ressort du contrôle de la décision administrative que celle-ci doit être annulée sur l'autel de la seule nécessité. Mais, implicitement, la pondération des intérêts en présence (maintien de l'ordre et liberté de réunion) n'est pas exclue²⁷⁸. Telle est l'enseignement que l'on peut extraire de l'analyse de commentateurs attentifs de l'arrêt : « si l'autorité municipale ne dispose véritablement, pour assurer le maintien de l'ordre, d'aucun autre moyen efficace que l'interdiction préventive, celle-ci sera licite, mais il faudra que la menace pour l'ordre public soit *exceptionnellement grave* (...) » (nous soulignons)²⁷⁹. En l'espèce, le Conseil d'État a jugé que « l'éventualité de troubles (...) ne présentait pas un degré de gravité tel » (*Benjamin*, précité). De deux choses l'une : ou bien la nécessité incorpore la logique de pondération au stade de l'appréciation de la situation de fait, auquel cas, il y a à l'évidence de la proportionnalité au sens strict, sans la rigueur développée de façon autonome par le principe de proportionnalité *lato*

²⁷⁷ CE, 26 juin 1987, *Guyot*, précité.

²⁷⁸ La restriction « doit enfin être proportionnée au sens strict: elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché » (cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, préc., spéc. introduction).

²⁷⁹ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 290.

sensu ; ou bien le juge a placé en réserve – parce que la décision pouvait être annulée au titre du seul sous-principe de nécessité – le sous-principe de proportionnalité dans le cadre de l'interprétation par l'autorité administrative (contrôle maximum) de sa propre qualification juridique des faits (contrôle normal). Aussi, dans l'hypothèse où le maire de Nevers ne disposait pas des forces de police indispensables pour maintenir l'ordre, l'interdiction de la réunion étant nécessaire, la pondération des intérêts eût-elle impliqué d'effectuer une balance entre l'intérêt général (maintien de l'ordre) et le droit fondamental (la privation de l'exercice de la liberté de réunion). Comment cette pesée des intérêts est-elle rendue probable ? À nos yeux, le Conseil d'État envisage – tout comme les auteurs des *Grands arrêts* – une pondération à rebours. Faute de moyens de police indispensables au maintien de l'ordre, ce qui n'eût été qu'une menace de trouble à l'ordre public d'une certaine intensité (contrôle normal ou sous-principe de nécessité) deviendrait une menace exceptionnellement grave à l'ordre public (contrôle maximum ou sous-principe de proportionnalité). L'insuffisance des forces de l'ordre dans l'arrêt *Benjamin* aurait conduit le juge (et aurait dû conduire le maire) à reconsidérer la situation conflictuelle à l'origine de la mesure de restriction. La question est alors de savoir si le juge requalifie en amont la situation de fait (contrôle normal) pour vérifier que l'autorité de police n'a commis aucune erreur dans l'appréciation de cette situation, ou bien, si ce même juge, confirmant la qualification des faits opérée par l'autorité de police (contrôle normal), examine en aval l'interprétation administrative (la conclusion à tirer) de la qualification juridique des faits (non remise en cause) en constatant qu'une seule mesure restrictive – l'interdiction – satisfaisait à la condition de nécessité et était proportionnée. Dans le premier cas de figure, le juge se borne au contrôle de la nécessité, dans le second, il effectue en sus une pondération des intérêts (intérêt général et droits fondamentaux) au regard de la proportionnalité au sens strict. Peut-on déterminer laquelle de ses deux solutions est la plus vraisemblable ? En nuanciant, sans doute.

664. Le maire de Nevers a qualifié les troubles susceptibles d'affecter l'ordre public. Mais faute de moyens suffisants, la situation aurait changé. Les circonstances de fait ayant suscité la réaction municipale auraient été altérées par le nombre limité d'agents chargés du maintien de l'ordre. Qu'est-ce qui modifie cette situation de fait ? Les moyens insuffisants, c'est-à-dire l'absence d'alternative pour édicter une mesure restrictive autre que l'interdiction. Ce n'est donc pas la menace par elle-même qui aurait changé mais l'absence de moyens suffisants pour y parer qui en augmenterait l'ampleur et qui interfèrerait sur le contenu de l'intérêt général. Cette menace de trouble alléguée par le maire et relatée dans le propos qui suit est strictement identique, que le maire ait des forces de police suffisantes ou non à sa disposition, *tant que ce dernier ne s'est pas prononcé sur les moyens d'y faire face* : « Les instituteurs syndiqués firent savoir au maire qu'ils s'opposeraient par tous les moyens à ce qu'ait lieu la conférence (...). Par la presse, les tracts et les affiches, ils convièrent à une

contre-manifestation les défenseurs de l'école publique, les syndicats, les groupements de gauche »²⁸⁰. Il est évident que ce n'est pas le nombre de gendarmes présents dans leur caserne de Nevers qui détermine la nature de la menace de troubles à l'ordre public, c'est avant tout les actions envisagées par les instituteurs syndiqués qui sont à l'origine du risque de porter atteinte au bon ordre dans la commune. En revanche, ce sont bien les moyens mobilisables, compte tenu de la situation conflictuelle ainsi caractérisée, qui interféreront sur l'ampleur de la menace. Mais ne nous y trompons pas, la succession d'examens par l'autorité de police et, le cas échéant, par le juge s'ordonne ainsi : troubles qualifiés appelant une mesure (adéquation) ; mesure nécessaire au regard des troubles qualifiés (nécessité) ; interdiction non-nécessaire, en l'espèce, au regard des troubles qualifiés (nécessité) ; interdiction proportionnée (hypothèse) parce que c'est la seule mesure nécessaire (proportionnalité au sens strict) pour satisfaire l'intérêt général (requalifié en conséquence). C'est donc la réponse donnée au sous-principe de nécessité qui conduit l'autorité administrative et, saisi, le Conseil d'État à reconsidérer la situation conflictuelle. Sans mesure interdisant l'exercice de la liberté de réunion, en l'absence de moyens suffisants, la menace pour l'ordre public serait probablement aggravée. Pour écarter ce risque et maintenir l'ordre, la seule solution, qui s'offrirait aux organes normatif et juridictionnel, est de valider l'interdiction pure et simple. Quand exactement cette solution peut-elle être proposée ? Une fois le sous-principe de nécessité appliqué. Autrement dit, et dans le cadre du contrôle de proportionnalité *lato sensu*, au moment précis où la question de droit posée par le sous-principe de nécessité est épuisée²⁸¹. C'est dans l'hypothèse où seule l'interdiction préventive serait validée au titre de sa nécessité que le juge procède au réexamen des motifs d'intérêt général²⁸². Or, s'il réexamine l'ensemble de la situation de fait, que fait-il sinon qu'effectuer une balance entre les intérêts en présence ? Tant que la mesure est adéquate et qu'elle ne prive pas le requérant de l'exercice de son droit fondamental, la proportionnalité *stricto sensu* n'est pas soulevée, dès lors la mesure est nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général. En revanche, dans l'hypothèse où une mesure adéquate porterait une atteinte très grave au droit fondamental de se réunir pacifiquement (en raison d'une interdiction pure et simple), pour être nécessaire, la mesure devra faire l'objet d'une pondération entre l'atteinte grave à la liberté de réunion et le trouble à l'ordre public. La proportionnalité *stricto sensu* trouverait à s'appliquer puisqu'on exigerait, alors, un intérêt général plus impérieux, lequel est le révélateur principal de la balance effectuée. Bien que masqué par la nécessité, le juge administratif serait conduit, en toute logique, à réaliser un contrôle maximum ayant toutes les caractéristiques de fond du sous-principe de proportionnalité au sens strict. « Il n'est pas douteux, précise René Chapus,

²⁸⁰ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 289.

²⁸¹ Les conclusions de rapporteur public Patrick Frydman, dans une autre affaire, donnent du crédit à cet ordre précis d'examen des questions de droit devant la juridiction administrative. En ce sens, P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », préc., p. 1207 : « le principe en la matière, tel qu'il résulte de votre célèbre jurisprudence *Benjamin* du 19 mai 1933 (...), est que la légalité d'une mesure d'interdiction se trouve subordonnée à l'existence de risques d'une ampleur telle que les forces de l'ordre ne seraient pas en mesure d'y faire face ».

²⁸² « Il faudra que la menace pour l'ordre public soit exceptionnellement grave (...) ». Cf. M. LONG et alii, op. cit., p. 290.

que l'appréciation de la nécessité de ces mesures passe par celle de leur rapport avec les faits dont elles procèdent : elles sont nécessaires dans la mesure où elles ne sont pas excessives, c'est-à-dire disproportionnées »²⁸³. Or, dire d'une mesure de police qu'elle n'est pas disproportionnée (et donc nécessaire) parce que l'intérêt général l'exige, c'est établir un rapport de proportion entre l'atteinte au droit et l'intérêt général poursuivi. On est manifestement dans le non-dit, dans l'implicite voire dans l'inavoué. Nous pouvons nous risquer à citer l'arrêt *Commune de Génissac* dans lequel le Conseil d'État considère « qu'il résulte de l'instruction qu'au cours du bal organisé le 31 décembre 1971 par le comité des fêtes de la commune de Génissac, des incidents occasionnant d'importants dégâts matériels ainsi que des blessures se sont produits ; que la gravité de la menace que comportait pour l'ordre public le renouvellement de tels incidents mettait le maire de la commune dans la nécessité d'édicter, pour en prévenir le retour, la mesure d'interdiction qu'il a prise »²⁸⁴. Cette décision peut être interprétée comme le résultat de la pondération entre l'intérêt général (« la gravité de la menace ») et l'atteinte portée au droit fondamental (« mesure d'interdiction »). Un principe de proportionnalité administratif a réservé la possibilité de sanctionner une atteinte excessive à un droit fondamental lorsque, au terme de la balance des intérêts, l'intérêt général n'apparaît pas suffisamment impérieux.

d) – Un principe de proportionnalité administratif dissuasif : une proportionnalité *stricto sensu* potentiellement applicable

665. À la lumière de ces considérations, il est probable que le Conseil d'État exerce – sans qu'il soit utile d'enfermer le contrôle normal dans le carcan des canons du contentieux administratif – un contrôle de proportionnalité conforme, en tout point, à l'exposé du professeur Valérie Goesel-Le Bihan : adéquation (contrôle restreint), nécessité (contrôle normal) et proportionnalité *stricto sensu* (contrôle maximum). « Le contrôle de proportionnalité n'est pas la règle, il est un contrôle par défaut dans le cadre du contrôle de la légalité des actes administratifs »²⁸⁵. L'étude du contrôle maximum du droit administratif, menée par Gilles Lebreton, relativement aux interdictions générales et absolues, confirme les deux derniers étages du contrôle de proportionnalité administratif : « Tout d'abord, une interdiction est disproportionnée lorsque l'autorité administrative aurait pu remédier au trouble à l'ordre public par une mesure plus douce, compatible avec l'exercice de la liberté concernée »²⁸⁶. C'est l'hypothèse de l'arrêt *Benjamin*. « En second lieu, une interdiction est disproportionnée lorsque, quoique justifiée sur le principe, elle est trop "générale et absolue" dans ses modalités. Cette fois, la disproportion tient au degré de l'interdiction, et non plus à sa nature : l'interdiction s'imposait bel et

²⁸³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1078.

²⁸⁴ CE, 23 juillet 1974, *Commune de Génissac*, *Rec.* p. 445.

²⁸⁵ G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 47.

²⁸⁶ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 180.

bien, mais celle qui a finalement été décidée pèche par excès de sévérité, dépasse ce qui était strictement nécessaire pour satisfaire les exigences de l'ordre public »²⁸⁷. Dans ce cas de figure, le juge ne reproche pas à l'autorité administrative de prendre une mesure, qu'il juge nécessaire (et *a fortiori* adéquate) à la satisfaction de l'intérêt général. Il lui reproche d'avoir mal interprété, au regard de l'intérêt général, la réaction attendue d'elle face à la situation de fait. L'arrêt *Guez*, appelé à notre attention par l'auteur, enrichit la compréhension de ce point décisif²⁸⁸. L'arrêté préfectoral d'interdiction d'activité musicale et d'attraction de toute nature dans l'ensemble des voies piétonnes de Paris, à toute heure de la journée et de la nuit, est disproportionnée au regard de « l'intérêt du bon ordre, de la tranquillité et de la sécurité publique »²⁸⁹. « Par son objet, car si le préfet de police de Paris pouvait interdire les instruments bruyants, comme les tam-tam, et les attractions dangereuses, comme les cracheurs de feu, il ne pouvait interdire de façon générale toute activité musicale et toute attraction ; par son champ d'application, car si l'interdiction pouvait être admise dans certaines rues étroites du quartier Latin, propices aux bousculades et à l'amplification du bruit, elle était injustifiable dans les endroits spacieux comme les contre-allées des Champs-Élysées, concernés par l'arrêté ; par son champ d'application dans le temps, enfin, car l'interdiction ne se limitait pas à la nuit mais s'étendait indistinctement aux différentes heures de la journée »²⁹⁰.

666. Le contrôle de proportionnalité est donc potentiellement applicable et présent dans le contentieux administratif. Le Conseil d'État réaliserait (malgré lui ?) un contrôle de proportionnalité sans le savoir ou, plus vraisemblablement, sans le dire. « Le juge administratif ne qualifie jamais son contrôle de "proportionnalité" »²⁹¹. Guy Braibant avait donné plusieurs exemples d'arrêts dans lesquels le juge administratif usait du contrôle de proportionnalité sans le dire : « Dans toutes ces hypothèses, le juge exerce un contrôle étroit et complet sur les appréciations auxquelles a procédé l'autorité de police. S'il n'emploie pas le mot de "proportion", il se réfère bien à l'idée »²⁹². D'où assurément la vigueur de certaines positions doctrinales telles que celle du professeur Kalflèche, qui l'affirme sans appel, « le contrôle de proportionnalité consiste, pour le juge, à faire une balance entre les moyens utilisés par l'administration, d'une part, et le but visé par l'administration, d'autre part. Plus précisément son objectif est de vérifier l'adéquation entre ces deux éléments. Il s'agit donc d'un contrôle du raisonnable, on pourrait dire un contrôle du "bon sens" de l'appréciation de

²⁸⁷ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 181.

²⁸⁸ CE Sect., 4 mai 1984, *Préfet de police c. Guez*, AJDA 1984, p. 393.

²⁸⁹ CE Sect., *Préfet de police c. Guez*, précité.

²⁹⁰ G. LEBRETON, op. cit., p. 181.

²⁹¹ G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 46.

²⁹² G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, op. cit., p. 299. Citant notamment CE, *Benjamin* (précité), CE, 20 juillet 1971, *Mehu et autres*, Rec. p. 568 ou encore CE, 8 décembre 1972, *Ville de Dieppe*, Rec. p. 794.

l'administrateur »²⁹³. L'analyse de Guy Braibant, que l'on retrouve opportunément, emporte alors la conviction que le triptyque propre au principe de proportionnalité, dénommé par l'auteur « la trilogie », par référence à l'arrêt *Benjamin*, est une réalité juridictionnelle tangible : « On voit bien ici les éléments de la trilogie : une situation (l'éventualité de troubles), une finalité (le maintien de l'ordre), une décision disproportionnée (l'interdiction de la conférence) »²⁹⁴. Les trois éléments, permettant d'accomplir le triple test de la proportionnalité allemande, sont réunis au contentieux administratif. « Il doit s'établir un rapport de juste proportion entre la situation, la finalité et la décision »²⁹⁵. L'observateur conclut que c'est « à l'ensemble situation-décision-finalité que s'applique le principe de proportionnalité »²⁹⁶. Il dessine, ce faisant, les formes de la « balance administrative » : « la gravité d'une mesure de police qui porte atteinte à une liberté fondamentale s'apprécie par rapport à la situation à laquelle il s'agit de faire face et à l'importance relative reconnue aux nécessités du maintien de l'ordre » (nous soulignons)²⁹⁷. Paul Cassia le dit tout aussi nettement à propos des mesures d'urgence : « Dans les matières qui relèvent au fond d'un contrôle de proportionnalité, le juge du référé-liberté s'immisce bien moins que le juge du fond dans l'appréciation de l'adéquation des mesures aux faits, en reconnaissant une marge d'appréciation à l'administration. Pour les mesures de police en particulier, l'atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale ne sera constatée que lorsque l'acte ou le comportement litigieux n'est pas manifestement le moins adapté aux circonstances de droit et de fait. Autrement dit, le juge n'exerce plus qu'un contrôle de l'adaptation manifeste de la mesure de police aux circonstances. Ce contrôle est, par définition, moins rigoureux que celui exercé par le juge du fond. Il laisse une latitude à l'administration dans le choix de la mesure la moins attentatoire aux libertés fondamentales, alors que le juge du fond vérifie que l'administration a pris la meilleure décision possible pour prévenir un trouble à l'ordre public »²⁹⁸. *A contrario*, c'est affirmer que le juge du fond applique pleinement un principe de proportionnalité. Il revêt, par conséquent, un aspect dissuasif. On ne pouvait guère douter, sur le fond, de sa greffe réussie, puisqu'il est à l'origine « des avancées significatives du droit administratif, des libertés fondamentales et du rôle du juge »²⁹⁹.

²⁹³ G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 46. L'auteur énonce, au surplus, que ce contrôle innervé l'ensemble du contentieux : « ce contrôle s'exerce aussi bien sur un acte administratif que sur une activité administrative. Ainsi, aussi bien la mesure de police d'un maire que l'action d'un fonctionnaire de police seront appréciées selon un contrôle de proportionnalité pour considérer l'éventuelle indemnisation d'un préjudice » (*ibid.*).

²⁹⁴ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, op. cit., p. 299.

²⁹⁵ G. BRAIBANT, op. cit., p. 298.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ P. CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », in *Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif*, préc., p. 50. Par exemple, CE sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c. Tliba*, Rec. p. 523 : « la condition d'illégalité manifeste de la décision contestée, au regard du droit à une vie familiale normale (...), ne peut être regardée comme remplie que dans les cas où il est justifié une atteinte manifestement disproportionnée aux buts en vue desquels la mesure contestée a été prise ».

²⁹⁹ G. KALFLECHE, préc., p. 46.

667. Un arrêt récent du Conseil d'État annonce, peut-être, la réception officielle du principe de proportionnalité dans la gamme d'outils du contentieux administratif des droits fondamentaux. L'affaire dite du Passeport biométrique a été, en effet, l'occasion pour le juge administratif de censurer la disposition décrétales³⁰⁰ prévoyant le « recueil des empreintes de huit doigts et non des deux seuls figurant sur le passeport » au motif que son utilité « n'étant pas établie, la collecte et la conservation d'un plus grand nombre d'empreintes digitales que celles figurant dans le composant électronique *ne sont ni adéquates, ni pertinentes et apparaissent excessives* au regard des finalités du traitement informatisé ; qu'ainsi, les requérants sont fondés à soutenir que les mesures prescrites par le décret attaqué ne sont pas *adaptées, nécessaires et proportionnées* et à demander par suite l'annulation de l'article 5 de ce décret en tant qu'il prévoit la collecte et la conservation des empreintes digitales ne figurant pas dans le composant électronique du passeport » (nous soulignons)³⁰¹. Mais, outre un certain désordre sémantique³⁰², tout porte à croire que l'annulation procède, d'abord, du sous-principe de nécessité. Logiquement adéquate³⁰³, la mesure de restriction apportée au respect de la vie privée que sont la collecte et la conservation de huit empreintes digitales n'est pas nécessaire puisque deux empreintes suffisent à répondre aux exigences d'intérêt général que poursuit le décret. Partant, le caractère excessif de la mesure décrétales, ou son absence de proportion se révèle, à nos yeux et au regard de l'économie générale de l'arrêt, surabondant puisque l'annulation est acquise dès le deuxième palier du contrôle juridictionnel, au titre du sous-principe de nécessité. Toutefois, une telle rédaction, procédant de surcroît de la plus haute formation du Conseil d'État, ne peut être non signifiante.

668. Quoiqu'il s'agisse de conjectures, nous pouvons suggérer que l'Assemblée du contentieux, à l'instar d'un nouveau principe juridique posé par un arrêt de rejet au fond préluant au revirement jurisprudentiel, ait admis la possibilité, pour l'avenir, qu'un cas de figure d'application du sous-principe de proportionnalité (*stricto sensu*) se présente. En l'espèce, le Conseil d'État aurait pu considérer la collecte et la conservation de huit empreintes digitales comme nécessaires si le ministre de l'Intérieur avait justifié la pertinence de cette mesure au regard des « risques d'erreurs d'identification » des personnes physiques : « si le ministre soutient que la conservation dans le traitement automatisé des empreintes digitales de huit doigts, alors que le composant électronique du

300 Voir décret n° 2008-426 du 30 avril 2008 modifiant le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 *relatif aux passeports électroniques*.

301 CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image, Confédération française de la photographie, Société Photomaton, Société Photo Studio Élisabeth SARL, Société Duka SARL, Association pour la promotion de l'image et autres*, publié au *Recueil Lebon*.

302 Que faut-il entendre, du point de vue de la conceptualisation d'un principe de proportionnalité appliqué par le juge administratif, par mesure « pertinente » ou encore « adaptée » ?

303 Certes, contrairement à ce que laisse entendre le Conseil d'État (« ni adéquates », cf. CE Ass., *Association pour la promotion de l'image et alii*, précité). Mais si la mesure restrictive de collecte et de conservation de deux empreintes digitales seulement est, ainsi qu'en juge la Haute juridiction elle-même, conforme à l'intérêt général, alors c'est qu'elle est forcément adéquate. Or, si deux doigts satisfont adéquatement à l'intérêt général, comment soutenir que huit doigts ne satisferaient pas, *a fortiori*, l'intérêt général toujours sous l'angle du sous-principe d'adéquation ?

passport n'en contient que deux, permettrait de réduire significativement les risques d'erreurs d'identification, cette assertion générale n'a été ni justifiée par une description précise des modalités d'utilisation du traitement dans les productions du ministre, ni explicitée lors de l'audience d'instruction à laquelle il a été procédé »³⁰⁴. Autrement dit, le ministère de l'Intérieur aurait été en mesure d'établir la nécessité juridique de la mesure restrictive en précisant, par exemple, sa nécessité technique. L'atteinte portée au droit de toute personne au respect de sa vie privée n'en serait-elle pas moins illégitime car excessive ou disproportionnée ? À la lecture de l'arrêt, la méconnaissance du sous-principe de nécessité par les auteurs du décret apparaît en effet beaucoup plus comme un mode de défense discutable choisi par les services de l'État devant le Conseil d'État pour « sauver » le décret, que comme une réelle incapacité à prouver la pertinence, c'est-à-dire la nécessité de la mesure. Face à l'éventualité d'un pouvoir réglementaire plus offensif, ou moins désinvolte selon l'opinion que l'on a de l'arrêt, la motivation de l'arrêt par le juge administratif suprême semble organiser, par anticipation, l'applicabilité des trois composantes du principe de proportionnalité *lato sensu* et, surtout, l'application effective du sous-principe de proportionnalité au sens strict. Mais nous nous garderons bien de formuler autre chose qu'une proposition.

669. Alors même que le Tribunal administratif de Versailles se plaçait, *expressis verbis*, sur le terrain du contrôle de proportionnalité³⁰⁵ dans le cadre d'une demande d'avis contentieux adressé au Conseil d'État (article L. 113-1 du CJA)³⁰⁶, ce dernier se borne à répondre qu'« il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si les motifs qu'invoque l'autorité compétente sont de nature à justifier légalement dans son principe et sa durée la décision d'interdiction de retour et si la décision ne porte pas au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été prise »³⁰⁷. La rédaction de l'avis renvoie-t-elle, assez classiquement, aux seuls principes d'adéquation et de nécessité ? La disproportion évoquée par le Conseil d'État est-elle celle de la proportionnalité *lato sensu* ? Il faudrait le préciser.

304 CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et alii*, précité.

³⁰⁵ CE, avis, 12 mars 2012, *M. Rashid A.*, n° 354165, publié au *Recueil* : en l'occurrence, le juge de première instance posait deux questions : « 3°) Quelle est l'intensité du contrôle qu'exerce le juge administratif tant sur le principe même de cette décision que sur la fixation de la durée de l'interdiction de retour ? 4°) Comment définir l'articulation de ce contrôle avec l'exercice du contrôle de proportionnalité sur les conséquences de la mesure sur le droit à la vie privée et familiale du requérant garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? ».

³⁰⁶ « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai. »

³⁰⁷ CE, avis, *M. Rashid A.*, précité.

670. Il reste, dans ces conditions d'acceptabilité globale mais différenciée du principe, envisageable de synthétiser la jurisprudence des différentes juridictions autour du triptyque : minimum (adéquation), normal (nécessité) et maximum (proportionnalité *stricto sensu*). Il faut, pour cela, dépasser l'écran sémantique dressé par les différents contentieux pour découvrir leur commune acceptation du rapport de proportionnalité. « On constate en effet que l'usage des phonèmes dérivés de la racine "proportion" ne correspond pas toujours à la réalité d'un contrôle de proportionnalité ; inversement, le contrôle de proportionnalité est souvent présent sans que le mot soit évoqué, le juge préférant faire appel à un catalogue lexical à géométrie variable : le vocabulaire juridictionnel recourt ainsi à des produits dérivés ou à des produits de substitution, à travers les qualificatifs de "nécessaire", "raisonnable", "adéquat", "opportun", "justifié", pour ne prendre que quelques exemples, auxquels il faudrait évidemment ajouter leurs antonymes "non nécessaire", "déraisonnable", "inadéquat", "inopportun", "injustifié"... ou encore les formulations négatives qui n'ont pas d'équivalent positif telles que "démesuré", "excessif"... »³⁰⁸. La forme change, le fond reste. Le contrôle de proportionnalité, même innommé ou diversement nommé, peut exister devant toutes les juridictions à condition de pouvoir dégager des critères standards d'identification. La différenciation tripartite offre cet œcuménisme juridictionnel. Elle révèle leur commune appréciation essentiellement factuelle des mesures restrictives.

³⁰⁸ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 17.

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

671. Ce sont les faits qui vont permettre au juge de se prononcer pour valider une mesure restrictive au nom de l'intérêt général et qui donnent prise au contrôle de proportionnalité. Ce dernier traduit au contentieux l'interprétation téléologique de l'intérêt général en faveur des droits fondamentaux¹. Aussi, parce que son fonctionnement repose sur les faits, ne faut-il pas être surpris par sa flexibilité. Certes, « le concept de proportionnalité, – et c'est évidemment une banalité – apparaît comme l'une de ces notions juridiques insaisissables, fuyantes, rebelles à la systématisation, qui plongent le juriste dans un abîme de perplexité »². Mais dans les méandres générés par les faits, le principe de proportionnalité se révèle surtout comme une règle stable et méthodique d'appréciation de la situation factuelle dans laquelle est défini un droit fondamental. Elle permet, par le rapport supposé juste, qu'elle recherche entre l'intérêt général et les droits fondamentaux, d'aboutir à une conciliation acceptable et acceptée entre ces deux pôles antagonistes mais inséparables. « Le principe de proportionnalité est essentiellement un principe de modération du pouvoir : l'autorité publique, qu'elle soit législative ou administrative, doit respecter au mieux les droits des personnes et, par conséquent, ne restreindre ceux-ci que dans la stricte mesure où cela est nécessaire à l'intérêt général. Ce principe s'impose évidemment d'une façon plus contraignante pour les autorités administratives que pour les autorités législatives, pour les libertés les plus essentielles que pour les autres droits des personnes »³. Nécessairement couplée à une situation de fait, cette fonction de modération ne résout pas toutes les instabilités inhérentes aux situations conflictuelles.

672. François Terré écrit légitimement qu'« un principe de proportionnalité est nécessairement le signe d'un transfert du pouvoir créateur de droit au détriment de la loi et au profit du jugement »⁴. La balance des deux éléments en conflit devant être pondérée de manière raisonnable par l'organe normatif puis par l'organe juridictionnel, il n'y a guère de doute que la définition finale d'un droit fondamental est placée sous la responsabilité – partagée – du juge. Cette caractéristique, liée à l'importance de la situation factuelle, est par ailleurs aggravée par la dépendance de l'étendue des pouvoirs laissée aux autorités normatives par les textes (Parlement/Constitution, Administration/loi). À mesure que les textes deviennent évasifs, les organes normatifs bénéficient d'une liberté (un pouvoir plus ou moins discrétionnaire) dont il appartient aux juges, à tous les échelons, de déterminer l'étendue. En droit administratif, « les textes sont parfois très généraux ou très vagues sur les caractères que doivent présenter certaines circonstances pour justifier une décision. *Le Conseil d'État*

¹ « La proportion implique bien encore la relativité » dont (nous ajoutons) l'intérêt général est porteur. Cf. É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 31.

² D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 17.

³ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », préc., p. 165-166.

⁴ F. TERRE, « La proportionnalité comme principe ? », préc., p. 55-56.

les a précisés lui-même et, ce faisant, peut examiner si les conditions ainsi posées sont satisfaites » (italique dans le texte)⁵. La contestation du contrôle de proportionnalité devant le juge administratif est alors franchement possible. « Le juge administratif ne va-t-il pas, en l'exerçant, jusqu'à opérer un contrôle de l'opportunité des décisions administratives ? En se plaçant dans les mêmes conditions qu'un administrateur qui prend sa décision, ne (re)prend-il pas, en réalité, le rôle de l'administrateur ? »⁶. Dépassant le seul cas du juge administratif, Xavier Philippe retrace la longue mais inexorable dérive du principe en relevant, tout d'abord, que « le "principe de proportionnalité stricte" impose un choix impliquant une justification complète, rationnelle et raisonnée de la solution choisie. Il n'existe plus qu'un choix limité – *pour ne pas dire unique* – dans cette situation » (nous soulignons)⁷. La prétendue liberté des organes normatifs serait considérablement réduite puisqu'un contrôle effectif des mesures de restriction aboutit à exiger d'eux qu'ils présentent au juge la restriction parfaite, c'est-à-dire non pas l'option choisie entre plusieurs mais qu'ils démontrent qu'ils ont pris la seule décision possible. « Il existe dès lors un risque de voir le juge imposer sa perception des choses au nom du principe ou du contrôle de proportionnalité alors qu'il s'agira d'un choix préférentiel plus que d'un choix fondé exclusivement sur des critères juridiques »⁸. Énumérant les trois « principaux défis soulevés par le contrôle de proportionnalité à Strasbourg », Vincent Berger interpelle le juge européen en posant pour « premier défi : laisser vivre la subsidiarité. Il s'agit pour la Cour de tenir compte des particularités de chaque affaire mais aussi de chaque système national, lequel est souvent le fruit d'une longue histoire, et pas seulement dans les pays de la "vieille Europe". Autant dire qu'il faut préserver autant que possible l'autonomie des autorités et juridictions nationales. Simultanément, il s'agit pour la Cour de ne pas abdiquer son pouvoir de contrôle ni de renoncer à un plancher européen qui est la raison d'être de la Convention »⁹. On est tenté, çà et là, d'amoindrir le contrôle des définitions nationales des droits fondamentaux au motif que la Cour européenne s'approprierait, *via* une proportionnalité intrusive, le droit de déterminer elle-même l'intérêt général. Le recours au principe de proportionnalité par le juge requiert, de sa part, une grande retenue.

673. En matière de libertés fondamentales, le contrôle de proportionnalité étant incontournable, le risque du contrôle en opportunité serait – *in fine* – le prix à payer pour la protection effective des droits fondamentaux. Le risque calculé serait, en quelque sorte, la contrepartie tolérable du contrôle de proportionnalité. « Le principe de la séparation des pouvoirs dont on a dit qu'il fondait les réticences du juge de l'excès de pouvoir à exercer un contrôle de proportionnalité s'efface donc ici face à la

⁵ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 171.

⁶ G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 46.

⁷ X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 11.

⁸ X. PHILIPPE, préc., p. 15.

⁹ V. BERGER, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 44.

nécessité de garantir une liberté »¹⁰. Il faudrait simplement prendre les précautions adéquates. Le professeur Philippe affirme que cette prudence est d'ores et déjà intégrée par le juge. « Les questions ou débats de société dans lesquels le contrôle de proportionnalité est mis en œuvre ne débouchent sur une censure que s'il existe une franche disproportion dans la solution retenue. Ceci signifie d'une part, que le juge reste conscient de ses propres limites (il existe un seuil d'inacceptabilité sociale de sa décision dont il est conscient), d'autre part qu'il n'hésitera pas en revanche à censurer une décision si elle lui semble manifestement irrationnelle ou disproportionnée et ce, même s'il lui faut aller à l'encontre de l'opinion publique »¹¹. Il suggère même d'aller plus loin : « Il y a des hypothèses où il faut savoir se refuser à exercer le contrôle de proportionnalité pour des raisons politiques. Certes, l'encadrement juridique doit exister mais il ne doit pas devenir un carcan insurmontable ou un prétexte qui conduit les acteurs à ne plus agir de peur de se faire censurer »¹².

674. Il reste que le principe de proportionnalité, en dépit des objections qu'il soulève, n'est pas à prendre ou à laisser ; le juge en a irrésistiblement besoin¹³. Il constitue en effet une alternative irremplaçable aux limites de l'application mécanique de la hiérarchie des normes. Quand le syllogisme judiciaire est incapable de déboucher sur une solution hiérarchique, le principe de proportionnalité remédie aux insuffisances de la définition normative des droits fondamentaux. Le reproche le plus important est, sans doute, que la proportionnalité repose exclusivement sur des éléments de faits, lesquels sont, par nature, changeants. Aussi, s'explique-t-on, s'agissant de sa déclinaison, spécialement eu égard au troisième sous-principe, qu'« on lui reproche largement de ne produire qu'une rationalité de façade »¹⁴. Le professeur Sermet rappelle, pour ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'Homme, qu'elle « assure, *via* le contrôle de proportionnalité, un équilibre, *toujours ou presque à réécrire*, entre deux tensions contraires (...) » (nous soulignons)¹⁵. Cette précarité propre au principe de proportionnalité agit sur la nature intrinsèque du contrôle juridictionnel

¹⁰ G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 48. Cette idée de contrepartie sous-tend pareillement le contrôle effectué selon la théorie du bilan : « Cette théorie s'est en effet, révélée, "une pierre angulaire de la théorie du contrôle du juge sur les actes administratifs". Elle a permis de rompre avec une conception de plus en plus large de l'utilité publique, qui tendait à entériner toute opération présentant un lien, si ténu fût-il, avec l'intérêt général, et qui réduisait d'autant l'effectivité réelle du contrôle juridictionnel. Elle a consisté à "mettre en balance les inconvénients de l'opération avec ses avantages, son coût avec son rendement, sa désutilité avec son utilité". Une telle démarche n'est certes pas étrangère à une forme de contrôle de l'opportunité. Elle permet toutefois d'éviter que l'intérêt général ne serve pour l'administration d'alibi à des choix discriminatoires, voire arbitraires. De fait, elle aura joué un rôle préventif appréciable, contribuant à une véritable maïeutique administrative dans le domaine de l'appréciation de l'utilité publique » (cf. *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 309).

¹¹ X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 13.

¹² X. PHILIPPE, préc., p. 15.

¹³ *Contra* : F. TERRE, « La proportionnalité comme principe ? », préc., p. 52. L'auteur émet de sérieuses réserves sur l'érection de la proportionnalité au rang de principe en notant qu'« il y aurait beaucoup à dire sur la principolâtrie ».

¹⁴ O. JOUANJAN, « Allemagne (État des droits fondamentaux en) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 24.

¹⁵ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, préc., p. 27.

des restrictions. Éric Naim-Gesbert souligne ainsi que « le contrôle de proportionnalité [élève] la casuistique au rang d'une méthode générale (...) »¹⁶. Il apparaît exact que la technique de contrôle, fondée sur la proportionnalité et puisant exclusivement dans les faits, devienne largement dépendante d'eux. Le contrôle de proportionnalité, nécessaire pour vérifier réellement l'équilibre entre intérêt général et droit fondamental, suppose un examen au cas par cas, un tel examen rendant alors impossible l'établissement d'une grille de lecture (pour rendre prévisible les contours à la fois des droits fondamentaux comme de l'intérêt général) au profit tant des justiciables que de la puissance publique. La validation des restrictions d'intérêt général ne peut intervenir qu'*a posteriori*.

¹⁶ É. NAIM-GESBERT, « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 57.

Chapitre II : Une validation *a posteriori* des restrictions d'intérêt général :

675. L'orientation libérale, restreindre pour protéger, de la jurisprudence est dorénavant acquise. Elle est la conséquence logique du pacte. Mais elle ne paraît pas être en mesure de donner, *a priori* et concrètement, la solution restrictive exacte qui sera apportée à un conflit de droits fondamentaux. Il n'y a du reste peu de chance qu'il en soit différemment. « Au-delà du halo mythique qui entoure la notion, l'intérêt général est particulièrement utile au juge constitutionnel parce qu'il est extrêmement difficile de connaître avec précision son contenu. Il s'agit d'une notion fuyante, insaisissable, floue, qui ne se laisse pas enfermer dans les classifications normatives traditionnelles »¹. L'intérêt général est identifié certes dans les normes constitutionnelles (avec les objectifs de valeur constitutionnelle) mais on le retrouve également dans les missions que s'assigne le législateur. C'est une notion transcendante d'un point de vue normatif. Il irrigue, innerve l'ensemble de notre système de droit. L'inconvénient de son imprévisibilité est contrebalancé par l'avantage pour le juge d'une notion qui peut lui laisser les coudées franches en cas de besoin. L'intérêt général apparaît, peut-être aussi, comme une soupape de sécurité au système. Il évite une rigidité excessive. La cause et la conséquence de ce constat sont dépourvues d'ambiguïtés : le juge doit se livrer à une appréciation casuistique généralisée des restrictions d'intérêt général (Section 1^{ère}). C'est la difficulté majeure de déterminer la densité de l'intérêt général invoqué et éligible à restreindre un droit ou une liberté qui est sans cesse posée. On la voyait déjà pour la notion d'ordre public : « La question du contenu matériel à donner à cette notion est celle sur laquelle achoppe sans cesse la jurisprudence, dans le silence du législateur »². On peut à l'avenir la généraliser pour la notion d'intérêt général : « l'intérêt général est par nature une notion imprécise, qui ne s'interprète que par rapport à des situations concrètes, et dont l'indétermination n'est que la contrepartie de la nécessaire plasticité »³. Par l'entremise de l'intérêt général dont il détermine la validité concrète, le rôle du juge devient considérable. Évanescent ou à l'état de limbe, l'intérêt général non matérialisé ne prend forme que dans le prétoire⁴. Les conclusions

¹ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 36-37. Dans le même sens, cependant en tenant compte des seules caractéristiques propres aux droits fondamentaux, É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 28-29 : « un droit présente une multitude de façons d'être et de façons de faire, et qu'il n'est pas identique en sa consistance en chaque cas » (p. 28).

² *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 291.

³ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 310. Mais il ne s'agit pas pour l'heure d'un défaut mais bien d'un atout : « L'intérêt général comporte en effet un double avantage pour le contrôle juridictionnel, d'une part en ce qu'il donne au juge la possibilité de juger l'action de l'administration selon un principe global et transversal, d'autre part en ce qu'il permet, par sa souplesse, de faire évoluer le droit, notamment en fonction des attentes de la société » (*ibid.*).

⁴ Ce que dénonce M. Troianiello à partir du seul concept de droits fondamentaux : « Loin de contribuer à constituer une société autour d'un projet politique à l'instar des droits de l'homme, la dynamique au cœur de laquelle s'inscrit la reconnaissance des droits fondamentaux la *déconstitue juridiquement* sans autre alternative qu'une régulation prétorienne des tensions sociales qui, dans une société post-morale, tient lieu, faute de mieux, de principe de cohésion » (italique dans

du rapporteur public Patrick Frydman portant sur l'affaire dite du « lancer de nain » énoncent, *expressis verbis*, que lorsque, ni l'autorité administrative, ni le législateur pénal, n'ont su trouver une solution juridique à un conflit entre l'intérêt général et les droits fondamentaux, il faut s'en remettre au pouvoir judiciaire incarné, pour la circonstance, par le Conseil d'État : « il résulte ainsi des effets combinés de l'absence de toute autre autorité de police compétente en la matière, d'une part, et de l'impossibilité de réprimer de tels agissements au niveau pénal, d'autre part, que l'organisation de spectacles de lancers de nains ne saurait être prévenue autrement que par une mesure d'interdiction prononcée par le maire. Aussi voyons-nous mal, dans ce contexte, comment vous pourriez dénier à ce dernier la possibilité de prendre une telle décision, alors que l'enjeu est précisément ici de sauvegarder l'exigence morale particulièrement solennelle que constitue le respect de la dignité de la personne humaine »⁵. Le juge, lui, savait comme l'écrivent en vérité des observateurs de cette jurisprudence : « L'arrêt ne reconnaît pas seulement le pouvoir de la prendre. Il implique le devoir de le faire car "il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public" »⁶. On assiste alors à une forme de captation judiciaire des restrictions d'intérêt général (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : Une appréciation casuistique généralisée des restrictions d'intérêt général :

676. Le contenu de l'intérêt général tributaire d'une situation de fait est adapté, par le juge, à la situation conflictuelle qui lui est soumise. Le poids des circonstances est capital. « La thèse de la conciliation fait bien comprendre que vérifier l'adéquation de la sévérité de l'objet à la gravité du motif suppose au moins quatre jugements de valeur préalables : apprécier la seule gravité du motif nécessite déjà un double jugement de valeur sur l'importance effective des faits qui compromettent l'exercice d'une liberté et sur la qualité de la liberté compromise ; apprécier ensuite la sévérité de l'objet de l'acte implique également un double jugement de valeur sur la qualité de la liberté atteinte par cet acte et sur le degré de contrainte qu'il lui impose »⁷. Étienne Picard précise que les circonstances sont elles-mêmes évolutives. Ainsi, reprenons, à l'auteur, l'exemple de l'interdiction de stationner sur les voies publiques. D'abord (première phase), la présence des véhicules est très faible ; l'interdiction était normale chacun possédant son garage mais était malgré tout acceptée car le stationnement n'affectait pas la circulation en raison, justement, du faible nombre de véhicule (simple

le texte). Cf. A. TROIANIELLO, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, mars-avril 2003, p. 58-72, spéc. p. 65.

⁵ P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », préc., p. 1211.

⁶ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 735.

⁷ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 538-539.

tolérance). Puis, avec l'augmentation du nombre de véhicules, la possibilité de stationner est devenue un droit nécessaire pour permettre effectivement aux véhicules de circuler (faute de garage et faute de droit de stationner, les utilisateurs ne pourraient acquérir un véhicule sauf à rouler en permanence...). L'interdiction administrative de stationner devait par conséquent être solidement justifiée (deuxième phase). Enfin, aujourd'hui, le stationnement n'est plus une liberté car désormais la liberté de circuler est remise en cause par le trop grand nombre de véhicules. Pour maintenir la libre circulation sur la voie publique, les voies doivent être « libérées », justifiant aisément l'interdiction de stationner quand bien même l'automobiliste ne disposerait pas de garage. Le contrôle des juges est par suite corrélé à cette situation. Les solutions restrictives, décidées par les organes juridictionnels, ne sont pas *a priori* déterminables. Il importe toujours de s'en tenir, pour obtenir des certitudes quant à l'étendue de nos droits et libertés, à la diction postérieure à l'acte pris par l'autorité normative. Cette appréciation exclusivement casuistique des restrictions d'intérêt général par le juge se caractérise par un contrôle circonstanciel de la validité des restrictions d'intérêt général (§1.). Elle aboutit à rendre structurellement imprévisible les restrictions d'intérêt général (§2.).

§1. – Un contrôle circonstanciel de la validité des restrictions d'intérêt général :

677. La nature et la portée du contrôle juridictionnel sont intimement liées à la plasticité de la notion d'intérêt général. Celle-ci offre un degré d'adaptabilité constant au contenu de l'intérêt général (I.) qui oblige les organes normatifs, pour satisfaire aux exigences du contrôle juridictionnel, à une démonstration sans fin des nécessités d'intérêt général (II.).

I. – L'adaptabilité constante du contenu de l'intérêt général :

678. Nous soutenons que le contrôle des restrictions aux droits et libertés est circonstanciel dès lors que le contenu de l'intérêt général, placé au cœur du contrôle des atteintes portées aux droits fondamentaux, constitue pour les organes juridictionnels un réceptacle de l'appréhension casuelle des restrictions (A.). Sa plasticité garantit au juge qu'il pourra apprécier, espèce après espèce, la validité d'une mesure restrictive. Cette réalité est confirmée par le fait que l'intérêt général apparaît comme la principale variable d'ajustement des restrictions (B.).

A. – L'intérêt général, un réceptacle de l'appréhension casuelle des restrictions :

679. La méthode casuistique d'examen des bornes posées aux droits et libertés procède directement de la malléabilité de la notion d'intérêt général dont le juge profite pour opérer un contrôle extrêmement concret. « La marge d'action dont dispose l'administration dépend beaucoup de l'interprétation qu'en donne le juge et des techniques de contrôle qu'il entend mettre en œuvre. À cet égard, on a avancé divers critères justificatifs – les conditions légales fixées par les textes ou encore la technicité des matières en cause – pour justifier le choix que fait le juge entre le contrôle restreint et le contrôle normal de l'acte concerné. Aucun ne rend pleinement compte de l'approche du juge : c'est plutôt une certaine conception de l'intérêt général qui le conduit à effectuer selon les cas – et parfois successivement – un contrôle limité à l'exactitude matérielle des faits, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou un contrôle normal. On a pu l'observer en matière disciplinaire, d'expulsion ou de police des étrangers »⁸. Le Conseil d'État, dans ce rapport, reconnaît lui-même que le juge administratif s'est attribué une certaine liberté, dont la casuistique est un symptôme, dans l'examen des motifs d'intérêt général invoqué et de leur éligibilité, d'une part, à restreindre un droit fondamental et, d'autre part, à poser cette restriction-là. Il devient évident que la démarche du juge administratif, empirique le plus souvent dans le domaine général du droit administratif, ne peut être qu'*a fortiori* empirique au niveau de la conciliation des droits fondamentaux et de l'intérêt général. Frédéric Colin confirme l'empirisme du juge administratif, à nos yeux fondé sur la notion d'intérêt général, en relevant que « nombreux sont les domaines dans lesquels le droit administratif s'est construit du fait de la jurisprudence, dans le silence ou l'obscurité des textes. La juridiction administrative élabore ainsi tout un pan du droit interne au fur et à mesure des espèces qui lui sont présentées, en suivant de grands principes directeurs du droit public. La concrétisation de ces grands principes, dans le détail, nécessite des ajustements basés à la fois sur l'expérience du juge, sa connaissance des contraintes de la prise de décision administrative et la recherche d'un compromis avec les droits des administrés. Cette "quadrature du cercle" quotidienne passe inévitablement par des tâtonnements, par la recherche de solutions stables à des problèmes juridiques susceptibles de se reproduire de façon pourtant toujours renouvelé »⁹. Parmi les différentes méthodes dont le juge administratif se sert, la technique du faisceau d'indices initiée par l'arrêt de section *Narcy*, du 28 juin 1963, pour vérifier l'existence d'un service public, présente un angle de vue saillant¹⁰. La théorie du « faisceau d'indices » permet au juge de présenter une délimitation des notions instables souligne M. Colin. « La technique des indices concordants est en principe requise pour trancher des questions de

⁸ *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 308.

⁹ F. COLIN, « L'utilisation d'indices concordants en droit administratif », *AJDA* 2007, p. 18-23, spéc. p. 18.

¹⁰ Voir CE Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, *Rec.* p. 401. Plus généralement, sur la technique du faisceau d'indices, F. COLIN, *préc.*, p. 18-23.

fait, délicates à apprécier »¹¹. Nul doute que l'intérêt général s'inscrit dans ce type de méthode contentieuse utile au contrôle des limites aux droits. « L'utilisation des standards juridiques nécessite une grande plasticité de la prise de décision. L'utilisation des indices concordants autorise la prise en compte d'une incertitude décisionnelle. Le cas de l'identification de la discrimination en est un bon exemple »¹². Cette technique ou méthode d'appréciation des faits « peut toutefois prêter à critique, dans la mesure où l'indice est par définition partiel, et laisse une grande marge d'appréciation au juge dans la construction de la solution qu'il va donner au litige qui lui est soumis »¹³. Il faut indiquer qu'elle permet ainsi l'appréciation casuelle, donc la délimitation du vaste champ de l'intérêt général, mais elle ne provoque pas cette indétermination. Au contraire, elle tend à la réduire comme l'affirme Frédéric Colin : « La méthode des indices concordants n'est pas véritablement obscure ni énigmatique. Sa souplesse, consubstantielle, laisse toutefois, à l'analyse une marge d'indétermination irréductible, qui peut prêter le flanc à la critique, notamment sur un plan méthodologique. Mais son utilisation, répétons-le, répond à la nécessité de décider, dans un contexte qui ne permet pas systématiquement de se baser sur des éléments certains. Empirique, elle constitue donc "un moindre mal" décisionnel »¹⁴. Si elle ne permet pas de sécuriser les solutions jurisprudentielles en stabilisant par avance le contenu de l'intérêt général, elle accompagne cette notion dans son déploiement lors de chaque affaire. On ne peut seulement que mesurer l'ampleur de cette casuistique. Deux exemples : le premier pris pour son actualité pratique et le second pour sa singularité théorique, dénotent la très grande relativité de l'intérêt général pour mettre en œuvre les droits fondamentaux¹⁵. Il sera question des rapports entre le principe de laïcité et la liberté religieuse (1.), d'une part, et de la prohibition des interdictions générales et absolues (2.), d'autre part.

1. – La relativité du principe de laïcité et de la liberté religieuse par l'intérêt général :

680. Un arrêt de 2004, *M. Ranjit Singh*, portant sur la conciliation entre le principe de laïcité et la liberté religieuse, illustre l'ampleur de cette casuistique et de la relativité que permet la notion d'intérêt général¹⁶. Dans la présente espèce, était attaquée la décision du recteur de l'académie de Créteil, en date du 10 décembre 2004, confirmant l'exclusion définitive du requérant, prise par le

¹¹ F. COLIN, « L'utilisation d'indices concordants en droit administratif », préc., p. 19.

¹² F. COLIN, préc., p. 21.

¹³ F. COLIN, préc., p. 18.

¹⁴ F. COLIN, préc., p. 23.

¹⁵ Étienne Picard estime, pour sa part, que la relativité dont nous faisons état procède directement de la catégorie « droits fondamentaux » et, plus spécialement, de leur « fondamentaleité ». Voir É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 26 et s.

¹⁶ CAA Paris, 19 juillet 2005, *M. Ranjit Singh*, req. n° 05PA01831, *AJDA* 2005, p. 2009-2012.

conseil de discipline du lycée, dans lequel il s'était présenté, à la rentrée, en portant le keshi sikh¹⁷. Saisie de la décision administrative, la Cour administrative d'appel de Paris est contrainte, pour appliquer la nouvelle législation relative au port des signes religieux dans les enceintes scolaires, à se livrer à une analyse tout à fait pointilleuse de ce qu'est le sous-turban ou keshi sikh du requérant : « Considérant que Ranjit Singh s'est présenté lors de la rentrée scolaire 2004 au lycée Louise-Michel avec un sous-turban, ou keshi sikh, dont il ne conteste pas qu'il présente un caractère religieux ; que, *bien que ce sous-turban soit d'une dimension plus modeste que le turban traditionnel et qu'il soit de couleur sombre, il ne peut être qualifié de signe discret* ; qu'en le portant dans une enceinte scolaire l'intéressé a manifesté ostensiblement son appartenance à la religion sikhe, alors même que son intention n'était pas d'extérioriser sa foi ; qu'il a ainsi adopté une attitude contraire aux dispositions législatives précitées ; qu'à elle seule cette violation de l'interdiction légale, jointe au refus réitéré d'y renoncer, rendait son auteur passible d'une sanction disciplinaire, même si elle ne s'était accompagnée d'aucun acte de prosélytisme et en admettant même qu'elle n'ait entraîné aucun trouble à l'ordre public » (nous soulignons)¹⁸. Les circonstances de la cause sont empreintes d'un grand relativisme, car, si le keshi sikh de l'intéressé n'avait pas attiré l'attention ou ne s'était pas fait remarquer¹⁹ ni par le conseil de discipline – négation incluant certainement l'ensemble de la communauté éducative – ni par le recteur, et au final, ni par les juges d'appel de Paris, il n'aurait probablement pas constitué un signe ou une tenue par lequel l'intéressé aurait manifesté ostensiblement une appartenance religieuse, manifestation prévue et prohibée par l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation²⁰. À cet égard, la circulaire d'application du ministère de l'Éducation nationale laisse justement cette marge de manœuvre aux agents des établissements concernés : « La loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets »²¹. La circonstance que le signe n'ait pu apparaître discret aux yeux de tous les acteurs, du lycée Louise Michel jusqu'à la Cour administrative d'appel, en passant par le rectorat, est de nature à objectiver, certes, l'examen du signe ou de la tenue ostentatoire. C'est ce qu'avait, du reste, proposé le rapporteur public à la formation de jugement de la Cour : « il ressort des pièces du dossier et n'est pas contesté que les élèves concernés, en se présentant à l'école coiffés de sous-turbans sikhs, immédiatement identifiables et dont la connotation religieuse est connue de tous, ont fait clairement apparaître leur appartenance confessionnelle à tous les autres élèves ainsi

¹⁷ Voir, pour une présentation de l'espèce, B. BACHINI, « Le port du keshi sikh manifeste ostensiblement une appartenance religieuse », conclusions pour CAA Paris, 19 juillet 2005, *M. Ranjit Singh*, req. n° 05PA01831, *AJDA* 2005, p. 2009-2012.

¹⁸ CAA Paris, 19 juillet 2005, *M. Ranjit Singh*, req. n° 05PA01831, *AJDA* 2005, p. 2009-2012.

¹⁹ Voir *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 750 : définissant le vocable ainsi : « qui n'attire pas l'attention, qui ne se fait guère remarquer ».

²⁰ M. Bachini l'avait même admis : « Dès lors, et malgré la part de subjectivité que comporte un tel contrôle, nous pensons que, compte tenu notamment du caractère voyant et non équivoque de la tenue incriminée, vous devrez estimer, dans les circonstances de l'espèce, que ces élèves ont manifesté ostensiblement une appartenance religieuse au sens de l'article L. 141-5-1 précité du code de l'éducation (...) » (nous soulignons). Cf. B. BACHINI, « Le port du keshi sikh manifeste ostensiblement une appartenance religieuse », préc., p. 2010.

²¹ Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *JORF* n° 118 du 22 mai 2004, p. 9033, spéc. II-2.1.

qu'au personnel du lycée »²². Mais, *a contrario*, que faire de l'hypothèse où la décision du recteur d'académie eût été annulée par le Tribunal administratif de Melun, jugement à son tour annulé et réformé en faveur de l'intéressé et qu'enfin le Conseil d'État revienne sur la position des juges d'appel ? Le fait religieux est-il à ce point réduit à faire l'objet d'une analyse qui confine à une lecture psychosociale ? À tout le moins, on peut souligner, dans ce cas de figure, combien les appréciations d'espèce sont édifiantes²³. Car, même en limitant le « contrôle au degré de visibilité des signes incriminés indépendamment de toute appréciation sur l'intention des élèves »²⁴, la démonstration qui vient d'être faite suggère la relativité constante des termes de la loi. Cette relativité nous paraît d'autant plus évidente, et problématique, que le législateur a pris soin de faire insérer, par la loi du 15 mars 2004, un alinéa 2 à l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation selon lequel « le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève ». Puisque la procédure disciplinaire engagée suppose les droits de la défense, cette disposition crée une procédure, en amont, de médiation. Est-ce pour convaincre l'élève récalcitrant du caractère ostentatoire du signe ou de la tenue incriminée et le contraindre à y renoncer ?²⁵ Ou bien est-ce pour la communauté éducative le moyen de s'en persuader ?²⁶ Les travaux parlementaires tendraient à soutenir que cette disposition est une voie de dialogue dans la réaffirmation du principe de laïcité, c'est-à-dire une inflexion au raidissement... avant une éventuelle décision définitive d'exclusion. « Les chefs d'établissement et les professeurs conservent un rôle essentiel de pédagogie et de dialogue. L'objectif de la loi est en effet de réaffirmer la laïcité comme une valeur de respect des convictions de chacun et de tolérance. Dans cet esprit, votre Commission a adopté un amendement subordonnant toute procédure disciplinaire à un dialogue préalable dont l'objet est d'éviter le conflit et d'expliquer comment cette valeur doit s'exprimer dans l'espace de neutralité que constitue l'école »²⁷. Il reste que sans l'intervention du juge, pour trancher, la discussion est toujours ouverte.

²² B. BACHINI, « Le port du keshi sikh manifeste ostensiblement une appartenance religieuse », préc., p. 2010.

²³ En ce sens, G. GONZALEZ, « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », préc., p. 319-320 : difficile de s'y retrouver... TA Caen, 7 juin 2005, *Mlle Belgin D., M. et Mme Sedrettin D.*, req. n°s 000334 et 0500343 : en se couvrant d'une coiffe noire, l'élève en a fait « la marque substitutive et la manifestation ostensible de son appartenance à la religion musulmane » ; TA Lyon, 23 juin 2005, *Époux G., Zhara G.*, req. n° 0500872 : le port d'un bonnet « doit être regardé, dans les circonstances de l'espèce, comme un signe manifestant ostensiblement une appartenance religieuse ».

²⁴ B. BACHINI, préc., p. 2010.

²⁵ En ce sens, la circulaire d'application est apparemment sans ambiguïté, voir circulaire du 18 mai 2004 *relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, JORF n°118 du 22 mai 2004, p. 9033, spéc. III-3.1 : « Ce dialogue n'est pas une négociation et ne saurait bien sûr justifier de dérogation à la loi ».

²⁶ Que penser de cette assertion qui vise ceux-là mêmes qui sont chargés de « dialoguer » ? « Pendant le dialogue, l'institution doit veiller avec un soin particulier à ne pas heurter les convictions religieuses de l'élève ou de ses parents. Le principe de laïcité s'oppose évidemment à ce que l'État ou ses agents prennent parti sur l'interprétation de pratiques ou de commandements religieux » (circulaire précitée, spéc. III-3.1). Durant le laps de temps qui sépare la décision du juge, qui interviendra forcément pour déterminer le signe ou la tenue ostentatoire, et l'instant où le dialogue est engagé par l'équipe éducative, cette dernière ne prend-elle pas parti – malgré elle – sur le point de savoir si tel signe ou telle tenue, exigé par la foi religieuse que l'on pratique, est contraire ou non au principe de laïcité et corrélativement sur une pratique ou un commandement religieux ?

²⁷ Rapport préparatoire n° 1381 sur le projet de loi (n° 1378) *relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics*, remis par Pascal Clément, alors député, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de

681. Cette vision confuse du contentieux est partagée par Gérard Gonzalez. De la loi française du 15 mars 2004, dont l'auteur discute ici, il énonce qu' « en tout état de cause, la conventionnalité quasi certaine de [cette] loi ne garantit pas, nous semble-t-il, une absence de condamnation par la Cour européenne, selon les espèces, de son application et de certaines de ses conséquences. De ce point de vue, la même incertitude que celle concernant la conventionnalité des solutions adoptées par le Conseil d'État avant l'adoption de la loi demeure, d'autant que la confusion autour de l'appréciation de la signification de certains attributs vestimentaires perdure »²⁸. Il suffit de noter que la circulaire elle-même ne lève pas toutes les incertitudes : « Les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive »²⁹. La dernière illustration – une croix de dimension manifestement excessive – peut prêter à controverse. D'une part, le juge devra dire ce qu'est une croix de dimension manifestement excessive. D'autre part, une croix même de dimension raisonnable est-elle discrète dès lors que la communauté éducative l'a repérée ? Imaginons une seule et même croix de dimension très réduite : elle peut être perçue comme ostentatoire, compte tenu des circonstances de l'espèce, à Rouen et discrète, en fonction de circonstances différentes, à Roubaix³⁰. Qu'en serait-il du principe d'égalité des usagers devant la loi ? Pour éviter une rupture, le Conseil d'État devra inévitablement clarifier la jurisprudence de l'ordre administratif ce qui ouvre la voie à un contentieux certain pour dégager une ligne directrice de la laïcité à l'école. Une fois encore, nous n'aurons d'autres choix que de nous en remettre au juge pour connaître la conciliation des droits fondamentaux et de l'intérêt général. L'intérêt général relativise – ou ne parviendrait pas à désobjectiver absolument – les rapports entre laïcité et foi religieuse et à extraire, à partir de la casuistique jurisprudentielle, une solution consolidée. Cette remarque peut être étendue aux prohibitions des interdictions générales et absolues.

la législation et de l'administration générale de la République, le 28 janvier 2004, site Internet de l'Assemblée nationale, spéc. http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1381.asp#P266_55922. C'est aussi ce que la circulaire d'application du ministère de l'Éducation nationale prétend, voir circulaire du 18 mai 2004 *relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, JORF n°118 du 22 mai 2004, p. 9033, spéc. III-3.1 : « Le second alinéa de l'article L. 141-5-1 illustre la volonté du législateur de faire en sorte que la loi soit appliquée dans le souci de convaincre les élèves de l'importance du respect du principe de laïcité. Il souligne que la priorité doit être donnée au dialogue et à la pédagogie ».

²⁸ G. GONZALEZ, « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », préc., p. 319-320.

²⁹ Circulaire du 18 mai 2004 *relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, JORF n°118 du 22 mai 2004, p. 9033, spéc. II-2.1.

³⁰ Gérard Gonzalez a fait allusion à ce genre de difficultés en notant que « paradoxalement, sur les parcelles de territoire français où la confession musulmane est celle de la majorité de la population ou d'une partie substantielle de celle-ci, les autorités administratives, selon le langage administratif font "preuve de compréhension", ce qui veut certainement dire qu'elles n'appliquent pas la loi ». Cf. G. GONZALEZ, préc., p. 319.

2. – La relativité de la prohibition des interdictions générales et absolues par l'intérêt général :

682. Reconstitue à partir de l'adage *la liberté est la règle, la restriction, l'exception*, l'intérêt général devrait être compris, *a priori*, comme prohibant les interdictions générales et absolues. « Le droit français s'est rallié au système protecteur du "régime répressif" selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est permis, situation qu'on résume par l'adage : "la liberté est la règle, l'interdiction l'exception" »³¹. Là encore, il ne faut pas surdéterminer les implications de cette maxime du droit. « Il ne faut pas conclure, nuance M. Chapus, qu'une interdiction "générale et absolue" est illégale du seul fait qu'elle est générale et absolue. Il s'agit toujours d'une *question d'espèce*. Et plus exactement, ce qu'il s'agit d'apprécier, au cas par cas, c'est si une interdiction est ou non *trop* générale et absolue, au regard des nécessités de l'ordre public. Si elle ne l'est pas, il n'y aura pas d'obstacle à la reconnaissance de sa légalité » (italique dans le texte)³². Autrement dit, la prohibition de telles interdictions n'interfère pas sur le fond du droit, de prime abord, mais contextualise l'office du juge administratif. Le juge libéral doit instruire le litige à partir du principe que les droits fondamentaux ne doivent pas être restreints si ce n'est pour être protégés. « La réalité est que les interdictions générales et absolues, ou trop générales et absolues, sont suspectes d'illégalité, d'autant plus suspectes qu'elles sont *plus générales et absolues* » (italique dans le texte)³³. Elles n'en sont pas moins tout à fait acceptables et il convient d'attendre la décision du juge pour en connaître la validité. Ainsi le préfet de la Manche est-il autorisé à restreindre totalement l'activité des photographes-filmeurs autour du Mont-Saint-Michel pendant la période touristique³⁴. En l'espèce, l'interdiction, qui touche au libre exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, n'est ni trop générale, ni trop absolue pour les intéressés. Comment le vérifier ? Le Conseil d'État a dû considérer que limitée dans le temps (la saison touristique) et dans l'espace (la route menant au Mont), la présente restriction était, dans ce cas particulier, nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général compte tenu de l'afflux exceptionnel de touristes avec leurs automobiles sur cette voie et durant cette période³⁵. Alors cette variation dans le temps et dans l'espace des interdictions générales et absolues réintroduit, en réalité, une part de contingence puisque le caractère général et absolu est, *in fine*, apprécié à partir d'éléments de fait. Pour valider une interdiction, les circonstances de fait changeantes et matérialisées par les facteurs

³¹ G. LEBRETON, « Liberté », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 621. Partageant cette vision, M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 528-529.

³² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 730.

³³ R. CHAPUS, op. cit., p. 731.

³⁴ Voir CE, 13 mars 1968, *Ministre de l'Intérieur c. Époux Leroy*, Rec. p. 178. Le Conseil d'État avait d'ores et déjà laissé entendre que l'autorité administrative pouvait porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie « en interdisant, en cas de nécessité, l'exercice de cette profession dans certaines rues ou à certaines heures ». Cf. CE Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. p. 362, GAJA n° 68, p. 434-440.

³⁵ Voir CE, *Ministre de l'Intérieur c. Époux Leroy*, précité.

temporel et spatial rendent, à leur tour, toute prévision de l'intérêt général aléatoire tant que le juge n'a pas statué sur la durée prétendument excessive et/ou sur l'espace d'action considéré trop vaste.

683. L'arrêt *Guez* de 1984, précédemment abordé, est tout à fait caractéristique pour comprendre l'examen de ces circonstances par le juge³⁶. On rappelle seulement que le préfet de police de Paris avait entendu interdire toute activité musicale et toute attraction de toute nature dans l'ensemble des voies piétonnes de la capitale. Le Conseil d'État annule les arrêtés préfectoraux au motif que le préfet « ne pouvait légalement, par les arrêtés attaqués, édicter une mesure d'interdiction générale et permanente de toutes ces activités et attractions, applicable sous la seule réserve de dérogations trop limitatives, à la presque totalité des voies et zones dont il s'agit »³⁷. Éclairées par les observations de Gilles Lebreton, les décisions du représentant de l'État sont trop générales et absolues, notamment, en raison, d'une part, de leur « champ d'application, car si l'interdiction pouvait être admise dans certaines rues étroites du quartier Latin, propices aux bousculades et à l'amplification du bruit, elle était injustifiable dans les endroits spacieux comme les contre-allées des Champs-Élysées, concernées par l'arrêté » et, d'autre part, au regard de leur « champ d'application dans le temps, (...) car l'interdiction ne se limitait pas à la nuit mais s'étendait indistinctement aux différentes heures de la journée »³⁸.

684. Deux arrêts précisent les caractères temporel et spatial dans la jurisprudence bien qu'ils soient souvent liés. Concernant le facteur temps, le Conseil d'État a admis qu'il pouvait conduire à l'annulation de l'arrêté du maire de Cargèse, cet acte ayant pour effet, sous prétexte de réglementer l'activité des marchands ambulants, « d'interdire au commerce non sédentaire » l'exercice de cette activité et, ce faisant, d'apporter une restriction à la liberté du commerce et de l'industrie aussi générale et permanente (...) »³⁹. La rédaction de l'arrêt municipal revenait à interdire, définitivement, l'exercice de la profession de marchands ambulants sur la commune de Cargèse. Concernant, plus spécifiquement, le périmètre géographique, le Conseil d'État a fait une application de ce critère lors de l'examen d'un arrêté du préfet de police de Paris visant à interdire l'activité de photographe-filmeur dans Paris⁴⁰. La Haute juridiction annule l'arrêté aux motifs que « l'interdiction porte atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et revêt une portée trop générale en raison de l'étendue de la zone qui contient des voies dans lesquelles la circulation s'effectue dans des conditions

³⁶ CE Sect., 4 mai 1984, *Préfet de police c. Guez*, *AJDA* 1984, p. 393. Cf. *supra* n° 665.

³⁷ CE Sect., *Préfet de police c. Guez*, précité.

³⁸ Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 181.

³⁹ CE, 22 novembre 1989, *Ville de Cargèse*, n° 79857, inédit. Pour un exemple plus récent et plus médiatique : les mesures dites de couvre-feu, interdisant l'exercice de la liberté d'aller et venir pour les mineurs de treize ans non accompagnés d'un majeur de 23 heures à 6 heures, du 15 juin au 14 septembre 2001, dans des secteurs jugés sensibles de la commune d'Orléans. Voir CE ord., 9 juillet 2001, *Ville d'Orléans*, *JCP* 2001, p. 1413.

⁴⁰ CE Sect., 15 octobre 1965, *Préfet de Police c. Alcaraz*, *Rec.* p. 516.

d'intensité et de difficulté très inégales »⁴¹. Le préfet de police n'a pas suffisamment délimité l'espace dans lequel les restrictions pouvaient s'appliquer. Dans les affaires citées, la nécessité de la mesure de restriction n'est pas retenue par le Conseil d'État dans la mesure où les interdictions sont jugées trop générales et absolues. Mais alors, en combinant la compréhension de ces deux critères, et en reprenant la logique développée dans l'arrêt *Époux Leroy* (précité), quelle serait la position du juge administratif dans l'hypothèse, très probable, que l'afflux de touristes grossisse démesurément et, qu'en outre, ils se rendent désormais, à toutes les époques de l'année, sur le site du Mont-Saint-Michel ? Le préfet de la Manche pourrait-il interdire dans tous les abords du site, et durant toute l'année, l'exercice de la profession de photographe-filmeur ? L'arrêt *Guez* (précité) invite à formuler une réponse négative compte tenu du caractère trop général et absolu de la mesure éventuelle. Cependant si l'on se réfère à la motivation du juge administratif dans l'arrêt *Époux Leroy* (précité), ce changement dans les circonstances de fait devrait conduire le juge à valider, au regard de la ligne jurisprudentielle qu'il a tracée, une interdiction nettement plus générale et absolue voire même, selon toute vraisemblance, une mesure totalement générale et totalement absolue. Voilà pourquoi René Chapus insiste : « Il n'y a pas, il faut bien le voir, d'obstacle de principe à ce que, compte tenu des circonstances, ces interdictions soient générales et absolues »⁴². Et qu'Étienne Picard estime que « l'assertion selon laquelle la police ne pourrait prononcer des interdictions générales et absolues est doublement inexacte »⁴³. « Tout d'abord, la notion d'interdiction générale et absolue n'existe pas véritablement. Il n'existe qu'une sorte d'interdiction qui serait véritablement générale et absolue : celle qui consisterait à tout interdire, partout, pour toujours et de la part de quiconque, hypothèse naturellement absurde »⁴⁴. En définitive, et à supposer que nous spéculions simplement sur la solution du litige mentionné, il est limpide que toute prévision de l'intérêt général serait, ici, une pure hypothèse. « Tout dépend donc de l'habilitation dont dispose l'autorité considérée. Si l'habilitation n'est qu'implicite, la réponse au point de savoir si l'interdiction plus ou moins générale et absolue est légale dépend de l'équation d'ordre public dans telle situation concrète : l'interdiction ne sera pas annulée parce qu'elle est générale et absolue ; elle le sera le cas échéant parce que, dans les circonstances de l'espèce et compte tenu des valeurs en présence, elle apparaît au juge trop générale ou trop absolue. À l'inverse, une interdiction même assez générale et assez absolue sera toujours validée lorsque le juge l'estime nécessaire, bien qu'il répugne à le reconnaître formellement dans la rédaction de ses décisions »⁴⁵.

685. À travers ces deux exemples, on s'aperçoit que la relativité des définitions de nos droits fondamentaux est étroitement liée à la notion d'intérêt général. « La relativité (...) de tous [les] droits

⁴¹ CE Sect., *Préfet de Police c. Alcaraz*, précité.

⁴² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 731.

⁴³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, *op. cit.*, p. 734.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ É. PICARD, *op. cit.*, p. 736.

fondamentaux en général est donc certaine »⁴⁶. Mais c'est par le truchement de l'intérêt général que l'appréciation au cas par cas des restrictions est rendue possible. C'est en ce sens que l'on peut rappeler, avec le rapporteur public Jacques-Henri Stahl, que « la notion d'intérêt général est une notion d'une certaine plasticité, volontairement imprécise, qui permet au juge d'adapter les contours de sa jurisprudence aux aspirations et aux nécessités de son temps »⁴⁷. L'intérêt général devient, subséquemment, la variable d'ajustements indispensable à la conciliation.

B. – L'intérêt général, une variable d'ajustement des restrictions :

686. Le regard porté par le juge sur son propre office est des plus évocateurs : « Attendu que la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »⁴⁸. Il faut être lucide : « l'idée que l'activité administrative a pour finalité l'intérêt général doit être prise avec un certain sens du relatif : c'est l'intérêt général tel qu'il est appréciée ici et maintenant, dans un contexte historique, dans un certain pays, dans un certain régime, par l'opinion publique et les autorités politiques »⁴⁹. Frédéric Sudre note que la concrétisation des droits fondamentaux exige pareille démarche d'adaptabilité en droit européen. « Le souci de garantir l'effectivité des droits est primordial dans l'interprétation de la Convention » et il convient de « maintenir une approche dynamique et évolutive » et, en conséquence, de « réévaluer » « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », « quelles sont l'interprétation et l'application de la Convention qui s'imposent à l'heure actuelle (...) »⁵⁰. Les principes particulièrement nécessaires à notre temps du Préambule de 1946 cristallisent à l'envi les variations de l'intérêt général, les droits qu'ils consacrent devant « pouvoir faire l'objet de réévaluations périodiques »⁵¹. « Devant les juridictions ordinaires comme devant le Conseil constitutionnel, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle d'un droit n'emporte donc pas, loin s'en faut, une protection identique », explique Valérie Goesel-Le Bihan, l'intérêt général concentrant

⁴⁶ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 27.

⁴⁷ J.-H. STAHL, conclusions pour CE Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, AJDA 1998, p. 539, cité par *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 299.

⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n° 98-11982, *Bull. civ. I* n° 97, 2000, p. 65.

⁴⁹ G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif*, op. cit., p. 25. On rencontre à nouveau « la conception rationnelle et antidogmatique du bien commun » soutenue par saint Thomas et que décrit le professeur Rangeon. Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 69-70. C'est là une preuve supplémentaire de la plasticité intrinsèque de la notion d'intérêt général. « Son contenu varie en fonction de la diversité des organisations sociales. Variant dans l'espace, en fonction des caractéristiques de chaque peuple, le bien commun varie aussi dans le temps, s'adaptant aux évolutions des mœurs et des mentalités. *Le bien commun n'est pas un dogme*, une règle rigide de conduite, mais une direction souple, évolutive, objet d'une approche rationnelle sans cesse renouvelée » (italique dans le texte, p. 69). Précisément, quant à la pertinence de cette filiation : « Cette souplesse, ajoute M. Rangeon, explique dans une large mesure le succès et la pérennité de la conception thomiste du bien commun. On présente souvent la notion d'intérêt général comme une laïcisation de la conception thomiste du bien commun » (*ibid.*).

⁵⁰ Cf. F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge*, préc., p. 233. Voir CEDH, Gr. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, R. 2002-IV, § 69.

⁵¹ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 137.

alors les variations de la protection normative de droits constitutionnellement établis⁵². S'agissant du droit administratif, la notion d'ordre public connaît des mutations, aussi banales soient-elle, qui supposent pareillement un contrôle constant pour en réévaluer le contenu. « Il apparaît (...) que l'ordre public est le reflet évolutif de nos valeurs, de notre imagination et de notre civilisation dans ses aspects les plus techniques ou même les plus domestiques : à la fin du siècle dernier, la prescription par l'autorité de police de la forme, des dimensions et du poids des boîtes à ordures tombait sous le coup de la règle de la liberté des moyens. De nos jours, les moyens permettant d'obtenir un certain état de salubrité publique en ce domaine se sont intégrés dans le concept même de salubrité publique appliqué à cette matière : pour obtenir cet état de salubrité, il faut que le service fonctionne convenablement ; c'est pourquoi il est devenu nécessaire de lui en fournir les moyens, et aujourd'hui personne ne songerait sérieusement à contester la légalité de telles prescriptions »⁵³.

687. Il est peut-être inopportun de vouloir se passer d'un recensement quasi-notarial de la jurisprudence pour donner une image plus ou moins fidèle du droit positif des droits fondamentaux. Dominique Turpin propose, par exemple, de dresser simplement une liste des droits plus importants que d'autres à partir des interprétations des normes par le Conseil constitutionnel⁵⁴. Cela pourrait donner une indication – toujours fragile... – sur l'état du droit positif. Dans un domaine particulier, celui de la liberté cinématographique, Pierre Tifine estime que « si la jurisprudence paraît donc particulièrement casuistique, elle ne présente pas moins une certaine cohérence et dénote le souci du Conseil d'État, dans logique du contrôle maximum, de préciser le contenu des différentes catégories qui ont pour effet de restreindre l'exploitation des œuvres cinématographiques »⁵⁵. Mais il s'agit là d'un domaine très bien isolé dans l'ensemble des droits et libertés. Que dire de tous les droits fondamentaux ? L'incertain droit à l'avortement, dont Xavier Bioy retrace la vie faite d'une naissance douloureuse et d'interruptions volontaires, constitue une illustration complète de la transformation d'une faculté (liberté de fait) d'interrompre une grossesse en un droit à l'interruption volontaire de grossesse (liberté de droit) protégé et restreint⁵⁶. La possibilité laissée aux femmes d'interrompre leur grossesse a été envisagée d'abord sous l'angle d'une interdiction-répression (plus ou moins lourde), puis d'une dépénalisation-liberté (là par tâtonnements législatifs et judiciaires). En dehors de ces hypothèses, la plupart des droits fondamentaux consacrés sont des exemples de réévaluation de la définition. Prenons parmi ceux-ci les plus significatifs des changements intervenus dans notre droit

⁵² Cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Quels droits reconnaît-elle ? », in Dossier : La Constitution en vingt questions – Question n° 4, préc., spéc. II-2.

⁵³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 741.

⁵⁴ D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 47-48.

⁵⁵ P. TIFINE, « Le visa d'exploitation du film "Ken Park" est annulé en tant qu'il n'est pas assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans », préc., p. 573.

⁵⁶ X. BIOY, « Avortement », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 98-101. Thématique difficile pour le droit positif à laquelle Patrick Wachsmann lui consacre un chapitre entier, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 415-427.

contemporain pour exposer trois lignes de force. La notion d'intérêt général est une variable d'ajustement qui prend en compte le temps (1.), l'espace (2.) et la qualité des sujets de droit (3.).

1. – Une variable d'ajustement dans le temps :

688. Le droit fondamental n'est pas ou plus contesté dans son existence. Son exercice est envisagé selon les époques et c'est l'intérêt général qui sert de variable d'ajustement⁵⁷. La variation dépend pour partie des normes en présence. « Le juge tient dûment compte des lois intervenues afin de définir le cadre d'exercice des libertés constitutionnellement garanties, non seulement pour apprécier la gravité de l'atteinte portée ou celle de l'illégalité commise, mais aussi parfois pour déterminer l'assiette même de la liberté fondamentale en cause. Le juge du référé-liberté a d'abord indiqué que "pour apprécier le degré de gravité que peut revêtir une atteinte portée à la liberté d'entreprendre, à la libre disposition de son bien par un propriétaire ou à la liberté contractuelle, il y a lieu de prendre en compte les limitations de portée générale qui ont été introduites par la législation pour permettre certaines interventions jugées nécessaires par la puissance publique dans les relations entre particuliers" (...), situant ainsi le problème au niveau de la gravité de l'atteinte subie par la liberté fondamentale »⁵⁸. Mais, si les textes sont peu diserts, il est revenu au juge d'utiliser la notion d'intérêt général pour rénover, à l'aune des circonstances du moment, la définition d'un droit ou d'une liberté. Il peut le faire aussi bien en faveur du droit fondamental considéré (a.) qu'en faveur de l'intérêt général (b.).

a) – Le réajustement de l'intérêt général au profit d'un droit fondamental considéré :

689. Évoquons, chronologiquement, le droit de grève, la liberté d'expression et le droit de propriété pour rendre compte que c'est l'intérêt général qui accueille la variation des droits.

690. En premier lieu, le sort du droit de grève est remarquable. Évoquant l'interdiction pure et simple du droit de grève dans la fonction publique avant 1946, René Chapus écrit : « Une telle rigueur ne peut surprendre si on rappelle que ce que le Conseil d'État désignait comme un "acte illicite" était qualifié par le commissaire Tardieu de "moyen révolutionnaire", cependant que Duguit y voyait plus

⁵⁷ D'où des amplitudes extrêmes : légalisé aujourd'hui, « le Code pénal de 1794 punissait l'avorteur de vingt ans de fers mais ne réprimait pas l'avortement sur soi-même. Sous Napoléon et jusqu'en 1920, l'avortement est considéré comme un acte contraire aux intérêts de la société et de l'État ». Cf. S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, op. cit., p. 224. Pour une illustration emblématique de ces variations, voir les restrictions portées aux droits fondamentaux de l'homme dans le Japon de l'après-guerre au nom du « bien-être public » (intérêt général) dans H. YAMAMOTO, « L'intérêt général en droit constitutionnel japonais », in *L'intérêt général au Japon et en France*, op. cit., p. 115 et s.

⁵⁸ P. WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », in Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif, *RFDA* 2007, p. 58-63, spéc. p. 62.

qu'une faute, "un crime" (...), et qu'Hauriou (...) expliquait que la grève signifie qu' "une partie de la nation se dresse contre l'autre et ne reconnaît plus ni ses lois ni sa justice" et que "le droit de grève, c'est le droit de guerre privée qui répare" »⁵⁹. Quel chemin parcouru, depuis, pour cette liberté de cesser le travail ! Si la définition de l'élément positif n'a pas changé (cessation du travail), alors c'est l'élément négatif (cessation réglementée) du droit fondamental qui a connu une novation. La notion d'intérêt général s'est « dégonflée », a désenflé pour, finalement, être bien moindre au regard de ce qu'elle recouvrait avant 1946. « Les agents publics ont le droit de grève, c'est un point acquis, une constante ; mais le gouvernement peut leur retirer tout ou partie de ce droit, quand l'intérêt général l'exige (octroi de pouvoir à l'administration), et seulement dans la mesure où il l'exige (limitation desdits pouvoirs), c'est un élément dynamique, une variable. Le Conseil d'État apprécie les restrictions au droit de grève qui lui sont déférées, non par rapport à ce droit lui-même, mais par rapport aux exigences de l'intérêt général (...) »⁶⁰. Les résurgences de l'intérêt général en la matière sont alors, elles aussi, d'une actualité brûlante⁶¹. Souvent liée à l'exercice du droit de grève, la liberté de manifester pacifiquement sur la voie publique a connu une évolution similaire. Aux origines, le Conseil d'État donnait la priorité aux exigences de l'intérêt général. Il « a longtemps considéré, s'agissant des manifestations, qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si l'administration avait ou non les moyens de maintenir l'ordre sans utiliser l'interdiction. La seule réalité de la menace à l'ordre public suffisait. Une telle attitude découlait de l'idée que toute manifestation de rue se présentant sous l'apparence d'un défilé contrariait l'utilisation normale de la voie publique et ne correspondait pas à l'exercice d'une liberté publique »⁶². Le changement s'est produit, sous l'impulsion du droit conventionnel affirme Jacques Robert⁶³, en faveur d'un libéralisme et d'une protection concrète de ce droit fondamental : « il arrive, dit la Cour de Strasbourg, à une manifestation donnée de heurter ou mécontenter des éléments hostiles aux idées ou revendications qu'elle veut promouvoir. Les participants doivent pourtant pouvoir la tenir sans avoir à redouter des brutalités que leur infligeraient leurs adversaires : pareille crainte risquerait de dissuader les associations ou autres groupes défendant des opinions ou intérêts communs de s'exprimer ouvertement sur des thèmes brûlants de la vie de la collectivité. Dans une démocratie, le droit de contre-manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester »⁶⁴. Il est revenu enfin au Conseil constitutionnel de le confirmer en acceptant de contrôler la constitutionnalité des restrictions au droit de manifester : « Considérant que l'interdiction de manifester prévue par le législateur [ne porte] pas atteinte au principe de proportionnalité des sanctions et [n'est] pas non plus de nature à méconnaître les exigences de la

⁵⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, *op. cit.*, p. 263.

⁶⁰ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 164.

⁶¹ Outre le service minimum d'accueil dans les établissements scolaires du premier degré, l'intérêt général a commandé une réduction du droit de grève dans les services du transport aérien.

⁶² J. ROBERT, « La manifestation de rue », *préc.*, p. 833.

⁶³ J. ROBERT, *préc.*, p. 833.

⁶⁴ Cf. CEDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, req. n° 10126/82, série A n° 139, § 32.

liberté individuelle, de la liberté d'aller et venir et du droit d'expression collective des idées et des opinions »⁶⁵.

691. En deuxième lieu, en matière de liberté d'expression, le contrôle des interdictions des publications étrangères est très révélateur de l'évolution – favorable – du droit. Alors que ces interdictions faisaient l'objet d'un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'État a resserré celui-ci en effectuant un contrôle normal⁶⁶. Certes, « le régime répressif est (...) le principe gouvernant la liberté d'expression. Le législateur est néanmoins intervenu pour instaurer un régime préventif permettant à l'exécutif d'agir en amont au nom de la protection de la jeunesse »⁶⁷. Éric Péchillon a montré cependant, concernant les publications destinées à la jeunesse, qu'un changement de valeur s'est opéré. « Le respect de la liberté d'expression impose une graduation de la réaction administrative se fondant sur la sensibilité exclusive du lecteur à protéger et uniquement sur ce point »⁶⁸. Dans le premier cas, l'ordre public français (préservant la société des agissements en provenance de l'étranger) a vu son contenu se préciser sous le coup d'un contrôle plus exigeant du juge. Dans le second cas, ce n'est plus l'ordre public qui peut limiter la liberté d'expression en matière de publication destinée à la jeunesse, mais bel et bien un domaine encore plus particulier de l'intérêt général, à savoir les lecteurs potentiels. Dans les deux cas, l'étendue de l'intérêt général est amoindrie au profit de la liberté d'expression.

692. Enfin, en troisième et dernier lieu, citons le droit de propriété⁶⁹. Après avoir connu les déboires de l'expropriation de fait en raison du sacro-saint principe d'intangibilité de l'ouvrage public, érigé en 1853⁷⁰, le droit de propriété est, semble-t-il, parvenu au bout de son « chemin de croix »⁷¹ en connaissant une résurrection à partir de la fin du XX^{ème} siècle⁷². L'intransigeance de ce principe d'intangibilité à l'endroit de la propriété privée immobilière ne doit pas, contrairement à une lecture

⁶⁵ CC, 18 janvier 1995, déc. n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec. p. 170, cons. n° 24.

⁶⁶ Respectivement CE Ass., 2 novembre 1973, *Société Librairie Maspero*, Rec. p. 611 (contrôle restreint) et CE Sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, Rec. p. 300 (contrôle normal).

⁶⁷ É. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », préc., p. 299.

⁶⁸ É. PECHILLON, préc., p. 303.

⁶⁹ Relativement à ce droit, depuis sa consécration solennelle par l'article 17 de la Déclaration de 1789, François Rangeon a montré que l'intérêt général lui-même a reçu diverses expressions (« nécessité publique, « utilité publique », « intérêt public ») traduisant des conceptions plus ou moins strictes du concept. Cf. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 142.

⁷⁰ CE, 7 juillet 1853, *Robin de la Grimaudière*, S. 1854, II, p. 213.

⁷¹ Il est instructif de lire que le droit de propriété a connu une vie sinueuse à laquelle l'Église catholique n'est sans doute pas étrangère. François Rangeon démontre qu'à travers les discours pontificaux, le droit de propriété est passé du statut de droit naturel (figurant dans le bien commun) à un droit socialement et largement restreint (au nom du bien commun). Cf. F. RANGEON, op. cit., p. 73-74.

⁷² À titre général, voir l'étude S. BRONDEL, « Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexion sur une évolution jurisprudentielle », préc., p. 761-767.

hâtive, être interprétée comme une négation de ce droit fondamental⁷³. Le Conseil d'État a toujours admis une résolution indemnitaire du conflit entre l'intérêt général (le fonctionnement de l'ouvrage ou la protection des deniers publics) ou, s'adressant à l'autorité administrative, « si mieux n'aime le détruire ou le déplacer »⁷⁴, et le droit de propriété privée. Le droit de propriété était restreint par des considérations d'intérêt général mais pas au point d'aboutir « au vol » des biens immeubles par la puissance publique. Les changements intervenus reposent sur une relecture de l'étendue de la restriction supportable par les administrés⁷⁵. Outre les impératifs européens⁷⁶, Séverine Brondel montre que le contexte a fortement influencé le juge. Certes, « le principe d'intangibilité a un fondement pragmatique d'économie des deniers publics » mais les aspirations sociales changent⁷⁷. Il est, dans cet exemple, clair que l'intérêt général a servi de curseur : « L'intérêt financier ne conduit qu'à une capitulation du droit devant le fait et une telle considération, si elle devait être accueillie, mènerait beaucoup plus loin que ne voudraient ceux-là même qui la tiendraient pour bonne. Il en va de même de la justification d'un intérêt général devant primer *a priori* sur tout intérêt particulier. La poursuite de l'intérêt général n'a jamais dispensé l'administration de respecter le droit et bien des actes administratifs justifiés par un tel intérêt n'en sont pas moins annulés lorsqu'ils sont, par ailleurs, irréguliers »⁷⁸. L'auteur conclut que les inflexions puis les mutations du principe d'intangibilité ne sont pas un phénomène isolé mais s'inscrivent dans un mouvement plus large de respect du principe de légalité (et donc des droits fondamentaux) par l'administration dès lors que celle-ci invoque un intérêt général⁷⁹. Nous ajouterons que cette perception du droit de propriété découle aussi des exigences de protection constitutionnelle que le temps ne saurait effacer. « Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des Droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle (...) en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression (...) »⁸⁰. Ceci étant dit, le système de droit peut également et inversement revoir la conciliation des droits fondamentaux en accentuant les impératifs de l'intérêt général.

⁷³ Intransigeance solennisée par l'adage *ouvrage public mal planté ne se détruit pas* et consacrée par le Tribunal des conflits : « Il n'appartient, en aucun cas, à l'autorité judiciaire de prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public ». Cf. TC, 6 février 1956, *Consorts Sauvy*, *Rec.* p. 586.

⁷⁴ CE, 10 mars 1905, *Berry et Chevallard*, *Rec.* p. 255.

⁷⁵ Pour l'exposé de l'évolution jurisprudentielle, S. BRONDEL, « Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexion sur une évolution jurisprudentielle », *préc.*, p. 762-764.

⁷⁶ Voir S. BRONDEL, *préc.*, p. 765.

⁷⁷ Cf. S. BRONDEL, *préc.*, p. 766.

⁷⁸ S. BRONDEL, *préc.*, p. 766.

⁷⁹ Voir S. BRONDEL, *préc.*, p. 767.

⁸⁰ CC, 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, *Rec.* p. 18, *GDCC* n° 31, p. 457-499, cons. n° 16.

b) – Le réajustement de l'intérêt général au profit d'un intérêt général considéré :

693. La notion d'intérêt général est une variable d'ajustement qui peut, à l'inverse, aggraver les restrictions aux droits fondamentaux⁸¹. On s'en apercevra en s'attardant sur la notion d'ordre public et en réinterrogeant les rapports entre laïcité et religion.

694. Le rapport du Conseil d'État consacré à l'intérêt général énumère l'extension progressive des impératifs de l'ordre public⁸². Si la trilogie traditionnelle de l'ordre public n'a pas disparu, affirme le rapport, « le contenu de la notion d'ordre public a eu irrésistiblement tendance à s'étoffer, la jurisprudence évoluant en quelque sorte avec son temps »⁸³. D'abord, cantonnées à la prévention des troubles matériels⁸⁴, deux arrêts ont accru les restrictions possibles au nom de l'intérêt général. L'arrêt *Lutetia* incorpore à la trilogie, en tant que quatrième composante, la moralité publique avec des circonstances locales dans la notion d'ordre public⁸⁵. Si, en l'espèce, le Conseil d'État annule l'interdiction générale du film en France, « en fait, pour des raisons qui tiennent plus à l'évolution des mœurs qu'à la crainte de difficultés contentieuses, les maires ont renoncé à utiliser les pouvoirs qui leur avaient été reconnus, de sorte que la jurisprudence *Films Lutetia* s'est rapidement tarie »⁸⁶. L'ajout d'une quatrième composante n'est donc pas en soi un accroissement de l'intérêt général car « seul s'exerce sur le plan administratif le contrôle confié au ministre chargé du cinéma qui peut prendre la forme, soit du refus de visa d'exploitation ou de conditions mises à son octroi, soit du classement de certains films dans la catégorie des films pornographiques ou d'incitation à la violence »⁸⁷. Pierre Tifine précise le libéralisme du juge et ses limites. « Dans la droite ligne de cette jurisprudence, les décisions rendues par le Conseil d'État sur les mêmes questions ont longtemps été empreintes d'un certain libéralisme. Il semble toutefois que la situation ait évolué, ce qui est surtout lié au fait que le Conseil d'État n'est plus saisi de recours dirigés contre des décisions ministérielles

⁸¹ Et même *tous* les droits fondamentaux puisque nous serions entrés dans une nouvelle ère pour les libertés, celle de la lutte ininterrompue contre le terrorisme qui a modifié toute la perception des droits fondamentaux, leur seul exercice pouvant servir le terrorisme ou retarder sa prévention et sa répression. Elle explique « un notable effet de restriction des garanties des droits et libertés » à en croire Frédéric Rolin et Serge Slama (cf. F. ROLIN, S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *AJDA* 2006, p. 975-982, spéc. p. 980).

⁸² Voir *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 292-293.

⁸³ *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 292-293. Plus largement, « il varie tant dans son contenu que dans sa place dans la hiérarchie des normes, au gré des transformations de la société et des attentes de celle-ci ». Cf. G. LEBRETON, « Ordre public », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 717-719, spéc. p. 718.

⁸⁴ Notamment : loi du 18 juin 1966 sur l'instauration de couloirs spéciaux pour les bus afin d'assurer une circulation optimale ; CE, 26 février 1969, *Chabrot et Syndicat national des automobilistes*, *Rec.* p. 120 : stationnement payant ; CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve et Millet*, *Rec.* p. 330 : à propos de la ceinture de sécurité. Cette restriction à la liberté individuelle protège l'individu contre lui-même mais aussi la sécurité publique.

⁸⁵ CE Sect., 18 décembre 1959, *Société « les films Lutetia » et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, *Rec.* p. 693, S. 1960, p. 94.

⁸⁶ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 529.

⁸⁷ *Ibid.*

refusant d'accorder des visas d'exploitation, mais au contraire contre des décisions qui accordent ces visas »⁸⁸. À cette quatrième composante, ajoutons le non moins important arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, qui érige, quant à lui, la dignité humaine au rang de cinquième composante⁸⁹. Le pouvoir de police générale du maire, qui lui est ainsi reconnu, « lui est attribué pour faire face aux circonstances qui se produisent sur le territoire de sa commune : celles-ci lui permettent d'aggraver les dispositions prises par d'autres autorités de police, générale (...) ou spéciale »⁹⁰. Mécaniquement et matériellement, les droits fondamentaux se trouvent redéfinis, à la baisse, par cette « pentalogie », voire, ce qui conviendrait parfaitement à l'Hexagone, une « hexalogie ». Certains observateurs du droit relatif à lutte contre le terrorisme se sont, en effet, demandé si une sixième composante n'avait pas vu le jour : « Il semble que l'on voit désormais émerger en droit administratif une nouvelle composante de l'ordre public, la "lutte contre le terrorisme" qui autorise des restrictions aux droits et libertés sensiblement supérieures à ce qui était possible sous l'empire de la seule prévention des atteintes portées à la sécurité publique. L'application de ce texte montrera si les autorités savent en faire un usage mesuré. À défaut, il deviendra difficile de continuer d'affirmer que la liberté est la règle, et la mesure de police l'exception »⁹¹. Au-delà, il n'est pas exclu que la définition même de l'ordre public en composante – et, à travers lui, l'intérêt général – ne soit que purement « pédagogique » et circonscrite au droit administratif. Gilles Lebreton rappelle que l'ordre public « se définit en effet toujours comme l'ensemble des règles que les autorités publiques (législateur, autorités administratives, juges voire organisations internationales) estiment indispensables pour sauvegarder la stabilité et les valeurs de la société. En ce sens, il est le principal instrument juridique du maintien de la paix sociale. Il est dès lors assez logique (...) au regard de cette fonction très générale, qu'il puisse revêtir une grande diversité d'expressions »⁹².

695. Outre l'ordre public, le principe de laïcité a également enflé. La définition de la liberté religieuse a connu une profonde rénovation visant à la confiner plus largement dans la sphère privée. Le changement récent fait suite à une jurisprudence administrative considérée comme libérale. Jusqu'à l'adoption de la loi du 15 mars 2004 sur *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*⁹³, le Conseil d'État avait « posé le principe suivant lequel le port par les élèves de

⁸⁸ P. TIFINE, « Le visa d'exploitation du film "Ken Park" est annulé en tant qu'il n'est pas assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans », préc., p. 572.

⁸⁹ CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence* (2 espèces), RFDA 1995, p. 1204-1217.

⁹⁰ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 744.

⁹¹ F. ROLIN, S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », préc., p. 982.

⁹² G. LEBRETON, « Ordre public », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 718.

⁹³ Globalement, sur cette question, G. DRAGO, « Laïcité (Principe de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 519-537 ; P.-H. PRELOT, « Laïcité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 597-601 ; C. DURAND-PRINBORGNE, « Autour du projet de

signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas, par lui-même, incompatible avec le principe de laïcité »⁹⁴. Était-il indispensable, compte tenu des évolutions, de reconsidérer l'emprise du principe de laïcité au regard du droit fondamental d'ordre religieux ? Pierre-Henri Prelot répond positivement : « les modalités d'aménagement de la laïcité ne sont pas données une fois pour toutes, elles peuvent évoluer en fonction de circonstances (...) »⁹⁵. Des circonstances, de fait, ont conduit à cette évolution. « La justification première est liée aux circonstances : le constat de l'existence d'un ensemble de faits sociaux et juridiques qui ont affecté et affectent le fonctionnement des services publics sur un fond polémique, souvent très médiatisé, de discussions sur le concept de laïcité et ses conséquences et sur les limites de la liberté d'expression sous diverses formes dans l'ordre du religieux »⁹⁶. Assurément, les circonstances de temps ont joué un rôle considérable dans la compréhension de l'intérêt général. Mais l'admission d'une loi en 2004 ne fige pas les équilibres recherchés par la loi. « Le mouvement de détermination de ce que peut ou doit être le comportement des usagers du service public n'implique pas seulement une recherche d'équilibre entre les exigences des libertés de conscience et d'expression et la laïcité. Il touche au principe républicain d'égalité d'accès et de traitement par le service public. Le projet peut contribuer à la réduction de difficultés dans l'espace public. Il n'exclut pas la poursuite par le juge administratif d'un travail d'interprétation et de recherche d'équilibre entre droits et obligations dans l'ordre du religieux. Il ne peut mettre totalement fin à des débats sur le permis et l'interdit, au choc entre les conduites tendant à obtenir, de bonne ou de mauvaise foi, plus de place pour la religion et les exigences contraires de certains champions de la laïcité »⁹⁷. Il sera probablement difficile de connaître tous les contours d'un conflit, entre religion et laïcité, lui-même tributaire des faits et dont il convient d'ajouter qu'il n'est pas perçu dans les mêmes termes par toutes les juridictions⁹⁸. Juridiciser la laïcité n'a en rien éliminé « la dimension politique et idéologique du concept de laïcité »⁹⁹ qui rejaillit sur l'évolution de l'intérêt général. C'est la preuve que les variations, au cours des époques, de l'intérêt général, révèlent quelque

charte de la laïcité dans les services publics », *AJDA* 2007, p. 721-725 ; B. BACHINI, « Le port du keshi sikh manifeste ostensiblement une appartenance religieuse », conclusions sur CAA Paris, 19 juillet 2005, *M. Ranjit Singh*, req. n° 05PA01831, préc., p. 2009-2012 : « Toutefois, il serait, selon nous, erroné de considérer que ces dispositions n'ont pas introduit de changement notable dans l'application du principe de laïcité en milieu scolaire » (p. 2010).

⁹⁴ B. BACHINI, préc., p. 2010. Voir notamment, CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, *Rec.* p. 389.

⁹⁵ P.-H. PRELOT, « Laïcité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 597.

⁹⁶ C. DURAND-PRINBORGNE, « Autour du projet de charte de la laïcité dans les services publics », préc., p. 722.

⁹⁷ C. DURAND-PRINBORGNE, préc., p. 725.

⁹⁸ Voir G. GONZALEZ, « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », préc., p. 319 : citant l'affaire du keshi sikh, Gérard Gonzalez prévient : « Cette affaire, alibi ou preuve de l'application non discriminatoire de la loi du 15 mars 2004, pourrait bien révéler en réalité ses faiblesses. Le sous-turban ne présente pas un caractère religieux mais, selon le juge administratif, celui qui le porte manifeste "ostensiblement son appartenance à la religion sikh", sans même qu'il en ait l'intention, et la sanction s'applique en l'absence d'acte de prosélytisme et de troubles à l'ordre public. Le juge est ici sur la corde raide, d'autant que dans ses arrêts la Cour européenne est toujours confrontée à une situation mettant en cause, au moins indirectement, l'ordre public ».

⁹⁹ P.-H. PRELOT, « Laïcité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 597.

chose de l'état du droit positif mais qu'elles ne peuvent aider à prévoir ce que seront les restrictions aux droits fondamentaux. Il en va de même des variations dans l'espace.

2. – Une variable d'ajustement dans l'espace :

696. L'intérêt général se concrétise à mesure qu'il est approfondi au plan local. Le rapporteur public Mayras devait d'ailleurs déclarer que « l'exercice d'un pouvoir de police par l'autorité supérieure ne fait pas obstacle à l'intervention de l'autorité locale, et particulièrement du maire, lorsque des circonstances locales justifient qu'une mesure plus restrictive que celle qui vaut sur le plan national soit prise »¹⁰⁰. Étienne Picard donne une image intéressante, qui concentrera l'essentiel du présent propos, de l'étendue de la compétence du maire comme autorité municipale¹⁰¹. En soulignant un paradoxe apparent, le pouvoir du maire étant à la fois plus puissant et moins puissant que ceux du législateur ou de l'autorité réglementaire décrétable, l'auteur conforte l'approche casuistique qu'il convient d'avoir de l'intérêt général. « Il suffit, pour cela, de mettre en lumière que l'habilitation du législateur – il lui en faut une maintenant puisque son pouvoir n'est justement plus inconditionné – et celle du maire, si elles sont toutes les deux de même nature et si elles permettent *a priori* d'édicter des restrictions aussi rigoureuses l'une que l'autre du seul point de vue de leurs destinataires, n'ont pourtant pas le même contenu. On sait en effet que les exigences de la proposition de droit se concrétisent en normes d'ordre public en fonction des circonstances dans lesquelles elle se matérialise ; on sait aussi que ce sont toujours ces circonstances, à défaut de texte contraignant qui serait applicable, qui mesurent le degré de limitation nécessaire et légal : par conséquent, plus les circonstances invocables sont précises, concrètes, avérées, particulières, *donc locales*, plus elles peuvent légalement exiger de la liberté ; étant subordonnée à de telles circonstances, la restriction de police municipale présente deux caractères contradictoires qui facilitent sa légitimation : son degré de profondeur plus important que son champ d'application personnel ou territorial est limité » (italique dans le texte)¹⁰². En suivant son analyse, il apparaît, plus fortement encore pour la détermination spatiale de l'intérêt général, que toute conciliation des droits et libertés sera marquée du sceau de la contingence, du circonstanciel, du concret (et donc aussi de l'imprévisible et de l'instable). La généralité met en œuvre, le particulier met en cause. C'est pourquoi, la démonstration sera plus difficile pour l'arrêté municipal à la charge de l'administration locale ou déconcentrée, à l'inverse de la démonstration d'envergure nationale (loi ou décret). À ces ajustements dans le temps ou sur le

¹⁰⁰ Conclusions pour CE Sect., 18 décembre 1959, *Société « les films Lutetia » et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, Rec. p. 693, S. 1960, p. 94, rapportées par M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 526.

¹⁰¹ Voir É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, op. cit., p. 644.

¹⁰² É. PICARD, op. cit., p. 644. « Au contraire, pour le décret ou même la loi, les termes de la contradiction sont inversés : en raison de leur nature, la loi et le décret comportent en principe une portée territoriale et personnelle maximale, si bien que, toutes choses étant égales par ailleurs, le degré de restriction qu'ils sont en droit d'infliger à la liberté s'avère bien souvent moins profond » (*ibid.*).

territoire, une dernière distinction saillante existe, celle d'une différenciation des restrictions d'intérêt général en fonction de la qualité du titulaire du droit fondamental.

3. – Une variable d'ajustement en fonction de la qualité du sujet de droit considéré :

697. Si, en règle générale, tous les citoyens bénéficient de la plénitude de l'exercice de leurs droits fondamentaux, une discrimination subsiste, à des degrés très divers, à l'égard des agents publics – y compris à l'intérieur de cette catégorie – (a.), des détenus (b.), des étrangers (c.) ou encore des militaires (d.). L'intérêt général s'étend au besoin et rogne, corrélativement, sur les droits fondamentaux dont le citoyen *lambda* aurait bénéficié.

a) – L'extension de l'intérêt général pour le statut des agents publics :

698. René Chapus a suggéré cette synthèse que nous lui empruntons : « Actuellement, et depuis 1946, en dépit de l'évolution importante qui a abouti, en ce qui concerne l'exercice des libertés publiques, à rapprocher le statut des agents publics de celui des citoyens en général, on constate que les droits des agents publics connaissent encore des limitations particulières, qui leur sont spéciales, et qui résultent des exigences de l'intérêt général dont ils ont la charge d'assurer le service »¹⁰³. Plusieurs exemples attestent des nuances entre le citoyen « de droit commun » et l'agent public.

699. L'important revirement jurisprudentiel, opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme, en matière de contentieux de la fonction publique, infirme certes la spécificité des agents publics en rapprochant les agents et fonctionnaires de l'État du citoyen ordinaire sans pour autant les assimiler totalement¹⁰⁴. La Cour a décidé de rendre applicables, par principe, les garanties de l'article 6 § 1 aux litiges intéressant les fonctionnaires et agents publics en renonçant au critère fonctionnel tiré de l'exercice d'une mission de souveraineté¹⁰⁵. L'arrêt *Vilho Eskelinen contre Finlande* (précité) devait

¹⁰³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 241. Pour un panorama complet des principaux droits fondamentaux redéfinis à l'aune du statut d'agent public et/ou de fonctionnaire, même auteur, p. 241-283.

¹⁰⁴ Voir CEDH, Gr. Ch., 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, req. n° 63235/00, R. 2007-II. Plus globalement, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 358-361.

¹⁰⁵ Consacré par CEDH, Gr. Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, req. n° 28541/95, R. 1999-VII. Cet arrêt avait admis la présomption d'applicabilité de l'article 6 à tous les agents public tout en autorisant qu'il soit dérogé à ce principe pour certaines catégories d'agents ou fonctionnaires : « la Cour décide que sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. Un exemple manifeste de telles activités est constitué par les forces armées et la police. En pratique, la Cour examinera, dans chaque cas, si l'emploi du requérant implique – compte tenu de la nature des fonctions et des responsabilités qu'il comporte – une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. Ce faisant, la Cour aura égard, à titre indicatif, aux catégories d'activités et aux emplois

donc simplifier le droit positif et rendre lisible, pour les agents publics, le poids de l'intérêt général pesant sur eux. L'arrêt entend mettre fin à « une évolution jurisprudentielle chaotique » entamée depuis *Pellegrin contre France* (précité)¹⁰⁶. L'objectif de clarification est-il atteint ? La principale faiblesse de la solution nouvelle est que l'exclusion de cette catégorie d'individus de la protection de la Convention sera le résultat d'une dérogation – dont « la Cour maîtrise le jeu »¹⁰⁷ – accordée par le juge en fonction, une fois encore, des circonstances. Selon la Cour, « pour que l'État défendeur puisse devant la Cour invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par l'article 6, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État. Le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant. Pour que l'exclusion soit justifiée, il ne suffit pas que l'État démontre que le fonctionnaire en question participe à l'exercice de la puissance publique ou qu'il existe – pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'arrêt *Pellegrin* – un "lien spécial de confiance et de loyauté" entre l'intéressé et l'État employeur. Il faut aussi que l'État montre que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial susmentionné. Ainsi, rien en principe ne justifie de soustraire aux garanties de l'article 6 les conflits ordinaires du travail – tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type – à raison du caractère spécial de la relation entre le fonctionnaire concerné et l'État en question. En effet, il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer, et il appartiendra à l'État défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national un requérant fonctionnaire n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis à l'article 6 est fondée s'agissant de ce fonctionnaire »¹⁰⁸. Frédéric Sudre ajoute dans son analyse, entérinant les variations de l'intérêt général à l'égard des agents publics, que « cette nouvelle solution ne s'intègre pas de manière cohérente dans la jurisprudence européenne » notamment parce qu'« elle paraît subordonner l'applicabilité de l'article 6 "volet civil" aux spécificités nationales (...) »¹⁰⁹. D'autres cas de figure limitent les droits fondamentaux des agents publics et fonctionnaires sans qu'il soit aisé de déterminer *a priori* ce qu'il en est avant que le juge ait statué.

700. Ainsi en est-il des exigences de la laïcité qui varient selon que l'on est usager du service public de l'enseignement scolaire (principe de laïcité) ou que l'on est agent de ce service : il est un véritable

énumérés par la Commission européenne dans sa communication du 18 mars 1988 et par la Cour de justice des Communautés européennes » (§ 66).

¹⁰⁶ Cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 358.

¹⁰⁷ F. SUDRE, op. cit., p. 359.

¹⁰⁸ CEDH, Gr. Ch., *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, précité, § 62.

¹⁰⁹ Cf. F. SUDRE, op. cit., p. 359.

principe de neutralité qui est beaucoup plus sévère pour le second¹¹⁰. Si l'on prend le cas du devoir de loyalisme, dont il existe un lien avec le principe de neutralité, à l'égard de la nation (restriction à la liberté d'expression de l'agent), il apparaît qu'il n'a pas été « explicitement consacré par la loi ni par la jurisprudence. Mais, outre qu'il paraît naturel, il semble bien expliquer la solution de certains arrêts »¹¹¹. L'agent public est prié de solliciter le juge administratif ou de prendre connaissance de sa jurisprudence pour mesurer l'étendue de l'intérêt général venant restreindre son droit fondamental. La même difficulté surgit concernant une autre restriction, à savoir l'obligation de réserve. « La qualification d'un comportement au regard de l'obligation de réserve n'est pas toujours facile », écrit René Chapus, « l'appréciation dépend[ant] de l'ensemble des circonstances de l'affaire » poursuit-il¹¹². En toute hypothèse, le juge est contraint d'effectuer un contrôle concret « compte tenu des circonstances »¹¹³. Le droit de grève, interdit et réprimé, puis reconnu avec des limites propres au statut d'agent public, entérine cet examen dynamique des relations entre les droits fondamentaux des agents et l'intérêt général. En matière de liberté d'expression, le rapporteur public Rémi Keller a généralisé la discrimination, qu'attire à elle la notion d'intérêt général, entre le citoyen et l'agent public. « Le professeur, lorsqu'il s'exprime en dehors du service, ne redevient pas seulement un citoyen ordinaire soumis "au régime de droit commun de tout citoyen". Il conserve sa qualité de fonctionnaire et, comme tel, il demeure soumis aux obligations qui s'imposent à tout agent public »¹¹⁴.

b) – L'extension de l'intérêt général pour la situation carcérale du détenu :

701. Si effectivement « la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons »¹¹⁵, l'incarcération d'un individu dans un centre pénitentiaire modifie sensiblement les rapports entre l'intérêt général et les droits fondamentaux à son détriment. Il existerait un « droit de la prison » tributaire des conditions carcérales : « Alors que le détenu est normalement privé de la seule " liberté d'aller et de venir ", de nombreuses libertés sont supprimées en prison, ou inapplicables, en dehors même de celles qui

¹¹⁰ C. WIENER, « Les foulards noirs et la République », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 769.

¹¹¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 247.

¹¹² R. CHAPUS, op. cit., respectivement p. 248 et p. 249.

¹¹³ Cf. R. CHAPUS, op. cit., p. 249.

¹¹⁴ R. KELLER, « Confirmation de la sanction prononcée à l'encontre de Bruno Gollnisch », Conclusions pour CE, 19 mars 2008, *M. Gollnisch*, n° 296984, *AJDA* 2008, p. 1055-1059, p. 1056-1057.

¹¹⁵ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n°s 7819/77 et 7878/77, série A n° 80, § 69.

deviennent inapplicables en raison de la surpopulation pénale »¹¹⁶. On peut l'illustrer en citant trois domaines intéressant les détenus¹¹⁷.

702. Les limites au droit au respect de la vie privée seront plus amples comme dans l'affaire *Golder* où « la Cour admet (...) que la "nécessité" d'une ingérence dans l'exercice du droit d'un condamné détenu au respect de sa correspondance doit s'apprécier en fonction des exigences normales et raisonnables de la détention. La "défense de l'ordre" et la "prévention des infractions pénales", par exemple, peuvent justifier des ingérences plus amples à l'égard d'un tel détenu que d'une personne en liberté »¹¹⁸. On peut dire également que la « liberté d'aller et venir » du détenu à l'intérieur de l'enceinte pénitentiaire sera plus ou moins réduite au nom d'impératifs d'ordre public et surtout d'investigations policières à l'extérieur de la prison¹¹⁹. Il en est de même, enfin, pour le droit à la santé. Marie Laudjois a condensé la jurisprudence du juge administratif des référés en indiquant que pour le Conseil d'État les droits qu'il reconnaît en matière de santé (consentement et liberté personnelle) sont moindres pour les détenus : « La liberté ainsi définie sera d'emblée relativisée par cette précision, qui laisse pressentir un traitement particulier de la revendication des droits et libertés, dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, concernant les personnes privées de liberté. Cette analyse est déjà présente dans l'ordonnance du premier juge, qui estime que "le refus d'être exposé au tabagisme doit nécessairement être concilié avec les contraintes propres au milieu carcéral tenant à l'affectation des prisonniers dans les cellules" »¹²⁰. Certes, « le juge des référés du Conseil d'État adopte en l'espèce une attitude équilibrée, qui masque toutefois une tendance globalement portée vers la sévérité, lors de la revendication par ces personnes de leurs droits »¹²¹.

¹¹⁶ Voir le Rapport de commission d'enquête n° 449 (1999-2000) de MM. Jean-Jacques Hyest et Guy-Pierre Cabanel, fait au nom de la commission d'enquête, déposé le 29 juin 2000, *sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, spéc. Tome 1, site Internet du Sénat, <http://www.senat.fr/rap/199-449/199-44922.html>. Pour une illustration très concrète, A. RAINAUD, « La liberté de réunion n'a pas, en détention, la même portée qu'à l'extérieur », note sous CE, ord., 27 mai 2005, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, M. Bret, Mme Blandin, n°280866, *AJDA* 2005, p. 1579-1582.

¹¹⁷ Pour un aperçu des limites – plus ou moins fortes – à la dégradation des droits et libertés des détenus posées par le droit européen, M. HERZOG-EVANS, « Détenus (Droits des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 273-277 ; également, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 317-330. Ajoutons que le domaine pénitentiaire a connu un accroissement du contrôle juridictionnel en raison du recul des mesures d'ordre intérieur amorcé par le Conseil d'État. Voir principalement CE Ass., 17 février 1995, *Marie*, Rec. p. 92, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* n° 101, p. 730-736 et M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 734-736. Enfin, on pourra étendre le propos concernant les militaires aux détenus.

¹¹⁸ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A n° 18, § 45.

¹¹⁹ Voir M. HERZOG-EVANS, « Détenus (Droits des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 274-275. Mme Herzog-Evans note, à regret, que la Cour est bienveillante à l'égard des législations régissant les diverses mesures disciplinaires dont la mise à l'isolement d'un détenu (p. 274). C'est d'ailleurs la seule réserve qu'elle émet à l'égard d'une jurisprudence généralement favorable aux détenus (p. 277). Il est acquis cependant que « l'isolement total » est prohibé par l'article 3 (cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 322).

¹²⁰ M. LAUDJOIS, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », note sous CE, 8 septembre 2005, *Ministre de la justice c/ M. X.*, req. n° 284803, *AJDA* 2006, p. 376-380, spéc. p. 378-379.

¹²¹ M. LAUDJOIS, préc., p. 377. Le droit à la santé fait du reste l'objet d'une protection européenne exigeante (cf. F. SUDRE, op. cit., p. 323-325).

703. Toujours est-il que, à l'instar du droit des étrangers que l'on abordera ci-après¹²², l'intérêt général restreignant les droits fondamentaux des détenus ne peut enfler dans des proportions déraisonnables. « La Cour a conscience, écrit Martine Herzog-Evans, que les détenus sont dans une situation de particulière vulnérabilité (...) » autant à l'égard du pouvoir (agents pénitentiaires) que de leurs codétenus¹²³. La dignité humaine, protégée par l'article 3 de la Convention, constitue le seuil minimal en-deçà duquel l'intérêt général ne pourrait éroder les droits fondamentaux reconnus à tout individu, fût-il en milieu carcéral. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté à ce titre un « code de la détention pénitentiaire », certes non contraignant, mais qui tend à objectiver les règles de la détention : « les conditions de la détention doivent assurer le respect de la dignité humaine ; la détention doit être appliquée de manière impartiale et sans discrimination »¹²⁴. « L'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis (...) »¹²⁵. La dignité oriente ainsi la compréhension des limites acceptables aux droits fondamentaux des détenus sans pour autant qu'on puisse « en déduire une obligation générale de libérer un détenu »¹²⁶. Elle ne permet pas pour autant de connaître à l'avance les solutions prises par le juge dans chacune des espèces soumises à son examen, l'appréciation du seuil minimum étant « relative par essence » et, comme on le sait, d'« interprétation évolutive »¹²⁷. Le droit au respect de la vie privée et familiale examiné par Martine Herzog-Evans a conduit à une observation que l'on peut étendre sans peine à toute la relation intérêt général et droits fondamentaux en matière pénitentiaire : « Il apparaît donc vraisemblable qu'à mesure que les standards européens progressent, la Cour soit amenée à évoluer »¹²⁸. Cela tient à la rédaction même de la Convention qui « ne consacre pas en soi un droit à des conditions de détention déterminées »¹²⁹.

¹²² Avec lequel il entretient des points de convergence notamment en matière de rétention administrative ou de zone de transit avant une mesure d'éloignement, ou quant à la situation de vulnérabilité objective commune, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., respectivement p. 320 et p. 593.

¹²³ Cf. M. HERZOG-EVANS, « Détenus (Droits des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 275.

¹²⁴ Cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 319.

¹²⁵ CEDH, Gr. Ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, R. 2000-XI, § 94. Pour un exemple de violation de l'article 3, constatée par la Cour, concernant des violences commises par des gardiens de la prison italienne de Pianosa, CEDH, Gr. Ch., 6 avril 2000, *Labita c. Italie*, req. n°26772/95, R. 2000-IV. Et sur le détail de la jurisprudence européenne, relativement à l'article 3, F. SUDRE, op. cit., p. 319 et s.

¹²⁶ CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, req. n° 67263/01, req. n°26772/95, R. 2002-IX, § 40.

¹²⁷ F. SUDRE, op. cit., respectivement p. 320 et p. 321. La démarche du juge européen est tout à fait empirique comme le montre le « critère des "effets cumulatifs" des conditions de détention » (p. 323).

¹²⁸ M. HERZOG-EVANS, op. cit., p. 277.

¹²⁹ F. SUDRE, op. cit., p. 318.

c) – L’extension de l’intérêt général pour le droit des étrangers :

704. La situation des étrangers altère, à l’égard de leurs droits fondamentaux, le contenu de l’intérêt général¹³⁰. L’intérêt général doit en effet s’entendre et se concrétiser dans un droit des étrangers, un droit spécial, « qui leur est propre, qui leur est applicable et appliqué en leur qualité d’étrangers et qui, par conséquent, est différent du droit des nationaux »¹³¹. François Julien-Laferrière met en lumière que le droit français des étrangers est « logiquement (...) un droit d’exclusion et de restrictions » qui « légitime, pour les étrangers, un régime moins favorable que celui des nationaux »¹³². Sans entrer dans le menu détail des différences, nous reprendrons la synthèse du professeur Julien-Laferrière : « la différence irréductible de traitement entre étrangers et nationaux est constituée par ce qu’on appelle couramment la "police des étrangers", c’est-à-dire l’ensemble des mesures de nature administrative qui peuvent viser les étrangers mais non les nationaux (...) »¹³³. Dans ce champ d’application *ratione personae*, les règles de droit ont vocation à moduler le contenu de l’intérêt général en fonction « de la conception que chaque État (...) se fait des prérogatives qui découlent de sa souveraineté »¹³⁴. Dès lors, le contenu de l’intérêt général, utile à la mise en œuvre des droits fondamentaux reconnus aux étrangers, variera et « cerner le degré admissible de spécificité du statut étranger » ne garantit pas de trouver une « réponse unique universellement admise. Cette réponse fluctue dans le temps et dans l’espace, mais aussi selon les idéologies »¹³⁵. À l’instar des relations entre la laïcité et la religion, toute chose étant égale par ailleurs, le droit des étrangers est fatalement imprégné de contingence, des faits sociaux. Il est, pour reprendre la formule éloquente du professeur Julien-Laferrière, un « droit éminemment politique »¹³⁶.

705. Dans ce cadre théorique, la Cour européenne des droits de l’Homme a jugé que la situation d’un individu par le seul fait qu’il est étranger, sur le territoire d’un État partie, interférerait dans la

¹³⁰ Pour une présentation du droit des étrangers, F. JULIEN-LAFERRIERE, « Étrangers (Droit des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, op. cit., p. 402-409 ; ainsi que F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, op. cit., p. 591-616 ; et des problèmes qu’il pose, en soi, aux fondements des droits fondamentaux, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 391-393 : le droit des étrangers ne serait pas, selon l’auteur, sans lien avec la « raison d’État » (p. 392) et « la philosophie des droits de l’homme ne peut pleinement se réaliser dans le Droit positif tant que persiste la distinction entre national et étranger » (p. 393).

¹³¹ F. JULIEN-LAFERRIERE, op. cit., p. 402. « Le droit des étrangers n’est applicable qu’aux personnes qui n’ont pas la nationalité française » (p. 403). Il ne sera question que des étrangers, ressortissants des États tiers de l’Union européenne, les citoyens de l’Union bénéficiant, à l’exception notable du droit de vote aux élections touchant à l’exercice de la souveraineté nationale et de l’accès à des fonctions liées à certaines missions régaliennes, des mêmes droits fondamentaux que les nationaux.

¹³² Cf. F. JULIEN-LAFERRIERE, op. cit., p. 404.

¹³³ F. JULIEN-LAFERRIERE, op. cit., p. 405.

¹³⁴ F. JULIEN-LAFERRIERE, op. cit., p. 404.

¹³⁵ Cf. F. JULIEN-LAFERRIERE, op. cit., p. 405. Cette fluctuation est accentuée par les hésitations du contrôle par le juge administratif des mesures prises dans le cadre de la police des étrangers, contrôle qui n’est jamais, ni exclusivement, un contrôle restreint, ni toujours, un contrôle normal. Cf., sur cette difficulté, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 1064-1065.

¹³⁶ F. JULIEN-LAFERRIERE, op. cit., p. 406. On s’en persuadera assurément en passant en revue « les incessantes modifications de la législation des étrangers » ou la « valse législative » dont l’auteur se fait l’écho (p. 405-406).

compréhension des exigences d'ordre public : « La Cour reconnaît qu'il incombe aux États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (...) »¹³⁷. En résumé, « le droit d'entrer, de demeurer ou de s'établir sur le territoire de l'un des États contractants n'est pas, comme tel, garanti (...) »¹³⁸. Le Conseil constitutionnel avait posé, en principe, une règle d'appréciation des restrictions aux droits fondamentaux des étrangers résidant sur le territoire de la République comparable : « Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne ; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux »¹³⁹. Toutefois, rappelons que l'étranger bénéficie de garanties procédurales spécifiques, en matière d'entrée et de séjour, développées par la Cour européenne. Notre propos s'intéresse plus spécialement aux droits fondamentaux qui leur sont reconnus à géométrie variable en comparaison des nationaux¹⁴⁰. Mais, à partir du texte conventionnel, la Cour est parvenue à créer une protection européenne « sans considération de nationalité », dès lors que l'étranger « relève de la juridiction de l'un des États membres »¹⁴¹. La Cour a comblé « un vide normatif originaire » en construisant une « protection par ricochet » de l'étranger sur le territoire d'un État partie¹⁴². L'arrêt *Soering contre Royaume-Uni* a jeté les bases de cette protection : « la Convention ne consacre pas en soi un droit à ne pas être extradé. Néanmoins, quand une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines, faire jouer les obligations d'un État contractant au titre de la disposition correspondante »¹⁴³.

706. Il n'en demeure pas moins avéré que l'interprétation des rapports entre l'intérêt général et les droits fondamentaux, à l'égard des étrangers, est susceptible de varier en étendant leurs prérogatives ou en les amenuisant, soit par rapprochement du droit applicable aux nationaux, soit en s'y en

¹³⁷ CEDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, req. n° 12083/86, série A n° 234-A, § 74.

¹³⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 591.

¹³⁹ CC, 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France (Maîtrise de l'immigration)*, Rec. p. 224, GDCC n° 46, p. 822-851, cons. n° 2.

¹⁴⁰ Pour les garanties spécifiques, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 592-593. De même, certains droits ne sont reconnus, par définition, qu'aux étrangers comme c'est le cas bien compris du droit d'asile : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » (al. 4 du Préambule de 1946).

¹⁴¹ Cf. F. SUDRE, op. cit., p. 591.

¹⁴² Cf. F. SUDRE, op. cit., respectivement p. 591 et p. 593.

¹⁴³ Voir CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, série A n° 161, § 85. En ce sens, F. SUDRE, op. cit., p. 594.

éloignant. Le droit fondamental à la santé de l'étranger montre qu'il peut être différemment interprété. En faisant la preuve que le juge administratif est capable de modifier sa perception traditionnelle de la conciliation en faisant prévaloir plus nettement le droit des étrangers malades contre l'intérêt général de la maîtrise de l'immigration en France, Olivier Lecucq énonce dans une mesure pertinente la variabilité de l'intérêt général dans ce domaine¹⁴⁴. « En avançant d'un pas tout à fait décidé dans le sens d'une plus grande protection des étrangers contre l'éloignement du territoire en raison de leur état de santé, [La Cour administrative d'appel de Paris] ouvre en effet des brèches assez surprenantes dans les lignes de la jurisprudence du Conseil d'État pourtant fortifiées à cet égard »¹⁴⁵. Le professeur Lecucq relève deux éléments : « En premier lieu, la cour s'engage assez clairement dans le sens du contrôle de l'effectivité de l'accès à des soins appropriés dans le pays vers lequel un étranger gravement malade est renvoyé. En second lieu, elle reconnaît le caractère opératoire de l'article 3 (et de l'article 2) de la CEDH non plus seulement contre la décision fixant le pays de destination mais aussi contre la mesure de reconduite elle-même »¹⁴⁶. Alors même que les normes elles-mêmes n'ont pas changé, les organes juridictionnels, parce que l'intérêt général est ajustable aux réalités de fait, peuvent étendre, comme en l'espèce, l'exercice d'un droit fondamental jusque-là moindre pour un étranger malade.

707. Cependant, et ce qui suit n'est bien évidemment pas négligeable du point de vue de la protection des droits fondamentaux, si les variations peuvent être très importantes, elles ne peuvent descendre en-deçà d'un certain seuil. Le Conseil constitutionnel avait réservé une part incompressible de droits fondamentaux aux étrangers en « considérant (...) que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés »¹⁴⁷. Les étrangers « doivent bénéficier de la reconnaissance et de la garantie des droits fondamentaux, inhérents à la nature humaine, sans lesquels

¹⁴⁴ Nous renvoyons à l'analyse en général, O. LECUCQ, « Précisions sur la protection de l'étranger gravement malade », note sous CAA Paris, 15 décembre 2006, *Préfet de police c/ M.J.*, req. n° 06PA00482, *AJDA* 2007, p. 749-752.

¹⁴⁵ O. LECUCQ, « Précisions sur la protection de l'étranger gravement malade », préc., p. 749.

¹⁴⁶ O. LECUCQ, préc., p. 749. Pour un autre exemple, l'exclusion spécifique des étrangers du bénéfice des garanties procédurales de l'article 6 § 1 de la Convention EDH (procès équitable), F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 363-364.

¹⁴⁷ CC, 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France (Maîtrise de l'immigration)*, Rec. p. 224, *GDCC* n° 46, p. 822-851, cons. n° 3. Le droit européen entérine cette protection juridictionnelle, voir F. SUDRE, op. cit., p. 595-597.

la dignité de la personne humaine ne saurait être sauvegardée »¹⁴⁸. Une même limite, d'ordre général, est ainsi posée par le droit européen. Il figure parmi les derniers remparts dans la détermination française de l'intérêt général puisque l'article 1^{er} stipule que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention »¹⁴⁹. La souveraineté nationale ne saurait exonérer de sa responsabilité internationale l'État à l'égard des obligations souscrites lorsque les étrangers se trouvent placés sous sa juridiction. « La protection de la Convention peut être invoquée contre un État partie non seulement par ses nationaux, mais encore par les ressortissants d'un autre État, partie ou tiers à la Convention, par les réfugiés et par les apatrides, dès lors que la violation invoquée a eu lieu dans les limites de la juridiction de l'État partie (...) »¹⁵⁰. Le professeur Sudre souligne que « dans un État de droit, l'ordre public national ne saurait justifier l'arbitraire ou l'inhumain »¹⁵¹.

708. Cela étant énoncé, le droit des étrangers met en exergue une extension de principe des impératifs d'intérêt général sans qu'il soit possible d'en déduire, à l'avance, les solutions que prendront les juges constitutionnel et européen, à l'égard de la loi ou de l'État, ainsi que le juge administratif à l'endroit de l'Administration. L'extradition, évoquée plus haut, corrobore la nécessité d'un contrôle circonstanciel permanent, lorsque la Cour européenne juge que, « quand une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, *s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines*, faire jouer les obligations d'un État contractant au titre de la disposition correspondante » (nous soulignons)¹⁵². Comment jauger l'intensité des répercussions d'une extradition sur les droits fondamentaux des étrangers placés sous écrou extraditionnel sans connaître les circonstances de fait et de droit de l'État requérant identifiées, seulement, lors du contrôle juridictionnel ? Concernant une expulsion, après un refus d'accorder l'asile, la décision d'irrecevabilité *Z. et T. contre Royaume-Uni* de 2006 illustre cette difficulté. « Dans cette affaire, la violation alléguée découle de la thèse consistant à dire que, si le Royaume-Uni renvoyait les requérantes au Pakistan, ces dernières se trouveraient, vu la situation qui prévaut dans ce pays largement islamique, dans l'incapacité de vivre en tant que chrétiennes sans risquer d'être l'objet d'une attention hostile – voire pire – ou sans avoir à prendre des mesures pour dissimuler leur confession. Il est vrai que la responsabilité d'un État contractant peut être engagée, indirectement,

¹⁴⁸ F. JULIEN-LAFERRIERE, « Étrangers (Droit des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 405.

¹⁴⁹ Voir notamment CEDH, Gr. Ch., 8 juillet 2004 *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, R. 20004-VII, § 311 : « Il découle de cette disposition que les États parties doivent répondre de toute violation des droits et libertés protégés par la Convention commise à l'endroit d'individus placés sous leur "juridiction" ». Pour un rappel de la protection des étrangers par la jurisprudence européenne, F. JULIEN-LAFERRIERE, op. cit., p. 406-407.

¹⁵⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 664. Le fait, mentionné par M. Sudre, que « 37% des requêtes enregistrées contre la France entre 1981 et fin 1992 ont été déposées par des étrangers » donne un relief important à la présente question.

¹⁵¹ F. SUDRE, op. cit., p. 594.

¹⁵² CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, précité, § 85.

lorsqu'il fait peser sur un individu un risque réel de violation de ses droits dans un pays qui ne relève pas de sa juridiction »¹⁵³. La réponse de la Cour pour écarter les griefs tirés de la violation de l'article 9 de la Convention (liberté religieuse) est somme toute très pragmatique : « Lorsqu'un individu affirme qu'à son retour dans son propre pays il sera entravé dans son culte religieux, mais d'une manière qui se situe en deçà de ces niveaux prohibés, la Cour estime que l'article 9 en soi n'est guère, voire pas du tout, d'un grand secours. Dans le cas contraire, cette disposition obligerait en pratique les États contractants à agir comme des garants indirects de la liberté de culte pour le reste du monde »¹⁵⁴. Néanmoins, le juge européen, pour peu que les victimes en fassent la démonstration convaincante, n'exclut pas totalement la violation de l'article 9 du fait d'une expulsion par l'État partie à la Convention. « La Cour n'écarte pas la possibilité que la responsabilité de l'État qui renvoie un individu puisse à titre exceptionnel être engagée en vertu de l'article 9 de la Convention si l'intéressé court un risque réel de violation flagrante de cet article dans le pays de destination »¹⁵⁵. Sauf à se risquer à des conjectures erronées, il apparaît, dans ces conditions, hasardeux de tirer des enseignements généraux sans dresser un inventaire, frappé constamment de précarité, de la jurisprudence européenne.

d) – L'extension de l'intérêt général pour l'état militaire :

709. Les militaires sont incontestablement dans la situation, sans être préjudiciable évidemment et comparativement aux détenus et aux étrangers, la moins confortable dans la détermination prévisible de leurs droits fondamentaux laquelle justifie de les traiter à part de l'ensemble des autres agents publics dont ils font cependant organiquement partie¹⁵⁶. « L'Histoire a en effet appris à la République à se méfier des militaires » écrit Gilles Lebreton¹⁵⁷. Et ce, dès l'aube de la République, puisque l'un des premiers Directeurs, sous le Directoire (1795-1799), Louis-Marie de La Révellière-Lépeaux affirmait qu'« il n'est rien de plus honnête que le soldat français, jusqu'au grade de capitaine »¹⁵⁸. La relation « Je t'aime, moi non plus », qu'entretiennent l'Armée et le système de droit, explique en grande partie la configuration soupçonneuse de l'intérêt général et des droits et libertés à l'égard des forces armées. « La politique et le militaire n'ont pas contracté un mariage d'amour mais de raison »¹⁵⁹. L'article L. 4121-1 du Code de la défense dévoile de façon convaincante cette ambivalence : « Les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Toutefois,

¹⁵³ CEDH, déc., 28 février 2006, *Z. et T. c. Royaume-Uni*, req. n° 27034/05, R. 2006-III.

¹⁵⁴ CEDH, déc., *Z. et T. c. Royaume-Uni*, précitée.

¹⁵⁵ CEDH, déc., *Z. et T. c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁵⁶ Ce traitement à part se justifie amplement ici car « outre les servitudes de la discipline, les particularités de ce statut se constatent dans l'étendue des restrictions imposées à l'exercice des libertés publiques ». Le statut « des militaires apparaît comme le plus éloigné du statut général de la fonction publique ». Cf. M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 869.

¹⁵⁷ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 195.

¹⁵⁸ Cité par P. SARTRE, « Quelle armée française ? », *Pouvoirs* 2008/4, n° 125, p. 5-18, spéc. p. 5.

¹⁵⁹ S. COHEN, « Le pouvoir politique et l'armée », préc., p. 23.

l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint dans les conditions fixées au présent livre »¹⁶⁰. La remarque incidente du professeur Picard est à cet égard tout à fait explicative, quant aux enjeux qui se nouent au cœur de l'institution militaire, lorsque cette dernière sera sollicitée pour défendre le système de droit établi. « Une fois intégré à l'armée, l'appelé est bien soumis à une "police militaire", mais ce qualificatif indique bien que le but de cette "police" n'est pas de faire régner l'état de droit au sein de cette institution secondaire que constitue l'armée ; le but immédiat et déterminant de la fonction disciplinaire militaire est de permettre que cette institution remplisse son rôle de défense extérieure de l'institution primaire libérale ; par conséquent, la discipline – qui en est une au plein sens du terme – se voit entièrement subordonnée à une idée d'œuvre extrêmement exigeante qui dans ses implications déroge à l'idée de droit autant que cela apparaît nécessaire à sa propre réalisation »¹⁶¹. La Cour européenne ne dément pas cette analyse lorsqu'elle valide une sanction disciplinaire de militaires néerlandais au nom de la « défense de l'ordre » lequel ordre « vise aussi l'ordre devant régner à l'intérieur d'un groupe social particulier ; il en est ainsi notamment lorsque, comme dans le cas des forces armées, le désordre dans ce groupe peut avoir des incidences sur l'ordre dans la société entière »¹⁶². Non seulement tous les droits fondamentaux font l'objet de restrictions en temps de guerre mais, de surcroît, il apparaît que ceux dont jouissent les militaires seront plus fortement restreints encore que ceux exercés par des civils quelles que soient au demeurant les circonstances. À telle enseigne que la France, à la « dernière heure » semble-t-il, et, par crainte de complications contentieuses, a choisi de préserver son régime disciplinaire dans les armées en émettant une réserve aux articles 5 et 6 de la Convention européenne lors de la ratification du texte européen¹⁶³. Mais l'état actuel de l'humanité n'ayant fait qu'encourager la demande de forces militaires, y compris sur le territoire national, la thématique des droits fondamentaux du militaire ne pouvait prendre qu'un tour plus aigu¹⁶⁴. La refonte des statuts en 2005 « a pris acte de ces évolutions et a adapté les droits dans le respect de principes jugés intangibles tels que la discipline, la loyauté, la neutralité et la disponibilité »¹⁶⁵.

710. « C'est l'attitude du politique qui est décisive »¹⁶⁶, certes, mais le rôle du juge est considérable. Si plusieurs droits fondamentaux ont vu leurs règles de mise en œuvre assouplies, certains droits sont

¹⁶⁰ Le Titre II du Livre 1^{er} de la quatrième Partie du Code consacré aux « droits et obligations » illustre abondamment la logique rédactionnelle de l'article L. 4121-1 : affirmation d'un droit ou d'une liberté suivie aussitôt de ses restrictions. Pour un examen sommaire de la concrétisation des droits fondamentaux des militaires, C. VERSTAPPEN, « Les droits sociaux des militaires », *Pouvoirs* 2008/4, n° 125, p. 109-120, spéc. p. 115-116.

¹⁶¹ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, *op.cit.*, p. 503.

¹⁶² CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, série A n° 22, § 98.

¹⁶³ Voir, sur ce point, les propos instructifs de Jean-François Villevieille dans J.-F. VILLEVIEILLE, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *AFDI* 1973, vol. 19, p. 922-927, spéc. p. 925.

¹⁶⁴ En particulier, sur l'attente du corps social français en matière de protection intérieure, P. SARTRE, « Quelle armée française ? », *préc.*, p. 12 ; B. JANKOWSKI, « Les relations armées-société en France », *Pouvoirs* 2008/4, n° 125, p. 93-107, spéc. p. 97.

¹⁶⁵ C. VERSTAPPEN, « Les droits sociaux des militaires », *préc.*, p. 109.

¹⁶⁶ S. COHEN, « Le pouvoir politique et l'armée », *préc.*, p. 19.

toujours interdits aux militaires en activité comme le droit de grève, la liberté syndicale¹⁶⁷ et le droit « d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique »¹⁶⁸. La plupart sont soumis, conformément à l'esprit général du nouveau statut fixé dans le Code de la défense, à des restrictions plus ou moins importantes dont il appartient au juge d'énoncer l'étendue exacte. Deux exemples attestent de la difficulté de connaître cette étendue. La tâche est d'abord redoutable comme le prouve la récente suppression de la nécessité d'une autorisation préalable du ministre en matière de liberté d'expression. Est-ce bien un accroissement de l'exercice des droits fondamentaux ou une aggravation des exigences de l'intérêt général ? À l'occasion de cette dernière grande réforme du statut du militaire (1^{er} juillet 2005), Jean-Hughes Matelly s'est intéressé à la relation entre la liberté d'expression du militaire (droit fondamental) et le devoir de réserve (intérêt général)¹⁶⁹. Avant la réforme du statut de 1972, Jean-Hughes Matelly décrivait une jurisprudence du Conseil d'État « très variée et fort subtile sur ces questions »¹⁷⁰. La réforme de 2005 a procédé à la suppression du régime d'autorisation préalable imposé à tous ceux qui se trouvent dans l'état militaire pour lui substituer un droit commun du devoir de réserve¹⁷¹. La logique du recours au régime dit répressif pour l'exercice d'une liberté est normalement l'insigne d'un libéralisme ou d'une libéralisation. Or cet auteur prétend, en substance, que la liberté d'expression du militaire n'en sortira pas plus affermie. « Au-delà des apparences de la règle de droit, restent les aléas de la pratique »¹⁷². Il estime, en conclusion, que le nouveau régime ne ferait pas progresser la liberté d'expression voire l'inverse¹⁷³. En laissant à cette réflexion la responsabilité de savoir de quel côté penche la balance, nous n'entrerons pas dans le détail d'un statut controversé, il reste l'imprévisibilité, une fois encore, de l'équilibre entre les deux pôles que sont la liberté et sa restriction¹⁷⁴.

711. Le recul des mesures d'ordre intérieur dans l'armée constitue une seconde illustration. L'arrêt *Hardouin* sonne en effet la charge du juge administratif contre la forteresse militaire en acceptant, en l'espèce, de déclarer recevable le recours en annulation du requérant militaire au motif « que, tant par ses effets directs sur la liberté d'aller et venir, en dehors du service, que par ses conséquences sur l'avancement ou le renouvellement des contrats d'engagement, la punition des arrêts constitue une

¹⁶⁷ Voir C. VERSTAPPEN, « Les droits sociaux des militaires », préc., p. 116.

¹⁶⁸ Art. L. 4121-3 du Code de la défense.

¹⁶⁹ J.-H. MATELLY, « L'incertaine liberté critique du militaire », *AJDA* 2005, p. 2156-2161. En s'étonnant ironiquement... « Aux pays des Droits de l'homme et des Lumières, il est un sujet obscur, semblant de bien peu d'intérêt et que la plume des auteurs n'effleure guère : la liberté d'expression au sein des armées françaises » (p. 2156).

¹⁷⁰ J.-H. MATELLY, « L'incertaine liberté critique du militaire », préc., p. 2157.

¹⁷¹ J.-H. MATELLY, préc., p. 2160.

¹⁷² J.-H. MATELLY, préc., p. 2156.

¹⁷³ J.-H. MATELLY, préc., p. 2160. Quoiqu'on pense du bien fondé de la position retenue, elle nous paraît à bien des égards crédible. « Quand les fonctions sont consubstantielles aux missions fondatrices de l'État, notamment la défense de l'ordre social, ceux qui les exercent doivent s'attendre à ce que soit exigée d'eux une grande circonspection dans la manifestation publique de leurs opinions. Trois corps sont particulièrement sensibles et vulnérables : les magistrats, les militaires et les policiers ». Cf. M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 969.

¹⁷⁴ Il n'est pas exclu que les incertitudes grevant les droits fondamentaux du militaire ne soient d'ailleurs jamais levées puisque le soldat incarne, à l'échelle indivise du pacte, son paradoxe fondamental : « le droit de tuer et le devoir de mourir » (cf. P. SARTRE, « Quelle armée française ? », préc., p. 7).

mesure faisant grief, susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir »¹⁷⁵. Cependant, le critère tiré de l'atteinte à la situation – que révèle la jurisprudence administrative – n'offre pas un degré de prédictibilité suffisant pour savoir si une mesure d'ordre intérieur sera effectivement recevable et jugée sur le fond par le juge. Dans cette affaire, « le commissaire du gouvernement a indiqué qu'elle ne devrait pas concerner toutes les punitions infligées dans les prisons ou dans l'armée, mais seulement celles "qui entraîneraient soit une atteinte sensible à des libertés ou des droits protégés – critère qui intégrerait d'ailleurs notamment l'éventuelle aggravation sensible des conditions de vie de la personne punie, soit une atteinte substantielle à la situation statutaire ou administrative de l'intéressé – critère qui couvrirait en particulier, pour sa part, les éventuelles conséquences de la mesure sur les perspectives de carrière" »¹⁷⁶. On peine à traduire une règle d'identification claire et objective des mesures faisant grief car l'issue du procès administratif dépend de toute évidence d'un examen au cas par cas : « il a suffi, non pas que le Conseil d'État change son mode de raisonnement, mais qu'il procède de manière plus exacte à l'analyse de la mesure qui porte atteinte (ou non) à un droit ou à une prérogative statutaire »¹⁷⁷. Quand bien même « il est sûr que les arrêts de 1995 ont marginalisé à l'extrême la catégorie des mesures d'ordre intérieur » et qu'« à peu de choses près, elle est désormais faite de mesures que leurs destinataires n'ont pas un bien grand intérêt à contester juridictionnellement »¹⁷⁸, rien n'indique que les mesures d'ordre intérieur, dans le domaine militaire en particulier, ne soient pas encore « cette catégorie d'actes [formant] une nébuleuse aux contours mouvants » comme on a pu l'écrire¹⁷⁹. René Chapus suggère que figure au sein de cette catégorie, « dans l'armée, un simple avertissement ou une corvée de balayage »¹⁸⁰. Soit. Nous ne nous risquerons pas pour autant à parier sur l'absence de recours car seul le juge dira, finalement, si la corvée de balayage n'est pas un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne...¹⁸¹

712. Nous aurions pu décliner avec un luxe de détails les nuances que permet l'intérêt général. Pourquoi ne pas évoquer en effet les préfets tenus à un strict loyalisme à l'égard du pouvoir politique en place ? Que dire encore des usagers des services publics tenus de ne pas se présenter avec une tenue vestimentaire ou un signe ostentatoire dans un établissement scolaire ? Pourquoi ne pas mentionner que les agents de la police nationale ou les magistrats, tout comme les militaires, ne peuvent faire grève ? Ces développements n'auraient servi qu'à confirmer un fait largement acquis : la

¹⁷⁵ CE Ass., 17 février 1995, *Hardouin*, *Rec.* p. 92, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* n° 101, p. 730-736.

¹⁷⁶ M. LONG et *alii*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 735.

¹⁷⁷ M. DE VILLIERS et *alii*, *Droit public général*, *op. cit.*, p. 542.

¹⁷⁸ Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 511.

¹⁷⁹ M. DE VILLIERS et *alii*, *op. cit.*, p. 541.

¹⁸⁰ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 511.

¹⁸¹ Il n'est pas certain que le blâme, susceptible d'être déferé à la juridiction administrative (CE, 12 juillet 1995, *Maufroy*, *Rec.* p. 304), soit perçu comme présentant un intérêt juridictionnel plus important, pour celui qui en est le destinataire, que la corvée de balayage...

notion d'intérêt général, loin d'être monochrome, permet d'adopter des restrictions « arc-en-ciel », ou polychromes, pour correspondre plus adéquatement à la qualité des sujets de droit. La même conclusion sera tirée des changements de circonstances de droit et de fait, dans le temps ou dans l'espace, qui brouillent la lisibilité du cheminement restrictif. Variable d'ajustement nécessaire, la notion n'en affecte pas moins l'office du juge. Ses décisions sont précaires, temporaires et révocables. Analysant un arrêt de 2008, appliquant le principe de laïcité, dans les établissements scolaires, Hocine Zeghib rappelle l'acuité de cette conciliation instable¹⁸². « Prenant pour axe central d'analyse la liberté de religion et son corollaire le principe de laïcité, le propos vise à montrer, non pas que l'arrêt en question porterait directement atteinte à la liberté de religion, mais qu'il s'inscrit bien, par ses effets, dans le raidissement jurisprudentiel constaté à la suite de la loi du 15 mars 2004. Le compromis au cœur de la loi de 1905 est encore ainsi à la recherche de son point d'équilibre »¹⁸³. Une nouvelle inflexion ayant été donnée au régime de la liberté religieuse, un rééquilibrage des deux pôles (restriction et protection) est en train, encore, de voir le jour.

713. L'infinité des situations conflictuelles contraint l'observateur du droit à s'intéresser principalement à la diction des restrictions aux droits fondamentaux au nom de l'intérêt général. Il devient alors ardu de dégager des lignes directrices pour déterminer, *a priori*, ce que seront nos limites à la liberté. Il faut s'en remettre systématiquement aux solutions que donneront les juges lorsqu'ils mettent un terme aux conflits de droits fondamentaux. « Il serait tentant de présenter les résultats de la conciliation des libertés comme une collection de cas d'espèce dépourvus de liens les uns avec les autres. Si les équilibres ainsi définis y gagnent en réalisme, ils se voient privés d'une protection spécifique »¹⁸⁴. Aurions-nous céder à cette tentation ? Nous ne pouvions, nous semble-t-il, faire autrement. La conformation contentieuse de l'intérêt général aux droits fondamentaux nous pousse inexorablement vers la casuistique. Guillaume Drago l'a très bien mise en lumière dans la confrontation délicate des impératifs d'intérêt général (principe de laïcité) et les droits fondamentaux en matière religieuse. « Dans ce type de situations de fait, la subjectivité, les *a priori*, les convictions religieuses, les interdits et prescriptions rendent difficiles les appréciations purement juridiques de respect d'une règle imposant la laïcité. Au-delà des textes législatifs ou réglementaires, c'est dire l'importance de la jurisprudence pour apprécier ces situations et leur donner une solution juridique en cas de conflit »¹⁸⁵. Guillaume Drago voit dans cet analyse « au cas par cas » un signe de sagesse car ces questions « relèvent largement de situations individuelles et conjoncturelles »¹⁸⁶. Cette sagesse, dont la recherche même est louable, a un coût, celui de l'indétermination *a priori* de l'intérêt général,

¹⁸² Voir CE, 27 juin 2008, *Mme Faïza A.*, req. n° 286798 et H. ZEGHIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », préc., p. 1997-2002.

¹⁸³ H. ZEGHIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », préc., p. 1997.

¹⁸⁴ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 229.

¹⁸⁵ G. DRAGO, « Laïcité (Principe de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 530.

¹⁸⁶ G. DRAGO, op. cit., p. 535.

c'est-à-dire des bornes à notre liberté, puisque le contenu valide de l'intérêt général ne sera identifié qu'après avoir été faite la démonstration de sa nécessité.

II. – Une démonstration sans fin des nécessités d'intérêt général :

714. Le contrôle du juge est essentiellement circonstanciel parce qu'il ne peut avoir une prise effective sur la conciliation des droits fondamentaux qu'une fois les circonstances de droit et de fait exposées. L'appréciation concrète de l'intérêt général est devenue la règle : « pour prendre des exemples tirés de "petits arrêts", seul l'examen minutieux des rues et des places de villages permet de dire si des restrictions d'accès à des propriétés riveraines excèdent ou non les contraintes qu'un maire peut imposer pour atteindre les buts d'intérêt général qu'il se fixe »¹⁸⁷. Or, il appartient à l'autorité normative de faire la démonstration, dans chacune des espèces, que la mesure édictée est justifiée par des considérations d'intérêt général. Compte tenu de l'extension de l'intérêt général, liée à l'infinité des situations de fait, cette démonstration circonstancielle n'est-elle pas structurellement sans fin ?

715. L'acceptation d'une restriction d'intérêt général par l'organe juridictionnel est liée à une performance de l'organe normatif. En supportant la charge de la preuve de la nécessité de restreindre, ce dernier doit établir l'importance de l'intérêt général aux yeux du juge. Cet effort probatoire pourrait apparaître d'une évidence telle que nous pourrions être l'objet d'une suspicion de formalisme excessif. Pourtant, il ne faut pas sous estimer ce point. Les pouvoirs publics sont tenus de démontrer que toute restriction envisagée est inspirée par une nécessité d'intérêt général. « Un acte dépourvu de motifs est un acte arbitraire (...) »¹⁸⁸. En outre, la précision de la démonstration commande aussi la portée du contrôle effectué par les organes de contrôle. Si, dans l'esprit qui anime le Préambule de la Déclaration de 1789, « les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, [peuvent] être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique », il leur incombe la charge de cette comparaison, l'axiome voulant que la liberté soit la règle. « À vrai dire, les Déclarations des droits expriment davantage une série de priorités que d'exigences absolues. Mis à part les droits fondamentaux dits non dérogoires, *in fine*, celui de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants, si l'on s'en tient aux textes des conventions internationales, les autres sont plutôt l'objet de présomption qui font incomber la charge de la preuve à celui qui veut les limiter »¹⁸⁹. Dans notre système de droit, ce sont les organes normatifs qui posent la règle de droit destinée à restreindre un droit ou une liberté. Ils doivent effectuer un véritable travail d'écriture. « Plus la motivation sera claire

¹⁸⁷ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 372-373.

¹⁸⁸ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général, op. cit.*, p. 557.

¹⁸⁹ R. SEVE, « Les libertés et droits fondamentaux et la philosophie », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 32.

et détaillée, plus le travail d'analyse de la légalité de la mesure sera facilité »¹⁹⁰. Cette rédaction formelle, ou la présentation orale, est le point de départ d'un contrôle praticable par le juge. « C'est en grande partie en vérifiant l'adéquation entre les interdictions et la motivation du ministre que les juges vont pouvoir apprécier la proportionnalité de la mesure »¹⁹¹. Si l'exigence de preuve est connue du droit de l'Union¹⁹², on la retrouve tout à fait dans l'ensemble des contentieux. Cependant, en creux, promouvoir, en liaison avec une notion d'intérêt général inévitablement malléable, la nécessité d'un argumentaire restrictif valide par l'organe normatif, devant l'organe juridictionnel, n'ouvre-t-il pas un horizon sans borne à la démonstration ?

716. La généralisation des restrictions aux droits fondamentaux, pour assurer la lisibilité de la matière, présenterait comme principal défaut de diluer les motifs de restriction. Préciser, chaque fois qu'un droit ou une liberté est en cause, les restrictions acceptables permet certes de mieux encadrer la conciliation¹⁹³. Mais en privant ainsi l'intérêt général de toute prédictibilité, on affaiblit la stabilité juridique attendue des restrictions apportées aux droits fondamentaux. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le rappeler, avec un relief certain, dans le cadre, extrêmement médiatisé, du contrôle de constitutionnalité de la loi « anti-burqa » votée à l'autonomie 2010 : « Considérant que les articles 1^{er} et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public ; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent *les exigences minimales de la vie en société* ; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public » (nous soulignons)¹⁹⁴. La recherche d'un consensus est-elle une chimère dès lors que les « exigences minimales de la vie en société » sont, elles aussi, susceptibles d'être rediscutées et contestées ? En disant que le contrôle de l'intérêt général est toujours circonstanciel, on rejette par anticipation que l'intérêt général serait une évidence formelle. Et l'on oblige, du même coup, les organes normatifs à faire la preuve systématique de la nécessité de restreindre un droit ou une liberté. Montesquieu avait pressenti très précisément

¹⁹⁰ É. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge, Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », préc., p. 304.

¹⁹¹ É. PECHILLON, préc., p. 304.

¹⁹² Nous la déduisons du propos de Fabienne Kauff-Gazin : « Le contrôle de proportionnalité s'avère très étendu. Lors de son utilisation, le juge décortique et dissèque littéralement les mesures nationales ». Cf. F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 165.

¹⁹³ Dénonçant cette méthode généralisante choisie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J. BENZIMRA-HAZAN, « Droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 330-331.

¹⁹⁴ CC, 7 octobre 2010, déc. n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Rec. p. 276, cons. n° 4.

cette dérive d'une recherche exacte du juste milieu en lieu et place d'une recherche globale. « Les formalités de la justice sont nécessaires à la liberté. Mais le nombre en pourrait être si grand qu'il choquerait le but des lois mêmes qui les auraient établies : les affaires n'auraient point de fin ; la propriété des biens resterait incertaine ; on donnerait à l'une des parties le bien de l'autre sans examen, ou on les ruinerait toutes les deux à force d'examiner »¹⁹⁵. La contestation indéfinie n'est au fond profitable à personne. Elle nuit au plein développement des droits fondamentaux¹⁹⁶. Le droit français n'a pas pris la mesure de ce risque. La présomption de poursuite de l'intérêt général par les organes normatifs ne devient-elle pas caduque voire chimérique ? La notion d'intérêt général ne serait-elle pas emportée, malgré elle, par les flots d'une sempiternelle discussion quant à son étendue ?

717. Ce sont tous les organes juridictionnels qui s'attendent à une démonstration exhaustive susceptible d'être validée, le cas échéant, par eux-mêmes. « La nécessité d'une quelconque restriction doit être établie de manière convaincante »¹⁹⁷. Les mots employés par le discours restrictif des organes normatifs et juridictionnels revêtent une importance cardinale. Le conseiller d'État Jacques Arrighi de Casanova déduit, par exemple, du pouvoir d'injonction reconnu au juge administratif par la loi du 8 février 1995 une évolution dans le discours même de cet organe juridictionnel¹⁹⁸. En esquissant les nouveaux traits de caractère du juge administratif, avec la loi de 1995, il prend acte d'un « nouvel élan pédagogique » que « sont les décisions qui, en dehors même de la matière contentieuse, explicitent de manière particulièrement développée le régime juridique dans lequel s'insère un litige (...) »¹⁹⁹. « Ainsi donc, et de manière apparemment paradoxale, le renforcement des pouvoirs de la juridiction administrative et, partant, de son autorité, est accompagné d'un recul de l'*imperatoria brevis*. Là où naguère le Conseil d'État se contentait souvent d'affirmer et d'imposer, le voici désormais qui, plus fréquemment qu'auparavant, estime utile d'expliquer et de convaincre »²⁰⁰. Pourquoi convaincre ? Parce qu'en demandant aux juges de valider la conciliation entre intérêt général et droits fondamentaux, ce qui tend à déplacer la responsabilité des résultats obtenus de l'auteur de la règle de droit à son interprète, on l'invite à s'expliquer. Alors les mots utilisés, y compris par le juge, pour décrire une réalité changeante, ne peuvent guère plus délimiter *a priori* la notion d'intérêt général.

¹⁹⁵ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, *op. cit.*, p. 1014.

¹⁹⁶ Ce sont les limites de la fondamentalité : « Si le terme fondamental a un grand pouvoir de justification, son utilisation n'est pas dénuée de toute contrainte. Le caractère opérationnel de la notion exige que tous les droits ne soient pas qualifiés de fondamentaux. Dans le cas contraire, le problème de justification et de recherche de nouveaux méta-arguments poursuivrait son chemin dans les sillons d'une infinie discussion ». Cf. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », *préc.*, p. 329.

¹⁹⁷ Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 907.

¹⁹⁸ Voir J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Les habitats neufs du juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, *op. cit.*, p. 11-19.

¹⁹⁹ Voir J. ARRIGHI DE CASANOVA, *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁰ *Ibid.*

718. Il n'est pas exclu, en vérité, que le débat sur les mots employés par le discours judiciaire ait pu concourir à obscurcir de manière stérile la compréhension des bornes aux libertés. La réflexion menée sur l'intérêt général, lors d'un colloque organisée au Conseil constitutionnel en 2006, a mis en exergue cet obstacle apparemment d'ordre sémantique²⁰¹. Dans une décision du 29 décembre 2005, le Conseil constitutionnel faisait mention d'un intérêt général « suffisant » puis « véritable » relativement à l'examen d'une loi de validation²⁰². S'agit-il d'une différence réelle de degré d'appréciation de l'intérêt général ou d'une simple exigence de style dans la motivation du Conseil ? Derrière une probable défense de « sa chapelle »²⁰³, Jean-Claude Colliard minimise la répercussion de ces adjectifs sur la jurisprudence. « En ce qui concerne donc cette décision, si nous employons, en effet, assez volontiers la formule "intérêt général suffisant" il peut arriver que dans l'écriture, par sacrifice à l'élégance de la forme, nous ôtions la répétition du terme "suffisant" »²⁰⁴. Il ne faudrait pas attacher une importance exagérée aux termes employés relativement à la qualification d'un but d'intérêt général validant une restriction à un droit fondamental. Il s'agirait, au demeurant, d'une obligation logique dans la mesure où ce n'est pas tant les termes – et la gradation qu'ils véhiculent – mais la place de l'organe dans le système juridique français qui imprime la force juridiquement restrictive d'un droit fondamental. Et Jean-Claude Colliard d'ajouter : « Si nous utilisons cette formule d'intérêt général suffisant, c'est pour éviter une collision possible avec la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle manie le terme d'intérêt général impérieux, nous préférons notre vocabulaire *pour dire en fait la même chose* » (nous soulignons)²⁰⁵. Il est rejoint en cela par le professeur Simon qui « au-delà de ces petites de guerre de mots, (...) pense qu'il y a beaucoup de convergences implicites »²⁰⁶. Partageant cette précaution stylistique dans l'analyse sémantique, Guillaume Merland nuance cependant son absence d'impact. « Il ne s'agirait là que d'une rédaction involontaire, destinée avant tout à insister sur l'insuffisance du motif allégué à l'appui du dispositif incriminé »²⁰⁷. Elle ne serait par conséquent pas sans aucune incidence. « Beaucoup croient que les deux expressions sont synonymes. En réalité, il n'en est rien. L'étude des décisions du Conseil constitutionnel, mais

²⁰¹ Colloque du 6 octobre 2006, « L'intérêt général, norme constitutionnelle » sous la direction de Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX. Le Doyen Vedel est allé suffisamment en profondeur du discours juridictionnel, relativement aux mots qu'emploie le Conseil constitutionnel pour la déclaration de conformité d'une loi, pour que l'on s'y intéresse : « l'emploi du terme *non contraire* ou *n'est pas contraire* à la Constitution marque une absolue un peu regrettée, une sorte d'acquiescement au bénéfice du doute, alors que l'emploi des mots *conforme* ou *conformité* suggère une approbation plus assurée ou plus satisfaite » (italique dans le texte). G. VEDEL, *Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif*, cité par M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 101.

²⁰² Cf. CC, 29 décembre 2005, déc. n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, Rec. p. 168.

²⁰³ Qu'il ne faudrait pas occulter complètement, en ce sens la remarque de Denys Simon, à propos des différentes terminologies utilisées pour définir l'intérêt général : « les juristes tirent souvent des conclusions excessives des différentes formulations quant à l'appréciation de l'intérêt général. Je ne suis pas choqué de l'application pour les validations du terme d'intérêt général "suffisant" au lieu d'"impérieux". Ces discussions me semblent simplement relever d'un jeu sémantique tentant de différencier les cours entre elles » (cf. « Débats », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 69-79, spéc. p. 73).

²⁰⁴ « Débats », op. cit., p. 69-79, spéc. p. 69.

²⁰⁵ « Débats », op. cit., p. 69.

²⁰⁶ « Débats », op. cit., p. 73.

²⁰⁷ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 41.

également celle du Conseil d'État et de la Cour de Cassation révèle que l'utilisation de la formule "intérêt général impérieux" exprime une exigence accrue à l'égard de l'intérêt général. Les juridictions, qui sont plus réticentes, admettent les atteintes causées à des droits et libertés pour des motifs d'intérêt général impérieux. Elles sont en revanche plus conciliantes lorsqu'elles n'exigent qu'un "intérêt général suffisant" »²⁰⁸. Il est soutenu, en cela, par Noëlle Lenoir qui semble suggérer que les mots « suffisant » et « impérieux » traduisent une réalité observable, celle d'une « évolution », de la jurisprudence du Conseil relative aux lois de validation, qui « n'est pas achevée »²⁰⁹. Dans le même sens, et indiquant au passage combien l'évolution avait déjà commencé, Marie-Pauline Deswarte souligne que la qualification par le Conseil constitutionnel de motifs « impérieux » d'intérêt général en matière d'extension des expropriations d'urgence ne saurait être nulle : « l'objectivité, la morale sont nécessaires quand il s'agit d'aggraver les atteintes au droit de propriété prévues par la procédure normale de l'expropriation. Cette rigueur supplémentaire imposée au législateur est bien manifestée par l'affirmation du juge constitutionnel »²¹⁰. Il résulte de cette analyse sommaire la possibilité d'une différence de degré dans l'intérêt général susceptible de faire varier la définition des droits fondamentaux. Nous gagnerions peut-être en lisibilité en modernisant le travail juridictionnel. Pour être prévisible et circonscrire le caractère contingent du contrôle des restrictions, le discours judiciaire doit être mieux balisé. Si la doctrine peut à sa guise préférer l'élégance à la prévisibilité, la multiplication des normes et les changements dans les circonstances de droit et de fait devraient conduire à placer dans la décision du juge des repères pour que le justiciable puisse s'y retrouver. La question reste de savoir si cela est faisable. Tout nous prouve le contraire.

719. Danièle Lochak poursuit – dans ce contexte – le propos en indiquant que les équilibres sont nécessairement temporaires. « Si des bornes peuvent être légitimement posées à l'exercice des libertés, c'est dans la stricte mesure où elles sont nécessaires pour préserver les fondements de la vie en société et rendre possible la coexistence harmonieuse entre ses membres. Cette idée d'équilibre, consubstantielle à la pensée libérale, guide l'arbitrage entre des exigences opposées. La reformulation des problèmes en termes d'impératifs éthiques donne une vigueur nouvelle à cette vieille idée libérale, non sans accroître encore la difficulté d'aboutir à des solutions équilibrées et acceptables par tous »²¹¹. Un tel procédé de détermination concrète des droits fondamentaux embrasse tout le droit public car « l'ensemble de la jurisprudence administrative et constitutionnelle montre comment, à l'occasion de chaque espèce, le juge vérifie que les restrictions édictées par l'exécutif ou le législateur sont effectivement justifiées par des impératifs d'intérêt général ou la préservation des libertés

²⁰⁸ « Débats », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 77.

²⁰⁹ N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 5.

²¹⁰ M.-P. DESWARTÉ, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préc., p. 39.

²¹¹ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 23.

d'autrui »²¹². Dès lors une démonstration même argumentée n'est jamais valable définitivement. Une modification de la situation conflictuelle impliquera de reconsidérer les thèses, les arguments et les mots employés dans une espèce pour être pertinents dans une autre espèce. Pourquoi ne pas franchir le pas et admettre, alors, qu'une démonstration, dans une espèce donnée, est objectivement et éternellement discutable ? Cette absence incontournable de grille de lecture retient tout le droit positif sur ce terrain d'indétermination comme cela a pu être souligné pour le droit européen. « Cet indéterminisme juridique parfois regrettable et préjudiciable à la notion même de société démocratique varie en fonction de nombreux facteurs qui agissent tantôt dans le sens d'un rétrécissement du pouvoir d'appréciation, tantôt dans le sens d'une dilatation »²¹³. Yannick Lécuyer note que la Cour prend en considération les « cultures juridiques », le « climat moral », les « traditions en matière de châtiments corporels », « la culture politique » ou « religieuse »²¹⁴. Mais chacune de ces notions prête à son tour à discussion et contestation. Si toutes permettent sans doute de baliser le terrain, elle ne peuvent, en revanche, conduire à son strict bornage tant que le juge n'a pas fait cesser la discussion.

720. Nous entrons progressivement et franchement dans la spirale infernale de l'intérêt général, véritable boîte de Pandore, dès lors que la correspondance substantielle entre une mesure restrictive et le motif d'intérêt général est épluchée, passée à une analyse chirurgicale, au point de provoquer la démultiplication de l'intérêt général sinon à l'infini, au moins proportionnellement au nombre de situations concrètes rencontrées par le juge. L'appréciation casuistique généralisée des restrictions aux droits fondamentaux, que donne à voir le contrôle inévitablement circonstanciel, opéré par le juge et largement conforté par une obligation complémentaire de démontrer, au cas par cas, la nécessité desdites restrictions, ne pouvait déboucher que sur l'imprévisibilité structurelle des restrictions d'intérêt général.

§2. – L'imprévisibilité structurelle des restrictions d'intérêt général :

721. On peut toujours suggérer les grandes lignes de la conciliation. On peut évidemment lister une à une, domaine par domaine, les solutions restrictives finalement retenues par les juges. On peut encore présenter idéalement la conciliation comme l'indépassable résultat d'une préférence donnée à la liberté au détriment de la restriction. On pourrait également annoncer que les droits fondamentaux

²¹² D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 17.

²¹³ Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 907.

²¹⁴ Voir ses exemples et la jurisprudence européenne afférente, Y. LECUYER, « Société démocratique », op. cit., p. 907.

ne requièrent l'intérêt général que dans des limites sagement pensées. Aurions-nous garanti au requérant ou à son conseil que, dans la situation conflictuelle dans laquelle il se trouve, la restriction apportée à l'exercice de son droit fondamental est justifiée ? La réponse ne peut être que négative. La solution exacte n'est jamais donnée, et quand bien même elle serait inférée de l'état de la jurisprudence, les modes juridictionnels, que nous avons caractérisés, d'identification au cas par cas ne peuvent qu'encourager le plaideur à s'assurer, en cas de désaccord avec l'organe normatif, de la validité de l'intérêt général convoqué pour restreindre ses droits. Il s'agit, pour nous, d'une inclination naturelle du requérant à saisir le juge. Les arguments de la sociologie judiciaire ne sont pas sans intérêt ici. Paul Martens déplore, à tort ou à raison, l'instrumentalisation du droit processuel : « L'individualisme croissant de notre société a développé, dans l'imaginaire des plaideurs – et spécialement des plaideurs puissants – une conception instrumentale et privatisée du juge : mon juge naturel n'est pas celui que les institutions judiciaires désignent mais celui auprès duquel j'ai le plus de chances de gagner mon procès. Et tant que je n'ai pas acquis cette certitude, l'attirail renouvelé des vices de forme, des récusations et des suspicions légitimes doit m'offrir les retardements qui me permettront, finalement, de brandir l'arme absolue du délai raisonnable »²¹⁵.

722. Toutefois, compte tenu de ce qu'est actuellement la production des droits fondamentaux par notre système de droit²¹⁶, l'état du droit est-il la cause de cette imprévisibilité ou sa conséquence ? Il ne fait, à nos yeux, guère de doute qu'il est le reflet des deux. Parce qu'il doit répondre aux faits, le système de droit doit pouvoir s'adapter, ce que lui permet la notion d'intérêt général (conséquence). Simultanément, sa préoccupation de résoudre au quotidien les conflits de droits et libertés lui interdit, matériellement, de pouvoir tout anticiper quant à l'étendue du contenu de l'intérêt général restreignant les droits fondamentaux (cause). Mais quel que soit l'angle d'attaque, la concrétisation casuelle des restrictions d'intérêt général ne peut être totalement prévue par le droit. Cet état de fait généré par notre système de droit a des répercussions sur le couple indispensable à l'effectivité des droits fondamentaux que forment l'acte normatif et l'acte juridictionnel. On perçoit en effet une altération de la relation entre les actes de référence servant de base au contrôle juridictionnel des actes normatifs (I). Cette altération conduit à une forme de subordination momentanée des organes normatifs aux organes juridictionnels (II.).

²¹⁵ P. MARTENS, « Réflexion sur le maniérisme judiciaire », *RTDH* 2002, p. 334-344, spéc. p. 343. D'où sans doute les failles de la méthode casuistique pointées par Louis-Gustave Vereecke : « À partir du XVII^e siècle, le mot "casuistique" prend un sens péjoratif et devient synonyme de subtilité excessive et même de mauvaise foi ». Cf. L.-G. VEREECKE, « Casuistique », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n° 5, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 41-42.

²¹⁶ À savoir, édicition/proposition d'une mesure restrictive par un organe normatif et diction/validation par un organe juridictionnel.

I. – Une altération de la relation entre acte de référence, acte normatif et acte juridictionnel :

723. Bien que le propos qui suit puisse sembler s'écarter de notre trame, nous ne pouvons faire l'impasse sur cet élément d'explication du fonctionnement du système de droit et des fonctions, assumées autant par les organes normatifs que juridictionnels. Annoncer que la relation entre les deux types d'organes est altérée repose sur un premier constat : l'interdépendance conjoncturelle de l'acte normatif et de l'acte juridictionnel (A.). De cette interdépendance, on doit déduire l'indétermination structurelle de l'acte de référence (B.). Ces terminologies seront précisées immédiatement.

A. – L'interdépendance conjoncturelle de l'acte normatif et de l'acte juridictionnel :

724. Nous devons d'abord préciser les choix terminologiques retenus. Ces choix s'appuient sur une différenciation tripartite des actes juridiques (1.) que le système de droit peut produire. Cette différenciation nous autorise à faire état d'un rapport juridique tripartite variable (2.) justifiant cette interdépendance conjoncturelle entre l'acte normatif et l'acte juridictionnel.

1. – Une différenciation tripartite des actes juridiques :

725. Pour comprendre dans quelle mesure le rôle du juge est devenu si essentiel dans la conciliation des droits et de l'intérêt général, il faut repartir de la distinction, évoquée précédemment, entre les actes normatifs et les actes juridictionnels. Mais cette distinction, essentiellement matérielle, ne rendrait compte que partiellement de la résolution juridique d'un conflit de droits. Pour poursuivre notre étude, nous devons envisager ces actes juridiques sous l'angle de leur fonction au regard de la conciliation des droits et libertés. Il faut faire ce détour par l'orientation conceptuelle de l'intérêt général (restreindre pour protéger) qui s'observe, dans la production du droit de l'intérêt général, par une structuration dialogique de l'intérêt général. L'intérêt général ouvre un espace de dialogue entre, d'un côté, son interprétation par l'organe normatif (restriction/motif) et, de l'autre, sa validation par l'organe juridictionnel (protection/but). Cet espace de dialogue juridique entre les organes du système de droit se matérialise alors, plus spécialement, par l'édiction d'une norme et sa diction, c'est-à-dire entre celui qui pose le texte et celui qui est chargé d'en donner sa signification, généralement par un acte d'interprétation authentique. Il faut, pour que l'équilibre ne soit pas rompu, que chacun reste à sa place. La liberté est ici placée au cœur de l'intérêt général, entre motif et but. « La seule façon d'organiser cette dialogie d'exigences contraires consiste donc d'abord à poser ces règles générales,

impersonnelles, abstraites, et qui ne peuvent pas tout dire ni tout concevoir, pour ensuite régler au cas par cas les difficultés de leur mise en œuvre. On aura là reconnu la fonction de l'auteur des règles, d'une part, et l'office du juge, d'autre part »²¹⁷. Si cette hypothèse est acceptée, ces actes assument souvent indistinctement trois fonctions. Ce sont des actes de référence, des actes normatifs ou des actes juridictionnels. L'acte de référence sert de base juridique à l'acte normatif qui prétend se fonder sur lui pour être valide, ce que l'acte juridictionnel sera chargé de dire en s'assurant que l'acte normatif est conforme ou compatible avec l'acte de référence. La Constitution (acte de référence) sert de base juridique à la loi (acte normatif) dont le Conseil constitutionnel vérifiera, le cas échéant, la constitutionnalité en rendant une décision de conformité (acte juridictionnel). Autrement dit, la différenciation tripartite – que rend possible la distinction matérielle bipartite acte normatif/acte juridictionnel – traduit trois fonctions spécifiques à l'égard de la conciliation. La conciliation est juridiquement fondée (acte de référence) selon des contraintes plus ou moins importantes ; elle est juridiquement organisée (acte normatif) selon les mêmes sortes de contraintes ; elle est enfin juridiquement validée (acte juridictionnel) en confrontant l'acte normatif à l'acte de référence. Un acte de référence est l'acte qui sert de base juridique au contrôle juridictionnel. L'acte normatif est l'acte qui entend résoudre un conflit de droits fondamentaux conformément à l'habilitation que lui attribue l'acte de référence. L'acte juridictionnel valide l'acte normatif parce qu'il est conforme ou compatible avec l'acte de référence. Pourquoi privilégier ces terminologies et retenir une différenciation tripartite ?

726. Parce que la seule distinction entre la norme, d'une part, et la décision de justice ou le jugement, d'autre part, comme c'est souvent l'usage, peut conduire à occulter toute la complexité des rapports entre les trois fonctions qu'ils remplissent à l'égard de la conciliation, et fausser, à terme, la compréhension des ressorts de cette conciliation. Les deux actes, normatif et juridictionnel, peuvent en effet logiquement se mêler et remplir l'une de ces trois fonctions, selon l'échelon juridique où l'on se place dans la hiérarchie des normes. Un acte normatif accomplira sans peine une fonction d'acte de référence du contrôle juridictionnel. C'est le cas lorsque le juge vérifie la légalité d'un décret. Mais, et l'on mesure la difficulté, un acte juridictionnel peut, lui aussi, constituer un acte de référence. Ainsi, dans l'arrêt *S.A. Établissements Outters*, le Conseil d'État, en faisant référence à une décision du Conseil constitutionnel à la fois dans les visas et la motivation de son arrêt, indique que le contrôle juridictionnel de l'acte administratif (acte normatif) au regard de la loi (acte de référence) intègre l'interprétation que donne le Conseil constitutionnel de cette loi²¹⁸. L'acte juridictionnel qu'est,

²¹⁷ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 144.

²¹⁸ Voir CE Ass., 20 décembre 1985, *S.A. Établissements Outters*, Rec. p. 382 : « Considérant que, par une décision n° 82.124 en date du 23 juin 1982, le Conseil constitutionnel a estimé que les redevances perçues par les agences financières de bassin en application de la loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution doivent être rangées parmi les impositions de toute nature dont l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement ».

formellement, la décision visée du juge constitutionnel remplit ici la fonction d'acte de référence pour construire l'acte juridictionnel du Conseil d'État. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, somme d'actes juridictionnels, peut tout à fait remplir la fonction d'acte de référence. Les arrêts de la Cour ont certes validé un acte normatif étatique conformément à l'acte de référence servant de base au contrôle juridictionnel européen, la Convention européenne. Mais lors du contrôle de conventionnalité de la loi (acte normatif) par le juge ordinaire français, l'acte de référence inclut non seulement la Convention mais aussi la jurisprudence de la Cour en tant que cette dernière est l'interprète authentique de la Convention. « Ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »²¹⁹. À l'inverse, si l'on se place du point de vue des juges de Strasbourg, un acte juridictionnel national constituera un acte formellement normatif d'origine étatique, en tant qu'il est imputable à une autorité quelconque de l'État partie, bien qu'il demeure matériellement juridictionnel²²⁰. Lorsque la France procède à une validation législative, jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, que la Cour européenne condamne cette mesure restrictive, prise en violation du droit à un procès équitable (article 6 de la Convention), l'acte juridictionnel, énoncé par le juge français, constitue, pour la Cour, avec la loi française, l'acte normatif qu'elle doit contrôler au regard de la Convention²²¹. Enfin, au risque de complexifier encore un peu le propos, il en est de même pour un acte administratif. Du point de vue de l'autorité administrative, son acte normatif (décret, arrêté, décision) doit se fonder sur des normes (Constitution, traités, loi) et les arrêts du Conseil d'État. Ces derniers, actes juridictionnels, contribuent, lorsqu'un acte normatif est édicté, à la consistance des actes de références. Les organes normatifs et les organes juridictionnels prennent par conséquent, selon les voies organisées par le système de droit, un ensemble d'actes juridiques qui ont vocation à édicter du droit, comme base (référence) ou pour mettre en œuvre (normatif), et/ou à dire le droit (juridictionnel). Mais, surtout, ces organes sont juridiquement habilités à adopter des actes qui ont pour fonction de servir de référence, pour justifier un acte normatif ou pour fonder un acte juridictionnel. Ce n'est que dans ce rapport juridique tripartite que peut être comprise la conciliation des droits et libertés par l'intérêt général ; rapport éminemment variable.

²¹⁹ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A n° 25, § 158. La cause est entendue. Voir plus largement sur l'autorité des arrêts de la Cour, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p.740-744.

²²⁰ Que cette autorité soit décentralisée ou déconcentrée, constitutionnelle, législative, gouvernementale, administrative ou juridictionnelle.

²²¹ Voir CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, req. n°s 24846/94, 34165/96 et 34173/96, R. 1999-VII.

2. – Un rapport juridique tripartite variable :

727. La restriction adoptée au nom de l'intérêt général sortira d'un espace normatif délimité par les trois points que sont l'acte de référence, l'acte normatif et l'acte juridictionnel. Ils constituent les points de variations de la mesure qui au terme du processus juridique de conciliation restreindra un droit fondamental. Mais nous allons établir que la principale variable réside dans l'acte juridictionnel. Moins les organes normatifs seront précis, plus la liberté du juge pour valider une restriction sera grande. Mais, et c'est un paradoxe apparent, plus les organes normatifs seront précis et détaillés, plus le contrôle du juge aura prise sur l'intérêt général avancé pour restreindre nos droits et libertés. Pour le dire d'une autre manière : plus les organes se lieront d'avance, en posant des actes de référence extrêmement contraignants, et plus leurs marges de manœuvre pour édicter un acte normatif seront réduites. Mais, inversement, plus les organes normatifs croiront se laisser une très grande marge de manœuvre en édictant des actes de référence extrêmement vagues, et plus le juge s'engouffrera dans la brèche béante pour construire un contrôle de plus en plus sourcilieux afin de subordonner leurs actes normatifs aux actes de référence. Tout dépend, au départ et en principe, de l'habilitation laissée, ou qu'ils se laissent à eux-mêmes, aux organes normatifs par l'acte de référence qui servira au contrôle juridictionnel.

728. L'Administration sera par exemple apte à mettre en œuvre la conciliation des droits fondamentaux décidée par le législateur. La portée de l'acte juridictionnel, contrôlant l'acte normatif administratif, est donc liée à l'étendue de la définition légale. Plus la définition légale est vague, plus le juge devra resserrer son contrôle de l'acte normatif et devra préciser dans le détail sa compatibilité avec la définition légale. « Chaque fois que la loi accentue l'étendue de sa marge d'appréciation, notamment en usant de concepts flous, elle augmente l'importance de l'adaptation par le juge »²²². Traitant des différents régimes d'exercice des libertés publiques, Gilles Lebreton prie les lois applicables d'être suffisamment précises²²³. À défaut, dit-il, « elles ouvrent la porte à l'arbitraire des juges, qui peuvent être tentés de considérer comme séditieux ou démoralisants les propos qui heurtent leur conception subjective de l'ordre et de l'État »²²⁴ ; le risque étant que le « régime répressif sombre dans l'irrationnel »²²⁵. Mais l'inverse, un pouvoir discrétionnaire réduit, aboutit aux mêmes conséquences.

²²² F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 597.

²²³ Au nombre de trois : le régime répressif, le régime préventif et l'autorisation préalable. Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 176 et s. Ainsi que L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 65 ; N. DEFFAINS, « Autorisation/Déclaration (Régime d' et de) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 83-86.

²²⁴ G. LEBRETON, op. cit., p. 176.

²²⁵ G. LEBRETON, op. cit., p. 176.

729. Plus la définition légale sera précise et détaillée, moins l'acte normatif administratif bénéficiera de marge de manœuvre, le contrôle juridictionnel se trouvera accru, conforté par l'acte de référence du contrôle, pour imposer aux organes normatifs (administration) le droit édicté dans l'acte de référence. Éric Péchillon fournit un bon exemple de ces deux alternatives avec la liberté d'expression. La loi du 16 juillet 1949 prévoit deux séries de restrictions possibles à la liberté d'expression au nom du motif d'intérêt général tiré de la protection de la jeunesse²²⁶. La première série, énumérée en totalité par la loi, porte sur les publications destinées à la jeunesse. Ainsi, en ce domaine, la liberté d'expression est encadrée de manière détaillée par un texte législatif. « La notion de danger pour la jeunesse doit être déterminée en fonction des éléments de définition inscrits dans l'article 14, entendus comme une énumération exhaustive. Le ministre n'a donc aucune vocation à devenir un critique littéraire »²²⁷. Ce premier cas de figure enserme fortement le pouvoir ministériel. Une seconde série a trait à toutes les publications qui, non destinées directement à la jeunesse, visent celles qui peuvent nuire à la jeunesse. La loi se borne à donner quelques indications permettant à l'autorité administrative d'interdire telle ou telle publication au nom de ce motif d'intérêt général. Dans ce second cas de figure, « l'extrême variété des motifs et l'étendue des objectifs de cette police spéciale offrent au ministre la possibilité de déplacer à partir de critères subjectifs le curseur de la liberté d'expression en France »²²⁸. Or, qu'observe-t-on ? Que le « délestage » des organes normatifs sur le pouvoir du juge bénéficie à ce dernier. Dès lors que l'organe normatif n'a pu être assez précis pour édicter un acte de référence, le juge doit faire en sorte de reprendre la main. Denis Besle remarque que l'imprécision de l'article D. 444-1 du Code de procédure pénale quant aux motifs pouvant restreindre la liberté d'expression, cette fois d'un détenu, conforte le juge à dire le droit : « Bien que cet article soit effectivement imprécis quant aux motifs possibles de refus de l'autorisation de publication des écrits de détenus, la cour a apprécié sa compatibilité avec les articles 8 et 10 de la Convention européenne à partir d'une analyse globale des normes juridiques encadrant la liberté d'expression en France »²²⁹. « À partir d'un patient travail d'analyse des décisions d'interdiction, le juge administratif vient pallier les imprécisions du législateur. L'augmentation du degré de son contrôle s'avère être un moyen efficace de garantir le respect des libertés publiques »²³⁰. On rappelle que l'interprétation libérale de l'intérêt général suppose que le pouvoir discrétionnaire de l'organe normatif, qui édicte un acte normatif, ne puisse se retourner contre les droits et libertés. Gérard Timsit suggère même que la naissance du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation – en dépit de son

²²⁶ Présentées ici : É. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », préc., p. 300. *Grosso modo*, la première série vise à prévenir les illustrations, récits, chroniques, rubriques, insertions présentant sous un jour favorable le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche etc. tandis que la seconde porte sur toutes les publications « qui peuvent présenter un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique (...) ».

²²⁷ É. PECHILLON, préc., p. 302.

²²⁸ É. PECHILLON, préc., p. 300.

²²⁹ D. BESLE, « Les limites de la liberté d'expression des détenus », préc., p. 315.

²³⁰ É. PECHILLON, préc., p. 301.

rattachement au contrôle restreint – traduit la volonté du juge de ne pas laisser le champ libre à l'Administration et qu'il a été conçu comme un contrepoids au pouvoir considérable de l'administration dans plusieurs domaines, notamment celui de la Haute police : « Quand Guy Braibant propose de l'étendre au domaine de la Haute police, il en légitime l'extension par la nécessité d'introduire une contrepartie juridictionnelle à l'exercice d'un pouvoir "exorbitant" de l'administration – d'un pouvoir qui, s'exerçant "sans partage", peut donner lieu de la part de l'administration à des mesures "générales et absolues" »²³¹. Le rôle du juge est donc essentiel en matière de conciliation des droits fondamentaux dans la mesure où son contrôle est une garantie contre les abus d'intérêt général dont l'administration serait l'auteur faute de texte assez contraignant à son égard. L'intervention du juge se conçoit comme une garantie en soi.

730. Le juge ne peut que remédier à cette « lacune volontaire » en précisant l'orientation forcément libérale de l'acte de référence qui sert de base à son contrôle. « Sa méthode d'analyse du comportement "policier" s'uniformise et aboutit à une diminution de la liberté décisionnelle en matière de police spéciale »²³². Les textes doivent être précis et, au besoin, précisés²³³. L'organe normatif est responsable de la liberté qu'il donne au juge. M. Colin l'a très bien fait remarquer relativement à la technique dite des indices concordants dont le juge administratif se sert lorsque le texte est imprécis : « pourquoi avoir recours à une méthode de réunion d'indices, qui sera inévitablement taxée de subjective, et qui prêterait le flanc à la critique ? Sans doute parce que dans certains domaines, faute de définition dans les textes, le juge ne peut que tirer des lignes de réflexions inspirées de l'esprit des textes, pour notamment établir des présomptions et en déduire des solutions »²³⁴. Au fond, quelle que soit finalement la mesure de l'habilitation déterminée par l'acte de référence, l'acte juridictionnel condamne l'acte normatif à la pure application du droit : automatiquement, dès lors que l'acte de référence est suffisamment précis pour déduire la teneur restrictive que devra contenir l'acte normatif et, proportionnellement, dès lors que l'acte de référence est suffisamment vague pour induire la teneur de l'acte normatif alors validée par l'acte juridictionnel. Que l'organe normatif se lie d'avance ou qu'il désigne, en creux, l'organe juridictionnel, la résolution d'une situation conflictuelle doit beaucoup aux juges. Et cela prendra un relief considérable lorsque l'on aura établi qu'en vérité la précision suffisante pour réduire l'acte juridictionnel à la simple

²³¹ G. TMSIT, « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 702.

²³² E. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », préc., p. 301.

²³³ Ce serait l'un des problèmes majeurs de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Voir P.-G. POUGOUE, « Lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 32 : la première insuffisance de texte, affirmait-il, « concerne les clauses de limitation des droits, imprécises et, partant, susceptibles de priver les droits de toute portée. Or, il est absolument indispensable, pour une question d'efficacité, de définir clairement les critères permettant de fonder les restrictions aux droits garantis ».

²³⁴ F. COLIN, « L'utilisation d'indices concordants en droit administratif », préc., p. 21.

application quasi-automatique de la hiérarchie des normes n'est pas réaliste. L'acte de référence devant être structurellement indéterminé, le seul paramètre qui puisse interférer, dans le rapport tripartite, est l'acte juridictionnel.

B. – L'indétermination structurelle de l'acte de référence :

731. Le raisonnement qui suit tend à montrer que le taux de prédictibilité de l'acte de référence, celui fondant l'acte normatif et servant de base à l'acte juridictionnel, ne peut être que faible. L'acte juridictionnel s'en trouve raffermi dans son objectif de validation des restrictions d'intérêt général. Le fondement du pouvoir d'interprétation du juge « réside dans la nécessaire abstraction de la règle, qui entraîne son inévitable imperfection au regard de la fonction qu'elle est censée remplir : pouvoir s'appliquer à une infinité de cas non spécifiés par avance »²³⁵. « Dès les travaux préparatoires du Code civil, Portalis souligne l'irréductible incomplétude de la loi et la nécessité de s'en remettre à la jurisprudence »²³⁶. L'introduction conséquente de nouvelles normes constitutionnelles dans le droit positif par le biais de la Charte de l'environnement, le 1^{er} mars 2005, a prouvé, une fois encore, que la norme suprême, acte de référence par excellence, ne pouvait être exhaustive dans la portée constitutionnelle des normes qui s'imposent, notamment, aux organes normatifs que sont le législateur et l'Administration. Au terme de la présentation du texte constitutionnel, Raphaël Romi a dévoilé que la rédaction de la Charte de 2004 et, par suite, sa mise en œuvre normative, impliquaient prioritairement la loi, elle-même secondée, le cas échéant, par le contrôle du Conseil constitutionnel²³⁷. « C'est sûrement le principal apport de la constitutionnalisation du droit à l'environnement dans le contexte français : il est essentiellement d'ordre procédural, et il est en conséquence difficile d'en évaluer la portée, tant *celle-ci dépendra de la volonté du Conseil constitutionnel* » (nous soulignons)²³⁸. Le professeur Romi pointe l'indétermination structurelle de la Charte pour laquelle les solutions seront réduites. La Constitution, texte suprême, ne peut – sauf à se dénaturer à terme – détailler tout le droit *de* et à l'environnement et les droits et libertés qu'il consacre. À l'écart des majorités de circonstances, fruit de la volonté du peuple dans son ensemble, elle doit fixer les grands principes, à charge pour la loi de préciser ceux-ci. Mais alors, elle offre au juge constitutionnel toute latitude pour contribuer plus ou moins intensément à la définition des droits consacrés et prête le flanc à la critique du gouvernement des juges selon M. Romi.

²³⁵ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 145.

²³⁶ P. SERRAND, « Loi », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 667.

²³⁷ Voir le commentaire global qu'il dresse et dont il ressort que l'environnement est, en droit, placé, comme c'est la tradition en France, sous la protection du législateur dans R. ROMI, « Environnement (Droit à l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 454-455.

²³⁸ R. ROMI, op. cit., p. 455.

732. Les marges de manœuvre pour combler cette déficience sont toutefois minces : doit-on réduire les pouvoirs du Conseil ? Est-il réaliste de réécrire ou d'écrire pour l'avenir des normes constitutionnelles dans le menu détail ? Faut-il se résoudre à supprimer le contrôle de constitutionnalité ? Aucune des solutions présentées ne paraît envisageable. Les rapports entre le principe de laïcité et la liberté de religion, pour citer de nouveau cet exemple significatif, mettent en exergue non seulement le besoin mais surtout l'inhérence de cette imprévisibilité des normes, spécialement lorsqu'elles ont vocation à poser les grandes lignes de la conciliation. « Et on le comprend, le législateur et le constituant cherchant tout naturellement à éviter, tout en ne l'ignorant pas complètement, le domaine religieux qui leur est, par essence, étranger. Cette ambiguïté rejailit sur la manière dont le droit public tente de définir la religion pour en tirer des conséquences quant aux moyens matériels de sa réalisation »²³⁹. Quel que soit l'échelon juridictionnel, l'acte de référence ne suffit pas à déterminer *a priori* l'intérêt général. La Cour européenne des droits de l'Homme estime que, du point de vue de la Convention, l'acte normatif est appelé à être précisé par le juge en raison même de l'espace laissé par les actes de référence. « Il faut en plus avoir à l'esprit qu'aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire, car il faudra toujours élucider les points obscurs et s'adapter aux circonstances particulières. À lui seul, un certain doute à propos de cas limites ne suffit pas à rendre l'application d'une disposition légale imprévisible. En outre, une telle disposition ne se heurte pas à l'exigence de prévisibilité aux fins de la Convention du simple fait qu'elle se prête à plus d'une interprétation. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne »²⁴⁰. Éric Péchillon fait observer qu'il en va ainsi également de la liberté d'expression lorsque la loi sert de référence au contrôle juridictionnel des actes normatifs de l'autorité administrative : « Il faut bien prendre conscience que dans le même temps, le contrôle effectué par le juge administratif reste largement dépendant de l'évolution des mœurs et des pratiques en vigueur dans une société à une époque donnée »²⁴¹. Un tel contrôle demande à être précisé par les organes normatifs par la diction du droit. Or cela dépend, largement, des organes chargés de dire le droit, c'est-à-dire ceux chargés de vérifier la conformité ou la compatibilité des actes normatifs aux actes de référence. Il faut même « étouffer » toute velléité inverse : « Si tant est qu'une méthode de conciliation formelle représente aujourd'hui un facteur de stabilité et donc une protection pour les droits fondamentaux, comment prévoir ce que seront les évolutions des rapports entre les droits ? »²⁴². Tout concourt à faire admettre que la notion d'intérêt général, par sa variabilité, permet précisément

²³⁹ H. ZEGHBIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », préc., p. 1997.

²⁴⁰ CEDH, Gr Ch., 10 novembre 2005, *Mme Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 4477498, R. 2005-XI, § 91.

²⁴¹ É. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », préc., p. 302.

²⁴² V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 266.

d'échapper à une sclérose de la définition des droits fondamentaux sans pour autant remettre en cause leur existence même.

733. Cette indétermination inévitable de l'acte de référence, que les organes normatifs ne peuvent résorber complètement, ne laisse aux actes normatifs qu'une liberté de façade. Leur conformité ou leur compatibilité avec l'acte de référence, sur lequel on prétend les fonder juridiquement, devra être validée par le juge, créant alors une relation de subordination momentanée des organes normatifs aux organes juridictionnels.

II. – Une relation de subordination momentanée des organes normatifs aux organes juridictionnels :

734. La relation qui s'installe entre les organes normatifs et les juges n'est désormais plus totalement la relation « mécanique » proclamée par la hiérarchie des normes : celle, par exemple, d'un législateur édictant une restriction légale à un droit ou une liberté au nom de l'intérêt général dont la conformité au regard de la Constitution est vérifiée par le juge constitutionnel. La conceptualisation juridique de l'intérêt général n'est pas parvenue à résorber une part d'édiction du droit qui demeure à la discrétion du juge. Certes, au nom d'une vision dogmatique construite sur le vieux principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne s'affirmera jamais comme un partenaire, voire comme le « supérieur », de l'organe normatif dont il a reçu la charge de contrôler les actes. Mais si l'on dépasse le prétendu rapport – juridiquement établi – de contrôleur à contrôlé – qui ne suppose, dans la conciliation intérêt général et droits fondamentaux aucune subordination –, on voit poindre deux réalités incontournables. La première tient à ce que le *self-restraint*, cette aptitude à la retenue dans l'interprétation du droit, dont on crédite volontiers le juge, dépend, sans intervention des organes normatifs, surtout de lui (A.). Ayant pris acte de cette première réalité, il est aisé de découvrir la seconde, qui est la conclusion inéluctable de ce premier mouvement de promotion du contrôle juridictionnel. On entre alors dans un processus, certes dissimulé, de manipulation du caractère axiologique de la notion d'intérêt général (B.). Ces deux réalités propres au fonctionnement du système de droit français corroborent la relation de subordination de ceux qui édictent les restrictions à ceux qui les valident, quand bien même cette immixtion serait-elle momentanée.

A. – Le *self-restraint* des organes juridictionnels proclamé par les organes juridictionnels eux-mêmes :

735. « La référence à l'intérêt général suppose, de la part du juge, une forme d'autolimitation, dans la mesure où il ne lui appartient pas de se substituer au législateur – et encore moins au constituant – dans la définition du périmètre de l'intérêt général. Cette prudence dans l'exercice de la fonction de juger me paraît partagée par les juridictions européennes. La constatation, souvent explicite, que le contenu de l'intérêt général peut varier dans le temps et dans l'espace, le jeu de la marge d'appréciation laissée aux États, le respect des compétences discrétionnaires du législateur, sont autant d'indices de ce que les juristes anglo-saxons appellent le "*judicial self-restraint* " »²⁴³. Cette affirmation parfaitement exacte doit cependant être relativisée eu égard à l'emprise du juge sur la notion d'intérêt général. Qui manifeste la volonté de ne pas disputer aux organes normatifs le droit légitime, qu'ils tiennent du principe démocratique et de la hiérarchie des normes, de fixer le contenu de l'intérêt général ? Ce sont les organes juridictionnels eux-mêmes. Tant que les actes de référence, adoptés par les organes normatifs seront suffisamment souples dans leur rédaction, le *self-restraint* demeurera une pétition de principe, un discours programmatique ou encore une ligne jurisprudentielle sur lequel les juges pourront, à leur guise, revenir. Le Conseil d'État (1.), le Conseil constitutionnel (2.) ou la Cour européenne des droits de l'Homme (3.), ont affirmé dans leur lexique propre et respectif leur propension à ne pas aller au-delà de la seule diction du droit en matière d'intérêt général. Toutefois, chacun bénéficie d'une très grande latitude dans la conception qu'il se fait de cette retenue judiciaire.

1. – « Le Conseil d'État ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déferées » : une frontière mobile

736. Depuis près d'un siècle, le contrôle juridictionnel du juge administratif devrait s'arrêter aux portes de l'opportunité²⁴⁴. Pourtant, ce seuil maximal, qui procède de la distinction entre légalité et opportunité, n'est pas figé. « La distinction "légalité/opportunité" qui est censée tracer les domaines respectifs du juge et de l'Administration n'est pas aussi nette qu'on pourrait le croire (...). En réalité, elle est assez fluctuante »²⁴⁵. Didier Truchet tente plus précisément de déterminer la nature du contrôle

²⁴³ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 61.

²⁴⁴ Voir CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec. p. 15, *GAJA* n° 30, p. 179-183.

²⁴⁵ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 1172. De même, M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, op. cit., p. 49-65, spéc. p. 62 : « ce critère est loin d'être d'un maniement facile. On remarque souvent d'abord que l'opportunité peut être l'une des conditions de la légalité. C'est notamment le cas lorsque un acte n'est valide que pour autant qu'il constitue un moyen adéquat au but poursuivi ».

de l'intérêt général par le juge administratif en partant de cette distinction entre légalité et opportunité de l'acte administratif²⁴⁶. Constatant en préliminaire que les mots ont un sens bien variable, M. Truchet invite à « les définir, même si la conception retenue peut être critiquée, ou paraître trop dogmatique »²⁴⁷. D'un côté, « la légalité est un rapport de conformité au droit, non seulement à la loi formelle, mais à l'ensemble des normes juridiques qui s'imposent à l'administration pour une action donnée », de l'autre, « l'opportunité est un rapport d'adaptation de l'action aux circonstances qui l'ont entourée »²⁴⁸. L'opportunité recouvre deux éléments : « L'*utilité* de la mesure, voire sa nécessité : une mesure n'est opportune que si elle est utile, c'est-à-dire de nature à répondre aux circonstances qui l'entourent. C'est un problème de *finalité* poursuivie par l'acte » ; « L'*efficacité* de la mesure, ou plus largement, sa proportionnalité avec le but poursuivi : pour être opportune, la mesure doit être non seulement utile, mais efficace, apte à atteindre le but que l'administration s'est proposé de poursuivre. C'est un problème de *moyens* mis en œuvre par l'administration. Regroupés sous le vocable d'opportunité, ces deux éléments n'en sont pas moins distincts : une mesure utile, mais inefficace n'est pas opportune ; il en va de même d'une mesure "trop efficace", si l'on ose écrire : ainsi d'une mesure de police qui recourrait à des moyens extrêmes pour parer à une menace mineure pesant sur l'ordre public » (italique dans le texte)²⁴⁹. Selon le professeur Truchet, deux arguments retiennent le juge sur le seul terrain de la légalité. D'abord, le « principe de séparation des fonctions administratives et juridictionnelles. À chacun sa responsabilité : le juge ne pénètre pas dans l'administration active ; il se borne à vérifier la régularité des actes administratifs par rapport aux règles de droit ; mais il respecte la liberté d'initiative et de choix que laisse la loi aux administrateurs »²⁵⁰. « Il est entendu (...) que le contrôle de la qualification juridique des faits, même lorsqu'il s'exerce, ne peut jamais porter sur l'opportunité de l'acte »²⁵¹. Ensuite, « le juge est mal placé pour connaître de l'opportunité : il n'a ni la compétence technique, ni les moyens d'étude, ni même la connaissance des dossiers qui sont ceux de l'administration. Censurer l'appréciation qu'elle fait de la politique à mener pourrait le conduire à une erreur d'appréciation plus grave encore »²⁵². Nul doute que sur le papier cette grille d'analyse emporte l'adhésion. Dans un monde juridique bipolaire idéalisé, l'Administration agit opportunément dans le respect de la légalité ; le juge ne veille qu'au respect de la légalité sans se soucier de l'opportunité de l'acte normatif. Mais, et le professeur Truchet l'affirme aussitôt, il est mal aisé de séparer la légalité de l'opportunité avec autant d'aisance.

²⁴⁶ Voir pour l'ensemble de la démonstration D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 317-343.

²⁴⁷ D. TRUCHET, op. cit., p. 317.

²⁴⁸ Cf. D. TRUCHET, op. cit., p. 317-318.

²⁴⁹ D. TRUCHET, op. cit., p. 320.

²⁵⁰ D. TRUCHET, op. cit., p. 318.

²⁵¹ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 168-178, spéc. p. 172.

²⁵² D. TRUCHET, op. cit., p. 318.

737. En premier lieu, en raison même de sa nature, susceptible de brouiller les frontières, ce rapport de légalité peut effectivement se concevoir en deux sous-catégories : le strict rapport de conformité et le rapport de compatibilité. À l'intérieur du rapport de légalité, le droit peut offrir à plusieurs actes juridiques d'être également légaux (conformes à la loi au titre du rapport de conformité)²⁵³. La hiérarchie des normes faisant montre d'une certaine souplesse, l'Administration bénéficierait d'une option entre deux ou plusieurs solutions restrictives dont la levée procède d'un choix en opportunité. La légalité recèle par conséquent de l'opportunité. En deuxième lieu, ou un degré supplémentaire si l'on veut, la loi elle-même peut avoir intégré dans le cadre du rapport de légalité des considérations d'opportunité et ouvert ainsi la voie au juge pour s'aventurer sur un terrain qui ne serait pas le sien. « Que l'exigence d'utilité essentielle ait été posée par la loi, et soit ainsi devenue une norme juridique ne change rien au fait qu'il s'agit là d'un élément d'opportunité »²⁵⁴. « À notre sens, même contrôlée, même incorporée à la légalité, l'opportunité reste...l'opportunité »²⁵⁵. Enfin, en troisième et dernier lieu, et surtout, le fait que la légalité, opposable à l'Administration, ait dépendu et dépende encore aujourd'hui, pour une large part, de son juge (droit administratif prétorien), accentue la facilité avec laquelle le juge peut imposer à l'acte normatif ses propres vues en indiquant le sens ou même le contenu des actes de référence. « La légalité comporte, outre des règles dont l'origine est extérieure au juge, nombre de normes qu'il a lui-même posées. Il est donc largement maître de la frontière entre légalité et opportunité, et peut ériger en norme légale une exigence d'adaptation, c'est-à-dire d'opportunité »²⁵⁶. Dans cette configuration particulière du contrôle d'une restriction administrative à un droit fondamental, « elle met en évidence que toute appréciation du juge sur l'utilité d'une action administrative est en fait une appréciation d'opportunité »²⁵⁷. « Le contrôle de la qualification juridique des faits a pour conséquence de déplacer les frontières de l'opportunité et de la légalité. En disant qu'une mesure n'est légale que si les faits qui en sont le fondement présentent certaines caractéristiques et en examinant celles-ci, le juge fait entrer dans la légalité des considérations qui auraient pu ne relever que de l'opportunité »²⁵⁸.

738. Pour Didier Truchet, et ce point nous paraît décisif, en s'appuyant sur l'intérêt général, les organes normatifs font entrer, malgré eux, l'opportunité dans le prétoire. « Nous pensons qu'en effet, dès lors qu'un contrôle dit de légalité porte sur l'intérêt général, il implique en fait un contrôle

²⁵³ Voir D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 318-319.

²⁵⁴ D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 321.

²⁵⁵ D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 341. Pour une analyse plus nuancée, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1057 : « Il ne faut pas donc croire que la conséquence du changement de l'état du droit est que désormais le juge exerce son contrôle sur des questions d'opportunité. Il n'y a pas de définition *a priori* et fixe de l'opportunité. Cette dernière et la liberté de choix qui est lui est liée sont ce qui reste hors contrôle et dont l'étendue dépend de l'évolution de la législation et de la jurisprudence ».

²⁵⁶ D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 318-319.

²⁵⁷ D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 320.

²⁵⁸ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 168-178, spéc. p. 172.

d'opportunité »²⁵⁹. « Conduit-il pour autant à examiner toute l'opportunité d'une mesure fondée sur l'intérêt général ? »²⁶⁰. Conduit-il à examiner, complèterons-nous, l'opportunité en toute circonstance ? « Je ne prétends pas que le Conseil d'État est en général juge de l'opportunité des décisions administratives. Bien au contraire, j'ai dit que ce contrôle d'opportunité restait l'exception et ne se justifiait que lorsqu'il était nécessaire au contrôle de la légalité lui-même. Dans quel cas en est-il ainsi ? »²⁶¹. « Dans tous les cas où une mesure n'est légale qu'à la condition d'être nécessaire, et à plus forte raison, par conséquent, opportune (...). Je rappellerai qu'il en est d'abord ainsi dans tous les cas où une décision administrative, spécialement une mesure de police, porte atteinte à une liberté publique garantie par la loi ou au droit de propriété... »²⁶². La conciliation des droits fondamentaux en matière administrative suppose l'opportunité, donc une subordination de fait de l'organe normatif (l'Administration) aux organes juridictionnels dans la détermination du contenu exact de l'intérêt général. « L'intérêt général fait apparaître avec une netteté particulière combien la distinction entre la légalité et l'opportunité est délicate »²⁶³ et, très certainement, que « le problème du contrôle de l'opportunité [est] un faux problème »²⁶⁴.

2. – Le Conseil constitutionnel « n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » : une retenue modulable

739. Dès 1975, le Conseil constitutionnel devait jeter les bases d'un contrôle de constitutionnalité des lois nécessairement limité par la Constitution du 4 octobre 1958 en écartant tout contrôle en opportunité, ou politique, de l'œuvre législative de la Représentation nationale : « Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »²⁶⁵. Organe juridictionnel du système de droit français, le Conseil ne peut dire que du droit constitutionnel. Le doyen Roussillon précise qu'« il s'agit ici d'une autolimitation proclamée et revendiquée par le Conseil conscient des limites inhérentes à sa fonction et à sa place dans le système juridico-politique,

²⁵⁹ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 321.

²⁶⁰ D. TRUCHET, op. cit., p. 323.

²⁶¹ D. TRUCHET, op. cit., p. 337.

²⁶² *Ibid.* Dans le même sens mais de façon moins directe, J. SAYAH, *Droit administratif*, Levallois-Perret, Studyrama, coll. Panorama du droit, 2004, p. 83 : « C'est justement en matière de police que le Conseil d'État frôle le contrôle de l'opportunité de l'acte, car en la matière, l'opportunité de l'acte relève de sa légalité ».

²⁶³ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 368.

²⁶⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 1058.

²⁶⁵ CC, 15 janvier 1975, déc. n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse (IVG I)*, Rec. p. 19, GDCC n° 23, p. 299-326, cons. n° 1. Pour cette datation, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 310.

le danger pour lui étant d'apparaître comme une "troisième chambre" »²⁶⁶. Le Conseil voulait, énonçait-on, couper court à « une tendance [qui] se faisait jour dans l'opinion selon laquelle le Conseil constitutionnel serait une sorte de juge d'appel des décisions prises par le Parlement. Ce dernier ne serait plus totalement souverain du fait que la loi pourrait se trouver bloquée par le juge constitutionnel »²⁶⁷. C'est pourquoi cette position de prudence a été reprise et confirmée dans une terminologie nouvelle par le juge constitutionnel : « le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »²⁶⁸. De quoi le Conseil entendait-il se prémunir ? « Il pouvait être tentant d'accepter de trancher des conflits d'ordre politique, idéologique ou philosophique, surtout lorsqu'on le réclame de tous côtés. Le Conseil rappelle très sagement que, s'il entend demeurer le gardien vigilant des règles juridiques fondamentales, il n'a pas l'intention de se laisser entraîner dans la voie d'un "gouvernement des juges" »²⁶⁹. Ainsi que l'écrit, à juste titre, le professeur Merland, « le Conseil opte pour une autolimitation de son contrôle. Il se contente de rechercher, à partir de l'intention du législateur, les objectifs qui justifient les mesures restrictives. Le contrôle du respect de la condition d'intérêt général se limite à cette recherche. Une fois qu'il a identifié l'objectif que s'assigne le législateur, il ne se reconnaît pas la compétence de contester son caractère d'intérêt général (...) »²⁷⁰.

740. Nonobstant cette attitude de retenue affichée, c'est au Conseil constitutionnel et à lui seul – tant que la Constitution n'a pas été révisée pour le déjuger – qu'il appartient de définir dans quelle mesure son pouvoir n'est pas de même nature que celui du Parlement, c'est-à-dire *grosso modo* que le Conseil dit le droit mais ne légifère pas, à côté, voire en lieu et place, du Parlement. Or, de ce point de vue, « l'avenir montrera que cela n'est pas toujours chose facile »²⁷¹. Guillaume Merland soutient significativement que le contrôle de proportionnalité devant le juge de la constitutionnalité, en faisant un parallèle avec le juge administratif, révélerait aussi un contrôle en opportunité²⁷². Il est édifiant, en suivant son analyse, de voir à quel point la condition de proportionnalité dont se sert le Conseil constitutionnel lui permet d'apprécier, en vérité, le but d'intérêt général poursuivi par le législateur sans avoir, ostensiblement, à juger que ce but n'est pas d'intérêt général. La condition de

²⁶⁶ H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2000, p. 94, cité par G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », in Dossier : Le Conseil constitutionnel et les divers branches du droit, préc., spéc. § II-A.

²⁶⁷ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 310.

²⁶⁸ CC, 27 juillet 2000, déc. n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 121, cons. n° 41. En ce sens, L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 311. On la retrouve pour les décisions de type QPC, par exemple, CC, 11 juin 2010, déc. n° 2010-2 QPC, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, Rec. p. 105, cons. n° 4 : « que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

²⁶⁹ L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 311.

²⁷⁰ G. MERLAND, préc., spéc. II.

²⁷¹ L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 311.

²⁷² Voir G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 287.

proportionnalité « apparaît comme un moyen de renforcer la protection des droits et libertés. C'est aussi un moyen pour le juge constitutionnel de se réappropriier indirectement la condition d'intérêt général. En effet, en recherchant la cohérence interne du dispositif législatif, il est amené à prendre en considération la nature de l'objectif que s'est assigné le législateur. Ce dernier ne peut pas justifier sa disposition par n'importe quel objectif d'intérêt général. Non seulement, il doit poursuivre un objectif assez important pour que l'atteinte soit jugée proportionnée, mais en outre, il doit veiller à satisfaire un objectif qui soit en rapport avec l'objet de la disposition pour éviter que celle-ci soit censurée pour cause d'inadéquation »²⁷³. Le principe du droit pénal de l'individualisation des peines illustre également ce décalage entre la diction du droit constitutionnel par le Conseil et la réalité du droit observée notamment par une doctrine attentive de sa jurisprudence. Alors que ce principe n'a pas valeur constitutionnelle, Louis Favoreu et Loïc Philippe affirment qu' « on ne peut manquer d'observer que l'interdiction des peines automatiques, la prise en compte de la proportionnalité ainsi que l'extension du principe de nécessité au régime des mesures de sûreté tendent à individualiser la peine et son exécution »²⁷⁴. En vérité, les normes de référence qui fondent l'acte juridictionnel du Conseil connaissent des fluctuations²⁷⁵ qui, à leur tour, ne peuvent que moduler la retenue de la Haute instance.

3. – « Les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis » des exigences européennes : une marge nationale d'appréciation européenne à géométrie variable

741. Aux termes de l'arrêt *Handyside* ainsi extrait pour les besoins de l'intitulé ci-dessus²⁷⁶, « le juge européen prend acte de ce que les autorités nationales ont la meilleure connaissance des circonstances et des conditions locales d'application de la Convention (...) »²⁷⁷. En créant de façon prétorienne la notion de marge d'appréciation pour encadrer le pouvoir normatif de l'État partie, en liaison avec le principe de subsidiarité, la Cour européenne des droits de l'Homme « marque *a priori* le contrôle européen du sceau de la retenue judiciaire »²⁷⁸. Destinée à garantir un équilibre entre les exigences nationales et les impératifs européens²⁷⁹, la marge nationale d'appréciation révèle que l'intérêt général, autrement dit dans sa détermination européenne les restrictions susceptibles d'être

²⁷³ G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », préc., spéc. § II-B.

²⁷⁴ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 439.

²⁷⁵ En particulier ici, l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789 selon lequel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

²⁷⁶ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, série A n° 24, § 48.

²⁷⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 223.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ Voir F. SUDRE, op. cit., p. 222.

prises aux droits conventionnels, est arrêté d'abord par les organes normatifs lesquels bénéficient d'une certaine liberté. Mais, comme ses homologues français (administratif ou constitutionnel), le juge de Strasbourg conserve la maîtrise de cette liberté puisque cette dernière va « de pair avec un contrôle européen »²⁸⁰, le juge affirmant « son aptitude à en contrôler l'étendue »²⁸¹. La jurisprudence européenne témoigne d'une très grande hétérogénéité de la perception par la Cour de la marge d'appréciation²⁸², de laquelle on peut extraire, avec le professeur Sudre, cette ligne générale : « la jurisprudence de la Cour traduit peu ou prou la recherche d'un délicat équilibre entre la définition d'une norme commune en matière de droits de l'homme (d'un "standard" commun) et la préservation des particularismes étatiques et s'ordonne, globalement, autour de l'affirmation du principe, protecteur des droits individuels, que les mesures limitatives aux droits énoncés doivent faire l'objet d'une interprétation étroite »²⁸³. Il n'en reste pas moins des exemples révélateurs de la maîtrise du texte conventionnel par la Cour. Ainsi, note M. Sudre, « le principe de subsidiarité peut cependant être parfois malmené par le juge européen ; il en va ainsi, par exemple, lorsque ce dernier n'hésite pas à substituer son appréciation à celle du juge interne dans l'interprétation d'un acte éminemment privé, une clause testamentaire »²⁸⁴. À ceci, on doit ajouter « l'interprétation "consensuelle" [qui] est un élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux États dans la mise en œuvre des restrictions aux droits »²⁸⁵. Elle est l'illustration la plus symptomatique d'un *self-restraint* dont l'ampleur dépend du bon vouloir de la Cour. Frédéric Sudre relève d'ailleurs que « la jurisprudence la plus récente conforte le sentiment que l'interprétation "consensuelle" n'est que le masque du pouvoir discrétionnaire du juge européen »²⁸⁶.

742. À droit constant (Conseil constitutionnel et Cour européenne) ou de son propre chef (Conseil d'État), les juges disent qu'ils exercent une *juris dictio* marquée par la retenue. Le droit énoncé par le juge n'est donc pas tout à fait identique d'une décision à l'autre et, faute d'avoir modifié l'acte de référence textuelle, la seule explication admissible et justificative est qu'il est maître de l'étendue de sa propre autolimitation. La notion d'intérêt général lève le voile sur ce point. Cette retenue obéit directement à la conception que le juge se fait de son office puisqu'il est le seul à pouvoir en borner l'étendue. Les organes normatifs sont responsables de cet état du droit qu'ils subissent tant qu'ils n'ont pas usé de leur faculté – comme ils en ont le droit – de « reprendre la main » en modifiant l'acte de référence susceptible d'accroître la retenue judiciaire dans l'appréhension de l'intérêt général. Cette

²⁸⁰ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, précité, § 48.

²⁸¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 225.

²⁸² Nous renvoyons pour le détail précis à F. SUDRE, op. cit., p. 222-231.

²⁸³ F. SUDRE, op. cit., p. 230.

²⁸⁴ F. SUDRE, op. cit., p. 223.

²⁸⁵ F. SUDRE, op. cit., p. 229. En bref, l'interprétation consensuelle permet à la Cour de réactualiser la Convention en fonction des droits nationaux et d'un dénominateur commun à ceux-ci dans la conception des restrictions aux droits fondamentaux.

²⁸⁶ F. SUDRE, op. cit., p. 229.

subordination momentanée – que le juge module en réalité – permet aux organes juridictionnels d'étendre leur emprise sur le contenu de l'intérêt général et de concrétiser juridiquement des motifs d'ordre politique.

B. – Le caractère axiologique de l'intérêt général manipulé par le juge :

743. Il ressort des investigations menées jusque-là que ce sont les organes juridictionnels qui détiennent, *prima facie*, la clé de la conciliation des droits fondamentaux. Certes, les organes normatifs posent l'acte normatif destiné à restreindre les droits et libertés. Certes encore, les organes normatifs édictent l'acte de référence servant d'habilitation plus ou moins ample pour prendre une restriction. On ne peut néanmoins parfaire la bonne compréhension juridique de l'intérêt général sans mesurer le rôle déterminant pris par les organes juridictionnels en tant que véritable pouvoir judiciaire. La notion d'intérêt général n'est plus l'apanage d'une volonté politique s'exprimant exclusivement par un acte normatif. Il est aussi construit par le juge en ce que son pouvoir de validation de l'intérêt général interprété par l'organe normatif est corrélé aux fluctuations de la notion d'intérêt général. Le juge peut manipuler son caractère axiologique. Cela implique que l'organe juridictionnel a réussi à se « désarrimer » de la navette normative. L'insaisissabilité grandissante de la notion d'intérêt général devait conduire à cette forme de contrôle du contenu par le juge²⁸⁷. Que l'intérêt général renferme des axiomes en son sein, cela ne doit pas surprendre (1.). En revanche, quoiqu'il s'agisse d'événements ponctuels, il est avéré que le juge, à tous les échelons, ne s'est pas interdit quelques incursions dans le domaine de l'opportunité de l'acte, c'est-à-dire de formuler incidemment des choix de valeurs (2.).

1. – Des choix de valeurs naturellement ouverts par la notion d'intérêt général :

744. C'est le propre de l'intérêt général, notion floue, de permettre à celui qui l'énonce de se déterminer en fonction de considérations politiques. Nous pourrions dire, en préalable à ce qui suit, qu'il n'y a rien de plus inexact que de soutenir la neutralité axiologique de cette notion puisqu'elle puise son contenu dans les rapports conflictuels, nés de l'exercice des droits fondamentaux. Restreindre un droit ou une liberté est objectivement neutre, restreindre de cette façon-ci ou de cette manière-là, en revanche, suppose d'avoir établi des préférences morales, éthiques, politiques, idéologiques ou philosophiques, bref de ne pas avoir « oublié » que les organes normatifs édictent des restrictions pour traduire une volonté politique initiale (constituant) ou dérivée (législateur, administration). À cet égard, Étienne Picard a rappelé la très grande variabilité des concrétisations de

²⁸⁷ Voir, de façon plus générale encore, B. MATHIEU, « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 6 : « Ainsi il est difficile à appréhender et se prête facilement aux manipulations ».

l'ordre et des actes de police en fonction d'une prédétermination axiologique de l'ordre public : « Ainsi, moins est grande dans l'axiologie sociale la valeur de la liberté qui va être restreinte par tel acte de police, moins il y a de raison pour que l'organe délibérant de l'institution détermine lui-même et formellement toutes les conditions statutaires de la concrétisation. Il en va de même, en principe, lorsque la liberté, même si elle occupe un rang élevé dans la hiérarchie des valeurs, ne subit qu'une restriction relativement légère, temporaire, limitée dans le temps ou l'espace »²⁸⁸. Les variations incontournables, puisque liées aux dynamiques du corps social, rendent compte des options politiques prises par l'auteur de la règle de droit, c'est-à-dire d'un jugement préalable de valeur. Or, à l'évidence, il s'agit de montrer que le droit n'interdit pas de faire des choix de valeurs.

745. Véronique Champeil-Desplats a établi, s'agissant de confronter les libertés économiques aux autres droits fondamentaux, que trois issues étaient envisageables et effectivement appliquées (à des degrés divers)²⁸⁹. La première issue, « humaniste », aboutit à faire prévaloir les « droits de l'homme non marchands » sur les libertés économiques. La troisième issue, aux antipodes, dite « libérale », préfère les libertés économiques ou, à la rigueur, pose les « droits non marchands » comme étant des exceptions aux libertés économiques. Entre ces deux pôles, outre les variations propres à chacun, il existe une deuxième voie qualifiée par l'auteur de « sociale-libérale » : tous les droits fondamentaux bénéficient du même régime de protection. La confrontation des libertés économiques avec les autres droits se résout en termes de conciliation stricte²⁹⁰. Or si notre droit positif, ainsi que le montre l'auteur, parvient à adopter ses trois modes de définitions des droits fondamentaux, c'est qu'il faut lui imputer une marge de manœuvre, quant à la vision de la société qu'il se représente. D'une manière ou d'une autre, il est acquis que ce sont aux organes normatifs, légitimes à traduire en norme une volonté politique, qu'il appartient d'édicter des restrictions qui fixent les orientations de l'intérêt général selon telles ou telles valeurs. Seulement, que constate-t-on ? L'imprécision de la notion d'intérêt général ou de ses déclinaisons crée de graves distorsions dans la conciliation des droits fondamentaux dont le juge peut user pour adopter des décisions, qui sous couvert de dire le droit, poseraient le droit.

746. La dignité de la personne humaine, en tant que notion juridicisée, marque les limites de l'office juridictionnel. Benoît Jorion met en garde contre les dérives dans la détermination du contenu des obligations positives à la charge de l'État lorsque ce dernier est invité à respecter le principe de dignité

²⁸⁸ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, *op. cit.*, p. 552. Ces considérations de valeurs sont inhérentes à la fondamentalité d'un droit pour lequel elles fixent le sens politique de ses restrictions. « Cela résulte simplement de que les *raisons de fond* qui peuvent justifier ses limitations ne présentent pas nécessairement la même *valeur*, même si elles se trouvent consacrées par des textes de même niveau normatif formel » (italique dans le texte). Cf. É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *préc.*, p. 27.

²⁸⁹ De manière générale, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *préc.*

²⁹⁰ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, *préc.*, p. 22-24.

humaine²⁹¹. « En France, de nombreux textes transposent l'obligation de respect de la dignité humaine dans tel ou tel secteur. Pour autant, on verra que les juridictions administratives et judiciaires n'ont pas hésité, en l'absence de toute intervention législative, à introduire cette notion dans divers domaines. Cependant, au-delà de quelques cas flagrants de violation du principe de dignité, il peut être contesté que ce soit au juge de se substituer au législateur, sans avoir nécessairement autant d'éléments d'appréciation, pour imposer, parfois avec un grand luxe de détails, des prestations à assurer en application d'une notion fort imprécise »²⁹². L'évocation de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, portant sur l'interruption volontaire de grossesse, devait inspirer à Michel Fromont cette analyse sévère: « *cette tendance à tout régenter est d'autant plus préoccupante que la Cour le fait au nom de principes constitutionnels, la dignité de la personne humaine, auxquels même le pouvoir constituant dérivé ne peut déroger ! Est-ce le triomphe absolu du droit naturel ou l'instauration de la dictature de huit juges prenant de plus en plus de liberté avec les règles classiques de l'interprétation du droit écrit* » (italique dans le texte)²⁹³. Le principe de dignité humaine donne certes une vision pathologique de l'imprécision des concepts et notions indéterminés qui nourrissent le contenu de l'intérêt général. « Le contenu de la dignité de la personne humaine souffre (...) d'une incertitude intrinsèque. Elle présente de ce fait un risque de déstabilisation pour l'ensemble du système juridique. Ce risque est d'autant plus à redouter qu'une conception hégémonique de cette notion pourrait à terme la rendre liberticide »²⁹⁴. Pire, que le juge soit en mesure de s'approprier une notion aussi versatile accentuerait, selon nous, la déstabilisation du système de droit que pressent M. Jorion. Par conséquent, la notion d'intérêt général offrirait, incidemment ou accidentellement, une part de cette prérogative – effectuer des choix de valeurs – aux organes juridictionnels.

2. – Des choix de valeurs formulés incidemment à tous les échelons juridictionnels :

747. On ne saurait bien sûr généraliser le propos sans remettre en cause la distinction fonctionnelle entre les organes juridictionnels et les organes normatifs. Mais on peut simplement observer qu'incidemment, et à tous les échelons juridictionnels, le juge, derrière la règle, rend une décision qui détermine un choix axiologique. François Terré exprime cette crainte, quant à l'attitude de la juridiction judiciaire, vis-à-vis de l'article 212 du Code civil, selon lequel « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ». Parce que la juridiction judiciaire a tendance à

²⁹¹ Voir B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », préc., p. 207-208.

²⁹² B. JORION, préc., p. 207-208.

²⁹³ Cité par B. JORION, préc., p. 208.

²⁹⁴ B. JORION, préc., p. 224.

refuser l'application de cette disposition en raison du « libéralisme » ambiant, François Terré estime que la Cour de cassation aurait tort d'« oublier que le juge ne peut abolir la loi en s'abritant derrière l'évolution du contrôle social »²⁹⁵. Le Conseil constitutionnel (a.), le juge administratif (b.) et les juges européens (c.) adoptent, *mutatis mutandis*, une attitude comparable à l'égard du droit applicable et rendent des décisions qui expriment un choix de valeurs.

a) – Des choix de valeurs exprimés par le Conseil constitutionnel :

748. Le droit constitutionnel n'échappe pas aux bouleversements qu'induit le recours à l'intérêt général sur l'office du juge constitutionnel. On doit en partie à Guillaume Merland d'avoir soulevé cette question et tenté d'y répondre de façon approfondie lors de l'étude de l'intérêt général dans la jurisprudence constitutionnelle²⁹⁶. Il ouvre en effet le débat sur ce « glissement » jurisprudentiel. Certains diront une dérive, en examinant la décision du 29 décembre 2005, dans laquelle est censuré par le Conseil constitutionnel un dispositif législatif de plafonnement fiscal jugé trop complexe²⁹⁷. Débutons par l'exposé de la décision pour saisir les enjeux : « désormais, observe M. Merland, la complexité de la loi est proscrite, sauf si elle est justifiée par un but d'intérêt général suffisant. En soi, la formule n'est pas nouvelle : le caractère suffisant de l'intérêt général est couramment exigé dans d'autres circonstances. En revanche, le raisonnement du Conseil mérite une attention particulière : après avoir formulé son considérant de principe en matière de complexité de la loi, le Conseil examine le mécanisme fiscal, fait état de l'objectif du législateur qui était de faire des économies pour le budget de l'État et après avoir confronté la complexité du dispositif avec l'objectif poursuivi, il conclut que "la complexité nouvelle imposée aux contribuables ne trouve sa contrepartie dans aucun motif d'intérêt général véritable". La formule employée est étonnante pour ne pas dire détonante. Ici, le Conseil ne semble plus se placer sur le terrain de la proportionnalité entre l'intérêt général et l'atteinte à l'exigence constitutionnelle, comme il le fait d'habitude. Il se livre à une appréciation substantielle de l'objectif avancé : ce n'est pas un motif d'intérêt général véritable. Le législateur s'est trompé en estimant que les quelques gains qu'il pourrait tirer de ce dispositif fiscal constituaient un motif d'intérêt général. Cette innovation jurisprudentielle peut être appréciée de deux manières »²⁹⁸. Son commentaire de la décision du Conseil est très riche et doit être mentionné amplement pour convaincre que la décision du juge constitutionnel le mène au-delà de la seule diction du droit. Ces deux manières d'interpréter la décision du Conseil sont ici exposées : « Soit la référence à un motif d'intérêt général "véritable" est un choix délibéré et calculé. Cela signifierait que, désormais, le Conseil accepterait de se livrer à un contrôle effectif sur le caractère d'intérêt général des objectifs

²⁹⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 295-296.

²⁹⁶ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 41-42.

²⁹⁷ CC, 29 décembre 2005, déc. n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, Rec. p. 168.

²⁹⁸ G. MERLAND, op. cit., p. 41.

poursuivis par le législateur. Certes, cela ne serait pas extraordinaire en soi puisque des arrêts des juridictions ordinaires et des décisions d'autres juridictions constitutionnelles témoignent de l'exercice d'un tel contrôle. Néanmoins, cela pourrait poser des problèmes : – d'abord, un tel contrôle affaiblirait sensiblement la légitimité du législateur. Déjà, la condition d'intérêt général traduit une méfiance à l'égard du législateur pour satisfaire l'intérêt général. Mais la censure d'un dispositif législatif au motif que l'auteur de la loi n'a pas agi dans l'intérêt général constituerait certainement un camouflet pour la représentation nationale ; – ensuite, un contrôle par le Conseil de la pertinence des objectifs du législateur supposerait que le juge constitutionnel connaisse précisément ce que recouvre l'intérêt général. À ce titre, l'emploi de l'adjectif "véritable" est particulièrement révélateur : il y aurait derrière la notion d' "intérêt général", l'idée de vérité, de réalité, qui, dès lors, lierait le législateur lui-même. La difficulté ici est que, depuis quelques décennies déjà, il est extrêmement difficile de cerner conceptuellement l'intérêt général. Et, au-delà de l'opposition classique de l'intérêt général et des intérêts particuliers, une question simple s'impose : Qui peut être sûr du sens de l'intérêt général ? Est-ce que vouloir faire des économies au budget de l'État, et même si cela ne porte que sur de petites sommes, ce n'est pas un but d'intérêt général ? Car c'est deux choses différentes que de dire que l'intérêt financier d'une collectivité – aussi minime soit-il – n'est pas un intérêt général véritable et que ce n'est pas un intérêt général suffisant : dans le premier cas, on fait preuve d'idéologie, dans le second cas, on recourt à la pragmatique proportionnalité »²⁹⁹. Cette démonstration est révélatrice de toute la difficulté pour le juge d'apprécier un but d'intérêt général avec ce risque, avéré, de se substituer aux organes normatifs pour rendre une décision opportune, dissimulée derrière le paravent d'un contrôle de stricte constitutionnalité.

749. La crainte de voir le Conseil constitutionnel s'engager dans la voie d'un contrôle en opportunité n'est certes pas nouvelle. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont suscité les mêmes craintes à l'égard du Conseil constitutionnel³⁰⁰. Les lois de nationalisations de 1982 ont montré le même embarras. Les auteurs des *Grandes décisions* ont mis en exergue les difficultés quant à l'appréciation du caractère juste de l'indemnité due aux actionnaires du fait des nationalisations de 1982. La position du Conseil a été particulièrement critiquée selon eux. On lui a reproché la charge fiscale pesant sur les finances publiques³⁰¹. Mais, concèdent-ils, « nous sommes ici, il est vrai, aux bornes du contrôle de l'opportunité et du contrôle de constitutionnalité »³⁰². Plus près de nous, Jean-Yves Chérot décrit également comment le Conseil constitutionnel instille au cœur du processus de conciliation des droits fondamentaux une dose, fût-

²⁹⁹ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 42.

³⁰⁰ Voir M. DE VILLIERS, « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 613.

³⁰¹ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 435-436.

³⁰² L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 436.

elle infime, de politique. Concernant la liberté d'entreprendre, « la mention "des limitations liées à des exigences constitutionnelles", à côté des restrictions justifiées par les motifs d'intérêt général, ajoute l'idée, implicite, que le contrôle du juge pourrait être différent selon qu'il s'agit de restriction simplement justifiée par l'intérêt général ou des limitations liées à des exigences constitutionnelles (...) »³⁰³. Et l'auteur d'ajouter : « La référence à la conciliation avec d'autres droits fondamentaux indique sans doute la valeur politique et la préférence plus marquée du Conseil pour la liberté d'entreprendre »³⁰⁴. Guillaume Drago fait un constat similaire, quant au principe de laïcité défini dans la décision du 19 novembre 2004 qui, selon lui, « relève donc plus, sur ce point, d'une laïcité active, que d'une neutralité bienveillante »³⁰⁵. De façon inattendue, et originale, la retenue du juge peut également avoir pour effet de manifester de sa part un choix politique. À propos de la législation anti-terroriste, adoptée à la suite des attentats du 11 septembre 2001, Valérie Goesel-Le Bihan fait cette double remarque : « le consensus politique en faveur de l'adoption de mesures tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme a sans doute trouvé dans ce *self-restraint* du Conseil sa traduction juridictionnelle, même si le champ de cette restriction a dès l'origine largement dépassé ces mesures pour englober celles, plus générales, visant à lutter contre la délinquance »³⁰⁶. « L'évolution de la composition du Conseil n'est sans doute pas non plus étrangère à cette politique jurisprudentielle, dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle n'a pu empêcher la dérive sécuritaire des pouvoirs publics depuis quelques années »³⁰⁷. « L'irruption d'un champ de non-contrôle explicite lorsqu'est en cause une question de société »³⁰⁸ pourrait signifier, implicitement, que le Conseil constitutionnel acquiesce aux choix – jugés opportuns donc – pris par le législateur. « Dans certains cas, c'est l'intérêt ou l'un des intérêts poursuivis qui n'est pas contrôlé (...) »³⁰⁹. « Par exemple, la décision DC du 7 octobre 2010 *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* va dans le même sens. En effet, s'agissant d'une restriction apportée à la liberté personnelle et à celle de manifester sa religion, le Conseil considère que "le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société" »³¹⁰. Ces différentes hypothèses accréditent l'idée que le Conseil constitutionnel garde intacte l'utilisation de

³⁰³ J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, op. cit., p. 67.

³⁰⁴ *Ibid.* Voir, par exemple, CC, 12 janvier 2002, déc. n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49, cons. n° 46 : « il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

³⁰⁵ G. DRAGO, « Laïcité (Principe de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 519-537 ; voir CC, 19 novembre 2004, déc. n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173.

³⁰⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, préc., p. 5-6.

³⁰⁷ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 6.

³⁰⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 8.

³⁰⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 8.

³¹⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 8.

l'intérêt général. Comme preuve supplémentaire de la perception nouvelle de ce débat, le professeur Viala écrit : « Contre le législateur, le juge constitutionnel protège les droits fondamentaux (...) »³¹¹. L'assertion est extrêmement révélatrice des changements qui s'opèrent et qui marquent la judiciarisation de l'intérêt général. Bertrand Mathieu ne s'interroge même plus sur l'existence de cette réalité : « Ce processus, qui part d'une logique qui vise seulement à s'assurer que le législateur, dans son rôle de détermination de l'intérêt général, respecte les exigences constitutionnelles et conventionnelles pertinentes, aboutit en fait à une substitution du juge au législateur dans la détermination de cet intérêt. La question fondamentale est alors celle de savoir qui a le dernier mot »³¹².

b) – Des choix de valeurs exprimés par le juge administratif :

750. L'intérêt général est au cœur non seulement du droit administratif mais surtout du droit administratif énoncé par le juge. « Si la notion d'intérêt général imprègne toute la trame de la jurisprudence du juge administratif, elle influe aussi sur les modalités et techniques de contrôle du juge. C'est sur elle notamment que le juge administratif a fondé l'étendue de son contrôle des motifs invoqués par l'administration à l'appui des décisions qu'elle est amenée à prendre »³¹³. Le juge administratif en maîtrise, de son propre aveu, l'usage ; l'intérêt général est remodelé par le juge. « Lorsqu'il décide de procéder à un contrôle normal, le juge administratif se met en quelque sorte au cœur de l'action administrative. Dire le droit, ce n'est pas seulement dire quelle est la norme applicable, c'est trancher entre des principes apparemment contradictoires ou essayer de les concilier »³¹⁴. Dans la détermination du concept, le juge est contraint d'effectuer des choix. René Chapus affirme très nettement que « l'appréciation du caractère nécessaire d'une mesure de police ne va pas, c'est inévitable, sans subjectivité »³¹⁵. Le juge ne pourrait, compte tenu de la plasticité de la notion d'intérêt général, se soustraire à cette mission relève Jean-Bernard Auby : « Il reste en tout état de cause, manifeste dans la jurisprudence du Conseil d'État, quelque chose comme l'idée selon laquelle le juge administratif, parce qu'il est à divers égards – c'est à son honneur – protecteur des droits fondamentaux contre la puissance publique, peut s'offrir de temps en temps la liberté de poser, de son propre chef, des limites à ces droits au nom de l'intérêt général »³¹⁶. Pour ne retenir que quelques exemples, Laurent Richer indique que « le juge administratif prend en considération les

³¹¹ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 298.

³¹² B. MATHIEU, « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », préc., p. 44. Il invite à reconsidérer cette judiciarisation de l'intérêt général : « Il en résulte que le juge peut veiller, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité, à ce que le législateur poursuive un but d'intérêt général, il ne lui appartient pas de déterminer la substance de cet intérêt » (*ibid.*)

³¹³ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 308.

³¹⁴ *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op. cit., p. 309.

³¹⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p. 731.

³¹⁶ J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, février 2006, p. 6-10, spéc. p. 6.

règles de la concurrence, mais en se ménageant la possibilité de les adapter aux nécessités de l'action administrative »³¹⁷. Dans son rapport de 1999, le Conseil d'État corrobore cette emprise étonnante : « Droit de propriété et liberté d'entreprendre sont intimement liés. C'est au juge, *et à lui seul*, qu'il a appartenu, dans un premier temps, de concilier les nécessités liées à l'intérêt général et à la liberté du commerce et de l'industrie » (nous soulignons)³¹⁸. On le voit encore en matière religieuse. À propos de l'arrêt *Mme M.* de 2008, alors qu'on a légiféré pour concilier laïcité et religion dans les établissements scolaires, Hocine Zeghibib montre que le rôle du juge, ne s'en est pas trouvé complètement amoindri. Il demeure, en incarnant une part d'un pouvoir judiciaire, ce pouvoir délocalisé de dire l'équilibre entre intérêt général et droit fondamental³¹⁹. L'arrêt donne « une lecture en rapport avec la liberté de religion eu égard à la construction juridique élaborée à partir de l'évaluation du degré de radicalité de la pratique religieuse de la requérante. Ce faisant, il est en effet indéniable que le Conseil se fait, de manière indirecte certes, juge de la "normalité" des pratiques religieuses pour tirer des effets juridiques directs de la plus haute importance conditionnant l'appartenance au "corps national" »³²⁰. Surtout, on retrouve, ici aussi, l'abandon de choix sociétaux du législateur au profit du juge ou, du moins, la possibilité pour le juge d'effectuer un choix en termes de valeur. « En cela, il fait bien œuvre normative puisque désormais l'autorité administrative pourra, sur le fondement de cet arrêt, motiver un refus d'octroi de la nationalité française pour défaut d'assimilation à toute personne dont elle jugera excessive la pratique religieuse »³²¹.

751. La dernière illustration, qui permette de prendre la mesure du phénomène d'accaparement par le juge de la notion d'intérêt général, est la possibilité, consacrée par le Conseil d'État, de moduler les effets dans le temps d'une annulation à l'occasion de l'arrêt *Association AC ! et autres* du 11 mai 2004³²². Compte tenu de la rétroactivité inhérente à toute annulation, le juge administratif s'est engagé dans une voie jurisprudentielle permettant, une fois encore, de concilier, le cas échéant, l'intérêt général et les droits fondamentaux en « modérant » les torts que la décision de justice pourrait causer, aussi bien à l'un et aux autres, en agissant dans le passé. Mais ce qui attire surtout l'attention dans cet arrêt est la relation nouvelle qui établit avec les lois de validation. « Le point central de l'argumentation développée par M. Devys a consisté à montrer qu'une modulation par le juge des

³¹⁷ L. RICHER, « Le juge économiste ? », *AJDA* 2000, p. 703-705, spéc. p. 704. Sur ce point, voir l'analyse différente portée sur la jurisprudence du bilan effectuée par J.-F. CALMETTE, « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », préc., p. 15. L'examen du coût social d'une opération d'utilité publique pêche par ses aspects subjectifs selon Jean-François Calmette : « On peut se demander à cet effet si l'évaluation des coûts sociaux opérée par le juge administratif n'instille pas une dose de subjectivité dans ce contentieux, le "coût social" étant plus difficilement quantifiable qu'un "coût économique". De manière plus globale, il faut reconnaître que ce caractère subjectif est renforcé par le fait que la logique du bilan "renvoie à un système de valeurs beaucoup plus que de normes". Le juge se voit ainsi contraint de se situer sur le terrain de "l'opportunité" ».

³¹⁸ *L'intérêt général, Rapport public 1999, op. cit.*, p. 296.

³¹⁹ H. ZEGHIBIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », préc., p. 1997. Voir CE, 27 juin 2008, *Mme M.*, req. n° 286798, concl. E. PRADA-BORDENAVE.

³²⁰ H. ZEGHIBIB, préc., p. 1997.

³²¹ H. ZEGHIBIB, préc., p. 2002.

³²² CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *Rec. p.* 197, concl. DEVYS, *GAJA* n° 118, p. 912-924.

effets d'une annulation contentieuse permettrait de faire l'économie d'une loi de validation. La circonstance que ce type de loi fasse l'objet d'un contrôle étendu, à l'initiative du Conseil constitutionnel et sous l'influence de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ne dispense pas d'agir sur les causes mêmes des validations. Et le commissaire de faire valoir que "puisque le juge est *in fine* conduit à apprécier au regard des divers intérêts en présence, s'il existe un intérêt général qui, par son caractère suffisant ou impérieux justifie qu'il soit fait obstacle à la rétroactivité d'une annulation contentieuse, il paraît préférable, qu'il le fasse au moment où il lui est possible de définir les effets de l'annulation qu'il prononce" »³²³. Dans cette conciliation, le rapporteur public Devys apporte incontestablement une amélioration de l'État de droit en ouvrant la faculté au juge de se prononcer avant même qu'intervienne le législateur et, éventuellement de nouveau, les juges. Mais on peut voir cette décision sous deux angles : un premier – positif – montrant que la finesse du Conseil d'État dans l'analyse juridique des intérêts en présence dans le procès administratif doit conduire à une insertion modérée de la règle de droit dans l'espace social. Il n'est plus question de bouleverser les sujets de droit. Il faut en quelque sorte ménager les situations juridiques. Cependant, une telle approche a un revers. Second angle – négatif – révélant que le juge récupère un choix jusque-là législatif, celui de valider ou non une annulation contentieuse. Le juge est doublement armé : il peut prévenir en amont une validation législative ; il peut la censurer en aval sous le prétexte d'un contrôle de conventionnalité. Voilà pourquoi la modulation des effets dans le temps doit rester exceptionnelle³²⁴. Cette modulation révèle enfin l'intrusion latente du juge dans l'opportunité du droit ce que Bertrand Seiller a très bien montré au terme d'une analyse particulièrement convaincante. « Si le droit à la légalité administrative semble moins assuré aujourd'hui, ce n'est probablement pas parce que l'intérêt général est plus souvent qu'autrefois invoqué pour paralyser l'exécution d'une décision d'annulation. Le droit à la légalité administrative est affaibli parce que le juge administratif se préoccupe désormais de l'effet de ses décisions. Dans cette analyse, l'intérêt général comme les intérêts particuliers – et les deux se recouvrent ou s'opposent selon les circonstances – peuvent inciter à ne pas contraindre l'administration à faire tout ce que les règles en vigueur lui imposent. En forçant le trait, il est ainsi loisible d'affirmer que plus le juge s'intéressera aux intérêts en présence, plus le juge prendra conscience de la nécessaire protection des droits publics subjectifs des individus, plus il sera amené à nuancer les conséquences des décisions qu'il rendra et moins le droit à la légalité administrative sera sanctionné mécaniquement. Tout devient affaire de circonstances, tout dépend des droits en présence. À charge pour le juge de déterminer la solution la plus équilibrée, celle qui assure la meilleure prise en compte des exigences de la légalité et des situations de droit et de fait au cœur du litige. Il n'est pas certain que les virtualités de la présence enfin reconnue des droits subjectifs dans le contentieux administratif aient été toutes d'ores et déjà perçues. Le contentieux administratif s'est

³²³ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 912-924, spéc. p. 919.

³²⁴ M. LONG et alii, op. cit., p. 924 : les auteurs souhaitent que cette jurisprudence « conserve effectivement un caractère exceptionnel ».

considérablement enrichi en tolérant qu'ils soient invoqués, comme l'atteste la complexité croissante de l'office du juge administratif. Mais, ainsi que l'avait compris Jèze avec une clairvoyance peu commune, "la conciliation de ces intérêts multiples et variés ne peut être obtenue que par une théorie *très nuancée*. Des lors, on peut prévoir que, dans un système juridique très perfectionné, les sanctions des irrégularités vont varier avec les circonstances (...). La sanction adéquate est celle qui fait à chaque intérêt sa part légitime" ³²⁵» (italique dans le texte)³²⁶. « Légitime »... N'est-ce pas ainsi réintroduire de la subjectivité dans la légalité ?

c) – Des choix de valeurs exprimés par les juges européens :

752. On observe enfin que les droits européens n'échappent pas au mouvement de fond qui traverse l'office juridictionnel. Il en est ainsi, sans doute, selon des paramètres différents, en droit de l'Union européenne, puisque Mme Kauff-Gazin s'interroge sur « le pouvoir normatif du juge manifesté à l'occasion de la découverte et de la concrétisation de l'intérêt général »³²⁷. Or, elle constate qu'on ne peut masquer « le rôle manifestement créateur du juge à l'égard de l'intérêt général, et [réduire] abusivement son rôle à un simple contrôleur de l'absence d'erreur manifeste dans la détermination législative de la volonté générale »³²⁸. Mais c'est surtout devant le juge de Strasbourg qu'a pu se manifester le pouvoir de choisir du juge en interprétant les actes de référence.

753. Deux éléments confortent la thèse d'une interprétation européenne susceptible d'aller au-delà de ce qu'est la seule diction du droit. D'abord – premier élément –, la malléabilité du texte conventionnel qui, bien qu'il soit assez détaillé, donne suffisamment d'espace au juge pour la détermination juridictionnelle du contenu de l'intérêt général. Philippe Krikorian rend compte de certaines limites textuelles comme en matière de restriction à la liberté d'expression. « L'ingérence dans la liberté d'expression que constitueraient l'incrimination et la répression de la contestation de tout crime contre l'humanité reconnu par la loi ou une organisation internationale, ou une convention internationale signée ou ratifiée par la France, serait, donc, parfaitement justifiée comme étant nécessaire, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, selon les termes de l'article 10 § 2 de la Convention européenne »³²⁹. Mais l'auteur indique aussi que le texte conventionnel peut susciter, notamment en France, « une crainte quant à la multiplication des délits d'opinion » au regard de plusieurs textes comme les textes sur les caricatures

³²⁵ G. JEZE, « Essai d'une théorie générale de la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP* 1913, p. 294 cité par Bertrand Seiller (ci-dessous).

³²⁶ B. SEILLER, « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 208.

³²⁷ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 411 et s.

³²⁸ F. KAUFF-GAZIN, *op. cit.*, p. 414-415.

³²⁹ P. KRIKORIAN, « Le droit à la dignité et la liberté d'expression face aux crimes contre l'humanité », *D.* 2006, p. 1980-1982, spéc. p. 1981.

religieuses et la négation du génocide arménien³³⁰. Le fait que « le débat des limites qu'une société démocratique doit assigner à la liberté d'expression » relève du juge européen consolide la possibilité pour ce dernier de trancher des questions de valeurs³³¹. Le second élément, topique de la formalisation de valeurs par la Cour européenne, réside dans la méthode même d'interprétation retenue par la Cour. « Le choix d'une interprétation téléologique recèle le danger du subjectivisme de l'interprète et la crédibilité de cette méthode interprétative dépend largement de la détermination de l'objet et du but pris en compte »³³². Plus exactement : « il convient de se demander si la Cour européenne n'excède pas la compétence qui lui est reconnue par le traité et si elle n'outrepasse pas les limites assignées à sa fonction juridictionnelle »³³³. Selon Frédéric Sudre, auquel nous reprenons les exemples, la Cour européenne a franchi deux fois au moins le Rubicon. « On ne peut que souligner l'usage pour le moins inconstant du principe de subsidiarité par la Cour qui, au gré des affaires l'ignore superbement ou l'invoque opportunément, selon qu'elle entend ou non soumettre la question de politique générale en jeu à sa propre lecture de la Convention »³³⁴. Il illustre ces « dérives manifestes de l'actuelle Cour »³³⁵ par deux arrêts importants de 2005. Dans son arrêt de Grande Chambre *Hirst contre Royaume-Uni*³³⁶, « la Cour juge qu'une interdiction absolue de voter imposée automatiquement, en toutes circonstances, à un détenu condamné est contraire à la Convention. Au mépris du principe classique de sa jurisprudence selon lequel les États disposent d'une large marge d'appréciation, en raison de la diversité des solutions nationales, pour réglementer les droits de vote et d'éligibilité (...) »³³⁷. Dans son arrêt *B. et L. contre Royaume-Uni*³³⁸, concernant « la règle britannique de l'empêchement au mariage entre des beaux-parents et leurs beaux enfants » au regard de l'article 12 de la Convention (droit au mariage), « le juge européen pratique (...) une interprétation évolutive forcenée qui paraît devoir plus à "l'air du temps" qu'au raisonnement juridique »³³⁹. Le juge européen formule des choix politiques et « s'aventure sur un terrain qui n'est pas le sien »³⁴⁰.

754. Ce faisant, fût-ce accidentellement ou ponctuellement, les juges aussi bien européens que français confortent une pratique qui vise à déposséder potentiellement les organes normatifs de leur pouvoir d'édicter une restriction, c'est-à-dire de poser la règle de droit. La sollicitation, expresse et ardente, de la diction du droit exact, en matière de droits fondamentaux et d'intérêt général, consécutive au retrait plus ou moins avoué des organes normatifs, suscite une forme de passion du

³³⁰ Cf. P. KRIKORIAN, préc., p. 1980.

³³¹ *Ibid.*

³³² F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge*, préc., p. 229.

³³³ F. SUDRE, préc., p. 237.

³³⁴ F. SUDRE, préc., p. 240.

³³⁵ F. SUDRE, préc., p. 240.

³³⁶ Voir CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01, R. 2005-IX.

³³⁷ F. SUDRE, préc., p. 241.

³³⁸ CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, req. n° 36536/02 (en version anglaise uniquement).

³³⁹ F. SUDRE, préc., p. 242.

³⁴⁰ F. SUDRE, préc., p. 242.

système de droit pour ses rouages devenus irremplaçables que sont les juges. « La qualité de standard de l'intérêt général laisse donc nécessairement au juge une liberté indéniable, dans la détermination des conséquences juridiques qui s'attachent à cette notion diffuse »³⁴¹. Ils sont devenus en quelque sorte la clé de voûte du système de droit dans la résolution des conflits. Cette reconfiguration à l'œuvre du poids respectif des organes du système de droit – au profit de l'organe juridictionnel – procède d'un phénomène jusque-là indécélable, que dévoile la notion d'intérêt général. *Le contrôle appelle sans cesse le contrôle ; la résolution du conflit de libertés nourrit le conflit*³⁴². Dans ces conditions, le discours juridictionnel n'est peut-être plus celui qu'on croit. On peut se demander si, à terme, « les tribunaux vont décider du bonheur des citoyens »³⁴³. On pressent une captation de l'intérêt général par les juges.

Section 2^{ème} : La captation judiciaire des restrictions d'intérêt général :

755. « Carence regrettable : il n'est pas sain qu'une notion fondamentale ne puisse être connue avec certitude qu'à l'occasion d'un procès. Mais c'est ainsi : l'intérêt général n'est pas défini ; il se constate »³⁴⁴. La déflagration normative de la notion d'intérêt général, en une mosaïque de cas particuliers, entraîne une déperdition de l'intérêt général alors captée par le pouvoir judiciaire. La réflexion soulève en dernière instance un problème épineux de l'ordre du discours du droit – en général – qui se brouille considérablement. Submergé par une argumentation juridique pléthorique, le juge peut-il encore dire le Droit ou n'est-il pas contraint de dire ce qu'il pense, son sentiment sur l'affaire – faute de parvenir à dégager une rationalité introuvable dans une telle cacophonie – et, par suite, de parer son positionnement de l'enveloppe juridique ? Le juge peut-il dégager une solution de droit – stable – d'un contexte normatif aussi changeant ? Ou bien se peut-il que la solution soit juridique parce que c'est le juge qui le dit ? La vérité juridique est-elle la vérité simplement parce

³⁴¹ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 60.

³⁴² V. DAUDET, J. NAVARRE-BRAGER, « Le droit, source de conflits », préc., p. 36 : « Le juge fonde sa décision en fonction du sentiment de ce qui est juste pour lui ; or cette subjectivité ouvre la voie au conflit (...) ». « L'exemple le plus célèbre est peut-être celui du juge Magnaud, connu pour juger en fonction de ses sentiments et non en fonction de la loi, et qui a notamment relaxé la veuve Ménard, voleuse de pain mue par la faim, en 1898. Cette volonté de protéger les plus humbles au détriment de la loi relève du sentiment personnel du juge et n'est pas unanimement partagé. Cette subjectivité ouvre la voie de l'opposition avec le jugement rendu, la loi n'étant plus certaine et la même pour tous ».

³⁴³ Nous reprenons cette interrogation légitime du conseil de M. Wackenheim (le nain du « lancer de nains » de Morsang-sur-Orge) énoncée dans CDH, 26 juillet 2002, *Wackenheim c. la France*, Rev. trim. dr. h. 2003, p. 1017-1024, spéc. p. 1022, § 5.2.

³⁴⁴ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 264.

qu'elle est la vérité judiciaire ?³⁴⁵ L'intérêt général serait-il le paravent de l'extraordinaire compétence d'un pouvoir judiciaire (§1.) et, à terme, le masque d'un Gouvernement des Juges (§2.) ?.

§1. – L'intérêt général, paravent de l'extraordinaire compétence d'un pouvoir judiciaire ?

756. L'intérêt général aurait-il à ce point transfiguré le juge ?³⁴⁶ (I.). Répondre par l'affirmative à cette interrogation conduit à ériger un véritable pouvoir judiciaire en lieu et place d'une simple organisation juridictionnelle (II.).

I. – La transfiguration du pouvoir juridictionnel :

757. Plusieurs éléments contribuent à repenser le discours des organes juridictionnels en référence à une notion d'intérêt général qui libère la diction du droit des contraintes classiques. La volubilité de l'intérêt général construit une figure du juge modernisée pour déterminer avec exactitude la solution restrictive aux droits fondamentaux. Il en a la « compétence » (A.), il « sait » laquelle il doit valider (B.) et se trouve, pour ces deux raisons, « décomplexé » dans l'exercice de sa mission (C.).

A. – Un organe « compétent » :

758. Le premier élément qu'il faut avancer est la nécessité pour le juge, sollicité de toute part de dire le droit *vrai*, d'instruire les dossiers contentieux à un niveau d'expertise qui interroge sa fonction même. Cette expertise nouvelle lui a permis de développer une compétence au sens courant du terme, « connaissance approfondie, reconnue, qui confère le droit de juger ou de décider en certaines matières »³⁴⁷, dans le cadre maximal que lui a indiqué le système de droit, c'est-à-dire sa compétence au sens juridique cette fois³⁴⁸. Cette compétence, aptitude ou capacité, que l'on perçoit à travers la

³⁴⁵ Même si « seuls quelques dogmaticiens attardés croient encore que le juge peut trouver au fond de sa conscience la vérité unique que la loi lui fournit ». Cf. P. MARTENS, « Réflexion sur le maniérisme judiciaire », préc., p. 341.

³⁴⁶ En révélant à tous sa vraie nature... M. Peces-Barba formule un constat similaire au nôtre sans pour autant l'associer à la notion d'intérêt général mais à celui de « sécurité juridique ». Voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 229 : « l'évolution de la culture juridique a produit des éléments nouveaux, qui conduisent à reconnaître l'autonomie du travail du juge et son rôle créateur de normes au sein du système ». Pour un examen du pouvoir d'interprétation du juge, p. 360-362.

³⁴⁷ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 484.

³⁴⁸ « Pour une autorité publique ou une juridiction, aptitude légale à accomplir un acte ou à instruire et juger un procès ». Cf. R. GUILLIEN, J. VINCENT, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 116 ; pour une définition plus exhaustive, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 210-212.

jurisprudence est large³⁴⁹. Deux cas particuliers attirent cependant l'attention. Quand le juge est amené, par un contrôle pointilleux, à se comporter soit en « autorité médicale », soit en « autorité diplomatique »³⁵⁰.

759. En tant qu'autorité médicale d'abord³⁵¹. Dans un arrêt de 2006, le requérant demandait, notamment, l'annulation devant le Tribunal administratif de Paris de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière pris sur le fondement de l'article L. 511-4 10° du Code d'entrée et de séjour des étrangers, disposition interdisant pourtant la reconduite à la frontière d'un étranger gravement malade qui ne pourrait pas être soigné dans son pays³⁵². Pour faire droit, dans la présente espèce, à la demande du requérant, le juge administratif d'appel réalise un contrôle extrêmement poussé. « Si, en conséquence, la cour juge que c'est à tort que le juge de la reconduite du tribunal administratif de Paris a censuré la mesure d'éloignement prise par le préfet, cette infirmation ne doit pas occulter le fait qu'elle est le résultat d'un examen dont l'étendue est particulièrement novatrice en ce qu'il ne s'en tient pas seulement au contrôle de l'existence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi mais aussi à celui de la possibilité d'accéder effectivement aux soins correspondants »³⁵³. Cette technique extrêmement concrète d'appréciation des atteintes au droit fondamental n'est pas sans paradoxe. Le juge se donne des outils très pointus pour déceler des atteintes excessives portées à un droit fondamental au nom de l'intérêt général mais cet arsenal n'est-il pas trop « sophistiqué » au regard de la mission impartie à la juridiction administrative ? Le juge a-t-il, fût-ce en s'entourant d'avis éclairés, la capacité matérielle de se constituer en autorité médicale pour vérifier la fiabilité des systèmes de santé de chaque pays de renvoi en matière de reconduite à la frontière ? Il n'y a aucun cynisme à le dire et ce, quelle que soit, par ailleurs, l'utilité pleine et entière de cet examen pour la situation douloureuse du requérant malade.

³⁴⁹ Par exemple, en matière économique, J.-F. CALMETTE, « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *Droit administratif*, juillet 2006, p. 13-18, spéc. p. 13 : « Nous montrerons notamment que le juge administratif, dont l'analyse économique consistait au départ en une simple évaluation de l'utilité collective, a désormais une démarche économique qui fait appel à certaines techniques d'analyse microéconomique, jusque là utilisées par le seul juge de la concurrence ».

³⁵⁰ Mais il peut aussi se découvrir des talents de biologiste ! Pour une problématique comparable quant au fond du droit énoncé par le juge européen, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 486-487 : en principe le droit au mariage reconnu par l'article 12 de la Convention EDH (« À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ») est reconnu à deux personnes de sexes biologiquement différent (en bref, à un homme et une femme) selon la Cour de Strasbourg. Mais, prenant en considération le phénomène du transsexualisme, la Cour se fait biologiste et infléchit sa jurisprudence pour admettre qu'un homme devenu une femme puisse épouser un homme dès lors que le sexe n'est plus déterminé par des critères exclusivement biologiques.

³⁵¹ Parfois même en autorité sanitaire ! En ce sens, les observations de M. LAUDJOIS, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », préc., p. 379 : « Le juge opère, sur ce point, un contrôle très minutieux des faits : il constate la bonne volonté de l'administration pénitentiaire, qui a pris en compte l'état de santé de M. X., tout comme les contraintes liées à l'organisation du service, afin de le placer en cellule avec deux fumeurs et un fumeur s'abstenant de fumer en sa présence ».

³⁵² Voir CAA Paris, 15 décembre 2006, *Préfet de police c/ M.J.*, req. n° 06PA00482, *AJDA* 2007, p. 749-752.

³⁵³ O. LECUCQ, « Précisions sur la protection de l'étranger gravement malade », préc., p. 750. On pourra formuler des observations analogues sur l'article 3 de la Convention EDH (dignité humaine) pour toute mesure d'éloignement d'un étranger gravement malade, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 605-606.

760. L'autre cas singulier, méritant d'être évoqué, ensuite, est celui où le juge est, au fond, contraint de se déployer dans le champ des relations internationales en assumant quasiment des fonctions diplomatiques. On se souvient que, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme, le juge administratif a dû reconsidérer les limites de son office à l'aune des stipulations de l'article 6 de la Convention européenne (procès équitable). On sait aussi combien la Cour européenne s'est engagée dans la construction d'un contrôle juridictionnel étendu. Ces cas symptomatiques requièrent de s'y arrêter un instant.

761. Dans un arrêt *Chevrol-Benkeddach*³⁵⁴, le Conseil d'État maintenait la pratique du renvoi préjudiciel devant le ministère des Affaires étrangères pour l'appréciation de la condition de réciprocité inscrite à l'article 55 de la Constitution française³⁵⁵. En l'espèce, il rejeta le recours en annulation du refus de l'Ordre des médecins des Bouches-du-Rhône d'inscrire la requérante (une praticienne algérienne de la médecine) au tableau du Conseil départemental de l'Ordre au motif que le ministère avait considéré que l'application du traité franco-algérien ouvrant ce droit au profit de ressortissants algériens en France ne satisfaisait pas à la condition de réciprocité. En dépit d'une ambiance peu propice à des jurisprudences favorables au pouvoir Exécutif³⁵⁶, le Conseil d'État préférait s'en tenir à l'appréciation faite par le ministre des Affaires étrangères. La Cour européenne, saisie par la requérante déboutée devant les juridictions françaises, condamna cette pratique dans un arrêt *Chevrol contre France*³⁵⁷. La Cour rappelle, tout d'abord, les principes de cette garantie. Non seulement, « seul mérite l'appellation de "tribunal" au sens de l'article 6 § 1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause (...) » (§ 76), mais elle ajoute également que « pour qu'un "tribunal" puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6 § 1, il faut qu'il ait une compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (...) » (§ 77). Puis, elle les confronte à la pratique du renvoi préjudiciel du Conseil d'État : « La Cour observe que la pratique du renvoi préjudiciel suivie par le Conseil d'État oblige le juge administratif, amené à se prononcer sur les conditions de mise en œuvre de la réserve de réciprocité prévue à l'article 55 de la Constitution française, à demander au ministre des Affaires étrangères d'indiquer l'existence de la réciprocité et

³⁵⁴ CE Ass., 9 avril 1999, *Chevrol-Benkeddach*, Rec. p. 115.

³⁵⁵ Pierre Serrand apporte un éclairage sur cette condition de réciprocité, voir P. SERRAND, « Feu la jurisprudence *Rekhou*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* », préc., p. 1-10. Rappelons, en outre, que, s'agissant des traités internationaux intéressant directement les droits fondamentaux, « la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer » (cf. CC, 22 janvier 1999, déc. n° 98-408 DC, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. p. 29, cons. n° 12 *in fine*).

³⁵⁶ Le Conseil d'État avait auparavant abandonné le renvoi préjudiciel devant ce même ministère pour l'interprétation des traités dans un arrêt CE ass., 29 juin 1990, *G.I.S.T.I.*, Rec. p. 171. Cette procédure avait, du reste, été clairement condamnée par la Cour européenne dans CEDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, req. n° 15287/89, série A n° 296-B.

³⁵⁷ CEDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, req. n° 49363/99, R. 2000-III.

d'en tirer les conséquences quant au traité examiné, pour ensuite s'y conformer en toutes circonstances » (§ 78). Elle relève, par ailleurs, que le Conseil d'État, « conformément à sa propre jurisprudence, s'en remet entièrement à une autorité relevant du pouvoir exécutif pour résoudre le problème d'applicabilité des traités » et suivit l'avis du ministre « sans soumettre cet avis à la critique ni à un débat contradictoire » (§ 81). Après avoir examiné concrètement l'importance de la question soumise au ministre pour la requérante (§ 82), la Cour conclut à la « violation de l'article 6 § 1 de la Convention en ce que la cause de la requérante n'a pas été entendue par un "tribunal" de pleine juridiction » (§ 84), dès lors qu'elle n'a pas eu « accès à un tribunal ayant ou s'étant reconnu une compétence suffisante pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour statuer sur ce litige. » (§ 83). Cette jurisprudence, qui s'inscrit dans la continuité, doit être approuvée. Sa lecture montre que le Conseil d'État ne doit pas s'en remettre à la seule « sagesse du ministre ». Il doit soumettre le résultat de ses investigations au débat sous peine de vider de sa substance son office. L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a entendu les arguments de la Cour de Strasbourg puisqu'il accepte par son arrêt *Mme Cheriet-Benseghir*, du 9 juillet 2010, de contrôler lui-même l'applicabilité d'un traité par l'autre partie : « il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'État en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie »³⁵⁸. Cet arrêt procède, comme le dit très justement le professeur Serrand, à « la juridictionnalisation de la condition de réciprocité »³⁵⁹. « Dans la logique du droit à un procès équitable, cette juridictionnalisation apparaît comme un progrès puisque la question de la réciprocité d'application fait alors l'objet d'un débat contradictoire entre les parties au litige. Si le ministre des Affaires étrangères fait évidemment valoir son point de vue, il doit cependant expliquer au juge et aux parties les raisons qui le conduisent à prendre telle ou telle position. En outre, il n'est pas impossible que l'État concerné ou le requérant puisse fournir au juge des éléments d'information susceptibles d'avoir une incidence sur l'issue du litige »³⁶⁰. Ce cap jurisprudentiel a en outre été fondé, maintenu et développé dans d'autres domaines par la Cour européenne.

³⁵⁸ CE Ass., 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, n° 317747, publié au *Recueil*. Pour une analyse de ce revirement jurisprudentiel, qu'il déplore, P. SERRAND, « Feu la jurisprudence *Rekhou*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* », préc., p. 1-10.

³⁵⁹ P. SERRAND, préc., p. 4 et s. Pour un aperçu, traduisant l'embarras du juge judiciaire, des positions des différentes chambres de la Cour de cassation (p. 5).

³⁶⁰ P. SERRAND, préc., p. 7.

762. Frédéric Sudre énumère très nettement, dans le domaine de l'éloignement d'un étranger du territoire d'un État partie, l'abondance de la matière que le juge européen serait capable de traiter pour rendre son verdict³⁶¹. La Cour peut et doit examiner « le risque (...) constitué par les actes institutionnels des autorités publiques du pays de destination » en contrôlant « la nature du régime politique », « le risque (...) d'une situation gravement troublée dans le pays de destination (troubles, désordres civils), telle qu'y règne une insécurité générale due principalement aux agissements de forces de sécurité (disparitions, exécutions extrajudiciaires, tortures...) et à l'immunité dont bénéficient ces dernières », « la législation » de l'État de destination, voire même le risque encouru du fait d'une « défaillance » des autorités de l'État de destination...³⁶² C'est dire que les juges de Strasbourg doivent faire montre d'une capacité d'analyse juridique, certes, mais qui se combine à des réflexions de science politique ou de géopolitique. *Alors notre questionnement ne repose pas sur le fait de savoir si elle en a le droit mais celui de savoir si elle en a les moyens*³⁶³. Dans son arrêt *Soering contre Royaume-Uni*, la Cour avait préfiguré l'extrême minutie de son contrôle, au regard de l'article 3 de la Convention européenne (dignité humaine), d'une mesure d'extradition, frappant un citoyen allemand détenu par les autorités britanniques, à destination des États-Unis d'Amérique³⁶⁴. Dans l'État fédéré de Virginie, le requérant est accusé « du chef d'assassinat passible de la peine de mort (*capital murder*) »³⁶⁵. Pour s'assurer que la remise du requérant aux autorités américaines par le Gouvernement britannique n'enfreint pas l'article 3 de la Convention, au titre du « syndrome du couloir de la mort »³⁶⁶, la Cour doit se livrer à une analyse exhaustive non seulement du système judiciaire des États-Unis d'Amérique et de celui de l'État fédéré de Virginie (§ 39-60), mais, de surcroît, des conditions de réclusion au pénitencier de Mecklenburg où le requérant serait amené à être exécuté au terme d'un temps d'attente plus ou moins long (§ 61-68). Finalement, elle conclut, à la lumière de toutes ses investigations d'une ampleur considérable, que « la décision ministérielle de livrer le requérant aux États-Unis violerait l'article 3 (...) si elle recevait exécution » (§ 111). Cette

³⁶¹ Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 600-606.

³⁶² Nous reprenons à M. Sudre la présente synthèse, F. SUDRE, op. cit., p. 600-604.

³⁶³ Nous nous engageons sur une réflexion objective en partant non du contrôle lui-même mais de son objet. Et l'on comprend que l'analyse est objective comme c'est le cas des interventions du juge administratif, par exemple, dans le domaine économique. Notamment : J. CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », préc., p. 203 : « Dans le discours de la performance publique, le droit administratif apparaît comme un pôle de résistance aux avancées de la pensée économique » ; L. RICHER, « Le juge économiste ? », préc., p. 703 : « Un *a priori* défavorable existe, le droit administratif, droit de la puissance publique, est réputé inadapté à l'économie, l'activité économique offre moins de prise que d'autres activités au contrôle contentieux, les juges administratifs sont volontiers suspects d'hostilité envers le monde de l'entreprise ».

³⁶⁴ Voir CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, série A n° 161.

³⁶⁵ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, précité, § 14.

³⁶⁶ « La violation alléguée consisterait à exposer M. Soering au "syndrome du couloir de la mort" ("*death row phenomenon*"). On peut décrire celui-ci comme une combinaison de circonstances dans lesquelles l'intéressé devrait vivre si, une fois extradé en Virginie pour y répondre d'une accusation d'assassinats passibles de la peine capitale, il se voyait condamner à mort. (...) La Commission rappelle que d'après sa jurisprudence, une expulsion ou extradition peut soulever un problème au regard de l'article 3 (...) de la Convention s'il existe des raisons sérieuses de croire que la personne en cause subira dans l'État de destination un traitement contraire à ce texte » (CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, § 81-82, préc.).

jurisprudence européenne et administrative n'est pas sans paradoxe du point de vue de l'extension remarquable du contrôle juridictionnel des bornes à la liberté. Ce paradoxe a pu justifier, un temps, la position de retenue du Conseil d'État avant qu'il ne se rallie finalement à la conception européenne de l'office du juge par son arrêt *Mme Cheriet-Benseghir* (précité). « Loin de se borner à appliquer et interpréter la loi, à dire le droit, le juge a été de plus en plus appelé à d'autres tâches »³⁶⁷ ainsi qu'on vient de le montrer. On peut, en conséquence, formuler trois séries d'objections à l'évolution qu'induit ce cap jurisprudentiel.

763. En premier lieu, recensons des objections d'ordre pratique. Pierre Serrand s'interroge sur la praticabilité par le juge administratif d'un examen plein et entier de la condition de réciprocité : « l'inexécution du traité ou de l'accord par l'État étranger peut être le fait d'une multitude d'autorités : législatives, juridictionnelles, mais surtout administratives. Comment le juge national pourra-t-il disposer des éléments d'information pertinents pour déterminer le comportement des multiples administrations, centrales ou déconcentrées, de l'État étranger ? »³⁶⁸. La réponse qu'il suggère mérite l'attention. « On conviendra aisément, dit-il, que le juge interne, qui ne dispose d'aucun pouvoir d'enquête ou d'instruction à l'égard d'une puissance étrangère, n'est pas le mieux placé pour apprécier si un traité est réciproquement appliqué. Sa recherche risque ainsi d'être bien laborieuse et, on peut le craindre, peu concluante »³⁶⁹. La Cour européenne, dans l'affaire *Soering contre Royaume-Uni* précitée, a conscience de cette difficulté pour apprécier l'extradition d'un éventuel condamné à mort : « Pour établir une telle responsabilité, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3 (...). Il ne s'agit pas pour autant de constater ou de prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'État contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés »³⁷⁰.

764. En deuxième lieu, avançons des objections d'ordre théorique. La Cour de Strasbourg, en invitant le Conseil d'État à redéployer son « pouvoir juridictionnel » sur l'Administration, réduit l'indépendance fonctionnelle entre l'Administration et son juge³⁷¹. Ce principe d'indépendance fonctionnelle interdit au juge administratif de faire œuvre d'administrateur. Or, la pratique du renvoi préjudiciel au pouvoir exécutif, pour l'appréciation de la condition de réciprocité, n'est pas sans justification. Il n'est pas faux de penser que le juge administratif ne sera pas – fût-il le Conseil d'État –

³⁶⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 597.

³⁶⁸ P. SERRAND, « Feu la jurisprudence *Rekhou*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* », préc., p. 8.

³⁶⁹ P. SERRAND, préc., p. 8.

³⁷⁰ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, préc., § 91.

³⁷¹ Il s'agit du principe de séparation des fonctions administratives et juridictionnelles, lequel n'est que la traduction du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

techniquement capable d'apprécier la réalisation de la condition de réciprocité eu égard au volume considérable d'engagements internationaux liant la France. Compte tenu de la technicité de la question, cela revient à admettre que le Conseil d'État puisse développer des compétences en matière d'affaires étrangères et se comporter en véritable autorité diplomatique. « Historiquement proche de l'administration, le juge s'est toujours gardé de faire lui-même œuvre d'administration. Sauf volonté contraire du législateur, il s'est traditionnellement abstenu de se substituer aux autorités administratives. Le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs le lui interdit en effet. De surcroît, il n'a ni les services et les compétences techniques nécessaires, ni la connaissance ou l'expérience pratique des dossiers qui font le quotidien de l'administration »³⁷². Aussi, et à défaut, soumettre à discussion l'avis du ministre des Affaires étrangères – alors même que le juge est incapable d'en apprécier la pertinence – revient à rendre inutile l'intervention du juge dans le contentieux mettant en cause l'application d'un traité. C'est ce qui a fait dire à Pierre Delvolvé que le pouvoir de réformation – exercé en l'occurrence – n'est pas sans risque lorsqu'il « fait du juge un administrateur »³⁷³. C'est, nous semble-t-il, une telle invitation à la prudence qu'énonce Mme le juge Mularoni lorsqu'elle considère, en substance dans son opinion dissidente, sous l'arrêt *Chevrol contre France*, évoqué précédemment, que l'appréciation de la condition de réciprocité est un élément du droit international qui ne relève pas de la mission du juge mais de celle des autorités diplomatiques. Ce juge européen, en attachant une grande importance à la séparation des pouvoirs dans ce domaine, rappelle que le contrôle juridictionnel ne peut être un prétexte à une extension déraisonnable du pouvoir du juge³⁷⁴.

765. Cette remarque conduit, en troisième et dernier lieu, à formuler une objection plus générale d'ordre politique. En juridictionnalisant la condition de réciprocité, dans le souci parfaitement légitime de définir au plus près les droits fondamentaux, le juge n'a sans doute pas eu conscience qu'il juridictionnalisait tout un pan de l'action politique – « une question de fait »³⁷⁵ – relevant matériellement des relations internationales et organiquement du pouvoir Exécutif par l'entremise du ministère des Affaires étrangères. C'était la position défendue par le Gouvernement britannique à l'appui de son mémoire en défense dans l'arrêt *Soering contre Royaume-Uni*. Les autorités britanniques mettent en garde l'ancienne Commission dont, selon elles, la position « irait à l'encontre des normes de la procédure judiciaire internationale en ce qu'elle amènerait à se prononcer sur les affaires intérieures d'États tiers, non Parties à la Convention ou aux instances pendantes devant les organes de celle-ci ; elle créerait de gros problèmes d'appréciation et de preuve en exigeant l'examen

³⁷² B. ODENT, D. TRUCHET, *La justice administrative*, op. cit., p. 52.

³⁷³ P. DELVOLVÉ, *Le droit administratif*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 2002, p. 113.

³⁷⁴ En ce sens, opinion dissidente sous CEDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, req. n° 49363/99, R. 2000-III.

³⁷⁵ P. SERRAND, « Feu la jurisprudence *Rekhou*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* », préc., p. 8.

du système juridique et de la situation d'États étrangers »³⁷⁶. Le juge est-il bien préparé à s'engager sur un terrain qui joute l'opportunité politique spécialement dans le domaine des relations internationales ? Dans cet arrêt de 1989, la Cour européenne n'est-elle pas tentée par une analyse politique de la situation de fait ? La conclusion de la Cour peut laisser dubitatif l'observateur. Dans un premier temps, elle reconnaît que « le caractère démocratique de l'ordre juridique virginien en général, et notamment les éléments positifs des procédures de jugement, de condamnation et de recours en Virginie, ne suscite aucun doute. La Cour reconnaît, avec la Commission, que le système judiciaire auquel le requérant se verrait assujéti aux États-Unis n'est en soi ni arbitraire ni déraisonnable ; au contraire, il respecte la prééminence du droit et accorde à l'accusé passible de la peine de mort des garanties procédurales non négligeables. Les détenus du "couloir de la mort" bénéficient d'une assistance, par exemple sous la forme de services psychologiques et psychiatriques (...) »³⁷⁷. Mais, dans un second temps, la Cour, parce qu'elle doit trancher une situation éminemment factuelle que lui ont « abandonnée » les organes normatifs, est tenue de dépasser un seuil certain d'appréciation pour aboutir à la solution de conciliation exacte : « Eu égard, cependant, à la très longue période à passer dans le "couloir de la mort" dans des conditions aussi extrêmes, avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale, et à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental à l'époque de l'infraction, une extradition vers les États-Unis exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3 (...) »³⁷⁸. Masquée par la diction du droit, on ne peut s'empêcher de penser que sa motivation aboutit, *in fine*, à déclarer le système de droit américain incompatible, sur ce point précis certes, avec les stipulations de l'article 3. Ce que la condition de réciprocité du droit constitutionnel français visait à empêcher en donnant, à l'autorité gouvernementale, au moins le privilège de savoir avant le juge le contexte de l'État étranger³⁷⁹. Pierre Serrand note, à juste titre, que les appréciations dans ce domaine ont « nécessairement un caractère diplomatique »³⁸⁰. « Bref, comme cela ressort des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 : la réserve de réciprocité de l'article 55 permet à la France de "sanctionner" les États qui ne respectent pas leurs obligations conventionnelles, sans pour autant aller jusqu'à, de manière officielle, suspendre l'engagement international ou même y mettre un terme en le

³⁷⁶ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, préc., § 83.

³⁷⁷ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, préc., § 111.

³⁷⁸ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, préc., § 111.

³⁷⁹ La Première chambre civile de la Cour de cassation (Cass. civ. 1ère, 6 mars 1984, *Kryla*, n° 82-14008, *JDI* 1984, p. 859) a précisément adopté cette lecture en ces termes : « attendu qu'en l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou suspendre son application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre États par l'article 55 de la constitution du 4 octobre 1958 ». Cette jurisprudence repose sur une « présomption de réciprocité » qu'approuve Pierre Serrand (cf. P. SERRAND, « Feu la jurisprudence *Rekhou*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* », préc., p. 5 et p. 10).

³⁸⁰ Cf. P. SERRAND, préc., p. 9.

dénonçant. La réserve de réciprocité de l'article 55 apparaît ainsi comme une "arme" (...) »³⁸¹. Le juge a-t-il alors encore une place de juge ?

766. Denys de Béchillon se demande si le juge est capable de faire tout ce qu'on lui demande sans se dénaturer complètement. « Qu'on me permette simplement (...) de conserver un point d'interrogation ou de nuance sur l'aptitude fonctionnelle des juges à faire nécessairement ce que l'on attend (ou que l'on espère) d'eux à cet égard. Un des plus grands dangers d'une certaine vulgate, au sujet de "l'économie du droit", aura peut-être été de faire croire qu'il était facile, et techniquement possible sans préparation particulière, à des magistrats formés au seul sein des facultés idoines, de s'improviser sachant en matière économique, comptable ou gestionnaire, et de tirer enseignement immédiat de ce savoir là dans la construction de leurs jugements. Je pourrais d'ailleurs dire exactement la même chose en matière de santé mentale ou plus largement de psychisme humain, voire de fonctionnement réel des sociétés. Ces choses appellent des compétences véritables si l'on veut qu'elles puissent être intégrées utilement, c'est-à-dire sans supercherie majeure »³⁸². « Cette extension ininterrompue de ses fonctions, signale François Terré, non suivie d'une augmentation correspondante du nombre des juges, est l'une des explications des dysfonctionnements de la justice »³⁸³. Pourquoi, dès lors, pousser le contrôle juridictionnel à un tel degré d'approfondissement au risque de faire entrer le juge dans des domaines « inhabituels » ? Très probablement parce que les organes normatifs ne pouvant déterminer exactement le contenu de l'intérêt général, ils laissent le champ libre aux organes juridictionnels. L'arrêt *Soering contre Royaume-Uni* peut en effet être interprété dans cette perspective³⁸⁴. S'il est vrai que, formellement, ce sont les autorités britanniques qui sont visées, tout compte fait, on ne peut exclure que la Cour ait jugé autant le système de droit britannique qu'américain et, à travers eux, un choix gouvernemental de politique internationale, matérialisé par l'accord d'extradition anglo-américain du 8 juin 1972³⁸⁵. Pourtant, et d'une part, « la Convention ne régit pas les actes d'un État tiers, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareil État. L'article 1 (...) ne saurait s'interpréter comme consacrant un principe général selon lequel un État contractant, nonobstant ses obligations en matière d'extradition, ne peut livrer un individu sans se convaincre que les conditions escomptées dans le pays de destination cadrent pleinement avec chacune des garanties de la Convention »³⁸⁶. D'autre part, il est constant encore que la conclusion d'un engagement international ne saurait avoir pour effet de délier un État partie à la

³⁸¹ P. SERRAND, « Feu la jurisprudence *Rekhou*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* », préc., p. 2.

³⁸² D. DE BECHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? », in *L'office du juge*, préc., p. 480.

³⁸³ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 597.

³⁸⁴ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, préc.

³⁸⁵ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, préc., § 30.

³⁸⁶ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, préc., § 86.

Convention de ses obligations souscrites au regard de ce texte³⁸⁷. En réalité, on s'est trouvé face à une contradiction normative qui n'a pas été résolue par les auteurs de la Convention ni par le traité bilatéral d'extradition de 1972. Pourrait-on reprocher à la Cour européenne de la résoudre au profit du texte conventionnel ? Vraisemblablement pas. Peut-on critiquer les organes normatifs de ne pas avoir envisagé cette hypothèse ? Probablement. Dans cette mesure, faute d'autorité supérieure issue de l'ordre international pour trancher la contradiction de normes, la résolution du conflit entre la protection de la dignité (Convention) et la poursuite d'une infraction (traité d'extradition) est fatalement politique. Mais puisqu'on ne peut s'y soustraire – le juge doit trancher –, cela revient à faire des organes juridictionnels les seuls organes sachant la signification exacte de l'intérêt général dans telle ou telle situation de fait.

B. – Un organe « sachant » :

767. Bruno Latour nous apporte un deuxième élément de discussion qui milite pour reconsidérer le discours juridictionnel en raison de l'insaisissabilité exhaustive de la notion d'intérêt général par les organes normatifs³⁸⁸. Son propos tend à montrer, suite aux compétences reconnues et inférées de l'exercice de la fonction juridictionnelle, que, finalement, il n'est rien de moins anormal, que de s'en remettre au juge en toute circonstance³⁸⁹. L'état du droit positif est ainsi conçu que, seul, le juge est autorisé – selon les règles de l'organisation juridictionnelle – à arrêter définitivement une solution parce qu'il *sait*. Le système de droit a produit – subrepticement – une forme de savoir temporairement intangible, celui de la jurisprudence. À propos d'une affaire où une illustratrice de journal de jardinage s'était vue refuser une carte de presse sur le fondement de l'article L. 761-2 du code du travail par la Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes, le Conseil d'État répond qu'elle est une journaliste au sens de cette disposition³⁹⁰. Or, l'auteur montre bien que la question essentielle de savoir si l'intéressée « est vraiment, réellement, fondamentalement, référentiellement, philosophiquement un reporter » n'est pas tranchée³⁹¹. Ce qui est tranché : c'est qu'aux yeux de la vérédiction énoncée par le Conseil d'État, l'intéressée est une journaliste au sens de l'article L. 761-2 du code. Le droit, est-il indispensable de comprendre, ne rentre pas ou ne peut rentrer dans un examen exhaustif de la situation factuelle de l'intéressée. Il se fonde sur des éléments de fait jusqu'au point où

³⁸⁷ En ce sens, CEDH, Gr. Ch., 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, R. 1999-I, § 32 : « La Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être "reconnus". Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des États membres ».

³⁸⁸ B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 244 et s.

³⁸⁹ Voir, sur ce point, G. WIEDERKEHR, « Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France », in D. D'AMBRA, (dir.), *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, op. cit., p. 11 : « Pour dire le droit, encore faut-il que le juge le connaisse ou, en tout cas, soit réputé le connaître. Selon une très ancienne formule, "le juge connaît le droit". D'une certaine façon, *il est même le seul à le connaître* » (nous soulignons).

³⁹⁰ Voir B. LATOUR, op. cit., p. 244-245.

³⁹¹ Cf. B. LATOUR, op. cit., p. 244.

il acquiert la conviction scientifique de son état (au sens de sa discipline) que la requérante est une journaliste telle que l'exige l'article L. 761-2. Le débat qui peut s'ouvrir sur le point de savoir si l'intéressée est effectivement, en dehors de la qualification juridique, une journaliste demeure en dehors du droit. On pourrait alors affirmer qu'elle ne l'est pas en réalité. D'où cette difficulté inverse et bien comprise que si le juge avait considéré que l'intéressée n'était pas journaliste au sens de cette disposition, le même débat aurait pu s'ouvrir pour dire qu'elle l'est néanmoins, débat toujours, rappelons-le, étranger au droit. Il reste que la réflexion souligne combien il est proprement inconcevable de penser, ne serait-ce que quelques secondes, s'arracher aux fers d'une discussion, selon nous, potentiellement infinie sans s'en remettre au savoir du juge, une vérité judiciaire.

C. – Un organe « décomplexé » :

768. Nous nous refusons à l'emploi de ce terme dans une perspective de sociologie judiciaire, voire même de psychologie judiciaire³⁹². Cette précaution entendue, subsiste cet état de fait, provoqué par l'organisation des modes de production de la définition des droits fondamentaux qui, en y regardant bien, « libère » discrètement les organes juridictionnels des contraintes liées à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Dire que l'organe juridictionnel est « décomplexé » signifie que certaines situations de fait, rencontrées lors de la conciliation de l'intérêt général et d'un droit fondamental, encouragent, au vu du contexte que nous avons dépeint, le juge à faire « sauter » certains verrous, certaines « inhibitions » ou « gênes », qui pourraient nuire ou entraver la diction des solutions restrictives aux droits fondamentaux. La fonction juridictionnelle, énonce Stéphane Mouton, « s'émancipe de la stricte fonction d'application du droit pour devenir un acteur politique représentatif des enjeux mis en œuvre dans une société démocratique : celle de la valeur, de la nature et de la portée des normes relatives à la protection des droits »³⁹³. On découvre peu à peu que la vérité juridictionnelle ou judiciaire, indispensable à la consolidation de nos droits fondamentaux, se construit, à la faveur d'une notion d'intérêt général fuyante, sans cloison étanche entre des choix en opportunité qui fondent l'acte normatif et le choix finalement arrêté par l'acte juridictionnel. Autrement dit, l'acte normatif, prescripteur d'intérêt général, ne réussit pas à empêcher que s'infiltrant, dans l'acte juridictionnel, censé appliquer selon l'automaticité de la hiérarchie des normes les seules règles applicables, des considérations de valeurs, de choix, des options politiques, c'est-à-dire qu'il ne parvient pas à contenir les faits là où ils auraient dû rester. Parce que le système de droit se prononce espèce par espèce, il

³⁹² Que soit ce soit au sens familier (« libérer de ses inhibitions, de ses complexes ») ou au sens figuré du terme « décomplexer » (« libérer d'une gêne, d'un sentiment d'infériorité »). Cf. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, *op. cit.*, p. 634.

³⁹³ S. MOUTON, « Le pouvoir des juges : matière à constitutions françaises ? Regard sur le rôle des juges dans les Constitutions depuis 1789 », in X. BIOY, F. HOURQUEBIE, (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, Actes de la journée d'études de Toulouse du 2 octobre 2009, Paris, coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2010, p. 27-73, spéc. p. 37.

rend inéluctable ce glissement de la juste mesure vers la mesure juste, celle qui apparaît à l'organe qui doit la déclarer, et à ses yeux, comme la plus conforme à l'idéal de justice, à la « bonne » conciliation.

769. Guillaume Merland indique que le recours au contrôle de proportionnalité par le Conseil constitutionnel ouvre de nouvelles perspectives d'incursion significatives du juge dans l'opportunité législative : « la recherche d'une juste mesure permet sans doute beaucoup plus d'audaces de la part du juge que la quête de la connaissance du contenu de l'intérêt général »³⁹⁴. Si en effet, « c'est au juge qu'incombe le soin de vérifier, à l'occasion de chaque espèce, par une pesée nécessairement subjective, que l'équilibre entre les exigences de l'ordre et celles de la liberté a bien été respecté »³⁹⁵, alors la diction du droit sera imprégnée d'une appréciation du conflit de droits fondamentaux en terme de valeur. Le conflit de droits est aussi un conflit de valeurs, lequel est paré de la juridicité au moyen de vocables qui ne sauraient leurrer l'observateur. « Proportionné, nécessaire, raisonnable : ce recours constant à des standards, c'est-à-dire à des notions sans contenu déterminé qui sont simplement des instruments d'évaluation des situations concrètes, est bien l'indice d'une démarche casuistique débouchant nécessairement sur des jugements d'espèce »³⁹⁶. Le juge, en tant qu'il est le dernier maillon, donc malgré lui, est-il habilité et légitimé dans la détermination des axiomes devant s'imposer aux sujets de droit ? « La reformulation des interdits ou des limites en termes de choix éthiques pose de façon plus aiguë la question du consensus : car arbitrer entre des valeurs, faire la balance entre des principes abstraits est des plus délicats que d'arbitrer entre des contraintes matérielles ou entre deux libertés dont l'affrontement est concrètement visible. Le prétoire n'est plus le lieu adéquat pour opérer les ajustements nécessaires, à la fois parce que le juge n'a pas la légitimité suffisante pour prendre des décisions dans des domaines où un consensus même approximatif n'est pas encore dégagé, et parce que la méthode du cas par cas doit pouvoir prendre appui sur une norme générale préexistante et ne peut suppléer à son absence »³⁹⁷.

770. Les concrétisations de la liberté d'expression témoignent néanmoins de ce que la préexistence d'une norme générale ne comble pas toutes les brèches. On le voit dans le domaine de la publication où « la frontière est imprécise entre l'encadrement des libertés publiques et le dirigisme administratif »³⁹⁸. On le constate également pour la liberté cinématographique puisque « l'appréciation de la moralité d'un film demeure assez largement subjective »³⁹⁹. « Le trait le plus

³⁹⁴ G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », in Dossier : Le Conseil constitutionnel et les divers branches du droit, préc., spéc. § II-B.

³⁹⁵ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 24.

³⁹⁶ D. LOCHAK, préc., p. 25.

³⁹⁷ D. LOCHAK, préc., p. 25.

³⁹⁸ É. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », préc., p. 298. « Dès l'instant où l'on instaure un contrôle du contenu d'un mode d'expression, le risque de censure est inévitable » (p. 298)

³⁹⁹ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 528.

intéressant de ce contrôle demeure probablement le fait que pour chaque cas litigieux les membres de la formation de jugement se sont fait projeter le film en présence des avocats des parties »⁴⁰⁰. En attendant le jour où un juge administratif pourra faire partie du jury du festival de Cannes, on perçoit, d'ores et déjà, que cette approche subjective et casuistique, même éclairée par les projecteurs dirigés sur les textes, risque d'éloigner progressivement le juge de ce qu'est une décision juridictionnelle au sens où une telle décision applique le droit. Cette approche serait plus probablement une décision de fait, politique, artistique ou culturelle, comme on voudra, qui, parce qu'elle est prononcée par un organe juridictionnel, pourra, le cas échéant, être considérée infailliblement comme une décision de droit⁴⁰¹.

II. – L'instauration d'un pouvoir judiciaire :

771. Du juge de proximité à la Cour de cassation, du juge administratif au Tribunal des conflits, du Conseil constitutionnel aux Cours européennes, un pouvoir tentaculaire est né de l'impérieuse nécessité de définir nos droits fondamentaux, à la fois dans le respect de la hiérarchie des normes et dans celui de la priorité donnée à la liberté, autrement dit, selon les vues d'un *État de droit libéral*. D'une façon inéluctable, l'intérêt général interprété par les organes normatifs devra être validé par un organe juridictionnel. Si, organiquement, on a cru décroquer le pouvoir du juge – selon l'expression prise de l'analyse politique « diviser pour régner »⁴⁰² –, tout indique que, matériellement, le but commun à tous les organes juridictionnels a conduit à l'érection d'un monument institutionnel : le pouvoir judiciaire. Sorte de « *Léviathan judiciaire* »⁴⁰³, dans la conception hobbesienne du terme,

⁴⁰⁰ M. LONG et alii, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 528.

⁴⁰¹ D'où cette remarque amusée de Gilbert Thiel (alors magistrat instructeur à la section antiterroriste du Parquet de Paris) : « Ne puis-je aussi faire observer que cet interrogatoire dure maintenant depuis bien longtemps, que je suis fatigué, et que, si vous persistez dans votre harcèlement, je vais être contraint de dénoncer cette torture psychologique et d'appeler à la rescousse la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour du même nom nimbée de son infaillibilité papale (...) ? ». Cf. G. THIEL, *On ne réveille pas un juge qui dort*, Entretiens avec Daniel Carton, Paris, Fayard, 2002, p. 381.

⁴⁰² Sur cet « éclatement » de la fonction juridictionnelle, voir S. MOUTON, « Le pouvoir des juges : matière à constitutions françaises ? Regard sur le rôle des juges dans les Constitutions depuis 1789 », in X. BIOY, F. HOURQUEBIE, (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, op. cit., p. 38-47 : « La fonction juridictionnelle ne peut être considérée comme une norme constitutionnelle car elle est une fonction éclatée entre plusieurs organes étatiques dans son organisation (...) » (p. 38). Le pouvoir judiciaire réunit donc les différents organes.

⁴⁰³ « Dans le contexte de cet "état de nature juridique", où le caractère fondamental d'un droit ne dépend plus que de la capacité de celui qui le revendique à imposer sa reconnaissance, c'est le juge qui est appelé à jouer le rôle du *Léviathan* garant de la cohésion sociale ». Cf. A. TROIANIELLO, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », préc., p. 66. Nous pouvions aussi évoquer « l'État juridictionnel » ou « la démocratie judiciaire » de Fabrice Hourquebie, cf. F. HOURQUEBIE, « Introduction », in X. BIOY, F. HOURQUEBIE, (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, op. cit., respectivement p. 11 et p. 16. Cependant, c'est de façon positive qu'ils sont employés ici par l'auteur : « Il ne s'agit plus de se contenter d'une reconnaissance *a minima* comme le fait la Constitution de 1958 aujourd'hui. L'autorité judiciaire doit enfin céder la place au pouvoir juridictionnel dans un nouveau titre VIII » (p. 17). Enfin, Michel Fromont accorde la thèse selon laquelle l'État de droit matériel conduirait – inexorablement – à ce qu'il appelle « l'État des juges (*Richterstaat*) », autrement dit un système de droit dans lequel les droits fondamentaux s'appuient, en dernier recours, sur la fonction judiciaire sous le contrôle d'un organe suprême, le juge constitutionnel (cf. M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op.cit., p. 64).

auquel aussi bien les sujets de droit et, versant actif de ces derniers, les auteurs du droit s'en remettent ; un pouvoir omniscient seul capable d'apprivoiser l'indomptable notion d'intérêt général. « Notre idéologie de l'intérêt général est quelque part fondée sur l'idée selon laquelle celui-ci existe quelque part dans la nature à l'état brut, comme une vérité que sait identifier l'État, par constitution en quelque sorte. (...) Il y a une autre vision, consistant à admettre qu'il n'existe pas de vérité politique ou administrative brute. Que la vérité, qu'elle soit politique ou administrative ou d'un autre ordre, s'atteint par le débat »⁴⁰⁴. Quelle que soit la vision choisie de l'intérêt général, tout semble conduire néanmoins à un débat de nature judiciaire. Nous l'avons déjà remarqué mais ce qui n'était qu'une supposition devient une réalité effective. « L'exaltation du rôle du juge » selon la formulation saisissante de Gilles Lebreton⁴⁰⁵ ne doit plus être regardée comme une déviance mais comme l'aboutissement logique d'une théorie générale des droits fondamentaux construite à partir de la notion d'intérêt général. Il n'est, d'ailleurs, plus question de cantonner cette description au seul Conseil constitutionnel⁴⁰⁶. « La figure du juge (...) prend une place prépondérante dans l'ordre institutionnel. C'est pour l'essentiel à lui qu'il appartient d'appliquer ces droits fondamentaux pour en fixer la portée et, le cas échéant, les concilier »⁴⁰⁷. Son rôle est déterminant dans la définition des droits fondamentaux. Au point d'en faire l'un des pivots d'un « pouvoir judiciaire à la française ». Tous les juges ont partie liée à la lente et remarquable édification d'un pouvoir judiciaire en France. L'unité fonctionnelle qui prend corps grâce à l'intérêt général gomme autant une singularité française séculaire⁴⁰⁸ qu'elle affaiblit la présentation exagérément dichotomique entre le juge national retranché sur la rive de l'ordre interne et le juge international (spécialement de l'Union et de la Convention européenne) situé sur l'autre rive, celle du droit international. La diversité institutionnelle,

⁴⁰⁴ J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », préc., p. 10.

⁴⁰⁵ Cf. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 37.

⁴⁰⁶ D'après Michel de Villiers, la place du Conseil a « bouleversé l'équilibre initial » de la V^{ème} République (cf. M. DE VILLIERS, « Conseil constitutionnel », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 44), assurément pour rééquilibrer droits fondamentaux et intérêt général. Selon Claude Leclercq, pour qui faute de vrai pouvoir judiciaire en France (le juge judiciaire n'étant, comme on le sait, qu'une autorité), il faut considérer que « dans la réalité, le véritable pouvoir judiciaire, au sens anglo-saxon du terme, est représenté en France par le Conseil constitutionnel qui, depuis la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, veille jalousement à ce que les lois respectent la Constitution, et spécialement les dispositions du Préambule de 1958 qui renvoie aux droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 et aux droits de la personne traditionnels tels qu'inscrits dans la Déclaration des droits de 1789 » (cf. C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, op. cit., p. 47).

⁴⁰⁷ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 131. Olivier Beaud propose, en partant des mêmes constats, une conclusion finalement assez analogue à la nôtre quoique plus profonde pour le fonctionnement du système de droit : « Les droits de l'homme sont désormais principalement garantis par le juge (...). La promotion de la garantie judiciaire des droits correspond à celle de l'État de droit, devenu ainsi un État principalement juridictionnel ». Cf. O. BEAUD, « Constitutionnalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 195.

⁴⁰⁸ En ce sens, les objections quant à l'existence d'un pouvoir judiciaire en France : « L'organisation de la justice en France est singulière. Elle ne se présente pas sous la forme d'un ensemble de juridictions constituant un ordre dont l'unité serait garantie par une Cour suprême. La justice en France, c'est la juxtaposition de plusieurs institutions – la plupart très anciennes – dont les domaines de compétences sont tels que cette diversité même interdit de parler d'un pouvoir judiciaire, qualification que la Constitution d'ailleurs ignore (...). Cf. M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 1087.

s'accompagnant d'une homogénéité fonctionnelle, ne peut retenir durablement l'élévation d'un pouvoir judiciaire ou, si l'on préfère, « un pouvoir juridictionnel »⁴⁰⁹.

772. Sans doute, de prime abord, par déférence à l'égard de la tradition française nous aurions pu emprunter cette terminologie : « Il y a en effet en France une très ancienne hostilité à l'idée d'un pouvoir judiciaire, placé sur le même rang que les pouvoirs législatif et exécutif. La guérilla entretenue par les Parlements d'Ancien Régime contre le pouvoir royal a laissé des traces profondes, et les constituants n'ont jamais été très loin dans la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire (...) »⁴¹⁰. Mais si l'on veut rendre compte d'une réalité nouvelle, voire même d'une inflexion dans la tradition, le « pouvoir juridictionnel » est, à nos yeux, trop faible. En effet, ce pouvoir judiciaire est beaucoup plus puissant. Il est placé au cœur du circuit juridique et parvient à capter ce qui, avant qu'il ne s'en saisisse, n'est qu'une émanation de la notion d'intérêt général. Tocqueville avait déjà pressenti, analyse Éric Desmons, le rôle crucial du pouvoir judiciaire en tant qu'« activité consubstantielle à un nouveau type de vie démocratique »⁴¹¹. Nous sommes résolument entrés dans cette ère. Le regard porté par le professeur de droit Sabino Cassese sur l'office du juge administratif l'atteste : « il a introduit le contrôle de la "nécessité", de l' "adaptation" et de la "proportionnalité" de l'activité administrative. Ainsi, en élargissant ses méthodes de contrôle de l'administration, le juge administratif est devenu *un redoutable contre-pouvoir* » (nous soulignons)⁴¹². Julien Boudon formule un constat analogue avec l'avènement et l'installation durable de la question prioritaire de constitutionnalité⁴¹³. Les fonctions du Conseil constitutionnel ont des répercussions sur les agissements des autres organes. Le pouvoir répond au pouvoir ; le Conseil constitutionnel participe de ce contre-pouvoir⁴¹⁴. Stéphane Mouton, se référant également à la question prioritaire de constitutionnalité, souligne qu'« au-delà de la diversité des juges répartis dans des ordres juridictionnels différents dans une logique horizontale, et la distribution nette des compétences entre les juges dits de "droit commun" et le juge constitutionnel de l'autre, le procès en constitutionnalité va créer un droit commun de nature constitutionnelle et

⁴⁰⁹ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 1088.

⁴¹⁰ M. DE VILLIERS et alii, op. cit., p. 1087-1088.

⁴¹¹ É. DESMONS, « Juger les lois. (Commentaires sur le chapitre VI du livre I de « *De la démocratie en Amérique* »), in *L'office du juge*, préc., p. 482-488, spéc. p. 483. Il n'est dès lors guère plus étonnant que les activités des organes normatifs aient subi, à leur tour, un mouvement de juridictionnalisation. C'est le cas des procédures administratives. Voir S. CASSESE, « Les transformations du droit administratif du XIX^{ème} au XXI^{ème} », préc., p. 8 : « De l'autre côté, l'administration procède comme un juge, en ce sens que son activité se voit strictement encadrée par des règles de procédure, l'accès aux actes administratifs étant garanti aux particuliers, tout autant que le droit d'intervenir et de se défendre, au cours de l'activité administrative, face à l'administration publique ».

⁴¹² S. CASSESE, « Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français », préc., p. 169.

⁴¹³ Voir J. BOUDON, « Lorsque le Conseil constitutionnel pré-légifère : les avertissements adressés au législateur dans les décisions QPC de censure », Communication au congrès de l'AFDC – Nancy, 16-18 juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/atelierN7.html>, p. 6-7.

⁴¹⁴ Voir J. BOUDON, préc., p. 6 : « de manière peu habituelle, le Premier ministre a mis en relief le bouleversement provoqué par la décision du Conseil par l'envoi le 26 janvier 2011 d'une "Lettre rectificative au projet de loi" (...) ».

d'origine juridictionnelle prompt à générer un vrai contre pouvoir juridique homogène (...) »⁴¹⁵. Désormais c'est la fonction de justice qui appelle les organes et non plus *des* organes rendant la justice. Ces mutations juridico-institutionnelles que connaît le système de droit français accréditent la captation judiciaire des restrictions d'intérêt général et oblige l'observateur à agiter encore – mais dans une perspective nouvelle – le spectre du Gouvernement des Juges.

§2. – L'intérêt général, masque d'un Gouvernement des Juges ?

773. Le Gouvernement des juges serait ce récif sur lequel s'échoue l'État de droit libéral emporté par une notion d'intérêt général dévoyée par le pouvoir judiciaire⁴¹⁶. Il y aurait un risque, à tous les échelons juridictionnels, que ce soit le juge qui détermine *in fine* le contenu de l'intérêt général. Mais est-ce bien utile d'agiter ce spectre alors même que le pouvoir judiciaire contribue à réaliser les droits fondamentaux ? Olivier Cayla, dans une tonalité faussement désabusée, estime que « soulever aujourd'hui le problème du gouvernement des juges, c'est souvent passer scientifiquement pour un lassant serveur de tartes à la crème et politiquement pour un jacobinisant désuet, cultivant naïvement la nostalgie d'une démocratie simpliste qui se définirait platement comme un régime où l'on demande l'avis du peuple »⁴¹⁷. À l'inverse, notre première intuition apparaîtra, à d'autres, sans doute exagérée. Pour autant, on s'accorde toujours pour agiter le spectre du gouvernement des juges lorsqu'il s'agit de dénoncer l'emprise grandissante du juge sur la fonction normative. Le contrôle du respect de la hiérarchie des normes, par les juridictions, impulse « une expansion de l'autorité judiciaire » « sans aboutir à un gouvernement des juges » diagnostique M. Terré⁴¹⁸. Cependant, ajoute-il, « l'édifice est, depuis quelques décennies, sujet à d'assez profondes secousses qui affectent son évolution, suscitent des controverses et laissent l'esprit perplexe »⁴¹⁹.

774. Lorsque le Conseil constitutionnel s'aventure dans le travail législatif, rien *juridiquement* n'interdit aux organes normatifs (peuple constituant ou Parlement réuni en Congrès) de réviser les termes de la Constitution (acte de référence) pour mettre fin à ce que l'on considère *politiquement* comme une incursion indue dans le pouvoir législatif. Christian Behrendt défend de cette manière le travail des juges constitutionnels. « Si des excès dans la jurisprudence constitutionnelle peuvent être

⁴¹⁵ S. MOUTON, « Le pouvoir des juges : matière à constitutions françaises ? Regard sur le rôle des juges dans les Constitutions depuis 1789 », in X. BIOY, F. HOURQUEBIE, (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, op. cit., p. 68.

⁴¹⁶ Il s'agit d'une capacité du juge à « gouverner » au moins admise tacitement dans le fonctionnement normal du système de droit. Il va de soi que « des influences ne peuvent pas ne pas exister dès lors que la justice est rendue par des hommes » (cf. M. DEGUERGUE, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, préc., p. 371).

⁴¹⁷ O. CAYLA, « Le coup d'État de droit ? », préc., p. 131. La question du gouvernement des juges se pose également en droit de l'Union. En ce sens, J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 398-399.

⁴¹⁸ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 198.

⁴¹⁹ F. TERRE, op. cit., p. 198. Voir également H. RUIZ FABRI, « La légitimité des juridictions internationales », in D. D'AMBRA, (dir.), *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, op. cit., p. 161-174, spéc. p. 162 : « La notion de gouvernement des juges est trop familière pour qu'on oublie que le débat qu'elle recouvre n'est jamais apaisé ».

pointés du doigt, un élément essentiel du débat ne doit pas être perdu de vue : c'est que le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot. Le constituant peut en effet à tout moment modifier les normes de référence du juge constitutionnel et ainsi neutraliser sa jurisprudence »⁴²⁰. On peut s'évertuer à suspecter le juge de faire trop cependant qu'il n'est pas prohibé de suspecter les organes normatifs de n'en faire pas assez ou de mal faire. En acceptant, un instant, de changer notre point de vue sur le gouvernement des juges, on percevra sans peine que ce sont les organes normatifs qui laissent le champ libre aux organes juridictionnels. Il suffit de rappeler l'obligation qui pèse sur tout le système de droit – résoudre les conflits de droits fondamentaux – pour saisir les enjeux réels de la production normative. Aussi, plutôt que de traiter cette question sous un angle pathologique et considérer l'emprise du juge sur l'intérêt général, nous disons que ces intrusions sont d'abord une réaction à l'inertie des organes normatifs (I.) et qu'elles traduisent la gestion des restrictions d'intérêt général (II.).

I. – Le gouvernement des juges en réaction à l'inertie des organes normatifs :

775. On peut recenser deux grandes figures, selon un degré de nécessité, de ce gouvernement des juges destinées à conforter l'emprise des organes juridictionnels sur la notion d'intérêt général. La réaction des organes juridictionnels est attendue surtout lorsque les actes de référence sont absents (A.), mais on la retrouve aussi à l'égard d'un droit défectueux (B.).

A. – Une réaction juridictionnelle attendue en l'absence de droit :

776. L'apparition de l'intérêt général en droit constitutionnel est directement liée à l'insuffisance des textes comme l'a démontré Guillaume Merland : « Face au silence des textes de référence et pour se prémunir contre l'arbitraire législatif, le Conseil constitutionnel prend alors l'initiative de découvrir une nouvelle condition de constitutionnalité de la loi : la condition d'intérêt général »⁴²¹. Le droit administratif, quant à lui, fourmille d'exemples justifiant l'intervention du juge dans des domaines où le législateur n'est pas intervenu ou que son intervention équivaut à une absence d'intervention. Le premier exemple consiste en une absence ponctuelle de loi. Ainsi en est-il de la réserve classique à l'encontre des théories du bilan ou de l'erreur manifeste d'appréciation. Gérard Timsit souligne qu'elles peuvent susciter la crainte d'un gouvernement des juges de la part de la juridiction administrative. Mais il relève dans son propos que le juge fait appel à des éléments extérieurs, souvent

⁴²⁰ C. BEHRENDT, « Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre », préc., spéc. § 26.

⁴²¹ G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », in Dossier : Le Conseil constitutionnel et les divers branches du droit, préc., spéc. § I.

extra-textuels (code culturel, valeurs sociales, etc.), lorsque le législateur n'a pas pu ou n'a pas voulu intervenir⁴²².

777. Le second exemple concerne l'absence de droit qui peut résulter, cette fois, d'une inaction permanente et le caractère inopportun de la décision juridictionnelle devra être évoqué avec beaucoup de circonspection. Le droit de grève est particulièrement évocateur. La législation (ou plutôt l'absence de législation) sur le droit de grève a conduit, comme on le sait, le Conseil d'État à faire œuvre normative en autorisant, sous son contrôle, le pouvoir réglementaire à « légiférer » en lieu et place d'un législateur inerte en la matière⁴²³. La stricte distribution des fonctions appelait une loi conformément à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, ce que le Conseil constitutionnel avait confirmé avec éclat⁴²⁴. En dépit de cette décision et face à l'inaction du législateur, le Conseil d'État devait maintenir la jurisprudence *Dehaene*⁴²⁵. C'est qu'en effet « il y a (...) une certaine hypocrisie à prohiber le règlement quand il y a une carence manifeste du pouvoir législatif dans un domaine essentiel à la marche des libertés publiques »⁴²⁶. Le juge remédie à l'absence de droit comme il peut corriger, par ses décisions, un droit défectueux.

B. – Une réaction juridictionnelle attendue face à un droit défectueux :

778. Le droit de l'Union nous fournit un épisode symptomatique du volontarisme du juge pour forcer, au besoin, le système de droit, et sans que l'opportunité en termes de protection pour les droits fondamentaux ne lui soit reprochée. Il a révélé, ainsi, que la tentation légitime était forte pour le juge de combler de son propre chef certaines des imperfections de l'ordre juridique. La passe d'armes a eu lieu entre les deux juridictions de l'Union à l'occasion de l'affaire *Jégo-Quéré contre Commission* de 2002.

779. Le Tribunal de l'Union est saisi par la société Jégo-Quéré de la légalité d'un règlement de l'Union visant à réduire la pêche au merlu et qui, selon elle, devait lui faire grief⁴²⁷. En vertu de la jurisprudence constante de la Cour de justice, le Tribunal aurait dû déclarer la requête irrecevable au

⁴²² G. TIMSIT, « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 706-707.

⁴²³ CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, concl. Gazier, Rec. p. 426, GAJA n° 65, p. 410-420.

⁴²⁴ « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Voir CC, 25 juillet 1979, déc. n° 79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail (Droit de grève à la radio et à la télévision)*, Rec. p. 33, GDCC n° 27, p. 366-382.

⁴²⁵ Voir CE Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, Rec. p. 90.

⁴²⁶ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 172.

⁴²⁷ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Compagnie SA c. Commission*, aff. T-177/01, Rec. 2002, p. II-2365. Les faits de l'espèce révélant que la société Jégo-Quéré était en réalité la seule à tomber sous le coup de l'interdiction prise par les organes de l'Union, elle pouvait légitimement se considérer « individuellement » concernée.

motif que la société ne remplissait pas les conditions du recours en annulation de l'ex-article 230 § 4 du Traité CE⁴²⁸. Le Tribunal avait d'ailleurs lui-même constaté que la société requérante ne pouvait « être considérée comme étant individuellement concernée au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE, sur la base des critères jusqu'à présent dégagés par la jurisprudence communautaire »⁴²⁹. Or, s'appuyant sur l'élan des conclusions, prononcées le 21 mars 2002 par l'avocat général Jacobs, visant à infléchir la position de la Cour⁴³⁰, le Tribunal déclare le recours recevable en jugeant : « afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers, une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations »⁴³¹. Saisie d'un pourvoi par la Commission, la Cour de justice annule l'arrêt de première instance en considérant qu'« une telle interprétation ne saurait aboutir à écarter la condition en cause, qui est expressément prévue par le traité. Au cas contraire, les juridictions communautaires *excéderaient les compétences* qui leur sont attribuées par ce dernier (...) » (nous soulignons)⁴³². De cet arrêt de 2004, qui ramène le Tribunal à plus d'orthodoxie, on a écrit très adéquatement que ce ne sont pas les juges mais les traités qui ont établi ce système *plus ou moins* (nuancerons-nous) complet de voies de droit⁴³³. Ce sont aux traités, et à eux seuls, dit la Cour, finalement, qu'il appartient de corriger la « mauvaise » définition des droits fondamentaux faute de pouvoir soumettre un acte de l'Union à son juge⁴³⁴. Précisément, le « constituant » européen a modifié sensiblement cette disposition, suite au Traité de Lisbonne, en prévoyant désormais que « toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution » (article 263 § 4 TFUE). La Cour de justice se sera épargnée une critique classique de gouvernement des juges⁴³⁵. Elle n'en aura

⁴²⁸ « Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement ».

⁴²⁹ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Compagnie SA c. Commission*, préc., point 38.

⁴³⁰ F.G. JACOBS, conclusions pour CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.* 2002, p. I-6677, point 103 : « Pour toutes ces raisons, nous concluons qu'un particulier devrait être considéré comme individuellement concerné par une mesure communautaire au sens de l'article 230, paragraphe 4, CE lorsque, en raison de la situation dans laquelle il se trouve, la mesure nuit, ou est susceptible de nuire, à ses intérêts de manière substantielle ».

⁴³¹ TPICE, *Jégo-Quéré et Compagnie SA c. Commission*, préc., points 45-54, spéc. point 51.

⁴³² CJCE, 1^{er} avril 2004, *Jégo-Quéré et Compagnie SA c. Commission*, aff. C-263/02 P, *Rec.* 2004, p. I-3443, point 36.

⁴³³ J. BENZIMRA-HAZAN, « Droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 347. Les États membres « qui demeurent, comme le dit le juge constitutionnel allemand, « *die Herren der Verträge* », « les maîtres des traités » (cf. D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in *L'office du juge*, préc., p. 459.

⁴³⁴ Cette attitude modérée est en outre une constante de la jurisprudence luxembourgeoise. En ce sens, D. SIMON, préc., p. 466.

⁴³⁵ « S'il est un reproche classiquement adressé à toutes les juridictions suprêmes, c'est bien celui de pratiquer le gouvernement des juges, c'est-à-dire de substituer leur appréciation à celle du pouvoir politique. Certains milieux politiques, notamment en France, n'ont pas manqué dans le passé de critiquer la Cour à cet égard ». Cf. J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 398.

que plus énergiquement appelé les organes normatifs – les États en tant qu’auteurs des Traités – à leur responsabilité vis-à-vis de la définition de l’intérêt général et des droits et libertés.

780. Le gouvernement des juges, relevant *juridiquement* de la marge de manœuvre laissée par les organes normatifs dans la production des actes de référence, servant de base au contrôle juridictionnel des restrictions d’intérêt général, n’est pas en soi un dysfonctionnement du système de droit. Si dysfonctionnement il y a, ce dernier est *politique* en ce sens que le diagnostic qu’il porte vise surtout à émettre un jugement de valeur sur une prétendue inadéquate distribution des fonctions juridiques. Bien plus, le gouvernement des juges est un mécanisme de correction ou d’auto-correction d’une trajectoire normative erronée ou susceptible de ne pas aboutir à ce qui est demandé au système de droit : définir les droits fondamentaux et donc conceptualiser juridiquement l’intérêt général. C’est pourquoi, un juge qui « gouvernerait » n’agit jamais – sauf à transformer le régime politique –, il réagit à une situation provisoire créée par les organes normatifs. Il leur apporte une assistance normative, un soutien.

781. Car, plus fondamentalement encore, il semble qu’aucun artifice rhétorique ne puisse masquer la gestion de l’intérêt général par le juge, pas même le syllogisme judiciaire, rappelle le professeur de Béchillon : « Les enchaînements de nature déductive ou inductive qui semblent relier et fonder les règles dans la rhétorique du juge servent exactement à cela : ils imposent l’idée que tous les paramètres du jugement sont dans une relation de dépendance nécessaire, que le tribunal se borne à constater »⁴³⁶. La gestion juridictionnelle de la notion rappelle que le travail juridictionnel n’est pas exactement et toujours celui du syllogisme judiciaire. De plus, le juge n’est pas non plus à l’écart des influences sociales : « neutralité et indépendance, que l’on tiendra pour acquises, n’excluent pas que des influences s’exercent sur les juges, car leur statut est le fruit de l’histoire et leur office se déroule dans un monde "vivant et situé" – celui de la société dans laquelle se nouent les conflits. De sorte que voir la neutralité et l’indépendance comme des armures protégeant les juges des influences serait idéaliste »⁴³⁷. « On peut même soutenir que ces influences sont nécessaires en ce qu’elles permettent une certaine adaptation du droit au fait, et assurent une adhérence des juges à la société à laquelle ils appartiennent »⁴³⁸. Ce temps mythique – si tant est qu’il ait existé – est révolu. La neutralisation de « la puissance de juger »⁴³⁹ qu’avait professée Montesquieu en ces termes se heurte à la conception contemporaine des droits fondamentaux et de l’intérêt général : « Les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la

⁴³⁶ D. DE BECHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », préc., spéc. C.

⁴³⁷ M. DEGUERGUE, « Des influences sur les jugements des juges », in *L’office du juge*, préc., p. 370.

⁴³⁸ M. DEGUERGUE, préc., p. 370.

⁴³⁹ Nous reprenons l’idée pertinente de neutralisation à M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p.1069.

force ni la rigueur »⁴⁴⁰. Ce visage rassurant du juge inerte cher à Montesquieu n'est plus, ni même l'épure d'un « juge automate »⁴⁴¹. Désormais, il faut renouer avec « la puissance de juger », « si terrible parmi les hommes »⁴⁴².

782. Allons plus loin. Danièle Lochak soutient que la figure moderne du juge telle qu'elle se dessine n'est pas seulement la traduction d'une défaillance fonctionnelle du système de droit, c'est-à-dire où elle ignorerait la séparation, ou distribution, des fonctions⁴⁴³. Elle constitue également une volonté parfaitement consciente de la part des organes normatifs. Ils peuvent trouver leur « intérêt » à se défausser sur le juge pour résoudre une question politique épineuse (ce fut le cas avec l'affaire dite du foulard islamique jusqu'en 2004)⁴⁴⁴. Le juge ferait revenir le droit là où la puissance publique n'ose plus aller. Il y aurait des « zones de non droit normatif » pour la sécurisation juridique desquelles les organes juridictionnels sont attendus avec la bénédiction plus ou moins donnée des organes normatifs. Le principe de laïcité illustre le retrait délibéré de domaines complexes. « Le juge peut-il se risquer à définir la religion alors même qu'il n'est pas dans la nature de la République de s'en préoccuper ? Se risquer dans un domaine qui relève de la foi n'est pas le propre du droit *pourtant bien obligé, en tant que mode de régulation des rapports sociaux, d'apporter une réponse* » (nous soulignons)⁴⁴⁵. Il ne faut donc pas s'étonner qu'en réalité existe une connivence et non une concurrence (que laisserait supposer le gouvernement des juges) entre le juge et le pouvoir normatif. Les organes normatifs sont les alliés objectifs des organes juridictionnels. Que ces derniers feignent de ne pas voir qu'ils ont érigé un pouvoir judiciaire ne modifie pas l'économie générale du fonctionnement du système de droit. Ils ont besoin d'eux. L'inverse est cruellement moins vrai. Débudgétiser ou porter atteinte aux prérogatives du juge est infiniment plus grave puisque ce sont les organes juridictionnels qui portent le droit adopté⁴⁴⁶. On peut toujours craindre le juge tout en notant qu'il supplée opportunément aux organes normatifs.

⁴⁴⁰ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, *op. cit.*, p. 337.

⁴⁴¹ Selon la thèse d'un juge pénal appliquant strictement la loi défendue par les réformateurs du XVIII^{ème} siècle. Cf. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 404.

⁴⁴² Nous détournons ici les mots fameux du baron de La Brède dans C. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 330.

⁴⁴³ D. LOCHAK, « Dissimuler la violence, canaliser la contestation », in *L'office du juge*, *préc.*, p. 253 et s. Ce « modèle » est « dépassé », voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 229.

⁴⁴⁴ Voir, pour cet exemple, D. LOCHAK, *préc.*, p. 253-255. On remarquera, en lisant l'auteur, que les juges peuvent être « instrumentalisés » autant par le pouvoir politique (p. 256-258) que par les sujets de droit (p. 255-256) lesquels cherchent à donner un écho judiciaire à une cause politique.

⁴⁴⁵ H. ZEGHBIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *préc.*, p. 1998. Mais il faut se garder de trop en demander au juge : « Le principe de laïcité n'est pas aussi facile à déterminer que le dit benoîtement le juge administratif (...) » (cf. G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 640).

⁴⁴⁶ D'où l'importance attachée au statut protecteur conféré aux juges : « il faut absolument qu'ils soient indépendants, car cette indépendance est une garantie essentielle pour la défense des libertés ». Cf. J.-P. COSTA, « Le juge et les libertés », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 75-87, *spéc.* p. 79.

II. – L'inévitable gestion par les juges des restrictions d'intérêt général :

783. Comment se manifeste la gestion de l'intérêt général ? À l'instar de la gestion des affaires courantes par le gouvernement démissionnaire ou de celle de la gestion pour autrui du droit civil, le juge ne peut être propriétaire de l'intérêt général. Il rend la justice, directement ou indirectement, au nom du peuple français ; il dispose donc de l'intérêt général au nom du système de droit. Il s'ensuit que l'autorisation d'édicter des restrictions d'intérêt général dont jouit le juge est implicite (A.) et précaire (B.).

A. – Une autorisation implicite d'édicter des restrictions d'intérêt général :

784. Le juge assume la gestion de la notion d'intérêt général pour laquelle il est habilité, en creux, à édicter des restrictions lorsque deux conditions sont réunies : d'une part, les normes attendues pour résoudre le conflit de droits manquent ; d'autre part, les normes consacrant un droit ou une liberté sont d'égale valeur. Dans cette situation juridique, le juge, sur lequel le système de droit s'est « déchargé », en ne prenant pas les mesures positives requises par cette situation de conflit, est contraint, temporairement, de suppléer les organes normatifs en accueillant au sein de notre système de droit une hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux. Le pouvoir, qui lui est ainsi reconnu d'édicter des restrictions, constitue la réponse aux limites de la hiérarchie formelle (1.) et justifie, juridiquement, l'existence d'une hiérarchie matérielle (2.).

1. – Édicter des restrictions : une réponse aux limites de la hiérarchie formelle

785. Évoquer une hiérarchie entre les droits fondamentaux n'est pas éloigné d'une posture iconoclaste dans le positivisme ambiant. On mettrait à mal un dogme essentiel à l'économie générale de notre système de droit. Et sans doute plus que cela : « Sur le plan philosophique, il peut paraître absurde de vouloir établir une hiérarchie, car chaque liberté ne fait que traduire, dans un domaine particulier d'activité, la liberté foncière de l'individu »⁴⁴⁷. Pour le Conseil constitutionnel, notamment, « il n'existe pas de hiérarchie entre [les] différentes sources de droits fondamentaux, quelle que soit leur ancienneté respective. Il n'existe pas davantage de hiérarchie entre les droits eux-mêmes, qu'il s'agisse de droits objectifs ou de droits subjectifs. Le Conseil constitutionnel actualise la portée des principes les plus anciennement énoncés, compte tenu des évolutions intervenues depuis »⁴⁴⁸. En principe, « il n'existe pas de droits "plus constitutionnels" que d'autres, encore moins de principes

⁴⁴⁷ G. LESCUYER, « Libertés publiques », préc., p. 987.

⁴⁴⁸ « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle, préc., p. 187.

"supra-constitutionnels" (...) »⁴⁴⁹. « Dans le cadre du contrôle qu'il exerce, le Conseil [constitutionnel] s'interdit de sacrifier une norme à une autre, car cela reviendrait à admettre que certaines de ces normes sont d'un rang plus élevé que d'autres »⁴⁵⁰. Soit. Alors on voit poindre les limites de la hiérarchie formelle. *Quid* du conflit de normes d'égale valeur, *en vérité* ? Selon M. Lebreton, c'est là l'une des contradictions majeures des tenants d'un positivisme juridique incapable de résoudre les conflits de droits fondamentaux. « Concevant en effet le Droit comme un ordre clos, ils s'interdisent par là même toute référence aux systèmes de valeurs qui lui sont extérieurs. Les conflits de libertés ne peuvent donc être résolus que par les seules ressources du Droit, c'est-à-dire par l'application de la hiérarchie des normes »⁴⁵¹. Or, si tout dépend du droit selon son ordonnancement, on peut très vite se trouver bloqué par cette hiérarchie formelle. « Lorsque presque toutes les libertés publiques ont valeur constitutionnelle, comme c'est le cas à l'heure actuelle, aucune solution n'est plus concevable »⁴⁵². La hiérarchie formelle est donc impuissante à résoudre un conflit de droits et libertés constitutionnellement définis. Elle est perçue comme n'étant d'aucun secours. « Il n'existe en effet aucun consensus juridique stable et indiscutable sur une supposée hiérarchie qui conférerait au juge constitutionnel une compétence liée »⁴⁵³. Elle n'est d'aucune utilité, tout en demeurant, pourtant, une contrainte pour le juge qui est obligé d'appliquer toutes les normes d'égale valeur en dépit de leur contrariété de contenu⁴⁵⁴. La hiérarchie formelle est alors, autant en raison de ses lacunes que de ses impératifs, le tremplin de la hiérarchisation matérielle des droits à laquelle le juge se livre car « cette hiérarchie matérielle intervient entre des normes qui ne tirent pas leur validité du rapport qui les relie, mais de leur appartenance à la catégorie formelle des normes constitutionnelles »⁴⁵⁵. Pour cela, il faudrait, comme le suggère Étienne Picard – *mutatis mutandis* – à propos des conflits de normes législatives, accepter de lever certains tabous relativement à l'existence d'une hiérarchie entre les droits fondamentaux : « Nous savons bien que l'existence de ces lois fournit un argument pour affirmer la valeur supérieure des libertés qu'elles consacrent lorsque se pose le problème de hiérarchie entre plusieurs libertés. Mais ce n'est là qu'un argument d'ordre formel tiré de la "théorie des droits définis", laquelle est directement inspirée par notre vision trop legaliste du droit. En réalité, le caractère "défini" d'un droit ne saurait s'apprécier par de telles considérations formelles ; cela obligerait à peser l'importance que la définition par le texte considéré est censée attacher à la liberté

⁴⁴⁹ D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 47.

⁴⁵⁰ « Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle, préc., p. 188-189. « Les règles et les principes constitutionnels sont tous d'égale valeur juridique » (p. 189).

⁴⁵¹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 50.

⁴⁵² G. LEBRETON, op. cit., p. 50.

⁴⁵³ D. TURPIN, op. cit., p. 47.

⁴⁵⁴ Voir, pour une illustration moderne de ce télescopage des droits fondamentaux, l'examen instructif de la relation « contradictoire » entre les droits relatifs à l'environnement et les droits dits de première génération effectué par G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 166-167.

⁴⁵⁵ R. RICCI, « La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la démocratie », in *L'office du juge*, préc., p. 525.

en cause, opération hautement aléatoire dans la plupart des cas et dont les résultats sont, à la vérité, déjà déterminés par la prévalence implicite que la conscience collective, ou celle du juge qui l'interprète, accorde à telles ou telles libertés. Il est certain que la Liberté est indivisible et que les libertés sont toutes solidaires ; mais il en est quelques-unes que l'idée de droit met ou a mises dans le passé au premier plan – par exemple la propriété – ou qui, en fait, conditionnent largement toutes les autres – la liberté d'aller et venir ou la sûreté individuelle notamment. C'est pourquoi lorsqu'il est nécessaire d'établir une hiérarchie malgré cette indivisibilité et cette solidarité, le pouvoir normatif et le juge l'établissent compte tenu de cette prévalence implicite, mais aussi de façon contingente, c'est-à-dire par rapport aux circonstances concrètes de l'espèce »⁴⁵⁶. Cette prévalence implicite, voire factuelle, doit être fondée⁴⁵⁷.

786. C'est pourquoi, il faut reconnaître au juge la capacité de dépasser la seule diction du droit, puisque, sans elle, nous ne pourrions expliquer ni l'existence inévitable d'une hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux ni, par quel subterfuge, le système de droit résout un conflit entre deux droits d'égale valeur⁴⁵⁸. Cette capacité traduit alors la solution apportée par la hiérarchie matérielle à la question des droits contraires d'égale valeur ou « antinomies » selon le mot de Dominique Turpin⁴⁵⁹. « Lorsque ces antinomies apparaissent entre normes constitutionnelles, les juges s'efforcent d'abord de les interpréter de telle manière qu'il devienne possible de les concilier puis, à défaut, sont bien obligés d'établir entre elles une hiérarchie, qui ne peut être que politique »⁴⁶⁰. Si la résolution des conflits – impliquant la prévalence d'un droit sur un autre – est politique comme le souligne le professeur Turpin, l'organe juridictionnel n'est pas seulement diseur de droit, il est aussi créateur de droit. Or, pour ce faire, le juge s'appuie sur la notion d'intérêt général. Ce dernier autorise la hiérarchisation matérielle des droits fondamentaux.

2. – Édicter des restrictions : une justification à l'existence d'une hiérarchie matérielle

787. Dès lors que le système de droit n'est pas toujours en mesure de confier à ses organes normatifs la responsabilité d'adopter des restrictions aux droits fondamentaux, les organes

⁴⁵⁶ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, *op. cit.*, p. 511-512.

⁴⁵⁷ « On pourrait s'étonner, remarque Georges Lescuyer, de cette différence de traitement et affirmer que, toutes les libertés étant solidaires, leur respect s'impose également. Mais parce que le pouvoir contre lequel elles furent initialement définies semble en menacer certaines plus que d'autres, la protection n'est pas vraiment égale et, s'il n'y a pas classement, il y a tout de même une classification dans les faits ». Cf. G. LESCUYER, « Libertés publiques », *préc.*, p. 986.

⁴⁵⁸ *Contra* : Si « un degré de protection n'est pas un mode de hiérarchisation des droits fondamentaux » (Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, *op. cit.*, p. 275), l'intensité de la restriction et, par suite, la variabilité de toute la définition des droits fondamentaux ne le seraient pas non plus.

⁴⁵⁹ Voir D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 45-48.

⁴⁶⁰ D. TURPIN, *op. cit.*, p. 45.

juridictionnels sont autorisés à agir en son nom en fondant ce pouvoir – temporaire – sur la notion d'intérêt général. Et ce, quelle que soit la « philosophie » dont pourraient se réclamer les organes juridictionnels. Patrice Meyer-Bisch a rappelé la systématisation sur laquelle se sont construits les droits fondamentaux et que permet, selon nous, la notion d'intérêt général : « une position systémique prend à la lettre l'indivisibilité : si toute catégorisation est à discuter, cela ne signifie pas que tous les droits humains sont de même nature et encore moins qu'ils impliquent une mise en œuvre uniforme. Au contraire, la complexité des dimensions de la dignité que les droits protègent demande à être respectée et analysée par la recherche des spécificités d'interprétation et de mise en œuvre (...) »⁴⁶¹. Éric Sales envisage ainsi la fundamentalité des libertés par leur substantialité pour échapper à la seule logique de la hiérarchie formelle : « L'affirmation de l'existence d'une fundamentalité substantielle conduit généralement à introduire une différence de valeur entre les libertés consacrées à un même niveau normatif. Ainsi, sur le plan constitutionnel l'émergence de l'expression "*droits fondamentaux de valeur constitutionnelle*" a entraîné un large débat sur la question de l'apparition d'une supra-constitutionnalité dans lequel le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité directement s'engager. Dans cette optique, au sein même de la Constitution existeraient des droits plus fondamentaux que d'autres en raison de la protection supérieure dont ils bénéficieraient » (italique dans le texte)⁴⁶². Il faut donc admettre que lors de toute conciliation entre les droits fondamentaux eux-mêmes, les juges constitutionnel et administratif (au titre du référé-liberté) opèrent un choix en termes de valeurs, et non en termes de hiérarchie formelle⁴⁶³.

788. Aussi, pour réaliser cette conciliation, l'intérêt général devient-il le réceptacle des nuances entre les droits, nuances qui prennent les traits d'une préférence donnée aux uns sur les autres. Si la liste n'est pas stable, du moins peut-on dégager « certaines tendances »⁴⁶⁴. Virginie Saint-James donnait cette première liste de droits « plus » fondamentaux que d'autres : « Il s'agit surtout de "libertés boucliers", c'est-à-dire de droits qui conditionnent la mise en œuvre d'autres droits. Par exemple, la liberté individuelle contient en elle-même le principe de toutes les libertés d'opinion et de conscience, essentielles aux libertés-autonomie. La liberté de la presse est le rempart contre l'arbitraire. De même le droit de s'associer est une composante essentielle de la liberté des groupements politiques et de toutes les libertés collectives »⁴⁶⁵. Gilles Lebreton affirme que « c'est dans sa décision des 10-11 octobre 1984, relative aux entreprises de presse, que le Conseil constitutionnel a pour la première fois opéré une distinction au sein des libertés publiques, certaines

⁴⁶¹ P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 523.

⁴⁶² É. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », préc., p. 229-230.

⁴⁶³ Dans le même sens, intégrant la possibilité d'une hiérarchisation dans la jurisprudence européenne, J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 98-99.

⁴⁶⁴ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 345.

⁴⁶⁵ V. SAINT-JAMES, op. cit., p. 311.

étant jugées par lui plus "fondamentales" que les autres »⁴⁶⁶. Après avoir explicité la démarche et les principes sur lesquels repose la jurisprudence du juge⁴⁶⁷, le professeur Lebreton constate qu'il est « possible d'avancer que sont indiscutablement des libertés publiques fondamentales : la liberté d'association, la liberté de la presse, la liberté d'aller et venir, la liberté de l'enseignement et le droit d'asile »⁴⁶⁸. Valérie Goesel-Le Bihan a construit également une liste indicative des droits fondamentaux, selon une échelle de valeur basée, cette fois, sur l'ampleur du contrôle lequel varie en fonction des droits fondamentaux en cause. Or, de cette variation dans ce contrôle, on peut en déduire une hiérarchie entre ces droits fondamentaux⁴⁶⁹. « À l'échelon supérieur, les droits et libertés pour lesquels le contrôle est toujours entier (liberté de communication, droit au recours...) avec, peut-être, un échelon encore supérieur où le contrôle est maximal (droit de suffrage) ; à un échelon intermédiaire, les droits et libertés pour lesquels le contrôle n'est entier qu'en cas d'atteinte grave (liberté individuelle *stricto sensu* et peut-être même *lato sensu*) ; enfin à l'échelon inférieur, les droits et libertés pour lesquels le contrôle est toujours restreint (liberté d'entreprendre, liberté contractuelle, principe d'égalité...) »⁴⁷⁰. Mais cette hiérarchie n'est pas fondée sur le statut des droits fondamentaux mais sur leur exercice dont l'intérêt général déterminera les modalités respectives : « Il semble donc que l'on soit contraint, dès que l'on envisage une utilisation des droits fondamentaux, à des choix entre eux. À défaut, la reconnaissance des uns bloque l'application des autres »⁴⁷¹. Ainsi que l'écrivait Jean-Yves Chérot, pour caractériser la situation juridique née d'une restriction d'un droit par la technique de l'autorisation préalable, « nous ne sommes pas en présence d'une hiérarchie entre normes d'un même niveau dans la hiérarchie formelle, mais d'une différence de niveau, dans la hiérarchie formelle, des normes de protection »⁴⁷².

789. La notion d'intérêt général permet de résoudre le paradoxe d'une hiérarchie des droits fondamentaux heurtant une stricte égalité entre tous les droits fondamentaux consacrés par la Constitution⁴⁷³. « L'ambiguïté normative de la notion d' "intérêt général" constitue une qualité décisive pour justifier son utilisation par le Conseil : elle permet à la fois de renforcer la protection de

⁴⁶⁶ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 47.

⁴⁶⁷ Voir G. LEBRETON, op. cit., p. 47-48. « Les libertés publiques fondamentales sont celles qu'il estime les plus importantes. C'est pourquoi il leur accorde une protection spéciale, dont ne bénéficient pas les autres libertés publiques (p. 48).

⁴⁶⁸ G. LEBRETON, op. cit., p. 48.

⁴⁶⁹ Voir V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, préc., p. 66-69.

⁴⁷⁰ V. GOESEL-LE BIHAN, préc., p. 69.

⁴⁷¹ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 2.

⁴⁷² J.-Y. CHEROT, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 71, rapporté par V. SAINT-JAMES, op. cit., p. 275.

⁴⁷³ Sur ces questions, V. SAINT-JAMES, op. cit., p. 246 : en raison de l'absence de hiérarchie des normes au sein du bloc de constitutionnalité et de l'inexistence d'une supra-constitutionnalité, « la conclusion doctrinale semble pencher nettement en faveur de cette égalité des textes et des générations futures ». D'autant qu'on ne peut s'y soustraire : « La question de la mise en œuvre des droits de l'homme appelle nécessairement celle de leur hiérarchie et de leur conciliation mutuelle » (cf. V. SAINT-JAMES, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 477).

principes législatifs et d'atténuer la protection de principes constitutionnels. Dans le premier cas, le Conseil pourra exiger des motifs d'intérêt général d'une telle importance, qu'ils devront correspondre à des normes constitutionnelles. Dans le second cas, un simple principe législatif pourra justifier une atteinte à un principe constitutionnel. Aussitôt, l'usage de cette notion a des conséquences majeures, notamment au regard de la sacro-sainte hiérarchie des normes : la condition d'intérêt général permet de restreindre un droit ou une liberté constitutionnelle non pas dans le cadre d'une conciliation avec un principe de même rang, mais avec une norme de valeur législative. Une telle entorse au principe de la hiérarchie des normes explique pourquoi les juges de la rue de Montpensier manient avec précaution cette arme aux potentialités énormes »⁴⁷⁴.

790. L'intérêt général permet aussi de résoudre la contradiction politique générée par la distinction générationnelle entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux. M. Imbert s'est interrogé : « Comment peut-on mettre sur le même plan l'interdiction de la torture et les remboursements par la Sécurité sociale ? »⁴⁷⁵. Si l'on veut résoudre ce hiatus, il suffit de demeurer dans la hiérarchie formelle des normes (volet positif des droits et libertés) tout en admettant, qu'au regard des restrictions posées par l'intérêt général, le curseur (volet négatif) est plus ou moins important selon le droit fondamental considéré. Comment justifier une hiérarchie des droits sans pouvoir la fonder sur une hiérarchie de leur support normatif ? Précisément en convoquant la notion d'intérêt général. *C'est elle qui subit l'altération axiologique*, en fonction des valeurs dominantes de la société française, à un moment donné, et qui reflète cette hiérarchisation des valeurs sur les droits fondamentaux⁴⁷⁶. Pourtant, ces derniers conservent le même statut d'égalité juridique entre eux.

791. Pour résumer, compte tenu de l'absence de hiérarchie formelle entre les droits fondamentaux – puisqu'ils relèvent tous de la norme constitutionnelle –, la hiérarchie matérielle observable ne procède pas de l'aspect positif du droit fondamental mais de son aspect négatif. C'est par le biais de la notion d'intérêt général qu'une hiérarchie s'installe sans autoriser, ce qui serait contraire à l'ordonnancement juridique, une hiérarchie formelle entre les droits fondamentaux. Les nuances que permet alors l'intérêt général dédramatisent l'emprise subjective du droit dans les définitions des droits

⁴⁷⁴ G. MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 37

⁴⁷⁵ P.-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », préc., p. 28.

⁴⁷⁶ Ce que ne contredit pas l'ancien président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud lorsqu'il écrit : « Il n'en reste pas moins que la référence à l'intérêt général peut servir à tempérer ce qu'aurait d'excessif la revendication de certains droits, même lorsque ceux-ci trouvent une assise dans le texte constitutionnel ». Cf. P. MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République (discours prononcé le 3 janvier 2006) », in *Échanges de vœux*, préc., p. 12.

fondamentaux⁴⁷⁷. L'intérêt général contribue au dépassement d'une double contradiction : l'absence de hiérarchie formelle entre les droits fondamentaux et l'impossibilité de mettre en œuvre simultanément des droits fondamentaux de valeur constitutionnelle en conflit. Mais, pour cela, il crée une hiérarchie matérielle, dans le respect et les interstices du droit positif, que sont contraints de réaliser les organes juridictionnels. La hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux est l'expression du pouvoir d'édiction des restrictions par le juge. Il n'est nul besoin de solliciter des arguties alambiquées, il suffit de constater que, sur tel ou tel droit fondamental, l'emprise de l'intérêt général est moindre. Les apparences sont sauves. « Hiérarchisation matérielle et non formelle, résultant de la politique jurisprudentielle du juge constitutionnel auquel le souverain aurait en quelque sorte délégué la mission d'adapter la Constitution au(x) goût(s) du jour (...) »⁴⁷⁸. Reprenant le doyen Vedel, Éric Sales note dans la même veine : « Pour lui, l'idée de la hiérarchie matérielle n'est pas dénuée d'intérêt si ce terme est plutôt compris "*dans un sens para-juridique comme indiquant « l'importance » que le juge constitutionnel attache à certains droits et libertés avec cette conséquence que, s'ils doivent être conciliés avec des principes, des droits et des libertés moins « importants » c'est à leur exercice que l'on demandera le moins de sacrifice sur l'autel de la conciliation*" » (italique dans le texte)⁴⁷⁹. Formellement, la conciliation opérée par le juge constitutionnel ou administratif n'altère en rien la hiérarchie formelle entre les droits et libertés. Ainsi, un droit ou une liberté constitutionnellement garanti conserve son rang normatif. De même, et à l'inverse, la hiérarchie matérielle n'est pas contredite dès lors que l'on a admis que le juge fait nécessairement un choix dans les modalités d'exercice des droits fondamentaux.

792. En d'autres termes, c'est l'ordre juridique lui-même, soit parce qu'il ne le voulait pas, soit parce qu'il ne le pouvait pas, qui laisse aux organes désignés par lui – en l'occurrence les organes juridictionnels – une marge qualifiée généralement, à tort selon nous, « d'extra-juridique » pour procéder à la conciliation entre les droits fondamentaux. À tort, car en réalité, le juge, grâce à cette marge de manœuvre laissée par le système de droit dans lequel il évolue, tranche la question de la valeur normative d'un droit fondamental en fixant l'étendue de son exercice. Le juge peut virtuellement tout faire sauf excéder le cadre constitutionnel. D'où cette inquiétude quant aux choix, quels qu'ils soient, entre les droits fondamentaux que met en lumière la hiérarchie matérielle. C'est le

⁴⁷⁷ « Cette subjectivité n'est pas choquante en soi » (p. 279) écrit Virginie Saint-James y compris, ce qu'elle admet en réserve, s'il existait une « hiérarchie fonctionnelle » (p. 278) entre les droits fondamentaux. Cf. V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 277-279.

⁴⁷⁸ D. TURPIN, « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 48.

⁴⁷⁹ É. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », préc., p. 230 (citation de G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 35 et s.). Cette remarque est, selon l'auteur, « transposable » au juge administratif dans le cadre du référé-liberté de l'article L. 521-2 du CJA (p. 230).

cas à l'égard des libertés « plus fondamentales » pour le Conseil constitutionnel⁴⁸⁰. « Il faut prendre conscience qu'elle risque aussi de fragiliser les libertés publiques jugées non fondamentales. Le législateur peut en effet être tenté d'interpréter la position du Conseil constitutionnel comme une permission de disposer à sa guise de ces libertés »⁴⁸¹. Selon Gilles Lebreton, « la classification du Conseil semble signifier qu'en cas de conflit de libertés, les libertés publiques ordinaires devront désormais toujours s'effacer devant les libertés publiques fondamentales »⁴⁸². Or cet auteur signale très justement le lien de solidarité entre elles : « détruire les unes, c'est saper les autres »⁴⁸³. C'est la raison pour laquelle le juge n'est jamais « propriétaire » de la notion d'intérêt général et qu'il n'en assume que la gestion. Son pouvoir d'édiction est précaire ; les organes normatifs – du Constituant aux administrations – peuvent *ré*-édicter toute norme nécessaire à la conciliation des droits et libertés.

B. – Une autorisation précaire d'édicter des restrictions d'intérêt général :

793. Approchant de la fin de l'examen de la captation judiciaire des restrictions d'intérêt général, on mesure combien elle ne saurait aboutir à une appropriation irrévocable de la notion d'intérêt général par le juge. Si ce dernier est parfois amené à donner lui-même de la densité à l'intérêt général, cette densité souffre de précarité. Les organes normatifs sont toujours juridiquement aptes à infléchir les orientations du pouvoir judiciaire en modifiant les actes de référence du contrôle juridictionnel. Le pouvoir judiciaire rend fébrilement la justice et il paraît plus que jamais excessif de le craindre. À mesure que l'on comprend que le contrôle juridictionnel de l'intérêt général est une gestion déléguée par le système de droit, on conforte le juge dans ses interventions au soutien de la définition et de la mise en œuvre des droits fondamentaux en même temps que l'on accrédite l'idée d'un pouvoir d'édiction des restrictions d'intérêt général résiduel. En effet, l'autorisation d'édicter des restrictions aux droits et libertés est précaire et il ne peut en être autrement. Le juge, comme l'occupant privatif du domaine public, ne peut occuper le domaine de la création du droit que de façon temporaire (1.) et révocable (2.).

⁴⁸⁰ Pour le professeur Champeil-Desplats, c'est la méthode retenue – la fundamentalité d'un droit – qui serait, en partie, à l'origine de cette mise en abîme : « l'apparition de l'adjectif "fondamental" illustre la potentielle régression à l'infini du processus de justification qu'impliquent les conflits d'interprétation ». Et l'auteur de prendre comme illustration la décision CC, 10 et 11 octobre 1984, déc. n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse (Entreprises de presse)*, Rec. p. 78, GDCC n° 36, p. 597-619, dans laquelle le Conseil constitutionnel considère la liberté de communication comme un droit « d'autant plus précieux ». Ce faisant, le Conseil crée effectivement une nouvelle hiérarchie – matérielle – entre les droits fondamentaux eux-mêmes. Cf. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », préc., p. 327.

⁴⁸¹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 49.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ G. LEBRETON, op. cit., p. 92.

1. – Un pouvoir d'interprétation « temporaire » du droit :

794. « La qualité de standard de l'intérêt général laisse donc nécessairement au juge une liberté indéniable, dans la détermination des conséquences juridiques qui s'attachent à cette notion diffuse. Mais cette liberté ne va pas sans une responsabilité incontestable »⁴⁸⁴. Il pèserait sur le juge une forme de contrainte qui enserme concrètement son pouvoir d'interprétation du droit. Selon Michel Troper, les seules contraintes, pesant sur l'interprète authentique, sont des contraintes de fait, à l'exclusion formelle de toute contrainte juridique⁴⁸⁵ au point même que « la liberté des interprètes » serait « totale »⁴⁸⁶. Vraiment ? L'interprète est « le maître du système juridique. Bien entendu, cette conclusion paraîtra fortement exagérée et ce sera à juste titre. Cela ne vient pas de la faiblesse de l'analyse, mais de ce qu'il n'y a pas dans la réalité un seul interprète, mais une pluralité, et qu'ils forment un système. Et ce système est constitutif de contraintes qui empêchent chacun d'exercer complètement et à chaque instant son pouvoir discrétionnaire. L'interprète est à la fois libre et soumis au déterminisme »⁴⁸⁷. Quelles que soient, au fond, les querelles nées du sens qu'il convient de donner au terme « interprétation », l'intérêt général ne peut, quant à lui, s'extraire complètement de l'axiologie dont il procède. Alors, il fixe, selon nous, un cadre maximal à l'interprétation de la norme que le principe de liberté de l'interprète avancé par la théorie réaliste de l'interprétation, ainsi que le souligne M. Picard, ne peut totalement expliquer : « la liberté ne pourra s'exercer, au mieux, que dans les interstices d'indétermination laissés ouverts à l'interprétation par le caractère incomplet de la signification de l'énoncé révélée par une situation donnée, que le texte ne résout pas bien, rationnellement et juridiquement, compte tenu par ailleurs du sens dans lequel elle s'inscrit, et plus généralement de la réalité au sein de laquelle elle opère »⁴⁸⁸. On peut toujours s'interroger sur l'office exact du juge dans sa relation à l'intérêt général. Se borne-t-il à interpréter le droit édicté par les organes normatifs ? Est-il créateur de droit en lieu et place des organes normatifs ? Ou bien, à mi-chemin, construit-il des règles de droit foncièrement supplétives de la volonté du système de droit, mal formulée par ses organes normatifs ? Les théories doctrinales, quant au pouvoir d'interprétation du juge, ne manquent pas⁴⁸⁹. Mais Gérard Timsit, indiquant les difficultés relatives à ce qu'est ce pouvoir, remarque qu'elles ne rendent compte qu'imparfaitement du travail du juge car : « Aussi convaincantes de la part des uns et des autres, à cette réserve près que rapportées les unes aux autres,

⁴⁸⁴ D. SIMON, « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 60.

⁴⁸⁵ M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, préc., p. 35-36.

⁴⁸⁶ M. TROPER, préc., p. 36.

⁴⁸⁷ M. TROPER, préc., p. 40.

⁴⁸⁸ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 104-105.

⁴⁸⁹ Pour un aperçu général des méthodes d'interprétation, C. GREWE, « Interprétation (Méthodes d') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 540-543.

elles faisaient apparaître que les mêmes arguments servaient à justifier des positions inverses »⁴⁹⁰. Il nous semble, dans ces conditions, délicat et présomptueux, de trancher ce débat quant au rôle et fonction du juge dans le cadre de la conciliation des droits fondamentaux et de l'intérêt général. Allons plus loin. Quelle que soit la signification que l'on donne à l'interprétation authentique, sa fonction au regard de la notion d'intérêt général suffit à comprendre le rôle joué par les organes juridictionnels. Nous voyons bien qu'il existe, incontestablement, un consensus irréductible sur deux points.

795. Le premier point justifiera, systématiquement, les variations dans le pouvoir reconnu aux juges d'interpréter le droit ; il donnera en partie raison aux tenants d'un pouvoir d'interprétation limité et à ceux défendant un pouvoir extrêmement large. Le juge devra, en effet, quoiqu'il en coûte aux principes séculairement établis, *trancher le litige*. Le professeur François Borella, reprenant le plus célèbre des jugements – le jugement du roi Salomon – estime que c'est là son office et sa raison d'être : il devra trancher, qu'il le fasse équitablement ou en respectant scrupuleusement la loi⁴⁹¹. Le droit français a consacré, selon nous, le sens profond de la justice de Salomon par la voix de son législateur en obligeant le juge à trancher. Cette obligation, maintes fois évoquée, tient dans deux articles du Code civil. D'une part, son article 4 selon lequel « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». D'autre part, conformément à l'article 5 du même Code en vertu duquel « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Assurément, et compte tenu de tout ce qui précède, la combinaison des articles 4 et 5 du Code civil a produit une obligation de trancher les litiges, en appliquant le droit dans la mesure du possible, qui dépasse le cadre de la seule justice ordinaire française ; elle vaut, logiquement, pour le Conseil constitutionnel et les Cours européennes. Ce ne peut être que dans cet ordre-là : dire absolument *le droit*, à défaut, « dire » *du droit*⁴⁹². C'est pourquoi, cette autorisation d'édicter ne peut être refusée d'autant plus qu'elle est temporaire, second point d'accord intangible.

796. Que le juge interprète littéralement le texte de droit, qu'il prenne une certaine liberté avec le texte, voire qu'il crée du « texte », *il n'a jamais le dernier mot*. L'intérêt général est et restera le fruit de la volonté politique. La volonté judiciaire est seconde⁴⁹³. Les organes juridictionnels

⁴⁹⁰ G. TMSIT, « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 700.

⁴⁹¹ Voir F. BORELLA, « La justice de Salomon. Réflexions sur le juste », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, op. cit., p. 51-61.

⁴⁹² La circonstance que le Code civil fasse mention, d'abord, de l'interdiction du déni de justice (article 4), avant d'évoquer la prohibition des arrêts de règlement (article 5), est révélatrice de la volonté des rédacteurs de privilégier l'énonciation du droit (but) au détriment de ses modes de production (moyen).

⁴⁹³ « Ce n'est que dans la zone de pénombre ou quand le texte n'est pas clair ou présente des lacunes ou encore lors des cas d'antinomie (...) » (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 361), que la volonté judiciaire est amenée à éclairer l'état du droit positif.

accompagnent, ainsi que l'a redit Franck Moderne, la volonté politique exprimée par les organes normatifs. « La justice administrative, dans notre pays – et la justice tout court... – est intimement liée à l'évolution sociale. Elle reflète à sa manière les grands problèmes de la société et s'efforce d'y répondre en tant que gardienne des principales valeurs qui fondent l'État de droit et ses relations avec la communauté. Il lui appartient de corriger les dysfonctionnements qui accompagnent et rythment les changements sociaux »⁴⁹⁴. Contre la tendance à une appropriation, jugée illégitime car excessive (ou politiquement inadéquate) de la règle de droit par les gouvernants, les gouvernés auraient trouvé des parades, dont la médiation du juge, notamment du juge constitutionnel. Ainsi que l'écrit Éric Desmons, « le juge constitutionnel, restaurant un espace entre gouvernants et gouvernés, médiatisant le contrôle des gouvernés sur les gouvernants, serait seul en mesure de corriger cette tendance, se faisant ainsi l'écho des aspirations de la société civile face au monde traditionnel de la représentation politique »⁴⁹⁵. « Il tendrait à figurer un nouvel ordre représentatif concurrentiel, brisant le monopole parlementaire : se plaçant entre le peuple – ou les communautés qui le composent – et ses représentants élus, il mettrait à jour un nouveau monde démocratique... Outre le fait que les progrès démocratiques devraient dès lors se mesurer à l'aptitude des institutions à démultiplier les organes de médiatisation de la contestation politique (et pourquoi s'arrêter en chemin ?), ceci suppose la foi en un dogme : celui d'une certaine infaillibilité des juges en leur commerce, incarnant une forme de raison éthique et communicationnelle, qui donnerait sa qualité démocratique aux décisions politiques »⁴⁹⁶. Or, cette « foi » en l'« infaillibilité des juges » a peu d'adeptes. Il faudrait supposer des dons que les juges n'ont pas constate Bruno Latour. « Comment faire entendre la voix des humains en interaction proférant le droit en bégayant, alors que le droit parle d'une voix impersonnelle et sûre ? »⁴⁹⁷. Précisément, cette entreprise est boiteuse. Formulant un parallèle entre ce qui serait attendu du juge et leur travail réel, Bruno Latour montre le paradoxe entre le but d'excellence, et quasiment de perfection, que tente d'atteindre le juge administratif et l'imperfection de ceux, c'est-à-dire les juges dans leur plus simple humanité, qui se sont fixé ce but. Des gens imparfaits sont chargés d'atteindre un but frappé du sceau de la perfection. Une telle configuration entraîne nécessairement l'impossibilité d'atteindre, dans ces conditions, le but fixé⁴⁹⁸. En cas de désaccord, la justice telle qu'elle nous apparaît, en phase avec la société, ne pourrait durablement lui résister. Les décisions de justice sont toujours révocables par le détenteur du pouvoir politique.

⁴⁹⁴ F. MODERNE, « Rapport de synthèse. Vers la banalisation des procédures d'urgence », in Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif, *RFDA* 2007, p. 91-99, spéc. p. 99.

⁴⁹⁵ É. DESMONS, « Juger les lois. (Commentaires sur le chapitre VI du livre I de « *De la démocratie en Amérique* »), in *L'office du juge*, préc., p. 487.

⁴⁹⁶ É. DESMONS, préc., p. 487-488. La présente interrogation est également posée par les travaux de Michel Troper : « aujourd'hui certains voient dans le juge constitutionnel le représentant du peuple éternel » (cf. M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité, préc., spéc. I).

⁴⁹⁷ B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 8.

⁴⁹⁸ Voir B. LATOUR, op. cit., p. 8.

2. – Des décisions juridictionnelles « révocables » :

797. Dès l'origine du droit français moderne, on a pensé les moyens de rappeler les juges à l'ordre juridique. Ainsi de la procédure du référé législatif imaginée par les Révolutionnaires qui ne serait peut-être plus aussi déraisonnable aujourd'hui, bien qu'elle ne soit guère propice à recevoir un accueil favorable dans l'atmosphère générale de suspicion à l'encontre des organes chargées d'édicter la loi⁴⁹⁹. Plus près de nous, cette étonnante proposition, suggérée par l'ancien Chancelier de la République d'Autriche, Wolfgang Schlüssel, pour contrebalancer les excès supposés d'une Cour de justice de l'Union européenne tentée par le gouvernement des juges. Faisant état de la proposition formulée par le chef de l'exécutif autrichien en 2005, « d'instituer une instance supérieure pour "légitimer" le comportement de la Cour de justice », Denys Simon se demande « quel pourrait bien être le statut d'un gardien des gardiens ou d'un juge des juges... »⁵⁰⁰. Cette proposition n'est pas si éloignée du « regain de l'idée d'une responsabilité des juges »⁵⁰¹ et que traduit la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 en ouvrant aux justiciables l'accès au Conseil supérieur de la magistrature⁵⁰². Est-ce là une fuite en avant ou la tentative de se réapproprier par le droit, toujours lui, le destin des normes ? Quelle que soit la faisabilité d'une justice jugeant les juges, nous ne ferions que déplacer le nœud gordien. « On peut craindre, conclut M. Desmons, de ne faire que reporter sur le

⁴⁹⁹ Sur le référé législatif, notamment, P. SERRAND, « Loi », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 665 : « L'institution dès 1790 (...) du référé législatif, qui impose au juge, en cas de difficulté sérieuse d'interprétation, d'en appeler au législateur ».

⁵⁰⁰ D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in *L'office du juge*, préc., p. 447.

⁵⁰¹ É. DESMONS, « Juger les lois. (Commentaires sur le chapitre VI du livre I de « *De la démocratie en Amérique* »), in *L'office du juge*, préc., p. 488.

⁵⁰² Cette nouvelle voie de droit est établie par l'article 65 alinéa 10 de la Constitution, selon lequel « le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique », et organisée par la loi organique la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 *relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*. « Les citoyens peuvent désormais : (...) - se plaindre du comportement d'un magistrat lors d'un procès en saisissant le Conseil supérieur de la magistrature » (présentation du Ministère de la justice reprise textuellement de son site Internet <http://www.textes.justice.gouv.fr/zoom-11470/pour-une-justice-plus-proche-du-citoyen-20056.html>). Procédure reconnue partiellement conforme à la Constitution par CC, 19 juillet 2010, déc. n° 2010-611 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, Rec. p. 148, cons. n° 16-22. Cette décision apparaît, précisément (signe des temps ?), à l'égard de la protection statutaire des magistrats judiciaires plus en retrait comparée à CC, 1^{er} mars 2007, déc. n° 2007-551 DC, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, Rec. p. 86, cons. n° 9-12, spéc. cons. n° 10-11 : « Considérant que l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative ; Considérant que, si le législateur organique a précisé que le Médiateur ne pouvait porter une appréciation sur les actes juridictionnels, le nouvel article 48-2 lui donne néanmoins le droit de "solliciter tous éléments d'information utiles" auprès des premiers présidents de cours d'appel et des procureurs généraux près lesdites cours, ou des présidents des tribunaux supérieurs d'appel et des procureurs de la République près lesdits tribunaux ; qu'il prévoit que, lorsqu'il estime que les faits en cause sont de nature à recevoir une qualification disciplinaire, le Médiateur transmet la réclamation "au garde des sceaux, ministre de la justice, aux fins de saisine du Conseil supérieur de la magistrature" ; que le garde des sceaux doit, dans tous les cas, demander une enquête aux services compétents ; que, s'il n'est pas tenu d'engager des poursuites disciplinaires, il doit, lorsqu'il ne le fait pas, en informer le Médiateur par une décision motivée ; que le Médiateur peut alors "établir un rapport spécial qui est publié au Journal officiel" ; qu'en reconnaissant au Médiateur l'ensemble de ces prérogatives, le législateur organique a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire ».

corps judiciaire – fonctionnant comme un nouveau clergé – les qualités placées jadis dans le législateur [l’infaillibilité...] »⁵⁰³. Il faut trancher ce nœud gordien.

798. La première recommandation à suivre est exposée par Jean-Bernard Auby : « Notre idéologie de l’intérêt général est quelque part fondée sur l’idée selon laquelle celui-ci existe quelque part dans la nature à l’état brut, comme une vérité que sait identifier l’État, par constitution en quelque sorte. Comme rappelé plus haut, il y a une autre vision, consistant à admettre qu’il n’existe pas de vérité politique ou administrative brute. Que la vérité, qu’elle soit politique ou administrative ou d’un autre ordre, s’atteint par le débat »⁵⁰⁴. Or, ajoute-t-il, s’il convient d’accentuer la procéduralisation de la prise de décision publique identifiant l’intérêt général, elle doit se faire, inlassablement, au profit des membres signataires du pacte social libéral « car c’est aux citoyens et non au juge de dire où se situe l’intérêt général »⁵⁰⁵. Les organes normatifs peuvent recouvrer la pleine propriété de la notion d’intérêt général, par une modification de l’acte de référence, au besoin en déjugeant les organes juridictionnels. Dire que politiquement, c’est difficilement envisageable, ne revient absolument pas à dire que, juridiquement, cela est impossible. Dans le domaine complexe de la Convention européenne puisque sont réunis quarante-sept États parties, la jurisprudence exigeante de la Cour européenne des droits de l’Homme, en matière de procès équitable devant les juridictions administratives en Europe avait suscité un mouvement d’hostilité qui devait conduire la Suisse, État partie, à suggérer une modification de l’article 6 § 1 de la Convention pour exclure de cette stipulation les litiges administratifs⁵⁰⁶. L’objectif affiché était d’infléchir le sens des décisions rendues par la Cour ; politiquement improbable, la démarche n’en eût pas moins été juridiquement possible si les auteurs du Traité avaient souhaité s’engager dans cette voie. L’affaire dite Perruche, concernant la reconnaissance d’un préjudice du seul fait d’être né porteur d’un handicap, a montré que les organes normatifs peuvent contrecarrer la jurisprudence des cours et tribunaux, en l’espèce judiciaires, en

⁵⁰³ É. DESMONS, « Juger les lois. (Commentaires sur le chapitre VI du livre I de « *De la démocratie en Amérique* »), in *L’office du juge*, préc., p. 488.

⁵⁰⁴ J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », préc., p. 10.

⁵⁰⁵ J.-B. AUBY, préc., p. 10.

⁵⁰⁶ Sur cette proposition helvétique, L. SERMET, *Convention européenne des droits de l’homme et contentieux administratif français*, op. cit., p. 345.

remettant en cause pour l'avenir une décision de justice⁵⁰⁷. Le contenu des décisions juridictionnelles est par conséquent, juridiquement et pleinement, révocable⁵⁰⁸.

799. Lorsque l'organe normatif considère que la décision judiciaire, validant l'intérêt général n'est pas conforme aux vœux de la volonté politique du corps social, il lui suffit de modifier en amont les actes de référence du contrôle juridictionnel. On le comprend parfaitement au dernier échelon de notre ordre juridique. « Le Conseil constitutionnel a en matière de contrôle de constitutionnalité de la loi une véritable faculté d'empêcher : quand le Conseil constitutionnel dit non, c'est un non définitif qui signifie que si le gouvernement (et la majorité parlementaire qui a voté la loi) tient aux dispositions censurées par le Conseil, il faut solliciter le pouvoir constituant »⁵⁰⁹. Cette sollicitation d'un organe normatif (le pouvoir constituant) pour lever « l'obstruction » d'un organe juridictionnel (le Conseil constitutionnel) est particulièrement bien illustrée par l'introduction progressive du principe de parité entre les sexes en matière électorale⁵¹⁰. En 1982, le législateur avait entendu imposer un seuil maximal de candidats du même sexe sur les listes soumises aux électeurs à l'occasion des élections municipales⁵¹¹. Cette initiative en faveur d'une féminisation accrue du personnel politique est censurée par le Conseil constitutionnel aux motifs qu'elle méconnaît l'égalité entre les citoyens qui prohibe toute distinction fondée notamment sur le sexe⁵¹². Le Conseil constitutionnel réitère cette lecture de conciliation entre droits fondamentaux et intérêt général au niveau constitutionnel en refusant la parité pour les scrutins régionaux et à l'Assemblée de Corse en 1999⁵¹³. Il impose,

⁵⁰⁷ Dans un attendu remarqué et médiatisé, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation devait juger « que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues » (Cf. Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701, *Bull.* 2000 A. P. n° 9, p. 15). Devant le « tollé » soulevé par la possibilité, finalement donnée (nous schématisons), d'obtenir réparation du fait de sa naissance, le législateur est intervenu en édictant le point I de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4118 : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » (aujourd'hui codifié à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles). L'épilogue de cette affaire résulte de la décision CC, 11 juin 2010, déc. n° 2010-2 QPC, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, *Rec.* p. 105, qui vient confirmer la constitutionnalité de la loi « anti-perruche » (considérants 3 à 9).

⁵⁰⁸ C'est-à-dire le sens ou la portée jurisprudentielle des décisions de justice, car, d'une part, *stricto sensu*, une décision de justice devenue définitive ne peut être révoquée. D'autre part, on sait qu'il existe plusieurs facteurs de stabilisation des décisions de justice comme le contrôle des validations législatives ou le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

⁵⁰⁹ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, *op. cit.*, p. 1094. Cela ne signifie pas, pour autant, que la chose soit facile politiquement. En ce sens, J.-P. COSTA, « Le juge et les libertés », *préc.*, p. 81 : « même s'il y a eu déjà un précédent célèbre, il n'est pas si facile de recourir à la révision constitutionnelle pour surmonter une jurisprudence du Conseil ».

⁵¹⁰ Globalement, sur l'affaire des « quotas par sexe », L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 546-561.

⁵¹¹ Voir CC, 18 novembre 1982, déc. n° 82-146 DC, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales (Quotas par sexe I)*, *Rec.* p. 66, *GDCC* n° 33bis, p. 546-561.

⁵¹² Voir CC, 18 novembre 1982, (*Quotas par sexe I*), *préc.*, cons. n° 6-7.

⁵¹³ Voir CC, 14 janvier 1999, déc. n° 98-407 DC, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux (Quotas par sexe II)*, *Rec.* p. 21, *GDCC* n° 33bis, p. 546-561.

conformément à l'autorité dont jouissent ses décisions en vertu de la Constitution⁵¹⁴, son interprétation du droit qui demeure cependant toujours révocable. On a pu parler de la « théorie de l'aiguilleur » ou celle dite du « lit de justice » en référence à la venue en personne du Roi pour casser une décision d'un Parlement⁵¹⁵. « Selon cette théorie du lit de justice, la décision d'une Cour constitutionnelle qui s'est opposée au législateur en refusant d'admettre la validité d'une loi peut être surmontée par une reprise du contenu de la loi par le souverain lui-même »⁵¹⁶. Donc, « si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts »⁵¹⁷. Précisément, la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, en insérant un cinquième alinéa à l'article 3 de la Constitution de 1958, devait modifier les actes de référence servant de base au contrôle juridictionnel du Conseil pour interpréter la Constitution comme prohibant la parité⁵¹⁸. Or, ainsi qu'en a jugé le Conseil, « il ressort des dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, éclairées par les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle susvisée du 8 juillet 1999, que le constituant a entendu permettre au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; qu'à cette fin, il est désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant (...) »⁵¹⁹. La conciliation des droits fondamentaux et de l'intérêt général, arrêtée jusque-là par le Conseil constitutionnel, est corrigée, amendée et modifiée par les organes normatifs exprimés ici par la voix de l'organe normatif suprême, le Constituant. C'est la preuve que force reste à l'auteur de la règle de droit pour déterminer le contenu de l'intérêt général. C'est aussi la preuve du caractère éminemment politique de la notion d'intérêt général dont la juridicisation relève *in fine* et de façon systémique du détenteur du pouvoir politique.

⁵¹⁴ Art. 62 C al. 3 : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

⁵¹⁵ Dont la paternité revient au Doyen Vedel (1992). Sur cette précision, M. TROPER, « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », préc., spéc. I. Quant à la pertinence de l'analogie, voir M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité, préc., spéc. II.

⁵¹⁶ M. TROPER, « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », préc., spéc. I.

⁵¹⁷ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA* 1992, p. 173, cité par M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité, préc., spéc. II.

⁵¹⁸ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 *relative à l'égalité entre les femmes et les hommes*, *JORF* n° 157 du 9 juillet 1999, p. 10175 (art. 1^{er}) : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ».

⁵¹⁹ CC, 30 mai 2000, déc. n° 2000-429 DC, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives (Quotas par sexe III)*, *Rec.* p. 84, *GDCC* n° 33bis, p. 546-561, cons. n° 7.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

800. La conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général est une conciliation normative et contentieuse. Fondée constitutionnellement, cette conciliation est globalement conditionnée par la hiérarchie des normes. Cependant, cet examen ne peut suffire à rendre compte des méthodes de conciliation des droits fondamentaux et de l'intérêt général dans notre droit positif. Le rôle du juge est alors déterminant. Les enseignements de notre seconde partie interpellent le juriste quant à l'avenir du matériau – le droit – pour concilier droits fondamentaux et intérêt général. Ils révèlent, par le prisme de la relation existentielle entre droits fondamentaux et intérêt général, que la dégradation du droit a commencé.

801. La conciliation entre droits fondamentaux et intérêt général confronte en effet le droit, comme matériau social, à une alternative délétère : « Le droit cherche à s'individualiser et à se différencier toujours plus. Soit il se traduit par des normes très vagues, des standards ou des principes directeurs, censés régir de nombreuses situations, soit il débouche sur des normes très détaillées et fixes. Il oscille ainsi entre "hypermomie et anomie" (...) »¹. Dans le premier cas, le système de droit confie un pouvoir considérable au juge. Dans le second, que nous évoquons maintenant, en conclusion des principes de la conciliation, le droit requiert des organes normatifs un travail titanesque qui n'est pas sans conséquence. Il conduit en effet à un phénomène nouveau de prolifération normative majoritairement dénoncé, autant par les praticiens du droit que par la doctrine. Concernant, par exemple, la responsabilité de l'administration dans la gestion du conflit entre continuité des services publics et droit de grève, en se défaussant sur le juge administratif, Mme Deguergue souligne que « ce compromis sert sans doute l'équilibre des intérêts en présence mais dessert la clarté des règles applicables, indispensables à la fonction de sécurité que doit remplir le droit »².

802. Cette inflation législative est pourtant une réponse légitime au refus de laisser le juge maître de la notion d'intérêt général. Et ce, quel que soit le point de vue auquel on se rallie. On peut y voir une faiblesse des organes normatifs, comme l'indique Sophie Meyer, lorsque survient un conflit : « Cet "effet d'affichage" comme la doctrine aime à le qualifier se double d'une tendance actuelle à considérer la loi comme le résultat d'un compromis entre les intérêts de groupes de pression concernés. Le "lobbying législatif" serait né et la rédaction d'un texte législatif privilégierait

¹ F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit., p. 49.

² M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », préc., p. 220.

d'avantage la défense de tel ou tel intérêt au détriment de sa cohérence interne »³. On peut aussi estimer que chaque norme répond à une demande du corps social : « Mais, à la décharge d'une classe politique prompte à légiférer et animée d'une volonté légitime de mettre en œuvre les réformes, la demande sociale est toujours croissante et si communication politique il y a, elle est largement alimentée, et c'est bien naturel, par une opinion publique friande de législation »⁴. Les causes de cette inflation législative importent peu, comme le résume, avec ironie, le conseiller d'État, Josseline de Clausade : « Les Français et leurs gouvernants partagent une sorte de *fascination pour la loi*. Toutes les composantes de la société demandent des lois dès qu'elles affrontent un problème et la tentation est grande, pour les gouvernements, quelle que soit d'ailleurs leur couleur politique, de répondre immédiatement à cette demande par une annonce médiatique effectuée, en général, dans le chaud de l'actualité et, si possible, au journal de 20 heures » (italique dans le texte)⁵. Mais, au-delà, ce qui se dessine est infiniment plus problématique pour le Droit et la relation intérêt général et droits fondamentaux.

803. D'abord, l'explosion du nombre de règles de droit dégrade l'édiction du droit dans son ensemble⁶. Jacques Chevallier note, relativement à la crise du droit moderne, que « cette volonté de serrer au plus près la réalité voue le droit à des ajustements constants : la stabilité de la règle juridique était liée à sa généralité ; dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle tend aussi à être frappée plus rapidement d'obsolescence »⁷. Sophie Meyer évoque les « mots de Jean Carbonnier notant que la surabondance des règles ignorées dévalorise l'ordre juridique tout entier, entraînant alors un mépris

³ S. MEYER, « Surréglementation : quelles solutions ? », in La frénésie normative, *Les Cahiers de la fonction publique*, mars 2006, p. 4-7, spéc. p. 6.

⁴ S. MEYER, préc., p. 6.

⁵ J. DE CLAUSADE, « Méthodes de travail gouvernemental et intérêt général », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 23-29, spéc. p. 25. Voir aussi, J.-M. PONTIER, « Pourquoi tant de normes ? », *AJDA* 2007, p. 769 : évoquant « cette vieille habitude française qui consiste à attendre de la puissance publique qu'elle puisse régler un certain nombre de difficultés, comme s'il était possible de conjurer ces dernières par des normes ».

⁶ Les principes de sécurité juridique, de confiance légitime, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, ou bien encore de prévisibilité des normes, en général, ne peuvent que retarder cette dégradation : s'ils pouvaient, ne serait-ce que l'endiguer, c'est le processus de redéfinition des droits fondamentaux qui serait gravement remis en cause. Ils n'ont donc pour vocation que de baliser la conciliation des droits fondamentaux, c'est-à-dire fournir des repères (en particulier aux justiciables). « La formule sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un. Imagine-t-on un droit qui organiserait l'insécurité, ou même qui la rendrait possible ? » Cf. Jean BOULOUIS cité par D. CHAGNOLLAUD, « Sécurité juridique (Droit à la) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 672-681, spéc. p. 672. De même que pour le principe de confiance reconnu par le droit de l'Union, il ne fige pas le droit : « la confiance que les destinataires de règles ou de décisions [...] sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, au moins pour un certain temps, des situations établies sur la base de ces règles ou de ces décisions » (nous soulignons). Cf. Michel FROMONT cité par D. CHAGNOLLAUD, op. cit., p. 675.

⁷ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », préc., p. 669. Dans le même sens au plan européen, J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 94 : « En pratiquant une interprétation plus ou moins souple selon le cas, la Cour européenne introduit une dose d'imprévisibilité dans l'appréciation de la prévisibilité de la "loi"... ».

des lois qu'il qualifie de maladie du corps social »⁸. La loi en particulier est sévèrement touchée par ce phénomène d'inflation. « Cette gesticulation médiatique autour de la loi conduit inéluctablement à une accélération du rythme normatif et à une précarisation de la règle de droit »⁹. « Il lui est bien souvent reproché de perdre de sa substance dans des méandres de détails et de précisions qui la compliquent tout en la rendant inaccessible. La loi fait, défait et refait à nouveau, elle tergiverse et hésite jusqu'à en perdre la crédibilité attachée à son statut de norme démocratique de référence »¹⁰. Selon Guy Carcassonne, nous serions entrés dans cette ère de « panjurisme » aussitôt que l'on a accepté les clichés de l'État de droit : « Leur succès est un hommage implicite à l'efficacité prêtée à la discipline juridique, mais il dissimule, en réalité, le recours excessif à la norme, par une société désespérée, pour suppléer ce que d'autres références ne lui apportent plus »¹¹. Le droit de la bioéthique traduit avec beaucoup de relief l'inadaptation intrinsèque du droit à toutes les activités humaines sauf à accepter de le dénaturer. Il se dilue ou se « dénormatise »¹². Et Guy Carcassonne de prédire, avec une métaphore éloquente, que « les mêmes causes provoquant les mêmes effets, on assistera tôt ou tard à un *krach* juridique, comme on a vu des *krachs* boursiers »¹³. Cette juridicisation outrancière ne serait donc pas un progrès pour les droits fondamentaux¹⁴. Il semble, toutefois, improbable d'échapper à cette « marée normative »¹⁵.

804. La France est, semble-t-il, engagée dans une voie de juridicisation tout azimut qui affaiblit la règle de droit elle-même. Mais ce qu'on découvre est tout à fait surprenant. Alors qu'autrefois, du temps de la philosophie libérale de Humboldt, l'individualisme se construisait contre l'État, il s'exacerberait de nos jours grâce ou à cause de lui. Ce passage est peut-être révélateur d'un retour, aujourd'hui, à une conception encore plus individualisée qu'on le prétend des droits fondamentaux. En venant poser d'innombrables règles, en venant préciser chaque détail, bref en mettant du droit partout, on prive la société des moyens de régler les bornes aux libertés, d'ajuster au plus près les modalités d'exercice des droits fondamentaux sans recourir à la norme. En effet, pour individualiser

⁸ S. MEYER, « Surréglementation : quelles solutions ? », in *La frénésie normative*, préc., p. 4. D'où sans doute ce diagnostic médical quelque peu désobligeant pour législateur : « la diarrhée législative s'est accrue » (cf. F. TERRE, « Le droit et le bonheur », *D.* 2010, p. 26 (version électronique), spéc. § I-A).

⁹ J. DE CLAUSADE, « Méthodes de travail gouvernemental et intérêt général », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 25.

¹⁰ S. MEYER, préc., p. 4.

¹¹ G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 37.

¹² Voir B. MATHIEU, « Bioéthique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 103-107.

¹³ G. CARCASSONNE, op. cit., p. 44.

¹⁴ « Le premier réflexe est de voir dans le phénomène considéré une nouvelle confirmation de la fameuse loi dégagée par Max Weber, d'après laquelle le progrès du droit, selon une ligne dominante de l'histoire occidentale, s'accomplit dans le sens d'une rationalisation, donc d'une spécialisation et d'une bureaucratisation croissantes ». Cf. B. OPPETIT, *Droit et modernité*, op. cit., p. 35.

¹⁵ J.-M. PONTIER, « Pourquoi tant de normes ? », préc., p. 769 : « Le constat, plusieurs fois renouvelé, d'un (trop) grand nombre de normes ne semble pas avoir entraîné de mesures efficaces pour endiguer ce que le Conseil d'État avait qualifié de "marée normative" ».

l'exercice des droits fondamentaux, on resitue – par délocalisation – au plus près du justiciable l'équilibre entre intérêt général et droits fondamentaux, ici par les organes juridictionnels, là par les organes normatifs. Or, Humboldt écrivait non sans une préscience de notre modernité : « Un État est une machine tellement complexe et compliquée que les lois qui doivent toujours et nécessairement être simples, générales et peu nombreuses, n'y peuvent jamais suffire. La plus grande part à faire reste confiée aux efforts volontaires et unanimes des citoyens »¹⁶. Dans la lignée de cette réflexion, en citant l'œuvre de Jean Carbonnier, Jean-François Niort rappelle ainsi plusieurs propositions de ce dernier dont celle-ci absolument décisive : « "*Le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes*", assertion qui s'oppose au "panjurisme", portant à supposer du droit partout, sous chaque relation sociale ou interindividuelle » (italique dans le texte)¹⁷. Guy Carcassonne avait conclu à juste titre : « Tout assujettir au droit, c'est bientôt ne plus rien réellement lui soumettre »¹⁸.

¹⁶ W. VON HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, op. cit., p. 90.

¹⁷ J.-F. NIORT, « Carbonnier Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 77-81, spéc. p. 79.

¹⁸ G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 44.

CONCLUSION GENERALE

805. *Intérêt général et droits fondamentaux*, l'un et l'autre sont indissociablement liés au cœur de notre projet politique et juridique libéral¹. Nous l'avons observé et établi en démontrant que la notion d'intérêt général était d'abord capable d'expliquer le processus de création des droits fondamentaux et, ensuite, que les droits fondamentaux et l'intérêt général pouvaient être conciliés². Cette étroite relation entre les deux pôles constitutifs de la Liberté en Droit justifie, en partie, l'ampleur de notre recherche qui exigeait des va-et-vient entre une appréciation du droit positif et une analyse des théories explicatives du droit³. De cette méthode d'investigations, nous avons dégagé deux apports qui nous apparaissent maintenant cruciaux. L'apport immédiat de la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux est de révéler le rôle d'aiguilleur matériel du droit que l'intérêt général peut assumer (Section 1^{ère}). Mais il faut sans doute aller plus loin encore et montrer, qu'à travers la notion d'intérêt général, c'est le Droit lui-même qui aiguille formellement nos actions pour définir la Liberté (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : L'intérêt général, un aiguilleur matériel du Droit :

806. Avec le Doyen Vedel, nous pouvons affirmer que, aujourd'hui encore, l'intérêt général est « une notion irremplaçable, qui force la foi de ceux-là mêmes qui en paraissent le plus éloignés. Le libéral frénétique, l'anarchiste le plus radical, dont les recettes paraissent évacuer la référence à l'intérêt général, lui font finalement hommage en retrouvant l'intérêt général comme le produit soit de la mécanique des intérêts individuels soit d'une parousie de l'homme libéré de l'oppression du pouvoir »⁴. L'examen de l'intérêt général, en liaison avec la liberté, montre, à tous, qu'il est indispensable aux droits fondamentaux. Il en est la pièce maîtresse, le pivot, mais ceux-ci ne se réduisent jamais totalement dans celui-là. La négation totale des droits fondamentaux supposerait indubitablement la négation totale de l'intérêt général. Dans le cadre d'un projet véritablement libéral, lorsque la liberté juridique cesse principiellement, il n'est guère possible de concevoir l'intérêt général. Quel intérêt commun à l'ensemble des individus pourrait-on concevoir si leur liberté était

¹ C'est en ce sens que nous reprenons la remarque d'Henri Roussillon lorsqu'il écrit que « la coupure entre la théorie du droit et le droit positif est un non sens ». Cf. H. ROUSSILLON, « Préface », in X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. XII.

² Il s'agissait donc bien d'envisager *l'intérêt général et les droits fondamentaux* et non l'inverse, *les droits fondamentaux et l'intérêt général*, ce dernier intitulé aurait supposé l'existence autonome des droits fondamentaux.

³ Une analyse théorique à la fois rétrospective (retour aux doctrines du droit *lato sensu*), introspective (en confrontant le droit français à ces doctrines du droit) et prospective (par une mise en commun autour de l'intérêt général et des droits fondamentaux).

⁴ G. VEDEL, « Préface », in F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 3.

niée au point de les faire revenir à l'état de nature, cet état de conflits ? L'intérêt général constitue par conséquent une concession (ou délégation) de la part des membres signataires du pacte et non un transfert de pouvoir. Il s'agit de faire confiance à l'intérêt général mais cette confiance est relative. Toute concession supposant un concédant et un concessionnaire, rien n'interdit de penser une rupture de cette délégation au détriment du système de droit, le délégataire pouvant être privé par les délégants (les sujets de droit) de cette mission initiale de service public⁵. Comme la délégation de service public, le délégant conserve intact le droit de renégocier le contrat avec le délégataire voire de lui soustraire la délégation. Il importe alors, dans ce contexte exposé à l'instant, de tracer de nouvelles perspectives à partir de la « théorie de l'aiguilleur », employée pour caractériser la portée d'une invalidation d'une loi par le Conseil constitutionnel.

807. La « théorie de l'aiguilleur » dont la paternité sémantique revient au Doyen Favoreu signifie que « lorsque le juge constitutionnel déclare qu'une loi est inconstitutionnelle, il ne se prononcerait pas sur le fond, mais seulement sur la procédure. Il se bornerait en effet à indiquer qu'une certaine mesure ne pouvait être adoptée en forme législative, mais seulement en forme constitutionnelle »⁶. Or, nous pensons que, dans le cadre d'une théorie générale des droits fondamentaux, l'intérêt général est un « aiguilleur » du Droit. De quelle façon ? À l'instar des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité, l'intérêt général détermine – par son contenu *restreindre pour protéger* – ce qui met en œuvre le projet politique arrêté dans le pacte (la réalisation de la liberté en droit) de ce qui s'en éloigne (la négation de la liberté par le droit). Il est, par sa signification, un révélateur de ce que le Droit peut ou ne peut pas faire, mais aussi de ce qu'il doit ou ne doit pas faire. Il indique à la liberté le champ du juridiquement possible à condition d'accepter que ce n'est pas le Droit – et à travers lui l'intérêt général – qui doit être critiqué. C'est dans cette mesure que l'intérêt général nous apparaît irremplaçable pour les droits fondamentaux. Il contribue ainsi à la constitution juridique de la Liberté (§1.) en tant qu'il est une idée à inscrire dans l'histoire des idées politiques (§2.).

§1. – Une contribution à la constitution juridique de la Liberté :

808. Cette contribution à la constitution juridique de la Liberté découle de *la relation qui s'est nouée entre l'intérêt général et les droits fondamentaux*. Son apport, à ce titre, est double. D'une part, cette relation est porteuse, à travers la théorie générale des droits fondamentaux suggérée, de la

⁵ Les Constituants de 1791 avaient retenu cette idée de délégation comme en témoignent les articles 3, 4 et 5 du Titre III « Des Pouvoirs publics » de la Constitution des 3-14 septembre 1791 mais, contrairement à ce qui est soutenu ici, pour dissocier le détenteur de la souveraineté (Nation) de ceux chargés de l'exercer (représentants) : « Le Pouvoir est législatif est délégué à une Assemblée nationale (...) » (art. 3), « Le Gouvernement est monarchique : le Pouvoir exécutif est délégué au roi (...) » (art. 4) et « Le Pouvoir judiciaire est délégué à des juges (...) » (art. 5).

⁶ En ce sens, M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28 – juillet 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, spéc. II.

création d'un régime politique alternatif qu'est, à bien des égards, la démocratie matérielle (I). D'autre part, elle tend à suggérer, pour réaliser la liberté, la constitution d'une théorie du droit fondamentalement matérielle (II.).

I. – La constitution d'un régime politique alternatif : la démocratie matérielle

809. *La relation essentielle entre l'intérêt général et les droits fondamentaux qui a vu la réception du premier par les seconds (premier apport) débouche sur la nécessité de reconsidérer le régime politique propre à réaliser juridiquement la liberté.* L'intérêt général conduit irrésistiblement les droits fondamentaux vers « leur » régime qu'est la démocratie matérielle⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme a, selon nous, nettement mis en évidence cette innovation politique.

810. Cette Cour internationale, qu'on ne saurait suspecter de magnanimité à l'égard des États, a en effet accepté le principe extrêmement fort d'une « démocratie apte à se défendre »⁸. Mais, reprenant en cela le concept allemand de la *wehrhafte Demokratie* (littéralement « démocratie en état de se défendre »)⁹, le juge de Strasbourg a développé une conception matérielle autonome de la démocratie par intégration successive des valeurs défendues au nom de la « société démocratique »¹⁰. Précisément, le concept de *wehrhafte Demokratie* a assimilé, de l'histoire constitutionnelle allemande, la nécessité de dépasser la démocratie formelle pour atteindre une démocratie matérielle¹¹. On trouvera une synthèse claire des travers de tout régime démocratique dans l'étude du professeur Augustin Simard si, à l'image de l'ancienne République de Weimar, on n'en retenait qu'une

⁷ Et ce, depuis Montesquieu qui n'a jamais prôné une démocratie sans limite. La vertu, principe qui anime le régime démocratique, est ce point d'équilibre à trouver pour qu'existe la liberté. « La place naturelle de la vertu est auprès de la liberté ; mais elle ne se trouve pas plus auprès de la liberté extrême qu'auprès de la servitude ». Cf. C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, *op. cit.*, p. 261.

⁸ CEDH, Gr. Ch., 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, req. n° 17851/91, R. 1996-IV, § 59.

⁹ Voir CEDH, Gr. Ch., *Vogt c. Allemagne*, précité, § 51 : « Elle revêt une importance particulière en Allemagne en raison de l'expérience que celle-ci a connue sous la République de Weimar et qui, lorsque la République fédérale a été constituée après le cauchemar du nazisme, a conduit à la volonté d'instaurer une "démocratie apte à se défendre" ("*wehrhafte Demokratie*") ».

¹⁰ Sur cette filiation entre les valeurs de la Convention et la nécessité subséquente de les protéger des menaces qu'un tel régime est susceptible de produire contre lui-même, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 221-222. Par ailleurs, la génération d'une conception matérielle de la démocratie est une donnée cruciale de l'Union européenne depuis le Traité d'Amsterdam (2 octobre 1997) qui l'a fait entrer en droit de l'Union selon F. KAUFF-GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 158.

¹¹ Notamment, sur le passage d'un État de droit formel à un État de droit matériel, en Allemagne, l'apport essentiel de M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 49 : « pour que le droit ne soit pas bafoué par les gouvernants, il ne suffit pas qu'ils appliquent les règles relatives à l'organisation des pouvoirs, il faut encore que leurs décisions ne soient pas en contradiction avec les règles essentielles d'un État libéral et démocratique. Parmi ces règles, les plus importantes sont sans conteste les droits fondamentaux (...) ».

conception formelle¹². « Elle se résumait, observe le professeur Simard, à une procédure formelle de création de l'ordre juridique et ne pouvait rien opposer à sa liquidation en forme légale, dans la mesure où cette liquidation réalisait l'un de ses possibles propres – aussi malheureux soit-il »¹³. À partir des réflexions du juriste allemand Karl Loewenstein dont « le mot d'ordre est lancé en 1937 »¹⁴, « *Democracy must become militant* »¹⁵, Augustin Simard note que « c'est bien l'absence de *densité* de la constitution qui explique son impuissance à lutter contre le fascisme (...). En raison d'une doctrine ultra-légaliste, Weimar a été incapable d'interdire aux groupes fascistes l'accès aux institutions démocratiques et la jouissance des garanties qu'elles comportent. La "démocratie militante", à l'inverse, se devra d'être explicitement *discriminante* » (italique dans le texte)¹⁶. Pourtant, afin de se protéger, Weimar avait tenté d'opérer un tri entre normes constitutionnelles principales et normes qui le seraient moins, entre « l'essentiel et l'accessoire »¹⁷. Mais comment les identifier ? En évitant la caricature simpliste de Weimar, M. Simard constate que la République de 1919 avait tenté de mettre à l'abri certaines dispositions constitutionnelles en érigeant une procédure plus lourde de révision de la constitution de 1919¹⁸. Mais faute de trouver ce « critère objectif » pouvant reconnaître lesdites dispositions à protéger, il fallait admettre la « victoire » des positivistes¹⁹. Après la guerre, le constituant allemand, sous l'impulsion d'un délégué du *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD) Carlo Schmid, dès 1948, jette les bases d'une République fédérale devant être « l'antithèse de Weimar »²⁰. Dans la Loi fondamentale de 1949, cette « capacité à se défendre » (*Wehrhaftigkeit*) ne désigne plus une simple potentialité ; [elle] implique une action continue, un régime *qui prend les devants et qui prévient sans cesse les attaques* » (italique dans le texte)²¹. La République fédérale a érigé « un critère légal » dont, en dernier ressort, le maniement appartient à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe²².

811. Plusieurs dispositions de la Constitution allemande visent, *grosso modo*, à neutraliser quiconque utiliserait les droits fondamentaux pour « combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique »²³. « Axiologiquement liée, la constitution a désormais priorité sur les procédures

¹² Voir, A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », in *Le droit politique*, préc., p. 1-20. On s'est appuyé également sur la présentation faite par C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 110-111.

¹³ A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », in *Le droit politique*, préc., p. 10.

¹⁴ Cf., sur l'auteur, A. SIMARD, préc., p. 2 (et en dépit de quelques paradoxes dans la pensée de son auteur, p. 14).

¹⁵ A. SIMARD, préc., p. 8.

¹⁶ A. SIMARD, préc., p. 8.

¹⁷ A. SIMARD, préc., p. 13.

¹⁸ Voir A. SIMARD, préc., p. 10-12. Dans le même sens, M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op.cit., p. 49 : « c'est la constitution de Weimar qui constitue la source d'inspiration principale de la Loi fondamentale ».

¹⁹ Cf. A. SIMARD, préc., p. 13.

²⁰ Sur ce point d'histoire constitutionnelle, A. SIMARD, préc., p. 8-9.

²¹ A. SIMARD, préc., p. 9.

²² Voir A. SIMARD, préc., p. 10.

²³ A. SIMARD, préc., p. 9.

démocratiques, et c'est ce qui lui permettra – du moins voudrait-on le croire – de tenir bon contre un mouvement populaire similaire au national-socialisme »²⁴. Mais la jurisprudence fédérale a créé un système protecteur qui dépasse la seule réaction historique et dont nous voyons là la parenté évidente avec l'arrêt *Vogt contre Allemagne* : « Le système de protection de la constitution ne vise alors plus à combattre un ennemi concret (...) ; sa fonction est de garantir, au moyen d'une vigilance ininterrompue, la *cohérence* de l'ordre démocratique, c'est-à-dire la compatibilité des "valeurs" des participants au jeu politique avec les fondements axiologiques de la communauté. L'ennemi, c'est l'extrémiste, celui qui s'éloigne des "valeurs" à la base du consensus démocratique, peu importe la forme par laquelle s'exprime cette distance » (italique dans le texte)²⁵. Pourrait-on, de cet enseignement, déceler une forme comparable de démocratie matérielle en France ? Deux dispositions constitutionnelles²⁶, l'article 89 et l'article 16, peuvent être envisagées, selon une analyse de probabilité, pour découvrir un commencement de démocratie matérielle en France.

812. L'article 89, relatif à la révision constitutionnelle, a, un temps, suscité la controverse sur les limites internes, d'ordre matériel (ce qui nous intéresse au premier chef), au pouvoir de révision²⁷. Déclenchant cette controverse, le Conseil constitutionnel, dans la décision du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, indique, d'abord, que les normes constitutionnelles, ayant trait à l'exercice du pouvoir de révision, peuvent être regroupées en deux catégories de prescription que le pouvoir de révision serait tenu de respecter²⁸. D'un côté, on trouve un ensemble de prescriptions positives dont le respect conduit à la naissance d'une loi constitutionnelle ou de révision. Il s'agit des alinéas 1^{er}, 2 et 3 de l'article 89 de la Constitution de 1958 qui, respectivement, posent : le principe de l'initiative concurrente pour tout projet ou proposition de révision constitutionnelle du

²⁴ A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », in *Le droit politique*, préc., p. 10.

²⁵ A. SIMARD, préc., p. 19. D'où les dérives que ce type de dispositions est de nature à engendrer, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p. 65.

²⁶ Nous aurions pu évoquer aussi l'article 16 de la Déclaration de 1789 (« toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »). En particulier dans sa dimension « garantie des droits », cette disposition de notre bloc de constitutionnalité suppose des *droits à garantir* pour identifier un texte comme étant constitutionnel. La définition de la Constitution, dès 1789, ne pouvait donc se résumer à une approche exclusivement formelle ; elle recèle une composante matérielle qui peut annoncer une démocratie elle-même matérielle.

²⁷ Il nous faut le citer intégralement pour la clarté du propos qui suit en y insérant les cinq alinéas. « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement [al. 1^{er}]. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum [al. 2]. Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale [al. 3]. Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire [al. 4]. La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision [al. 5] ».

²⁸ Voir CC, 2 septembre 1992, déc. n° 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, Rec. p. 55, GDCC n° 45, p. 778-821, cons. n° 19 : « Considérant que sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ».

Président de la République sur proposition du Premier ministre, d'une part, et des deux assemblées, d'autre part ; le vote en termes identiques par les deux Chambres puis la soumission pour approbation au référendum ; ou bien l'approbation par la voie du Congrès. Le respect de ces trois règles procédurales concrétise, sous réserve des prescriptions qui suivent, la loi constitutionnelle. Il suffit de rappeler, dès maintenant, que le respect des « voies normatives »²⁹, avant même qu'il n'induisse celui des règles de fond, est la condition *sine qua none* d'identification d'une loi de révision. Comment reconnaître, sauf à admettre l'*anarchie* des normes au sommet de la *hiérarchie* des normes, que tel texte normatif est bel et bien une loi constitutionnelle révisant la Constitution si, faute d'avoir suivi la procédure qui l'identifie comme telle, ledit texte ne respecte pas la procédure de révision constitutionnelle ? L'indication du Conseil constitutionnel, alors même qu'il ne fait pas lui-même observer, il est vrai, le respect de ces règles par le pouvoir de révision³⁰, est parfaitement utile³¹. Mais ce n'est pas tout.

813. À ces prescriptions positives, s'ajoutent parallèlement des prescriptions négatives, dans laquelle l'article 89 alinéa 5 apparaît infiniment plus équivoque que toutes les autres. Ces limitations au pouvoir de révision sont énoncées dans le texte constitutionnel français pour la plupart³². Les interdictions temporelles (et temporaires), d'une part, impliquent qu'aucune révision ne peut être engagée pendant l'exercice intérimaire de la fonction présidentielle, durant le recours aux pouvoirs présidentiels de crise, ni lorsqu'une atteinte à l'intégrité du territoire est en cours³³. Elles ne présentent pas de difficultés majeures. En revanche, et d'autre part, l'article 89 alinéa 5 dispose que « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Il est bien question d'une prescription négative : aucune procédure de révision ne peut avoir pour objet de réviser la forme républicaine du gouvernement. Cependant, contrairement à l'ensemble des prescriptions envisagées, cette dernière disposition constitutionnelle requiert un examen spécifique puisque la lecture littérale de l'énoncé constitutionnel ne peut suffire et qu'il intéresse directement notre présente réflexion. Elle

²⁹ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 818.

³⁰ En vertu de la décision CC, 26 mars 2003, déc. n° 2003-469 DC, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec. p. 293, GDCC n° 53, p. 941-950, cons. n° 2 : « le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ».

³¹ Pour abonder, en partie, dans le sens de L. FAVOREU, L. PHILIP, op. cit., p. 820 : « On ne voit pas en effet quel serait l'intérêt de ces mises en garde si la méconnaissance des interdictions rappelées n'était susceptible d'être sanctionnée ».

³² En effet, l'interdiction de réviser la Constitution pendant l'exercice par le Président de la République des pouvoirs dits exceptionnels en vertu de l'article 16 résulte d'une interprétation extensive qu'a opérée le Conseil constitutionnel dans la décision du 2 septembre 1992 (précitée).

³³ Voir respectivement : « Il ne peut être fait application ni des articles 49 et 50 ni de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur » (art. 7) ; CC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, précitée, cons. n° 19 ; « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire » (art. 89 al. 4).

constitue, en vérité, la seule disposition de fond capable de déterminer le champ d'application d'une révision de la Constitution³⁴.

814. Que signifie « la forme républicaine du gouvernement » ? Il semble, *a priori*, qu'aucun consensus ne soit possible sur le contenu de cet énoncé. Néanmoins, Jean-Éric Schoettl dresse un tableau des différents contenus énoncés au terme d'interprétations allant de l'interprétation contextuelle à une interprétation téléologique en passant par des interprétations médianes³⁵. L'interprétation contextuelle est assurément la moins pertinente pour espérer fonder une démocratie matérielle. Elle entend simplement rappeler que l'alinéa 5 de l'article 89 n'est que la reprise d'une disposition constitutionnelle classique depuis la III^{ème} République dont l'objectif unique était d'interdire le retour de la Monarchie ou de l'Empire en France³⁶. Diverses interprétations médianes sont également exposées. Parmi elles, on peut citer celle qui confère à l'article 89 le contenu de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958³⁷. La « forme républicaine du gouvernement » serait cette « sorte de noyau dur incompressible » que représentent les termes de la loi du 3 juin 1958. Ce sont les cinq points, en tant qu'impératifs imposés par la IV^{ème} République aux constituants de la Cinquième, dont trois d'entre eux préfigurent, sans doute, l'exigence d'une démocratie matérielle qui devait, sur fond de Guerre d'Algérie et de très forte instabilité politique, survivre à la démocratie formelle de 1946 : « 1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ; 2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés (...); 4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer *le respect des libertés essentielles* telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère » (nous soulignons)³⁸. Dès lors, on ne pourrait être surpris que « la forme républicaine du gouvernement », pour nombre d'observateurs, signifiât beaucoup plus que la seule volonté d'empêcher le rétablissement de la royauté en France. On s'est ainsi engouffré dans cette brèche pour rechercher un contenu large à l'article 89 alinéa 5.

815. L'interprétation la plus « généreuse », de type téléologique ou fonctionnel, entend, indubitablement, donner un effet utile maximal aux dispositions visées et, en particulier, à celle qui nous intéresse ici. Les motivations de la requête sénatoriale, qui aboutit à la décision du 26 mars 2003,

³⁴ L'article 16 n'y figure pas, selon le Conseil constitutionnel, puisque ce dernier décide que cette disposition renvoie « aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut être engagée ou poursuivie ». Cf. CC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, précitée, cons. n° 19.

³⁵ J.-É. SCHOETTL, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *LPA* n° 70 du 8 avril 2003, p. 17-22, spéc. p. 17.

³⁶ Issue de la loi constitutionnelle du 14 août 1884 et reprise dans la Constitution du 27 octobre 1946. C'est la position défendue par le Gouvernement (cf. ses observations, *JORF* 29 mars 2003 p. 5575).

³⁷ En ce sens, B. MATHIEU, « La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? », *LPA* n° 29 du 8 mars 1995, p. 12-17, spéc. p. 12.

³⁸ Reproduite dans *La Constitution française du 4 octobre 1958*, La Documentation française, coll. Documents d'études, n° 1.04, 2008, p. 3.

rendue par le Conseil constitutionnel, résume assez bien la pensée des tenants d'une démocratie matérielle, impliquée par l'existence de normes constitutionnelles de fond qui, selon eux, limiterait l'exercice du pouvoir de révision. Il est affirmé par les sénateurs saisissants³⁹, devant le Conseil, que « la forme républicaine » comprendrait « non seulement la nature républicaine du régime [comme l'interprète le Gouvernement] mais aussi [...] la République telle qu'elle a été définie par la Déclaration de 1789, les lois constitutionnelles de 1875, la Constitution de 1946 et son Préambule et la Constitution de 1958 »⁴⁰. Cette dernière interprétation, d'une fertilité normative remarquable⁴¹, projetterait alors l'article 89 alinéa 5 au sommet de la Constitution du 4 octobre 1958 ou, plus exactement, au sommet de notre bloc de constitutionnalité⁴². Elle pourrait informer, sinon d'une démocratie matérielle juridiquement opératoire, du moins, d'une tradition constitutionnelle forte sur le plan politique. Nous n'irons cependant pas plus loin dans cette controverse, essentiellement doctrinale, puisque le Conseil constitutionnel a clos sans équivoque celle-ci en 2003 : le Haut Conseil « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »⁴³. Toutefois, Willy Zimmer a fait valoir que cette décision d'incompétence, au nom du respect de la souveraineté du pouvoir constituant, pouvait gravement

³⁹ Au nombre desquels figure l'ancien sénateur Michel Charasse, « jacobin convaincu mais aussi constitutionnaliste avisé » (cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 944), devenu, comme on le sait, membre du Conseil constitutionnel (nommé par le Président de la République le 25 février 2010) et qui, pour cette raison, devrait se déporter dans l'hypothèse, peu probable certes, qu'une loi constitutionnelle soit de nouveau déférée au Conseil.

⁴⁰ Voir les termes de la requête sénatoriale, à propos de CC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, préc., p. 5572. « C'est donc en vain qu'on pourrait, par une lecture étroite du dernier alinéa de l'article 89, soutenir qu'il n'a pour objet que d'interdire le retour à la Monarchie. Soutenir cette thèse reviendrait à nier le sens que la conscience populaire et l'histoire de notre Pays donnent à la République, et à considérer qu'une fois assuré le maintien formel de la République, rien n'interdirait de créer en France une dictature supprimant, par exemple, le suffrage universel, les libertés et le principe d'égalité » (*ibid.*).

⁴¹ Mais il ne s'agit pas, pour les sénateurs, de soutenir une quelconque supraconstitutionnalité. La requête sénatoriale révèle qu'elle se fonde sur la distinction entre un pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé, celui du Congrès. Le premier peut tout quand le second doit être borné par le juge constitutionnel au nom des contraintes posées par le premier (« une République dont le contenu est clairement défini et qui correspond à la volonté du Peuple français », « le Peuple Français a évidemment entendu maintenir la République dans toutes ses dimensions »). Cf. les termes de la requête sénatoriale, à propos de CC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, préc., p. 5572.

⁴² Les Constituants de 1958 auraient eu à la fois raison et tort de placer cette disposition à la fin de la Constitution, étant entendu que le Titre XVII « Dispositions transitoires » et ses articles 90 à 92 puis 93 (intéressant le Conseil supérieur de la magistrature), formellement les derniers, n'ont eu, précisément, que pour objet d'assurer la transition entre les deux Républiques (art. 90 à 92) et qu'ils ont été, en tout état de cause (spécialement pour l'article 93), abrogés par la révision du 4 août 1995. Nous disions donc que les Constituants avaient eu *raison* dès lors que, du point de vue de la structure générale et rédactionnelle de notre Charte fondamentale, l'article 89 alinéa 5 ferme la marche, en quelque sorte, de l'ordre constitutionnel français et répond « aux représentants du peuple français » qui, le 26 août 1789, déclaraient ce que devait être notre régime politique. Mais nous disions aussi qu'ils avaient eu *tort*, d'un point de vue matériel cette fois, en n'érigant pas, en tête de notre Constitution, la protection de la « forme républicaine du gouvernement » en tant qu'elle renverrait à une conception matérielle de la démocratie. Cette ambivalence, relevée avec un certain pointillisme, témoigne néanmoins de la complexité du débat, y compris lors de l'écriture d'une constitution.

⁴³ CC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, préc. « Ni d'aucune autre disposition de la Constitution », affirme le Conseil, ce qui tranche clairement en faveur d'un déplacement du débat sur le seul terrain doctrinal. Trivialement, on peut dire que le Conseil constitutionnel « classe l'affaire » à la manière d'un procureur de la République lorsqu'il décide de ne pas poursuivre les auteurs d'une infraction... Néanmoins, pour une contribution à cette thématique, voir le débat entre les doyens Favoreu et Vedel, L. FAVOREU, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 71-77 et G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 79-84.

porter atteinte à la démocratie et à l'État de droit⁴⁴. En soulignant, en effet, que le Conseil constitutionnel a, plusieurs fois, rappelé que certains droits fondamentaux étaient consubstantiels à la démocratie – ce qui, selon M. Zimmer, ne peut autoriser, dans le même temps, le Conseil à décliner sa compétence du fait de révisions constitutionnelles, gravement contraires à l'État de droit et à la démocratie, édictées par le pouvoir constituant dérivé⁴⁵ –, nous pourrions estimer qu'il résulte, de la combinaison des règles de droit et de l'effort pour réduire leurs éventuelles contradictions, un *corpus juridique* quasiment *autonome* sur lequel le pouvoir constituant dérivé n'aurait, finalement, peu de prise. Cependant, si l'enjeu politique – la protection d'une démocratie matérielle par un État de droit matériel – est bien compris de tous, il suppose de sacrifier les théories du droit les plus solidement ancrées, ce que l'idée de *corpus juridique autonome* – que nous suggérons – implique. Juridiquement peu probante, « la forme républicaine du gouvernement » peut certes constituer un rempart politique fort et dissuader les ardeurs d'un pouvoir de révision qui entendrait se passer de nos droits fondamentaux. Mais cette analyse déborde déjà sur la science politique et s'apparenterait à un jugement de valeur⁴⁶. L'article 16, quoique l'analyse demeure encore prospective, semble avoir des propriétés plus pertinentes dans le cadre retrouvé de l'orthodoxie juridique.

816. Si l'on prend en effet l'article 16 de la loi fondamentale française⁴⁷, il est évident que cette disposition a pour objectif premier de rétablir l'ordre constitutionnel au sens formel. Tout au plus, dans une interprétation téléologique qui ne correspond que très peu à l'esprit général de ce dispositif, nous pourrions consentir à ce que, pour finaliser l'édiction des mesures restrictives prises par le Président de la République et destinées à mettre fin à des attaques dirigées contre la démocratie française, l'une des hypothèses d'application prévue par la première condition de fond, – « lorsque (...) l'exécution de ses engagements internationaux [est menacée] (...) » –, soit comprise, par exemple, comme impliquant le respect de la Convention européenne des droits de l'Homme. À condition de faire preuve d'imagination et d'accepter cette démonstration par enchevêtrement successif, on pourrait trouver une démocratie matérielle, une « démocratie apte à se défendre » au sens du droit allemand mais « à la française ».

⁴⁴ W. ZIMMER, « Le contrôle des lois constitutionnelles », in *Jurisprudences du Conseil constitutionnel* (1^{er} janvier-31 mars 2003), *RFDA* 2003, p. 374-389.

⁴⁵ W. ZIMMER, « Le contrôle des lois constitutionnelles », *pré.*, p. 383-389. L'auteur donne l'exemple de la liberté de communication dans la décision CC, 10 et 11 octobre 1984, déc. n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse (Entreprises de presse)*, *Rec.* p. 78, *GDCC* n° 36, p. 597-619.

⁴⁶ La vraie question posée est peut-être celle d'une hostilité à l'égard d'une survivance du légicentrisme qu'incarne, sans doute, la possibilité de réviser la Constitution (et, au premier chef ses dispositions de fond concernant les droits fondamentaux) laissée « aisément » au Congrès qui, quelle que soit la solennité affichée de la procédure, n'en demeure pas moins la seule réunion de l'Assemblée nationale et du Sénat à Versailles. À titre de comparaison, certains États conditionnent strictement (Espagne, art. 168 de la Constitution de 1978) ou interdisent (Allemagne, art. 79 al. 3 de Constitution de 1949) les révisions touchant aux droits fondamentaux.

⁴⁷ Constitution du 4 octobre 1958, spécialement son alinéa 1^{er} : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances (...) ». Sur cette disposition, cf. *supra* n° 369 et n° 520.

817. Serait alors concrétisée « une constitution matérielle que ne recouvre pas complètement la constitution formelle, certaines matières se trouvant hors de portée du législateur constitutionnel. Indisponibles, elles planent alors dans une sorte d'éther, mais n'en limitent pas moins le pouvoir de réviser la constitution »⁴⁸. La démocratie matérielle, dont l'intérêt général révèle la totale pertinence pour les droits fondamentaux, n'a évidemment pas la capacité « d'ériger un mur d'enceinte soustrayant la constitution aux risques du jeu démocratique », tout en assurant néanmoins à la Constitution « une forme de suprématie en dépit – ou plutôt, en raison même – de sa plasticité »⁴⁹. La conception matérielle améliore la réalisation effective de la liberté pourvu que l'on veuille bien la corréler à une théorie matérielle du droit. C'est-à-dire proposer une vision alternative du droit.

II. – La constitution d'une théorie du droit alternative : une théorie matérielle du droit

818. *Il faut cette fois se placer du côté de la relation existentielle entre les droits fondamentaux et l'intérêt général traduisant la conciliation entre les deux partenaires (second apport) et reconnaître qu'elle conduit à reconsidérer les théories du droit en faveur d'une théorie matérielle du droit.* Cette constitution d'une théorie du droit alternative, seconde contribution décisive de l'intérêt général à la constitution juridique de la Liberté, passe en premier lieu par l'examen des théories du droit classiques dont l'insuffisance doit être relevée pour construire une théorie générale des droits fondamentaux élevée sur l'intérêt général (A.). Cet examen ouvre la voie à l'affirmation d'une théorie matérielle du droit (B.) au service de ce projet politique libéral.

A. – De l'insuffisance des théories classiques du droit (...):

819. Les résultats de notre construction d'une théorie générale des droits fondamentaux invalident, incidemment, plusieurs doctrines établies⁵⁰. Le positivisme juridique, d'abord, en ce qu'il prétend

⁴⁸ A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », in *Le droit politique*, préc., p. 10.

⁴⁹ A. SIMARD, préc., p. 17. « La démocratie, aussi souhaitable soit-elle, ne constitue pas nécessairement le point d'aboutissement de l'histoire universelle, et la vision humaniste qui rappelle les valeurs dans lesquelles sont, ou doivent être, enracinés les règles et les principes qui gouvernent les États » (cf. P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 1). La circonstance qu'une telle conception ait été reprise par le discours de la classe politique témoigne d'une inflexion dans la tradition autoritaire et totalisante d'un pouvoir issu et forgé par le suffrage universel. Aussi ne doit-on pas être étonné que Najat Vallaud-Belkacem, porte-parole du Gouvernement de Jean-Marc Ayrault, ait déclaré sur un plateau télévisé au soir du second tour des élections législatives (juin 2012) : « la majorité absolue, cela ne signifie pas le pouvoir absolu dans une démocratie qui fonctionne » (déclaration orale reproduite dans « François Hollande bénéficie d'une "hypermajorité" », *LesEchos.fr*, 17 juin 2012).

⁵⁰ Elles sont invalidées uniquement en tant que théorie du droit servant à son tour notre construction d'une théorie générale des droits fondamentaux construite sur la base de l'intérêt général. Il va de soi que cette étude n'a ni l'espace, ni la

accepter la suppression éventuelle de la liberté ce que nous avons exclu. Le normativisme également dans la mesure où il n'intègre pas de contenu – la liberté – qu'il peut, tout comme le premier et dont il n'est au demeurant qu'une branche élaborée, nier. À cet égard, la critique du professeur Lebreton est instructive : « Le projet de Kelsen, consistant à bâtir une "théorie pure du droit", était donc voué à l'échec, car il reposait sur la croyance erronée qu'on pourrait ériger le droit en un ordre clos, animé d'une logique interne indifférente aux facteurs historique, sociologique, et idéologique »⁵¹. « Qu'on le veuille ou non, dit encore M. Terré, [...] on ne peut pas rendre compte du droit par la seule analyse de sa positivité, sans tenir compte de ses finalités et de sa fonction médiatrice »⁵². Le professeur Sermet plaide pareillement pour un droit orienté : « Une présentation strictement positiviste du droit est pourtant inacceptable. L'exclusion du droit de toutes les "impuretés" que sont la sociologie, la philosophie ou la morale est irréaliste. Le droit est indissociable de l'éthique. Certes, l'interaction du droit et de la morale est un sujet délicat, voire insoluble, car la morale n'est pas la même pour tous. Mais ce n'est pas parce qu'il n'existe pas une morale unique qu'il faut la supprimer du raisonnement juridique. Il est des choses que le droit ne peut valider sous peine de perdre sa propre légitimité : le totalitarisme, le fascisme ou plus "simplement" les actes ou les régimes qui portent atteinte gravement aux droits et libertés. Le droit doit être formel (exemple la pyramide des normes) mais *il est avant tout matériel*. La légitimité joue donc un grand rôle dans le rapport des hommes envers le droit » (nous soulignons)⁵³. Quant au positivisme sociologique – prôné notamment par Gilles Lebreton – il offrirait peut-être la protection la plus pertinente pour la liberté. Le positivisme sociologique aboutit à ce paradoxe, intéressant, que renoncer à la liberté, c'est encore se libérer puisqu'il faudrait supposer la détenir⁵⁴. En tentant de s'aliéner sa propre liberté, la « conscience collective » ne ferait, malgré cela, que l'admettre *ipso facto*. Mais le positivisme sociologique ne permet pas de protéger efficacement l'idée de liberté dès lors que l'aspiration des membres signataires du pacte social libéral peut en soi nier la liberté. Il ne constitue donc pas un remède aux infirmités du droit mais, plus vraisemblablement, un symptôme de la maladie. Le positivisme sociologique révèle les lacunes de la règle de droit ; il ne les comble pas.

prétention d'écarter, pour la science du droit, les théories classiques. Cependant, pour une tentative en ce sens, voir l'exposé critique de G. Peces-Barba (« les réductionnismes ») visant à montrer comment les doctrines jusnaturaliste et positiviste tronqueraient à la fois les potentialités des droits de l'Homme que l'intégrité des droits fondamentaux. En ce sens, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 37-53.

⁵¹ G. LEBRETON, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 14. Voir également, cette interrogation sceptique formulée par Georges Burdeau à ce sujet : « Mais l'homme, ses passions, son gouvernement ? C'est cet homme qui est dramatiquement absent de l'œuvre de Kelsen » (cf. G. BURDEAU, « H. Kelsen. *Théorie pure du droit* », *RIDC*, 4-1954, vol. 6, p. 869-870, spéc. p. 870).

⁵² F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 44. Dans le même sens, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 295 : « Dans l'idéal de la méthode kelsénienne, les droits fondamentaux sont du Droit, mais ils perdent leur lien avec la morale (...) », c'est pourquoi « cette perspective a été relativement tenue à distance » (p. 373) et que l'auteur, en parlant de « normativisme corrigé », a « brisé la pureté kelsénienne » (*ibid.*).

⁵³ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, *op. cit.*, p. 213.

⁵⁴ Puisqu'*a contrario* interdire à quiconque de renoncer à sa liberté, c'est encore et toujours le libérer.

820. Enfin, les théories moderne et classique du droit naturel, si elles supposent contrairement aux trois doctrines que nous venons à l'instant d'évoquer l'existence de droits antérieurs au pacte social libéral, sans être tout à fait invalidées, ne présentent aucune utilité pour la Liberté et ce, pour deux raisons essentielles. Première raison, il apparaît qu'elles ne résolvent pas la question de savoir quel intérêt il peut y avoir à reconnaître la Liberté de l'Homme antérieurement à tout lien social. Sans aucun doute possible, « le jeu social se joue à deux ou à plusieurs mais pas seul contre personne »⁵⁵. N'est-il pas absurde de « donner » à l'Homme cette qualité d'être libre alors qu'il n'en a guère besoin ?⁵⁶ La seconde raison tient à ce que conférer à la Liberté un statut, alors que nous prétendons l'insérer dans une dynamique, a pour effet d'autoriser complètement la négation de la Liberté, son existence ne dépendant, finalement, que du bon vouloir du droit. La liberté « attend des acteurs juridiques qu'ils réconcilient le droit positif avec les droits naturels subjectifs, en transformant ces derniers, chaque fois que c'est possible, en libertés publiques »⁵⁷. L'antériorité de la Liberté que consacrent les théories moderne et classique du droit naturel fait de la Liberté autant une idée inutile pour l'homme isolé qu'une simple pétition de principe pour l'homme vivant en société. Implicitement, le doyen Aubert l'a souligné en montrant qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, « au-delà d'un essoufflement certain », les théories du droit naturel ont été confrontées à « une crise de conscience : (...) la réalisation des choses humaines apparaît bien éloignée de l'idéal promis par le droit naturel »⁵⁸. Certes, il semble bien, au vu de l'histoire de la liberté moderne, que le droit naturel prétende fonder la liberté sur une vérité métaphysique, donc indiscutable. Il a, de ce point de vue, constitué un tremplin historique inestimable pour la liberté. Il reste que la liberté n'étant pas établie par l'expérience

⁵⁵ J. HAUSER, « Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 147.

⁵⁶ Le mythe de Robinson Crusoé seul sur son île déserte et n'ayant jamais eu de contact avec l'humanité est particulièrement évocateur. François Terré note de façon très pénétrante qu'« aussi longtemps que Robinson vit en solitaire, il n'a que faire du droit (...) ». Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 7). Ou bien Robinson Crusoé est considéré libre mais nécessairement du point de vue de l'observateur extérieur, et il ne peut s'agir que d'une spéculation intellectuelle sans débouchés utiles. Ou bien Robinson Crusoé se considère libre, et on chercherait en vain à quoi bon, pour lui, se faire cette réflexion, voire même on se demanderait s'il en est véritablement capable, puisqu'il ne pourrait jamais entrer en conflit, lequel est nécessairement produit par deux libertés. Il est fort probable, par exemple, que certains textes aient tranché selon nos vues comme ce fut le cas, à nos yeux, pour la Déclaration des droits de l'Homme du 29 mai 1793 (Déclaration girondine). À son article 1^{er}, elle dispose que « les droits de l'homme en société sont (...) », sous-entendant, indubitablement, qu'hors du corps social, les droits de l'Homme ne seraient pas, c'est-à-dire qu'ils ne sauraient exister (même rédaction dans la Déclaration des droits et devoirs du 5 fructidor an III – 22 août 1795). M. Meyer-Bisch écrit pareillement que la liberté ne peut se concevoir que dans le cadre d'une relation : « L'objet de n'importe lequel des droits de l'homme est un "nœud" de droits, de libertés et de responsabilités, une participation individuelle effective à des relations sociales dignes qui permettent de donner et de recevoir » (cf. P. MEYER-BISCH, « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 520). À moins de supposer que les théories du droit naturel n'aient jamais exclu totalement une part de relativité dans l'affirmation de droits naturels antérieurs à la vie sociale. Voir l'éclairage de A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 9 : « Il est de toute manière bien clair que tous ces droits "naturels" incluent fatalement une dimension d'altérité, bien que celle-ci ne soit sans doute pas "de leur essence" (...). Le fait indubitable que, de nos jours, la plupart sinon toutes les déclarations de droits et libertés comportent toujours, en complément, l'affirmation que ces droits et libertés ne sont pas indéfiniment extensibles, mais doivent être contenus dans des limites acceptables "dans une société démocratique", ne change intellectuellement rien à la thèse du caractère a-social des droits et libertés. Tous ces textes précisent bien que c'est l'exercice du droit ou de la liberté qui est limité, non le droit ou la liberté lui-même ou elle-même » (italique dans le texte).

⁵⁷ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 22.

⁵⁸ Cf. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 20.

humaine, il devient vite irréaliste de se passer du droit positif le quel, progressivement, devient irremplaçable. Sans lui, la Liberté est potentiellement une chimère. « Je ne connais point de tentatives historiques ayant pour but d'appliquer directement et concrètement l'idée de droits naturels et d'en faire une norme générale susceptible de réglementer les comportements, qui ne soit pas passée par l'incorporation de ces droits naturels au Droit positif » affirme simplement Gregorio Peces-Barba⁵⁹. Cette confiance nécessaire et inévitable dans le droit positif rétroagit alors sur le droit naturel et le disqualifie⁶⁰. Le droit naturel, en laissant *de facto* – mais à son corps défendant – un accès libre au droit positif, a jeté les bases de sa propre remise en cause. « La "positivité" des droits naturels de l'homme (...) aurait annoncé, sinon signé la mort du droit naturel, donc du jusnaturalisme »⁶¹. Alors, « dans la généalogie du "genre juridique", le positivisme juridique correspondrait au stade le plus avancé de cette espèce, de la même manière que le droit naturel aurait correspondu à sa phase primitive (...) »⁶². Deux vérités subsisteraient à nos yeux : d'une part, au mieux, la théorie du droit naturel est dépassée car supplantée très largement par des approches réalistes de la liberté (positivisme juridique ou sociologique). D'autre part, et au pire, elle devient dangereuse car elle ne confère à la liberté aucun salut en cas de menaces. Voilà « pourquoi [il est], aujourd'hui, plus naturel pour un juriste d'être positiviste que jusnaturaliste (...) » pour répondre à la question que pose Justin KISSANGOULA⁶³.

821. Échec du droit naturel, échec du droit positif ? Outre tout ce qui précède quant à une théorie générale des droits fondamentaux reposant sur un intérêt général nécessairement de droit positif, il reste que les positivistes, non plus, « ne peuvent nier l'existence de contraintes matérielles dans l'entreprise d'émission de ses commandements par le pouvoir souverain »⁶⁴. Est-il possible alors, au regard des échecs persistants des théories mentionnées à protéger la Liberté de façon absolue, de suggérer une synthèse des unes et des autres afin d'obtenir précisément ce que nous cherchons ? Peut-on dépasser cette alternative entre une « force sans conscience » et un « esprit sans force » ?⁶⁵

⁵⁹ Voir G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 144. C'est « une preuve historique irréfutable, bien que rationnellement non définitive » (p. 144-145) ajoute-t-il. De façon plus précise, le constitutionnaliste Peces-Barba en avait mentionné, de surcroît, quelques errements : les droits naturels « sont utilisés pour appuyer des positions idéologiques conservatrices et sont invoqués contre le pouvoir de l'État et son Droit y compris contre l'État démocratique parlementaire » (p. 25).

⁶⁰ Tout en préparant également la critique du droit positif. Voir, en filigrane, É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 42.

⁶¹ J. KISSANGOULA, « Jusnaturalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 571. Pour décrire cette mutation avec moins de diplomatie encore, disons qu'il s'agit d'un courant doctrinal « qui a eu son heure de gloire avant d'être détrôné par le positivisme juridique (...) » (p. 573) car « la codification des droits naturels de l'homme signifie l'épanouissement du positivisme juridique sur le cadavre du jusnaturalisme » (p. 572).

⁶² J. KISSANGOULA, op. cit., p. 570.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ J. KISSANGOULA, op. cit., p. 572.

⁶⁵ Sur ces deux expressions empruntées au professeur Peces-Barba, G. PECES-BARBA MARTINEZ, op. cit., respectivement p. 94 et p. 95.

B. – (...) vers une théorie matérielle du droit :

822. C'est une proposition que nous formulons pour sortir de cette impasse et cristalliser la réalisation de la Liberté par le Droit. Le propos théorique qui suit ne peut être que prospectif⁶⁶. Cette précaution énoncée, « il est permis, écrit Jean-Luc Aubert, de se demander si le choix entre idéalisme et positivisme est inéluctable ; s'il n'est pas concevable de combiner les deux perspectives »⁶⁷. En dépit des objections⁶⁸, nous nous rallions sans réserve à sa proposition dont il faut restituer le sens dans son contexte tant elle nous paraît ambitieuse : « la philosophie n'est pas une science exacte, et il n'est pas plus arbitraire quand une combinaison est nécessaire, d'y procéder, fût-ce intuitivement, que d'y renoncer purement et simplement. Si l'on est convaincu de cela – ce qui est assurément affaire personnelle –, il est tentant de proposer, pour la règle de droit, une justification en deux propositions : en premier lieu, *le caractère coercitif de la règle de droit résulte de ce qu'elle est l'expression d'une volonté politique*. En second lieu, *ce caractère coercitif est acceptable parce que la règle de droit s'inspire des valeurs fondamentales de l'être humain* » (italique dans le texte)⁶⁹. L'auteur résume non pas tant ce qu'est le pacte social libéral mais ce qu'il doit être et, à plus forte raison, tout ce qu'il fonde, c'est-à-dire le Droit libéral. La restriction à la Liberté qu'entendent poser les membres signataires du pacte social libéral est au cœur d'un mouvement, un acte de « volonté politique », que l'on constate et qui est orienté vers l'affirmation de la Liberté, autrement dit vers « des valeurs fondamentales de l'être humain ». Justin Kissangoula, prolongeant d'une certaine façon le bilan du doyen Aubert, y voit « l'identification d'une sorte de troisième voie », défendue par « les droits de l'homme » pour qui la synthèse en cours, ce double dépassement des insuffisances (formelles) du droit naturel et (matérielles) du positivisme juridique, est « l'énonciation d'un nouveau genre juridique, le droit des droits de l'homme, lequel a réalisé la synthèse juridique que d'aucuns (les positivistes notamment) pensaient irréalisable entre faits et valeurs »⁷⁰. Si l'on veut que l'intérêt général réalise la liberté dans le cadre d'une théorie générale des droits fondamentaux, il nous paraît ardu de le faire sans accepter de reconstruire une théorie du droit en identifiant cette troisième voie.

⁶⁶ Mais il n'est pas nouveau. Notamment : L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 183 : « la technique juridique, même la plus ouvertement dédiée aux Droits de l'homme, ne peut pas faire abstraction de considérations extra-juridiques » ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 23 : « La dimension antithétique qui peut se dégager des deux utilisations que nous rencontrons, l'une se référant aux "droits" sans tenir compte du Droit positif et l'autre ne considérant les "droits" qu'à travers le droit positif et sans tenir compte de leur racine éthique ou du moins insuffisamment, sont des formulations réductrices qui trompent et masquent le sens intégral des droits de l'homme ».

⁶⁷ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 25. Transposons : peut-on réaliser la jonction entre les différents courants de pensée ? Le postulat de la liberté (droit naturel) est rendu indéfectible (positivisme juridique) parce qu'il est incontestable (positivisme sociologique). C'est peut-être la définition du « normativisme corrigé » ou du « positivisme corrigé » que défend M. Peces-Barba ? (cf. G. PECES-BARBA MARTINEZ, op. cit., p. 378-379).

⁶⁸ Qui résultent aussi, il faut l'avouer, de la logique interne de chaque système lesquels, ainsi que le souligne le doyen Aubert, « sont, souvent, radicalement contradictoires ». Cf. J.-L. AUBERT, op. cit., p. 25.

⁶⁹ J.-L. AUBERT, op. cit., p. 26.

⁷⁰ J. KISSANGOULA, « Jusnaturalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 572.

Les théories précédemment évoquées ont en commun d'être des théories fonctionnelles. Elles posent diversement l'origine du droit de laquelle découle une procédure d'identification du droit : soit en postulant (jusnaturalisme) la nécessité de réaliser la Liberté, soit en intégrant cette même nécessité (positivismes). Le premier *ordonne* au droit de mettre en œuvre la liberté quand les seconds *acceptent* de la mettre en œuvre. Or, une théorie du droit matériellement conçue ne confère au Droit aucune fonction ; elle explicite ce qu'il *fait*. Précisément que fait-il ?

823. Si le Droit est une science, une technique, une discipline, il est manifestement aussi un matériau au service de la Liberté. Il ne peut être conçu autrement que comme un outil génétiquement attaché à la Liberté⁷¹. Si le Droit est le produit de l'humanité, que l'humanité se définit comme la collection d'êtres libres, *alors il ne peut que prendre acte de la Liberté en ce sens qu'il est second par rapport à elle*. Dans le cas contraire, et c'est le cœur d'une théorie matérielle du droit, il se dénature. « Ainsi, jusqu'à un certain point, il ne peut nier la liberté qui le fonde, et qui est vraiment *fondamentale* pour lui, spécialement la liberté de l'esprit qui doit toujours pouvoir le reconnaître comme tel, afin d'y obéir librement, par principe. Ou alors il périt comme droit peut s'abîmer en contrainte, en force ou en violence » (italique dans le texte)⁷². Le Droit est le produit de la raison humaine, d'êtres libres, tel que la conception kantienne nous l'a révélé⁷³. Or, un être non-libre ne pose pas du droit. A-t-on vu des animaux ou des plantes régler juridiquement leur conduite ? S'il existe des hiérarchies dans le monde animal, seul l'homme, doué de raison, parvient à déterminer juridiquement sa conduite⁷⁴. Tout ce qui nie théoriquement la liberté prétend nier également une réalité objective. Le Droit n'échappe pas à cette déduction logique⁷⁵ ou à cette proposition hégélienne : « Le domaine du droit est le spirituel en général ; sur ce terrain, sa base propre, son point de départ, sont la volonté qui est libre ; si bien que la liberté constitue sa substance et sa destination et que le système du droit est *l'empire de la liberté réalisée* (...) » (nous soulignons)⁷⁶. Comme tout empire, le Droit a vocation à l'expansionnisme et n'est pas à l'abri ni d'attaques, ni de soubresauts.

⁷¹ En ce sens, l'expression « le droit au droit » empruntée à J.-M. VARAUT (*Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, 1986) par Etienne Picard (voir É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 32) est des plus pertinentes pour indiquer cette liaison si forte entre Droit et liberté.

⁷² É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 142.

⁷³ En ce sens, P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 982 : « la loi est ce qui rend connaissable la liberté et la liberté est la raison d'être de la loi ».

⁷⁴ On objectera que certaines tribus primitives ne connaissent pas le principe de la règle de droit. C'est peut-être confondre la juridicité qui existe dans toute collectivité (les règles sociales du groupe s'apparentant à des règles de droit) avec la sophistication moderne du droit. Car le Droit est toujours là où existe un espace de liberté suffisant pour le créer, autrement dit dans le monde des humains. Voir, à titre complémentaire, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 46 : « Le droit est médiation entre le juste et le sage, car il est articulation de l'individuel et du social. *Son universalité dans toutes les sociétés humaines, quel qu'en puisse être le degré d'évolution*, n'exclut pas son ambivalence (...) » (nous soulignons).

⁷⁵ Certes, concédons sans peine que le droit ne garantit pas dans le détail une protection intangible de la liberté. Mais nous voudrions expliquer ici que son existence seule constitue une atténuation immédiate de l'arbitraire de l'Homme. Si l'on pose des règles, c'est forcément pour ordonner *a minima* le chaos créé par la liberté. La liberté est donc première dans la succession des idées humaines. Le droit, second par rapport à elle, est conceptuellement tributaire de celle-là.

⁷⁶ HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, § 4, cité par P. RICŒUR, « Liberté », préc., p. 981.

824. En reprenant, pour la généraliser, une remarque de Justin Kissangoula, nous devons relever que la synthèse, cette troisième voie, « est une correction de l'infirmité originelle du positivisme juridique qui, en réduisant le droit aux seules lois édictées par le pouvoir souverain, fragilise et ne permet dès lors pas de sauvegarder les droits des titulaires de la souveraineté »⁷⁷. Sans aller jusqu'à considérer qu'il existe du droit ou des droits ailleurs que dans les traces laissées par un pouvoir souverain – ce que nous ne réussirions radicalement et logiquement pas à démontrer –, en revanche, ce que M. Kissangoula donne à voir, est qu'au cœur même du concept de souveraineté réside, aussi insolite que cela puisse paraître, une *limitation* d'ordre rationnel⁷⁸. Si effectivement est souverain, « dans son domaine, [celui qui] n'est subordonné à personne », et plus spécialement « qui juge sans appel, qui échappe au contrôle d'un organe supérieur »⁷⁹, est-il possible qu'il exerce ses droits de souveraineté au point de les détruire ? Dans l'affirmative, porter atteinte à sa propre souveraineté, n'est-ce pas la limiter ? Or la souveraineté n'est-elle pas une puissance illimitée ? Par conséquent s'il ne veut pas s'autodétruire, le souverain est tenu de s'autolimiter. Le concept de souveraineté contient, dans sa composition même, une forme de restriction qui l'empêche de dégénérer. « Si l'on peut caractériser la souveraineté par le fait qu'elle exerce une liberté originaire et inconditionnelle (...), on ne l'a jamais définie, pour autant, par le fait qu'elle ne suivrait pas les règles de la raison (...) »⁸⁰. Autrement dit, le concept de souveraineté est incapable d'engager un processus dont le terme serait son propre anéantissement. En pure logique, la liberté politique du souverain est hors d'atteinte du souverain lui-même⁸¹. *De même qu'en pure logique un être libre ne peut vouloir – ontologiquement – un Droit qui nierait sa liberté. Le Droit est accidentellement liberticide. Il est, en revanche, ontologiquement libéral.* C'est le point de départ d'une théorie matérielle du droit qui nous garantit que le Droit est consubstantiel à la liberté. Si nous étions « contraint » de rendre compte de l'apport de notre étude en une phrase, nous écririons ceci : *l'intérêt général met en exergue le fait qu'un droit*

⁷⁷ J. KISSANGOULA, « Jusnaturalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 573.

⁷⁸ On doit à Durkheim d'avoir nettement expliqué d'un point de vue factuel l'impossibilité pratique dans laquelle est le souverain de tout faire : « Représentez-vous, en effet, un être affranchi de toute limitation extérieure, un despote plus absolu encore que ceux dont nous parle l'histoire, un despote qu'aucune puissance extérieure ne vienne contenir et régler. Par définition, les désirs d'un tel être sont irrésistibles. Disons-nous donc qu'il est tout-puissant ? Non certes, car lui-même ne peut leur résister ». Cf. É. DURKHEIM, *L'éducation morale*, 1925, p. 38 cité par G. PAOLETTI, « La théorie durkheimienne du lien social à l'épreuve de l'éducation morale », préc., p. 285.

⁷⁹ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, op. cit., p. 2416.

⁸⁰ É. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, préc., p. 97.

⁸¹ Un problème très similaire est à nos yeux posé par le concept de *pouvoir* et permet d'entrevoir le même genre de limites auxquelles il se heurte fatalement, à l'instar de la souveraineté. On le voit à travers la définition que donne le juriste américain Edgar Bodenheimer (rapporté par G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 295) du concept de pouvoir (illustant « le modèle d'une relation de pouvoir sans Droit ») qui lie Robinson Crusoé à Vendredi : selon Bodenheimer, « Robinson jouit d'un pouvoir illimité sur Vendredi. Il n'a aucune obligation à son égard ; il peut en faire ce qu'il lui plaît. Il peut même le tuer (...) ». Toutefois, si l'on tient pour acquise la relation entre ces deux hommes seuls sur une île déserte, il nous paraît peu probable de définir le pouvoir en tuant Vendredi puisque, ce faisant, Robinson anéantirait, du même coup, l'objet même *pouvoir*. Pour être simplement conçu et défini, le pouvoir a un besoin vital qu'on lui résiste ou de se restreindre de lui-même. Robinson peut, sans doute « faire ce qu'il lui plaît », mais pas « tout » ; il ne peut annihiler, ici, sa relation avec Vendredi, c'est-à-dire, en soi, « l'objet » sur lequel s'exerce le pouvoir. Une limite inhérente au pouvoir existerait donc à l'évidence.

qui anéantirait par principe la Liberté s'anéantirait en tant que Droit⁸². Il reste à s'en convaincre en déterminant comment procéder. Mais ce débat est politique et traduit les limites de la relation intérêt général et droits fondamentaux.

§2. – Une contribution à l'histoire des idées politiques :

825. « L'histoire de la construction des régimes politiques occidentaux est, pour une large part, celle de la recherche d'une logique compromissaire entre l'autorité et la liberté »⁸³. L'intérêt général participe, en tant qu'idée politique, à la recherche de cet équilibre indispensable entre la Liberté et sa restriction. Il démontre que la théorie générale des droits fondamentaux a d'ores et déjà investi le cœur des fondations de notre droit contemporain. En effet, ces fondations sont devenues des « impératifs de l'État de droit, lesquels supposent la difficile conciliation entre la facilitation de l'exercice du pouvoir, au nom de l'intérêt général, et sa limitation permanente, au nom des droits et libertés individuels »⁸⁴. Il n'est pas indifférent de lire dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 que le « peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme *et* aux principes de la souveraineté nationale (...) » (nous soulignons). C'est mesurer combien la liaison est étroite entre le résultat de la définition – la Liberté juridiquement définie (droits de l'Homme) – et l'action de définir – la définition juridique de la Liberté (souveraineté). Le professeur Turpin rappelle, sur cette liaison, que « le Conseil constitutionnel s'est érigé en gardien de ce temple républicain (...) »⁸⁵. Le juge français est épaulé en cela par la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle décide, dans une affaire relative aux activités politiques du requérant condamné dans son pays pour séparatisme prokurde, de condamner la Turquie au motif essentiel qu'elle a violé l'article 10 de la Convention européenne (liberté d'expression)⁸⁶. La motivation de la Cour est particulièrement confirmative de l'étroitesse de la liaison entre liberté et souveraineté : « Il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un État, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même (...) »⁸⁷. Même « s'il ne s'agit pas pour le juge de cautionner les actions

⁸² Il en résulte une conséquence probable : une règle de droit qui, fondamentalement, nie la *vraie liberté* n'aurait que l'apparence de la juridicité. Seule une règle de droit destinée à restreindre les libertés pour protéger la Liberté est une règle de droit.

⁸³ M. DE VILLIERS et alii, *Droit public général*, op. cit., p. 500. C'est cette logique de compromis tout à fait *réaliste* que Kelsen opposait aux doctrines marxistes pour leur préférer la liberté sans doute approximative et « réduite » de la démocratie parlementaire : « Et si jamais une forme politique doit offrir la possibilité de résoudre pacifiquement et progressivement ce conflit de classes, que l'on peut regretter mais que l'on ne saurait nier, au lieu de l'orienter vers une catastrophe révolutionnaire sanglante, c'est bien la démocratie parlementaire, dont l'idéologie, socialement irréalisable, est sans doute la liberté, mais dont la réalité est la paix » (cf. H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 79).

⁸⁴ M. DE VILLIERS et alii, op. cit., p. 500.

⁸⁵ D. TURPIN, « Citoyenneté et nationalité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 148.

⁸⁶ Voir CEDH, 10 octobre 2000, *Ibrahim Aksoy contre Turquie*, req. n^{os} 28635/95, 30171/96 et 34535/97.

⁸⁷ CEDH, *Ibrahim Aksoy contre Turquie*, préc., § 78.

terroristes »⁸⁸, la Cour borne durablement la démocratie – le seul cadre dans lequel peut s'exercer la souveraineté – en ce qu'elle ne saurait absolument autoriser sa propre remise en cause. Yannick Lécuyer estime que la notion européenne de « société démocratique » jette « un pont entre l'État de droit au sens matériel et la démocratie, entre la liberté des modernes et la liberté des anciens (...) »⁸⁹. Elle confirme la liaison entre liberté et autorité que l'on retrouve à l'échelle mondiale. C'est le vœu déclaré dans la solennité du Sommet du millénaire, c'est-à-dire cette réunion extraordinaire de la quasi-totalité des Chefs d'État et de gouvernement qui s'est tenue au siège des Nations Unies (New York) du 6 au 8 septembre 2000. Pour les grands de ce monde, « c'est un mode de gouvernance démocratique des affaires publiques, fondé sur la volonté et la participation des populations, qui permet le mieux de garantir ces droits »⁹⁰. Mais n'est-ce pas un vœu pieux ?

826. Pour Jacques Mourgeon, la dénaturation, par leur multiplication, des droits de l'Homme modifie considérablement notre société contemporaine : la démocratie libérale moderne n'est plus « une société polycentrique et œcuménique mais, comme les autres, un système organisationnel de groupes et de masses négateurs de la personne. Elle ne parvient donc plus à éviter un téléologisme social des droits qui les place aux antipodes de leur finalité originelle, la préservation de la personne, pour en faire moins des prérogatives personnelles que des fonctions sociales marquant la place de chacun dans l'ordre systématique et incontestable, celui des foules compartimentées en catégories connexes sous le règne des magiciens. L'organisation des multitudes conduit à l'oligarchie. On sait depuis Rousseau que le grand nombre interdit la démocratie directe et contraint au gouvernement de quelques élus qui, même si juridiquement "représentatifs", n'en constituent pas moins une "classe" politique, cet euphémisme soulignant l'oligarchisme même de la démocratie représentative et pluraliste. Tout collectif conduit à l'autorité d'une minorité dont la puissance et le prestige croissent en proportion de la complexité et de la sophistication du collectif. S'étonnera-t-on, dès lors, de ce que les magiciens des utopistes accaparent notre monde ? Les "philosophes" de Platon, les dignitaires au nom étrange de Campanella et de More, les "conducteurs" de Saint-Simon, les "guides" de Comte, les "organisateurs" de Burnham, les "administrateurs mondiaux" de Huxley, les voici parmi nous »⁹¹. Michel Levinet disait en 1994 : « Il ne suffit pas de les décréter pour que les droits de l'Homme soient effectifs. Rien n'est possible sans que soient réunies un certain nombre de conditions : la laïcisation de l'État, une société civile et une société politique pénétrées de l'importance du pluralisme et de la tolérance, une séparation des pouvoirs fondant l'indépendance du juge, la présence d'un juge

⁸⁸ F. LEMAIRE, « Séparatisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 903.

⁸⁹ Y. LECUYER, « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 907.

⁹⁰ Déclaration du 8 septembre 2000 des Chefs d'État et de gouvernement adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, 13 septembre 2000, résolution n° A/RES/55/2, texte disponible sur le site de l'ONU, <http://www.un.org>, p. 2, I-§ 6.

⁹¹ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 43-44.

constitutionnel à même de paralyser l'application de lois contraires aux droits et libertés inscrits dans la constitution »⁹². Au fond, il faut qu'il y ait débat sur les droits fondamentaux et l'idée d'intérêt général, idée politique, contribue à cette histoire des idées politiques en permettant précisément ce débat⁹³.

827. Toute la difficulté est que, quelles que soient les meilleures théories savamment et longuement construites, une certaine liberté de l'esprit est essentielle pour discuter autant de liberté que d'intérêt général. L'intérêt général n'est sans doute pas parfait mais il demeure une idée féconde⁹⁴. Aussi est-il nécessaire de suggérer une réflexion nouvelle sur la notion d'intérêt général non plus dans le seul cadre étroit – voire étriqué – des branches du droit (droit constitutionnel, droit des droits et libertés fondamentaux ou droit public international) mais dans le cadre d'une théorie générale du droit⁹⁵. On ne peut se contenter d'une lecture politique de l'intérêt général qui se réduirait à un simple mérite voire à une forme d'hommage. Si l'on a admis que toute théorie générale du droit propose « une clarification du discours sur le droit »⁹⁶, que le Droit moderne ne peut être que tout entier et, *in fine*, exclusivement tourné vers la définition des droits fondamentaux, alors il faut indéniablement intégrer à la discipline une étude appuyée, parce qu'irrépressible du point de vue de l'exigence méthodologique, de l'intérêt général. Il est le marqueur idéal à la vérification de la conformité des artifices produits par le droit pour définir la liberté. Ainsi que le souligne le professeur Millard, l'édification d'une théorie générale du droit peut avoir des finalités – bien malgré leurs auteurs... – politiques : « Cette stratégie scientifique n'est pas totalement séparable d'une stratégie de type politique : en parlant du droit, sur quoi entendons-nous faire porter l'accent ? Sur des choix politiques effectués par des autorités légitimes au regard d'une théorie politique officielle, par exemple la théorie de la séparation des pouvoirs dans un système politique démocratique (le constituant, le législateur), quand bien même ces choix seraient parfois dénués d'effets ? L'importance de cette description réside aussi dans le fait de chercher à rendre plus effectif ces choix légitimes si on les explicite. Ou sur la complexité des phénomènes de pouvoirs dans le système juridique, par une déconstruction des théories politiques officielles, en montrant comment les choix s'effectuent aussi en d'autres lieux que

⁹² Transcription dans D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 130.

⁹³ Comme, en son temps, l'expression de constitution fut également objet de débats politiques avant de (et pour) devenir un concept juridique. En ce sens, O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution, Jus Politicum Revue de droit politique* n° 3, 2009, <http://www.juspoliticum.com>, p. 1-29, spéc. p. 21 : « le retournement libéral de l'expression de constitution qu'a connu l'Angleterre n'a pas existé en France où le thème restera un discours d'opposition et ne trouvera son effectivité qu'avec l'explosion de 1789 ». Mais postérieurement alors : « la notion de constitution est assimilée à un certain contenu normatif, de nature libérale. En ce sens, on peut soutenir que le concept moderne de constitution est intimement lié à un moment jusréaliste car la constitution est censée exprimer un contenu intangible, universel et originaire ».

⁹⁴ Nous le disons au risque d'avoir sans doute « magnifié l'intérêt général » (cf. D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 37).

⁹⁵ Dans le cadre d'une théorie générale du droit telle que la présente Éric Millard : « La théorie générale du droit dont il sera ici question est la discipline qui, au sein de la philosophie du droit, vise à permettre un travail savant sur le droit ». Cf. É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 1.

⁹⁶ É. MILLARD, op. cit., p. 3.

les lieux officiels du pouvoir, par exemple dans les prétoires, alors même que le juge, selon la théorie officielle de la séparation des pouvoirs, n'est qu'une autorité d'application de la loi ? Ici, l'intérêt de la description réside dans le fait de chercher à rendre plus visible un pouvoir occulté ou minimisé »⁹⁷. L'intérêt général, en tant qu'objet d'étude d'une théorie générale du droit, serait le vecteur d'une stratégie nouvelle de conception des champs du juridiquement possible aux fins de définir ce qu'est la Liberté. Cet objet d'étude contribuerait au débat portant sur l'éventualité d'un *droit au Droit* en dévoilant le caractère indépassable de la technique juridique pour la définition de la Liberté.

Section 2^{ème} : Le Droit, un aiguilleur formel de la Liberté :

828. Le droit est-il un aiguilleur des actions humaines pour définir ce qu'est notre liberté ? La théorisation d'un Droit – conçu comme le technicien de l'intérêt général au service de la liberté – suppose d'interroger la pratique de ce Droit autant sous l'angle de sa rectitude que sous celui de sa capacité à œuvrer en ce sens. La règle de droit a vocation à définir ce qu'est la liberté. Elle n'offre cependant aucune certitude absolue sur le succès à venir. Elle peut tout aussi bien échouer (§1.) que réussir (§2.). Sinon, cela voudrait dire qu'il existât un *droit* – au sens précis de « droit subjectif »⁹⁸ – au *Droit*. Penser *le droit au Droit* est très certainement le début d'une réflexion plus large sur la capacité du Droit à définir la liberté. Mais cela ne saurait devenir une quête du Graal sans nuire, dangereusement, à ce qui importe beaucoup plus en réalité, à savoir la Liberté.

§1. – Le droit peut-il échouer ?

829. Il apparaît en réalité, et d'abord, urgent de reconsidérer notre propension au juridisme. « C'est le même homme ayant aspiré hier par conviction à la liberté contre la contrainte, aux droits contre le Pouvoir dans l'espoir d'un salut terrestre, qui aspire aujourd'hui par abdication à magnifier le Pouvoir, à conforter la contrainte dans le même espoir d'un même salut, condamnant ainsi ses droits à n'être plus que rhétorique stérile »⁹⁹. Sans doute notre société est-elle malade de son obsession à appréhender les actions humaines « libres » par le seul prisme du Droit. Nous avons choisi de répondre à ses maux par la technique juridique dont nous avons vu qu'elle ne pouvait pas tout. « Le droit s'acharne depuis plus de deux siècles à tout satisfaire. Les textes succèdent aux textes, les déclarations aux déclarations. Si les progrès sont considérables, ils n'aboutissent pas à la réalisation

⁹⁷ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 18-19.

⁹⁸ « Prérrogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation ». Cf. R. GUILLIEN, J. VINCENT, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 204-205.

⁹⁹ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 124.

d'une société heureuse »¹⁰⁰. Le bonheur promis n'est pas réalisé parce que la liberté civile – certaine – ne se serait pas encore accomplie. La promesse de Rousseau¹⁰¹ n'aurait pas été tenue et se serait « évaporée » au contact de la réalité. C'est la part d'ombre du siècle des Lumières ou la tragédie des droits de l'Homme. Aurions-nous tout simplement mais dramatiquement échoué ?

830. Le véritable drame des droits de l'Homme ne réside-t-il pas dans un leurre, celui né de la croyance erronée que nous serions sortis de l'état de nature ? Locke n'était-il pas tristement visionnaire lorsqu'il écrivait à la fin du XVII^{ème} siècle : « mais depuis que l'or et l'argent, qui, naturellement sont si peu utiles à la vie de l'homme, par rapport à la nourriture, au vêtement, et à d'autres nécessités semblables, ont reçu un certain prix et une certaine valeur, du consentement des hommes, quoique après tout, le travail contribue beaucoup à cet égard ; il est clair, par une conséquence nécessaire, que le même consentement a permis les possessions inégales et disproportionnées » ?¹⁰² La tragédie des droits de l'Homme n'est pas que l'idéal qu'ils portent soit refusé. Elle découle d'une observation lucide de l'état de la société humaine. Tout porte à croire qu'en réalité nous ne sommes toujours pas sortis de l'état de nature. Nous avons créé un *état social juridicisé*, pas l'état civil¹⁰³. Antonino Troianiello estime, de façon très imagée, que cette fuite en avant dans le juridisme annonce « le spectacle désolant "*d'une guerre juridique de tous contre tous*" (...) puisque le pouvoir est résolument de ce monde, ceux qui l'exercent sont jugés incapables de dégager un authentique intérêt général » (italique dans le texte)¹⁰⁴. Aurions-nous, dans ce cas, sous-estimé la complexité du réel ?

831. « Le pauvre hère divaguant parmi les pièges des éléments et ceux des hommes livrés à eux-mêmes, proie pour le plus fort et victime désignée de toutes les vicissitudes et injustices, c'est l'homme angoissé de l'état de nature dramatiquement décrit par Hobbes. *C'est aussi notre contemporain*. La volonté de fonder un ordre qui délivre de la peur et supprime l'inégalité des forces et des chances, c'est aussi la nôtre. Est encore nôtre la hantise du dénuement s'extériorisant dans l'inégalité entre les peuples et en leur sein, ressentie aujourd'hui plus que hier comme l'obstacle

¹⁰⁰ F. TERRE, « Le droit et le bonheur », préc., spéc. § I-A.

¹⁰¹ Telle qu'elle devait résulter de son *contrat social* et que le Citoyen de Genève avait formulée dans ce passage : la situation des hommes, « par l'effet de ce contrat se trouve réellement préférable à ce qu'elle était auparavant, et qu'au lieu d'une aliénation, ils n'ont qu'un échange avantageux d'une manière d'être incertaine et précaire contre une autre meilleure et plus sûre, de l'indépendance naturelle contre la liberté, du pouvoir de nuire à autrui contre leur propre sûreté, et de leur force que d'autres pouvaient surmonter contre un droit que l'union sociale rend invincible » (nous soulignons). Cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 73.

¹⁰² J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 180 § 50. Voir, pour un point de vue similaire, C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, op. cit., p. 157 : « Le mal arrive, lorsque l'excès de richesses détruit cet esprit de commerce : on voit tout à coup naître les désordres de l'inégalité, qui ne s'étaient pas encore fait sentir ». Alors naissent la jalousie et l'envie, consubstantielles au conflit originel.

¹⁰³ Ou un « état de nature juridique ». Cf., pour cette expression, A. TROIANELLO, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », préc., p. 66.

¹⁰⁴ A. TROIANELLO, préc., p. 65.

majeur à l'effectivité des droits » (nous soulignons)¹⁰⁵. Pire, notre civilisation aurait « étouffé » « ce drame aussi explosif qu'un magma sous pression »¹⁰⁶. Les infirmités structurelles de cet *état social juridicisé* ne pouvant être toutes corrigées par la seule force du droit, parce qu'encore leur résorption nécessitant une vraie réflexion politique et sociale, l'état civil n'existerait toujours pas. Serait-il alors simplement réaliste de songer enfin à le construire ? « Lorsque le Soleil donna à Phaéon son char à conduire, il lui dit : "Si vous montez trop haut, vous brûlerez la demeure céleste ; si vous descendez trop bas, vous réduirez en cendres la terre. N'allez point trop à droite, vous tomberiez dans la constellation du Serpent ; n'allez point trop à gauche, vous iriez dans celle de l'Autel : tenez-vous entre les deux" »¹⁰⁷. Phaéon (un mortel), fils d'Hélios le Dieu du Soleil, voulait conduire le char de son père. Ce dernier le met en garde en lui indiquant la voie médiane qu'il doit emprunter. Cette voie médiane est aussi la voie la plus intenable pour Phaéon puisqu'il ne parvient pas, dans le mythe, à contrôler l'attelage. Le Droit doit-il suivre une voie aussi périlleuse ? Penser que le Droit puisse tout faire, qu'il soit apte à « tordre » la réalité à lui seul, mène sûrement à une impasse. « Il est extrêmement difficile de trouver la stabilité en évitant aussi bien un conservatisme juridique excessif qu'une prolifération de règles improvisées, éphémères et mal comprises. La rapidité de la science, l'instabilité du monde, la brusquerie des évolutions économiques, l'impatience de l'opinion publique, les "alternances" politiques rapprochées accroissent cette difficulté »¹⁰⁸. Aurions-nous, au contraire, et dans ce contexte enrichi, surestimé la capacité du Droit à appréhender le réel ?

832. « Un pas est franchi lorsque le profane est, dans diverses circonstances de la vie, confronté au droit et à l'affirmation, de plus en plus corrigée à notre époque, qu'il n'est pas censé l'ignorer. Mais les situations envisagées ne sont généralement pas propres à le rapprocher du bonheur, tant et si bien qu'il ne trouve pas aisément son chemin face au policier, au percepteur ou au juge. De là, dans son esprit, une opinion négative et le sentiment que le droit est essentiellement fait de barrières. Cette réaction est d'ailleurs favorisée, plus ou moins consciemment, par l'appréhension du droit comme une règle de conduite, assortie de toutes les leçons de conduite – pas seulement automobile – qui l'accompagnent et paraissent, aux yeux de beaucoup, en accroître sans cesse la complexité. Pareille réaction peut sembler singulière et même contradictoire pour les juristes, car elle se manifeste souvent sous la forme d'un double reproche : vous êtes à la fois trop compliqués et trop éloignés du réel. Comme si le réel était simple ! »¹⁰⁹. L'incapacité du Droit à définir la Liberté – à réaliser le bonheur terrestre désiré – provoque une défiance à son égard. La juridicisation des droits de l'Homme serait vouée à un « dialogue de sourds entre ceux qui les considèrent comme une tragédie menant au

¹⁰⁵ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 50.

¹⁰⁶ Cf. J. MOURGEON, op. cit., p. 51.

¹⁰⁷ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, op. cit., p. 1052.

¹⁰⁸ D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁹ F. TERRE, « Le droit et le bonheur », préc., spéc. § II-A.

totalitarisme et à l'inhumanité et ceux qui refusent de voir qu'ils peuvent être un outil à tout faire »¹¹⁰. Mais n'en sommes-nous pas, pour partie au moins, responsables en occultant la réalité contextuelle du Droit ?

833. Le droit, comme toute science sociale, n'est pas neutre parce qu'il est tributaire d'un réel qui l'a fait naître. Or, ainsi que l'écrit Philippe Braud, « les modes de penser mis en œuvre par l'analyse scientifique ne peuvent être correctement compris ni utilisés si l'on ne s'interroge pas sur leur généalogie, sur l'histoire des luttes intellectuelles, idéologiques, institutionnelles à la faveur desquelles ils se sont imposés. Le langage des sciences sociales ne saurait être neutre politiquement »¹¹¹. À défaut de neutralité, parce que le Droit est issu du réel que l'on stigmatise pourtant, il ne peut donc exister de consensus en soi car « en droit, comme en toute science sociale, l'objectivité n'existe pas »¹¹². La réalisation juridique de la Liberté est fatalement un débat d'idées ou idéologique. Il en résulte, comme l'écrit Danièle Lochak, que l'équilibre obtenu a un caractère nécessairement provisoire : « un équilibre forcément instable et par essence contestable »¹¹³. De même, Virginie Saint-James se demande si l'empirisme des méthodes conduisant à définir les droits et libertés ne révélerait pas « un risque essentiel : la fragilité »¹¹⁴. La complexité du réel interdit dans ce cas la formulation d'un consensus durable. De l'expression « droits de l'Homme » Frédéric Sudre écrit, du reste, que « la simplicité apparente des mots explique sans doute la fortune de leur utilisation dans le langage courant. Référence obligée de tout discours moderne, les "droits de l'homme" semblent être devenus une nouvelle idéologie, une "troisième voie" entre le marxisme sommaire et le libéralisme traditionnel ; à moins qu'ils ne soient un carrefour auquel on aboutit à partir d'idéologies difficilement conciliables »¹¹⁵. Faute de consensus stable, aucune vérité ne peut voir le jour. *A fortiori*, il n'y a donc pas non plus de vérités juridiques. Lorsque le juge dit le droit, cette véridiction doit être bien comprise pour ce qu'elle est, souligne Bruno Latour : « Quand les anciens jurisconsultes faisaient résonner le fameux adage "la chose jugée est prise pour la vérité" – *res judicata pro veritate habetur* – ils affirmaient bien haut qu'il faut tenir la chose jugée *pour* la vérité, ce qui signifie, très exactement, qu'elle ne doit en aucun cas se confondre avec le vrai » (italique dans le texte)¹¹⁶. Faute de vérité

¹¹⁰ C. PELLUCHON, « Anciens et modernes », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 42-43. Percevant, dans l'explosion contemporaine du nombre de normes, un « totalitarisme juridique ». Cf. G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 40. Également, sur cette entropie des droits de l'Homme, A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 20 : « à force de concrétisations successives, on finit par perdre l'élément abstrait : être des hommes. Et, du coup, même ce qui est proprement inhumain au sein d'une culture voire d'une contre-culture se trouve légalement consacré et protégé ».

¹¹¹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 724.

¹¹² G. LEBRETON, *Droit administratif général*, op. cit., p. 14.

¹¹³ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 28.

¹¹⁴ V. SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 345.

¹¹⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 11.

¹¹⁶ B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 253.

absolue nécessaire à l'affirmation d'un *droit au Droit*, le Droit ne pourrait qu'échouer. Mais des vérités existent-elles en la matière ?

834. « Il ne fait aucun doute que les juristes se posent fréquemment des questions des types suivants : quel comportement (faut-il) adopter ? Qu'est-ce qui est juste ? Qu'est-ce que le droit, ou l'État, ou le contrat ? Pour importantes que soient ces questions, elles ne peuvent être scientifiquement décidées : leurs réponses ne peuvent être dites ni vraies, ni fausses »¹¹⁷. D'une part, « est-il possible de connaître ce que nous devons faire ? »¹¹⁸. La réponse d'Éric Millard est négative car l'édiction de la norme juridique « ne résulte pas non plus d'un acte de seule connaissance : si on peut connaître ce qui est (les faits en question), on ne peut pas connaître directement (par l'expérience ou par la raison) ni indirectement (par dérivation logique à partir d'une connaissance de faits) ce qui devrait être. C'est cette impossibilité logique qui a été avancée par le philosophe écossais David Hume au XVIII^e siècle, et que les théoriciens positivistes désignent sous le nom de Loi de Hume : l'impossibilité de dériver logiquement une proposition prescriptive d'une proposition descriptive. L'énonciation d'un devoir-être résulte seulement d'un acte de volonté, c'est-à-dire d'un jugement sur les faits »¹¹⁹. D'autre part, « est-il possible de connaître ce qui est juste ou ce qui est injuste ? »¹²⁰. La réponse est là aussi négative quant aux valeurs : « Les valeurs nous apparaissent ainsi davantage comme l'expression de préférences, qui peuvent être partagées très largement (c'est là l'intersubjectivité), que comme des propriétés objectives constatables. Elles traduisent une réaction émotive d'un sujet par rapport à l'action. Nous qualifions de bon, de beau, de juste ce qui nous procure du plaisir ; de mauvais, de laid, d'injuste ce qui nous déplaît. La connaissance des valeurs ne peut donc jamais être directe. Nous ne pouvons connaître que des jugements de valeurs »¹²¹. L'appréhension du réel par l'homme s'effectue toujours par le prisme de sa subjectivité. L'homme ne pouvant jamais avoir une connaissance directe du réel, il n'est pas en mesure de dégager une Vérité absolue. « En distinguant soigneusement le droit de la science du droit, il s'agit de montrer que le droit n'est pas scientifique : qu'il n'y a pas une solution vraie à un cas, que la décision juridique n'est pas de type mécanique ou logique, que *prescrire n'est pas un acte de connaissance* » (nous soulignons)¹²². *Le Droit incorpore une vérité qu'il reçoit et non la Vérité*. C'est pourquoi, « il devient urgent (...) de ne pas exiger du droit qu'il *dise vrai* » (italique dans le texte)¹²³.

835. Dans ces conditions, *un droit au Droit* est le plus grand des mirages produits par notre modernité. « Dans les facultés de droit, depuis la première année jusqu'au doctorat, la discipline

¹¹⁷ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 10.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ É. MILLARD, op. cit., p. 11-12.

¹²⁰ É. MILLARD, op. cit., p. 12.

¹²¹ É. MILLARD, op. cit., p. 13.

¹²² É. MILLARD, op. cit., p. 30.

¹²³ B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 257.

juridique est présentée comme une norme, comme l'illustre parfaitement la théorie des sources de droit. On prétend que – on fait comme si – le droit forme un système pur et parfait, procédant, à la limite, d'une esthétique intellectuelle »¹²⁴. Rien ne peut, en effet, définir juridiquement et précisément ce que doit être le Droit. Il importe de tenir compte de l'aléa historique dans la formation du Droit. « Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel qu'il nous est apparu – dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité. Flexible droit ! »¹²⁵. Il ne peut y avoir de *droit au Droit* mais une demande, une prétention, une exigence ou, surtout, *un combat pour le Droit*. C'est pourquoi, il peut sans nul doute possible échouer. Est-ce pour autant un combat perdu d'avance ?

§2. – Le droit peut-il réussir ?

836. À condition de dépasser une analyse juridico-centrée sur les bases du Droit, la réponse pourrait bien être affirmative sous l'angle de sa capacité à servir la Liberté. Il n'est plus utile – puisque l'on sait qu'il n'y a pas de Vérité absolue – de s'arc-bouter sur cette alternative stérile : soit le droit se perd dans l'infiniment grand en manquant sa cible, soit il se dilue dans l'infiniment petit en essayant obstinément de l'atteindre. Au cœur du choix cornélien entre un droit global mais peu opérationnel et un droit chirurgical mais opérationnel, on ne saurait éluder ce qui motive l'un et l'autre : l'effectivité des droits fondamentaux. Or, si ce choix est rejeté par l'homme, en raison de l'absence d'issue, la technique juridique, elle, ne l'est absolument pas. « L'histoire de l'humanité est comme un immense océan d'erreurs où surnagent en désordre, éparées çà et là, quelques vérités »¹²⁶. La vérité d'un droit absolument nécessaire en fait partie. Mais il ne peut s'agir que d'un Droit politique sans aucune vérité pré-établie. Le succès du Droit doit s'apprécier par rapport à des critères politiques, par définitions extra-juridiques. Nous avons cru pouvoir le dépolitiser alors même que son objet, définir la Liberté, est sans doute l'objet politique par excellence. « La neutralité du droit est, en science humaine, un impossible concept (...) »¹²⁷. Cette dépolitisation du Droit est donc non seulement improbable mais, de surcroît, affecterait la Liberté elle-même.

837. En premier lieu, en le dépolitisant, on négligerait « le fait que le droit constitue avant tout un mode de pensée de la culture et dans la culture : le droit est essentiellement un élément de la culture. On l'oublie bien souvent en se concentrant sur la technicité de l'agir juridique, ou on en fait un

¹²⁴ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 3.

¹²⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 183, p. VI, cité par L. SERMET, op. cit., p. 17. La sécurité juridique absolue apparaît alors, et aussi, utopique. Sur ces questionnements, cf. *supra* n° 801-804.

¹²⁶ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 122.

¹²⁷ L. SERMET, op. cit., p. 13.

argument vide, utilisé à tort et à travers – surtout à tort – pour légitimer ces réglementations *ad hoc* ou *ad hominem*. Mais cette perception contient également un défi : celui de penser le droit comme culture »¹²⁸. Cette désincarnation du Droit, spécialement du droit français, est incompatible avec ce projet culturel ou politique clairement identifié et consistant à définir la liberté. Et le professeur Sermet de souligner qu'« ainsi toute loi, aussi bien scientifique, que divine, sociale ou juridique, a une ou plusieurs explications ou causes, dont l'explication culturelle. Logiquement, on peut en déduire que les liens entre droit et culture sont permanents et réciproques : la culture d'une société influence le droit qui y est applicable ; le droit entretient et conserve les valeurs culturelles de la société »¹²⁹. Cette réciprocité, entre le Droit et la réalité politique telle que nous la percevons, s'analyse par conséquent en termes d'échanges plus que de conflits. Ces « influences », dont il est question, ne seront plus examinées selon une approche pathologique (qui déconsidère le Droit) à condition, d'une part, d'en accepter l'existence et, d'autre part, d'en étudier, notamment pour l'édiction future d'une règle de droit meilleure, l'étendue. Alors, on admettra sans peine que le Droit est une nouvelle utopie, produite par la société elle-même, au sens d'un projet extraordinairement ambitieux. Mais peut-être est-il l'utopie la plus réaliste entre toutes... En proposant une théorie générale des droits fondamentaux *en droit et pour le droit français*, dans le débat contemporain, et en la fondant sur cette « utopie », nous assumons parfaitement le reproche circonstancié¹³⁰ formulé par Montesquieu et passé à la postériorité selon lequel l'utopiste « a bâti Chalcédoine, ayant le rivage de Byzance devant les yeux »¹³¹. Le Droit est foncièrement politique et c'est ainsi qu'il peut réussir le projet de définir la Liberté.

838. En effet, et en second lieu, dépolitiser le Droit reviendrait à affecter la Liberté. Le piège, si nous nous y entêtons, serait de vider tout notre discours de considérations politiques vitales. Les droits fondamentaux et l'intérêt général doivent entretenir, si l'on ne veut pas tomber dans un concept pur du Droit complètement désincarné, une relation juridique qui doit laisser une place éminente à la politique que traduisent des considérations émanant de traditions philosophiques, morales, religieuses, éthiques dont on doit s'accommoder pour ne pas, un jour, que le Droit devienne l'instrument d'une humanité aseptisée¹³². L'abstraction et la théorisation comme fins sont dangereuses. « L'homme déraciné ou dépouillé de son histoire, n'est pas loin de l'individu réduit à l'état de numéro des régimes

¹²⁸ J. M. BROEKMAN, *Droit et anthropologie*, Paris, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique moderne », 1993, p. 13, cité par L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁹ L. SERMET, *op. cit.*, p. 15.

¹³⁰ Il est spécialement dirigé contre James Harrington qui publie en 1656, *Oceana*, une république anglaise idéale. Cf. C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, *op. cit.*, p. 1290 (note n° 13 de L. VERSINI).

¹³¹ C. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, *op. cit.*, p. 342.

¹³² « Je vis dans mon siècle une vie de citoyen de ce siècle, mais une vie dans laquelle certaines pensées ou certaines humeurs me sont interdites, comme par instinct. Par exemple, je me méfie de la raison économique, je me méfie affreusement du réalisme, je me méfie de l'intérêt suprême des nations (cette nation fût-elle la mienne), et j'accorde toujours plus de valeur aux discours qui se fondent sur les seuls principes d'humanité plutôt que sur une explication prétendument rationnelle du monde » (cf. B. DICALÉ, *Maudits métiers*, Paris, Éditions J.-C. Lattès, 2011, p. 51).

totalitaires »¹³³. Ce refus inhérent à tout projet culturel porteur de liberté relativise alors l'incapacité du droit à définir la liberté. Dorénavant, et l'on dédramatise ainsi les enjeux juridiques des droits de l'Homme, « le droit n'est pas un but en soi : il n'est que le moyen de réaliser un but, qui est le maintien de la société humaine »¹³⁴.

839. Cela « n'empêche pas de discuter du bien-fondé des équilibres sur lesquels on s'est provisoirement mis d'accord et de chercher à les faire évoluer »¹³⁵. Ainsi que l'écrit Bruno Latour, en prenant appui sur les qualités, selon lui requises, de l'énoncé judiciaire, « ce [que la justice] sent, ce qu'elle renifle, si l'on ose dire, se marque dans la nature même des affaires par la présence de gênes, d'ennuis, de troubles, de "miroitements" auxquels elle doit mettre fin par des solutions dont le but semble justement d'apaiser, de clore, de finir, de terminer cette errance. La justice n'écrit droit que par des voies courbes. Autrement dit, si elle refusait d'errer, si elle appliquait une règle, on ne saurait la qualifier ni de juste ni même de juridique. *Pour qu'elle parle juste, il faut qu'elle ait hésité* » (italique dans le texte)¹³⁶. C'est pour cette raison, ajoute-t-il, que « nous avons un besoin vital de ces institutions lourdes et coûteuses qui obligent à des détours, à l'élaboration complexe d'un vocabulaire ésotérique, à ces procédures exaspérantes de méticulosité, seules ressources dont nous disposons pour échapper tant à l'arbitraire qu'à l'erreur »¹³⁷. Aussi, ce n'est pas l'existence, ni même la fonction du droit, qui sont stigmatisées. C'est son emprise. Corinne Pelluchon soutient que « la réflexion sur les droits de l'homme invite aujourd'hui à un débat sur l'identité de l'homme (...) »¹³⁸. Ce faisant, l'auteur souligne la nécessité d'ouvrir d'autres champs de réflexions – autre que juridiques – pour mener à bien le projet de définition des droits fondamentaux. Il appartiendra à la société de le faire. En attendant que peut-on faire grâce au Droit ? Certains suggèrent de promouvoir une sorte de non-droit. Le non-droit « désigne une attitude du droit qui limite ses ambitions et laisse à d'autres modes de traitement des relations sociales la mission de tendre à l'harmonie et d'affronter les affres du bonheur impossible sur terre »¹³⁹. Probablement. Toutefois, c'est bien par le Droit que l'on peut penser le non-droit. C'est donc encore vers lui que l'on se tourne unanimement.

¹³³ F. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, op. cit., p. 80.

¹³⁴ Rudolf von JHERING cité par G. LEBRETON, « Ordre public », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 717.

¹³⁵ D. LOCHAK, « Les bornes de la liberté », préc., p. 29. Dans le même sens, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 105 : « En construisant l'État, les individus façonnent le bien public en fonction de leurs désirs et de leurs volontés. Mais l'État n'est jamais construit une fois pour toutes. Il est toujours à reconstruire, à réinventer ».

¹³⁶ B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 162-163. « La balance de la justice doit d'abord avoir tremblé pour qu'elle puisse enregistrer fidèlement le juste » (p. 202-203).

¹³⁷ B. LATOUR, op. cit., p. 233. « Ainsi le temps, aussi, peut faire œuvre de justice » (cf. A. COURREGES, A. ROBINEAU-ISRAËL, M. VIALETES, « Le temps de la justice administrative », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, op. cit., p. 846).

¹³⁸ C. PELLUCHON, « Anciens et modernes », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 42.

¹³⁹ F. TERRE, « Le droit et le bonheur », préc., spéc. § II-B.

840. Il convient de partager avec Didier Truchet « l'espoir et la conviction que, dans une société démocratique tout spécialement, le progrès nécessaire du droit passe par le droit, non par le rejet du droit »¹⁴⁰. Quoique mis en cause, il demeure « un levier de transformation sociale »¹⁴¹. En particulier, « le droit public demeure un formidable instrument de promotion du bien commun ou de l'intérêt général, dans l'acception que l'avenir leur donnera »¹⁴². Pour René Demogue, « le droit apparaît comme un immense syndicat de luttes contre les souffrances, entre les êtres qui sont pitoyables, parce qu'il peut leur être fait du mal, beaucoup de mal, bien qu'ils soient souvent par la force même des choses, les artisans de leurs propres malheurs »¹⁴³. Le Droit est au cœur même de la crise humaine. Cependant, il faudra vraisemblablement repenser la construction politique et sociale dans des délais suffisamment brefs sauf à faire entrer le Droit en crise ou dans cette crise. Car, une crise de la juridicité, s'ajoutant à la crise politique de nos sociétés modernes, serait autrement plus grave. Aussi des moyens politiques doivent-ils résoudre des crises politiques. Nous n'atteindrons jamais l'effectivité juridique optimale des droits fondamentaux tant que nous ne la voudrons pas politiquement. « Toute violation de droits de l'homme s'inscrit dans un système d'équilibre de pouvoirs : interdire la torture ne peut se faire par "un trait de plume" législatif (...) »¹⁴⁴. On ne peut pas demander au Droit, sous prétexte qu'il est la transcription d'une volonté politique, de faire ce que seul le politique a, en vérité, la responsabilité et, surtout, les moyens de faire. « Le fondement étatique des Droits de l'homme est inhérent à l'espace politique contemporain mais c'est aussi une vision réductrice et appauvrie de la condition humaine »¹⁴⁵. Il est indispensable d'enrichir notre horizon social car tout ne dépend pas du Droit, ni même des juristes. Quand bien même ils ne seraient pas sans influence. « La philosophie générale des droits de l'homme élaborée par les pays occidentaux sert souvent de modèle pour les jeunes démocraties qui se dotent d'instruments de protection des droits et libertés. De plus, chez beaucoup d'intellectuels, juristes en particulier, il existe une authentique *foi* en ces droits de l'homme. Or, la foi, par l'enthousiasme qu'elle crée assez spontanément chez qui la possède, a toujours quelque chose de communicatif » (italique dans le texte)¹⁴⁶. Il convient d'y croire

¹⁴⁰ D. TRUCHET, *Le droit public*, op. cit., p. 4.

¹⁴¹ L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 16. Illustrant la modernité des besoins de règles, X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. 7 : « La régulation des nouvelles technologies, la lutte contre les discriminations, contre les traitements inhumains et dégradants, rappellent à l'État l'ampleur de ses devoirs vis-à-vis de la personne humaine, renforçant le rôle du droit dans la mise en place de prestations positives et de garanties étatiques, en même temps qu'elles légitiment le maintien d'un pouvoir de l'État ».

¹⁴² D. TRUCHET, op. cit., p. 122.

¹⁴³ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.*, 1909, p. 620, cité par J.-P. MARGUENAUD, « Animal (Droits de l') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 43.

¹⁴⁴ P. MEYER-BISCH, « Obligations (Théorie des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 715.

¹⁴⁵ L. SERMET, op. cit., p. 239.

¹⁴⁶ A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 15. Des droits consacrés en 1789, relève le professeur Lebreton, « près de deux siècles et demi plus tard, leur puissance de fascination semble intacte » (G. LEBRETON, « Critiques des droits de l'homme et des droits fondamentaux », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 230. Voir aussi M. IACUB, P. MAGNIGLIER, « Legendre Pierre. L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes*

un peu disait également Rousseau : « Les bornes du possible dans les choses morales sont moins étroites que nous ne pensons : ce sont nos faiblesses, nos vices, nos préjugés qui les rétrécissent »¹⁴⁷. Mais l'effort doit être partagé. « La promotion et la protection des droits et libertés ont besoin non seulement de mécanismes institutionnels, mais surtout de personne qui, en les vivant en eux et dans leurs gestes quotidiens, les font vivre pour tous »¹⁴⁸. Faut-il suivre le commandement solennel de l'article 377 de la Constitution du 5 fructidor An III (22 septembre 1795) qui s'en remet à nous tous pour assurer la pérennité de nos droits ? : « Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges ; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ». Faut-il faire preuve d'une audace nouvelle en suivant le conseil avisé d'Emmanuel Mounier (XX^{ème} siècle) : « Ce n'est pas avec les audaces de nos grands-pères que nous répondrons aux angoisses de nos enfants »¹⁴⁹ ? Mais pas à n'importe quel prix semblait dire Cesare Beccaria. « Un imposteur audacieux, qui n'est jamais un homme ordinaire, recueille les acclamations d'un peuple ignorant et les sifflets d'une nation éclairée »¹⁵⁰. Voilà le sens exact que nous donnons à l'idée d'aiguillage par le Droit, ni plus, ni moins. Arrêterons-nous de faire circuler les trains parce qu'il arrive, parfois tragiquement, que ces derniers déraillent ?

841. En conclusion, on peut toujours rattacher le règlement des conduites humaines à l'idée d'intérêt général car la difficulté de conceptualiser l'intérêt général n'est peut-être pas seulement d'ordre juridique et politique. Est-il possible, en effet, pour l'entendement humain, avec en ligne de mire la liberté, de penser collectivement la bonne adéquation des rapports humains, c'est-à-dire des rapports inter-individuels ?¹⁵¹ L'échelle sociale, indispensable à la conceptualisation de notre liberté, bute inexorablement sur l'individualité que sous-tend, en permanence, la Liberté. Le franchissement de cet obstacle passe par la réflexion menée par les philosophes. « En tant que réflexion sur l'homme,

œuvres juridiques, op. cit., p. 347 : « Il n'est sans doute pas absurde *a priori* de penser que le bon rapport du juriste à la norme n'est pas simplement de la décrire, mais bien de la promouvoir ».

¹⁴⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 129.

¹⁴⁸ J. WILLYBIRO-SAKO, « Des principes et convictions à une véritable protection juridique en Afrique », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, op. cit., p. 99-109, spéc. p. 106.

¹⁴⁹ *Œuvres complètes* (fondateur du personnalisme), présenté et cité par G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 624.

¹⁵⁰ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 169.

¹⁵¹ Étant entendu que l'*inter-individualité* n'est pas synonyme de *collectivité*. Cela tient au problème insoluble (probablement) et que Rousseau, en particulier, ne parvient pas à résoudre selon F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 125 : « comment demander aux individus d'oublier ou de faire abstraction de leurs intérêts particuliers alors que, Rousseau le reconnaît, ils sont toujours mûs par la recherche de leur bien propre ? Et d'ailleurs quel intérêt un individu aurait-il à voter une loi dont il ne tirerait lui-même aucun bénéfice, fût-il indirect ? Rousseau admet qu'il s'agit là d'une question difficile à résoudre ». Comment « rendre à l'individu son identité tout en assurant l'identité du corps politique, ou encore restaurer la pureté de l'intérêt particulier individuel tout en assurant la suprématie de l'intérêt public » ? (p. 127). « L'alternative est en effet la suivante : ou bien on met l'accent sur le caractère unitaire, absolu et incontestable de l'intérêt public, au risque de couper le cordon ombilical qui le relie à l'intérêt particulier et de soumettre les individus à l'oppression de la société ; ou bien on met l'accent sur l'identité spécifique de l'intérêt particulier individuel, base de tout l'édifice, au risque alors de réduire l'intérêt public au simple résultat du conflit des stratégies individuelles » (*ibid.*). Mill croyait pouvoir réussir cette gageure, « concilier l'inconciliable », mais il aurait échoué (p. 164).

son action et son essence, la *philosophie* ne peut être ignorée des juristes » faisait remarquer à juste titre le doyen Aubert¹⁵². Encore faut-il que les juristes puissent s'approprier cette réflexion philosophique pour en tirer les conclusions qui s'imposent. Les philosophes se sont attelés à la tâche monumentale de définir la Liberté depuis près de deux mille cinq cents ans, le jour du « grand étonnement » si l'on nous permet cette formulation irrévérencieuse¹⁵³. Néanmoins, ils n'ont pas, nous semble-t-il, rendu leurs conclusions définitives, soit qu'ils les recèlent, soit qu'ils n'aient pas terminé leur investigation. Lorsque leurs conclusions seront révélées, nous n'aurons plus besoin de la règle de droit¹⁵⁴. En attendant ce jour, cette dernière vient combler un déficit qui ne lui est pas imputable. On ne saurait lui reprocher, par conséquent, d'échouer, ici ou là, et lui demander de réussir ce que nous ne sommes pas (encore) parvenus à réaliser par d'autres voies : définir l'indéfinissable.

¹⁵² Cf. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 48. Mais l'inverse est vrai aussi : « Dans tous les débats de société contemporains (...), le droit et le juriste ont une place légitime qui ne leur est pas toujours reconnue et que les juristes, universitaires et praticiens, doivent revendiquer » (cf. L. SERMET, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, op. cit., p. 9-10). C'est à ce type d'interrogations que se livre Kelsen dans H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 108 et s. : en opposant « la philosophie du monde », absolutiste, à « la philosophie des valeurs », relativiste (p. 111-112), Kelsen suggère précisément d'adopter une *attitude* : « une attitude politique qui, à la question du contenu bon de l'ordre social, substitue la question des moyens, de la méthode de création de cet ordre (...) » (p. 112). Jacques Caillosse, enfin, suggère de façon pragmatique de ne rien écarter : « Au délaissement par les juristes universitaires de la question des usages sociaux du droit, répond l'abandon du terrain juridique par la sociologie politique. Les regards disciplinaires portés sur le droit n'échappent donc pas à la redoutable logique de l'angle mort » (italique dans le texte). Cf. J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire français*, op. cit., p. 219.

¹⁵³ On date aux environs du V^{ème} siècle avant Jésus Christ la naissance de la philosophie en tant que concept à partir des travaux de P. KUNZMANN, F.-P. BURKARD, F. WIEDMANN, *Atlas de la philosophie*, traduction française Z. HOUSEZ et S. ROBILLARD, Paris, Le Livre de Poche, coll. La Pochothèque, 2010, p. 11 : « Issu du grec, le concept de philosophie équivaut à *amour de la sagesse* ; de même, philosophe signifie *l'ami de la sagesse* (...). Il se caractérise par son aspiration à toute forme de connaissance. À la question : quel est l'élément subjectif qui intervient à l'origine de la philosophie ? Platon et Aristote répondent : *l'étonnement*. "Car l'étonnement, au début comme aujourd'hui encore, a poussé les hommes à philosopher [...] mais qui questionne et s'étonne, a le sentiment de l'ignorance [...]. Afin donc d'échapper à l'ignorance, ils commencèrent à philosopher" (Aristote) » (italique dans le texte).

¹⁵⁴ Ni même d'en débattre... Voir F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 62 : reprenant la doctrine de Cicéron, en le citant, François Rangeon révèle l'improbabilité d'une telle issue. « Chaque individu doit, sans renoncer à son utilité particulière, essayer de la rendre conforme, voire identique, à l'utilité commune : "le but qu'il faut se proposer avant tout, c'est d'identifier son intérêt particulier avec l'intérêt général : qui veut tout tirer à lui poursuit la dissolution de toute association humaine". Notons, prévient M. Rangeon, que cette identification n'est qu'un but, un idéal à poursuivre. Un tel idéal n'est jamais totalement atteint. S'il l'était, la politique n'aurait plus lieu d'être ».

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Philosophie politique

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, traduction M. CHEVALLIER, présentation D. ROCHEFORT, Paris, *Le Monde* – Flammarion, coll. « Les livres qui ont changé le monde », n° 22, 2010, 185 p.

CONSTANT (B.), *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1997, p. 591-619.

HOBBS (T.), *Léviathan*, présentation et traduction G. MAIRET, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 2000, 1027 p.

HUMBOLDT (W.) VON, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, traduction H. CHRETIEN, K. HORN, préface de Alain LAURENT et Karen HORN, Paris, Les Belles Lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2004, 206 p.

KANT (E.), *Doctrine du droit*, in *Métaphysique des mœurs*, t. II, présentation et traduction A. RENAUT, Paris, GF-Flammarion, 1994, 411 p.

KANT (E.), *Doctrine de la vertu*, in *Métaphysique des mœurs*, t. II, présentation et traduction A. RENAUT, Paris, GF-Flammarion, 1994, 411 p.

KELSEN (H.), *La démocratie : sa nature, sa valeur*, traduction C. EISENMANN, Paris, Sirey, 1932, 121 p.

KROPOTKINE (P.), *La Morale anarchiste*, notes et postface Jérôme SOLAL, Paris, Mille et une nuits, 2004, 95 p.

LA BOÉTIE (É.) DE, *Discours de la servitude volontaire*, traduction (français moderne) et postface Séverine AUFFRET, Paris, Mille et une nuits, 1995, 63 p.

LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil*, traduction D. MAZEL, présentation S. GOYARD-FABRE, Paris, GF-Flammarion, 1992, 383 p.

MARX (K.), (ENGELS (F.)), *Manifeste du Parti communiste*, traduction É. BOTTIGELLI, présentation A. HAAS, Paris, *Le Monde* – Flammarion, coll. « Les livres qui ont changé le monde », n° 19, 2010, 85 p.

MARX (K.), *Le 18 brumaire de Louis Bonaparte*, traduction G. CHAMAYOU, présentation A. HAAS, Paris, *Le Monde* – Flammarion, coll. « Les livres qui ont changé le monde », n° 19, 2010, 142 p.

MILL (J. S.), *De la liberté*, traduction D. WHITE, L. ENGET, préface de Pierre BOURETZ, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1990, 243 p.

MONTESQUIEU (C.), *De l'Esprit des lois*, 2 t., présentation L. VERSINI, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1995, 1627 p.

RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, traduction C. AUDARD, Paris, Éditions Points, coll. Essais, 2009, 666 p.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, présentation B. BERNARDI, Paris, GF-Flammarion, 2001, 257 p.

SIEYÈS (E.-J.), *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, préface de Jean-Denis BREDIN, Paris, Flammarion, coll. Champs classiques, 1988, 189 p.

THOREAU (H. D.), *La désobéissance civile*, traduction et postface Guillaume VILLENEUVE, Paris, Mille et une nuits, 2000, p.

Thèses

BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préface de Henry ROUSSILON, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2003, 913 p.

BLACHÈRE (P.), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, 246 p.

CLAMOUR (G.), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, préface de Jean-Louis AUTIN, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2006, 1044 p.

DESMONS (É.), *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, préface de Stéphane RIALS, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1999, 232 p.

DUARTE (B.), *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, doctorat de droit, Université de Lille II, imprimé, 2005, 780 p.

DUCOULOMBIER (P.), *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, doctorat de droit, Université Robert Schuman – Strasbourg III, imprimé, 2008, 640 p.

ETOA (S.), *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, doctorat de droit, Université de Caen Basse-Normandie, imprimé, 2010, 460 p.

FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, préface de Franck MODERNE, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2003, 805 p.

KAUFF-GAZIN (F.), *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, doctorat de droit, Université Robert Schuman – Strasbourg, imprimé, 2001, 559 p.

MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de Dominique ROUSSEAU, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, 390 p.

PICARD (É.), *La notion de police administrative*, préface de Roland DRAGO, 2 t., Paris, L.G.D.J., 1984, 926 p.

RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, préface de Georges VEDEL, Paris, Economica, coll. Politique comparée, 1986, 246 p.

SAINT-BONNET (F.), *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001, 393 p.

SAINT-JAMES (V.), *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Paris – Limoges, PUF, coll. Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Limoges, 1995, 511 p.

SERMET (L.), *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Paris, Economica, 1996, 450 p.

TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préface de Jean BOULOUIS, Paris, L.G.D.J., 1977, 396 p.

TURENNE (S.), *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, préface de Camille JAUFFRET-SPINOSI, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2007, 366 p.

Ouvrages thématiques/théorie du droit/histoire des idées politiques

AMBRA (D.) D', (dir.), *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2013, 174 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUÉNAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.), (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, 1074 p.

- AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1997, 379 p.
- BIOY (X.), HOURQUEBIE (F.), (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, Actes de la journée d'études de Toulouse du 2 octobre 2009, Paris, coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2010, 479 p.
- CAILLOSSE (J.), *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire français*, Paris, L.G.D.J, coll. Droit et Société, 2009, n° 52, 250 p.
- CAYLA (O.), HALPÉRIN (J.-L.), (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, 620 p.
- CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.), (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, 751 p.
- KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, traduction O. BEAUD, F. MALKANI, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, 604 p.
- LESCUYER (G.), *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 14^{ème} éd., 2001, 677 p.
- MAPPA (S.), (dir.), *Essai sur l'intérêt général. Europe, Islam, Afrique coloniale*, Paris, Éditions Karthala, 1997, 199 p.
- MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, 108 p.
- MAUGENEST (D.), POUGOUÉ (P.-G.), (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, 283 p.
- OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, Paris PUF, coll. Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 1998, 304 p.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, traduction L. A. PELÉ, présentation S. NAÏR, préface d'André-Jean ARNAUD, Paris, L.G.D.J, coll. Droit et Société, n° 38, 2004, 497 p.
- SERMET (L.), *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, préface d'Abdou DIOUF, postface de David ANNOUSSAMY, Paris, Éditions des archives contemporaines – Agence universitaire de la Francophonie, 2009, 266 p.

Manuels

- ARDANT (P.), MATHIEU (B.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J, coll. Manuel, 20^{ème} éd., 2008, 610 p.
- AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « U », 7^{ème} éd., 1998, 342 p.
- BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 7^{ème} éd., 2009, 740 p.
- BRAIBANT (G.), STIRN (B.), *Le droit administratif*, Paris, Dalloz – Presses de Science Po, coll. Amphi, 6^{ème} éd., 2002, 640 p.
- BRAUD (P.), *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J, coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2008, 824 p.
- CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (T.), (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2005, 845 p.
- CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2000, 445 p.
- CARREAU (D.), *Droit international*, Paris, Pedone, coll. Études Internationales, 7^{ème} éd., 2001, 704 p.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 11^{ème} éd., 2004, 1442 p.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, 1427 p.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 2, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, 794 p.

- CHÉROT (J.-Y.), *Droit public économique*, Paris, Economica, coll. Corpus Droit public, 2^{ème} éd., 2007, 1032 p.
- CHRÉTIEN (P.), DUPUIS (G.), GUÉDON (M.-J.), *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, coll. U, 9^{ème} éd., 2004, 682 p.
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, 576 p.
- FRIER (P.-L.), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 2^{ème} éd., 2003, 533 p.
- GOHIN (O.), DEGOFFE (M.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), DUBREUIL (C.-A.), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Éditions Cujas, coll. Référence, 2011, 649 p.
- GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, Paris, Litec, coll. Manuels, 4^{ème} éd., 2005, 436 p.
- JACQUÉ (J. P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd., 2009, 790 p.
- LACHAUME (J.-F.), *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, 13^{ème} éd., 2002, 912 p.
- LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. « U », 7^{ème} éd., 2005, 551 p.
- LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, coll. Compact, 2^{ème} éd., 2000, 457 p.
- LECLERCQ (C.), *Libertés publiques*, Paris, Litec, coll. Manuels, 5^{ème} éd., 2003, 363 p.
- LINOTTE (D.), ROMI (R.), *Droit public économique*, Paris, Litec, coll. Manuel, 6^{ème} éd., 2006, 465 p.
- PACTET (P.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Sirey Université, 27^{ème} éd., 2008, 624 p.
- RENOUT (H.), *Droit pénal général*, Orléans, Éditions Paradigmes, coll. Manuel, 14^{ème} éd., 2009, 408 p.
- RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, t. 1, Paris, PUF, coll. Thémis, 9^{ème} éd., 2003, 271 p.
- RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2004, 623 p.
- SAYAH (J.), *Droit administratif*, Levallois-Perret, Studyrma, coll. Panorama du droit, 2004, 186 p.
- SÉRIAUX (A.), SERMET (L.), VIRIOT-BARRIAL (D.), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Ellipses, 1998, 224 p.
- SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 9^{ème} éd., 2008, 843 p.
- TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2009, 656 p.
- VILLIERS (M.) DE, (dir.), VINCENT (J.-Y.), CRUCIS (H.-M.), BERRANGER (T.) DE, CADEAU (E.), EUDES-GUIAS (C.), GRABOY-GROBESCO (A.), HASTINGS-MARCHADIER (A.), LE GALL (Y.), MONDIELLI (É.), BACHELIER (G.), *Droit public général*, Paris, Litec, coll. Manuel, 3^{ème} éd., 2006, 1324 p.
- WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd., 2005, 676 p.
- ZOLLER (É.), *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 2006, 230 p.

Autres ouvrages

- BURGELIN (J.-F.), LOMBARD (P.), *Le procès de la justice*, Paris, Plon, 2003, 162 p.
- BURBAN (J.-L.), *Le Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 1993, 127 p.
- CHARRIER (J.-L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, coll. Juris Code, 2005, 429 p.

- CHEVALLIER (J.), LOCHAK (D.), *La science administrative*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1980, 128 p.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 9^{ème} édition, 2011, 1095 p.
- DELVOLVÉ (P.), *Le droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3^{ème} éd., 2002, 149 p.
- DURKHEIM (É.), *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 9^{ème} édition, 1997, 149 p.
- FALIGOT (R.), GUISNEL (J.), (dir.), *Histoire secrète de la V^e République*, Paris, Éditions La Découverte, coll. Poche, 2006, 752 p.
- GODECHOT (J.), *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier Flammarion, 1979, 508 p.
- GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 1999, 561 p.
- KUNZMANN (P.), BURKARD (F.-P.), WIEDMANN (F.), *Atlas de la philosophie*, traduction française Z. HOUSEZ et S. ROBILLARD, Paris, Le Livre de Poche, coll. La Pochothèque, 2010, 285 p.
- LATOUR (B.), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004, 320 p.
- LAUPIES (F.), *La liberté*, Paris, PUF coll. Que sais-je ?, 2004, 127 p.
- MILLARD (É.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, 136 p.
- MOURGEON (J.), *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 8^{ème} éd., 2004, 127 p.
- ODENT (B.), TRUCHET (D.), *La justice administrative*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2004, 127 p.
- PETIT (S.), *Le Tribunal des conflits*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 1994, 127 p.
- POUYAUD (D.), WEIL (P.), *Le droit administratif*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 20^{ème} éd., 2003, 127 p.
- RENOUX (T. S.), VILLIERS (M.) DE, *Code constitutionnel*, Paris, Litec, coll. Juris Code, 2^{ème} éd., 2005, 1500 p.
- ROUVILLOIS (F.), *Les déclarations des droits de l'homme*, choix de textes et présentation par Frédéric ROUVILLOIS, Paris, *Le Monde* – Flammarion, coll. « Les livres qui ont changé le monde », n° 9, 2009, 281 p.
- ROLAND (H.), *Lexique juridique. Expressions latines*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2006, 429 p.
- SAURON (J.-L.), *Comprendre le Traité de Lisbonne*, préface de Jean QUATREMER, Paris, Gualino éditeur, 2008, 351 p.
- SAYAH (J.), *Droit administratif*, Levallois-Perret, Studyrma, coll. Panorama du droit, 2004, 186 p.
- SUDRE (F.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 6^{ème} éd., 2004, 126 p.
- TRUCHET (D.), *Le droit public*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003, 128 p.
- VERPEAUX (M.), *Les collectivités territoriales en France*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 4^{ème} éd., 2011, 180 p.
- WACHSMANN (P.), *Les droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 4^{ème} éd., 2002, 184 p.

REVUES

- ABIKHZER (F.), « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? », *AJDA* 2005, p. 983-992.
- ABRAHAM (R.), « La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme », conclusions pour CE Sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, *RFDA* 1998, p. 1243-1253.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), SERMET (L.), « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », in *Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme*, RFDA 2004, p. 991-1000.

AGULHON (M.), « La conquête de la liberté », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 5-13.

ALBERTON (G.), « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? (Réflexions autour de la proposition n° 74 du Comité Balladur) », *AJDA* 2008, p. 967-973.

ARDANT (P.), « Les constitutions et les libertés », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 61-74.

AUBY (J.-B.), « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, février 2006, p. 6-10.

AUBY (J.-B.), « L'avenir de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, p. 161-166.

BACHINI (B.), « Le port du keshi sikh manifeste ostensiblement une appartenance religieuse », conclusions sur CAA Paris, 19 juillet 2005, *M. Ranjit Singh*, req. n° 05PA01831, *AJDA* 2005, p. 2009-2012.

BAUX (A.), « L'application de l'article 8 de la CEDH au regard du refus du regroupement familial », conclusions sur TA Montpellier, 2 mars 2007, *Mme El Ouardi épouse Kazdabar*, req. n° 0603558, *AJDA* 2007, p. 1029-1032.

BEAUD (O.), « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs* 2000/1, n° 92, p. 17-30.

BERGER (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 40-45.

BERNARDI (B.), « L'opinion publique, une passion d'État », in M. ROVÈRE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 86-87.

BESLE (D.), « Les limites de la liberté d'expression des détenus », note sous CAA Lyon, 30 juin 2005, *Ministre de la Justice c/ M. Henaf*, req. n° 00LY01591, *AJDA* 2005, p. 313-315.

BETTATI (M.), « L'usage de la force par l'ONU », *Pouvoirs* 2004/4, n° 109, p. 111-123.

BIAGINI-SABLIER (S.), « Conditions d'interdiction d'une réunion par un préfet », note sous TA Marseille, ord., 6 juillet 2005, *Association Adimad*, req. n° 0504219, *AJDA* 2005, p. 2012-2014.

BONNET (B.), « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA* 2005, p. 56-68.

BOULOUIS (J.), « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 5-12.

BOUYSSOU (F.), « La suspension en référé de la déclaration d'utilité publique », note sous CE, 25 mai 2005, *Société Resimmo*, req. n° 275864, *AJDA* 2005, p. 2125-2128.

BOUYSSOU (F.), « Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme », in *Les incidences de la CEDH sur le droit administratif des biens*, *AJDA* 2003, p. 2135-2141.

BRENET (F.), « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDP* 2003, p.1535-1579.

BRONDEL (S.), « Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexion sur une évolution jurisprudentielle », *AJDA* 2003, p. 761-767.

BROYELLE (C.), « Les mesures ordonnées en référé », in *Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif*, *RFDA* 2007, p.73-76.

BRUNET (P.), « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs* 2005, p. 5-19.

BURDEAU (G.), « H. Kelsen. *Théorie pure du droit* », *RIDC*, 4-1954, vol. 6, p. 869-870.

CADOT (C.), « Une géométrie "naturelle" du politique : les rues de Paris et de Washington D.C. », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 45-64.

- CAILLOSSE (J.), « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 195-211.
- CALMETTE (J.-F.), « Le droit de l'environnement : un exemple de conciliation de l'intérêt général et des intérêts économiques particuliers », *RJE* 2008, n° 3, p. 265-280.
- CALMETTE (J.-F.), « L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif », *Droit administratif*, juillet 2006, p. 13-18.
- CASSESE (S.), « Les transformations du droit administratif du XIXème au XXIème », *Droit administratif*, octobre 2002, p. 6-9.
- CASSESE (S.), « Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 167-172.
- CASSIA (P.), « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », in Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif, *RFDA* 2007, p. 45-57.
- CASSIA (P.), « Le droit de la rue », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 65-85.
- CASTRO (R.), « La rue et la ségrégation sociale », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 111-115.
- CAYLA (O.), « Le coup d'État de droit ? », *Le débat* n° 100, mai-août 1998, p. 108-133.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT* 2007, p. 19-26.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel », *D.* 1995, p. 323-329.
- CHARRAK (A.), « Sous d'autres Lumières », in M. ROVÈRE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 54-57.
- CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 659-690.
- CHEVALLIER (J.), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 57-70.
- CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *RDP* 1988, p. 313-380.
- CHIRAC (J.), « Allocution de M. Jacques Chirac, président de la République, à l'occasion de la présentation des vœux au Conseil constitutionnel », in Échanges de vœux, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, p. 15-16.
- CHRÉTIEN (P.), « La notion d'urgence », in Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif, *RFDA* 2007, p. 38-45.
- COHEN (S.), « Le pouvoir politique et l'armée », *Pouvoirs* 2008/4, n° 125, p. 19-28.
- COLIN (F.), « L'utilisation d'indices concordants en droit administratif », *AJDA* 2007, p. 18-23.
- COLLIN (P.), GUYOMAR (M.), « Les décisions prises par un fonctionnaire du régime de Vichy engagent la responsabilité de l'État », *AJDA* 2002, p. 423-427.
- COPPENS (P.), « Compétence universelle et fonction de juger », in « Thème : La Belgique, justicier du monde ? », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 31-33.
- CORTEN (O.), « Une compétence universelle sans communauté internationale ? », in « Thème : La Belgique, justicier du monde ? », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 24-27.
- COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 75-87.
- DAVID (É.), « Une règle a valeur de symbole », in « Thème : La Belgique, justicier du monde ? », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 12-17.
- DECAUX (E.), « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA* n° spécial 1998, p. 66-74.
- DEGUERGUE (M.), « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 211-226.

- DELVOLVÉ (P.), MODERNE (F.), « Hommage au Président Genevois, Entretien avec le Président Genevois », *RFDA* 2007, p. 1-5.
- DEMAN (C.), « L'impunité est-elle soluble dans le droit pénal international ? », in « Thème : La Belgique, justicier du monde ? », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 28-31.
- DENOIX DE SAINT MARC (R.), « Le Conseil d'État, acteur déterminant de l'élaboration des lois et règlements », entretien avec J. BEGUIN, *JCP E* 2006, I-118, p. 479-482.
- DESWARTE (M.-P.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 1993, p. 23-58.
- DESWARTE (M.-P.), « Intérêt général, bien commun », *RDP* 1988, p. 1289-1313.
- DURAND-PRINBORGNE (C.), « Autour du projet de charte de la laïcité dans les services publics », *AJDA* 2007, p. 721-725.
- FATÔME (É.), MÉNÉMÉNIS (A.), « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », in *Intérêt général, concurrence et service public*, *AJDA* 2006, p. 67-73.
- FAVOREU (L.), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 71-77.
- FAVOREU (L.), « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, p. 71-89.
- FERRARI (B.), « Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité », *AJDA* 2006, p. 1021-1027.
- FRAISSE (R.), « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 74-85.
- FRAISSEIX (P.), « De l'État-nation à l'État "groupusculaire" : chronique d'un dépérissement engagé », *D.* 2000, p. 61-67.
- FREEDEN (M.), « Entre libéralisme et socialisme », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 45-59.
- FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 156-166.
- FRYDMAN (P.), « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des "lancers de nains" », conclusions sur CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence* (2 espèces), *RFDA* 1995, p. 1204-1217.
- GARDEN (M.), « Histoire de la rue », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 5-17.
- GARTNER (F.), « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *RFDA* 2006, p. 19-23.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 62-69.
- GOHIN (O.), « Quand la République marche sur la tête. Le gel de l'électorat restreint en Nouvelle-Calédonie », *AJDA* 2007, p. 800-807.
- GOHIN (O.), « La réforme constitutionnelle de la décentralisation : épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003 », *LPA* n° 113 du 6 juin 2003, p. 7-11.
- GONZALEZ (G.), « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », note sous CEDH, 10 novembre 2005, *Mme Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 4477498, *AJDA* 2006, p. 315-320.
- GONZALEZ (G.), « Chaud et froid sur la compatibilité du cumul des fonctions consultatives et contentieuses avec l'exigence d'impartialité, (en marge de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, 6 mai 2003, *Kleyn c. les Pays-Bas*) », *RTDH* 2004, p. 364-385.
- GRIDEL (J.-P.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 113-118.

- GROSSEIN (J.-P.), « De l'interprétation de quelques concepts wébériens », *Revue française de sociologie*, 2005/4, vol. 46, p. 685-721.
- GUICHET (J.-L.), « Écologie du promeneur solitaire », in M. ROVÈRE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 69-71.
- GUILLARME (B.), « L'individu et le groupe », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 31-43.
- HAYAT (S.), « La République, la rue et l'urne », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 31-44.
- IMBERT (P.-H.), « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH* 1989, p. 19-29.
- HOSTIOU (R.), « Une tentative de "conventionnalisation" du Code de l'expropriation », *AJDA* 2005, p. 1382-1387.
- HUL (S.), « Quand l'absence d'illégalité manifeste vient au secours de la moralité publique », note sous CE, ord., 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, req. n° 267836, *AJDA* 2005, p. 1851-1853.
- JACQUELIN (R.), « Une conception d'ensemble du droit administratif », *RFDA* 2006, p. 527-534.
- JANKOWSKI (B.), « Les relations armées-société en France », *Pouvoirs* 2008/4, n° 125, p. 93-107.
- JORION (B.), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 197-233.
- KALFLÈCHE (G.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 46-53.
- KELLER (R.), « Confirmation de la sanction prononcée à l'encontre de Bruno Gollnisch », concl. pour CE, 19 mars 2008, *M. Gollnisch*, n° 296984, *AJDA* 2008, p. 1055-1059.
- KRIKORIAN (P.), « Le droit à la dignité et la liberté d'expression face aux crimes contre l'humanité », *D.* 2006, p. 1980-1982.
- LABAYLE (H.), « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA* n° spécial 1998, p. 75-91.
- LACHAUME (J.-F.), « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA* n° spécial 1998, p. 92-105.
- LANDAIS (C.), LENICA (F.), « Contentieux de la légalité de l'état d'urgence », chron. sous CE ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, req. n°s 286834 et 287218, *AJDA* 2006, p. 1033-1037.
- LAUDIJOIS (M.), « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », note sous CE, 8 septembre 2005, *Ministre de la justice c/ M. X.*, req. n° 284803, *AJDA* 2006, p. 376-380.
- LEBRETON (G.), « Un legs de l'U.R.S.S. à la C.E.I. : la Déclaration soviétique des droits de l'Homme du 5 septembre 1991 », *RDP* 1992, p. 281-314.
- LECUCQ (O.), « Précisions sur la protection de l'étranger gravement malade », note sous CAA Paris, 15 décembre 2006, *Préfet de police c/ M.J.*, req. n° 06PA00482, *AJDA* 2007, p. 749-752.
- LEGRAND (A.), « Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités », note sous CE, 26 octobre 2005, *M. Gollnisch*, req. n°s 275512 et 279189 (2 espèces), *AJDA* 2006, p. 505-509.
- LEPAN (G.), « Un patriotisme paradoxal », in M. ROVÈRE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 76-77.
- LEVINET (M.), « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », Observations sous Comité des droits de l'Homme des Nations unies, 26 juillet 2002, *Wackenheim c. la France*, *Rev. trim. dr. h.* 2003, p. 1024-1042.
- LOCHAK (D.), « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 15-30.
- LOCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 43-55.

- LOMBARD (M.), « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *in* Intérêt général, concurrence et service public, *AJDA* 2006, p. 79-84.
- LOMBARD (M.), « Irréductible intérêt général », *AJDA* 2006, p. 1809.
- MACAIRE (S.), « L'exception d'inconstitutionnalité : "ni gadget, ni révolution" », *LPA* n° 262 du 31 décembre 2008, p. 8-12.
- MAISONNEUVE (M.), « Les Roms, les ultra-marins et la Constitution », *AJDA* 2010, p. 2017.
- MAISONNEUVE (M.), « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA* 2002, p. 561-572.
- MALL (L.), « Politiques de l'auteur », *in* M. ROVÈRE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », *in Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 58-59.
- MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 347-353.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « Conclusions générales », *in* Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 119-128.
- MARIOT (N.), « Le frisson fait-il la manifestation ? », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 97-109.
- MARKUS (J.-P.), « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA* 1999, p. 99-112.
- MARKUS (J.-P.), « Sursis à exécution et intérêt général », *AJDA* 1996, p. 251-263.
- MARTENS (P.), « Réflexion sur le maniérisme judiciaire », *RTDH* 2002, p. 334-344.
- MATELLY (J.-H.), « L'incertaine liberté critique du militaire », *AJDA* 2005, p. 2156-2161.
- MATHIEU (B.), « Transformer la Ve République sans la trahir. Cohérences et perspectives d'une révision constitutionnelle », *in* L'impact de la révision constitutionnelle de 2008 sur le droit administratif, *AJDA* 2008, p. 1858-1865.
- MATHIEU (B.), « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », *ADP* 2006, p. 41-48.
- MATHIEU (B.), « Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus », *AJDA* 2005, p. 113.
- MATHIEU (B.), « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *RDP* 1999, p. 93-111.
- MATHIEU (B.), « La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? », *LPA* n° 29 du 8 mars 1995, p. 12-17.
- MAZEAUD (P.), « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République (discours prononcé le 3 janvier 2006) », *in* Échanges de vœux, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, p. 5-14.
- MEKHANTAR (J.), « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA* 2004, p. 1681-1690.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (Le contrôle du respect du principe d'égalité) », *in* Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 70-73.
- MEYER (S.), « Surréglementation : quelles solutions ? », *in* La frénésie normative, *Les Cahiers de la fonction publique*, mars 2006, p. 4-7.
- MOUTOUH (H.), « La dignité de l'homme en droit », *RDP* 1999, p. 159-196.
- MUZNY (P.), « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour EDH », *RDP* 2006, p. 977-1005.

- NAIM-GESBERT (E.), « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *in* Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 54-61.
- PAOLETTI (G.), « La théorie durkheimienne du lien social à l'épreuve de l'éducation morale », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XLII, n° 129, 2004, p. 275-288.
- PAVIA (M.-L.), « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA* n° 54 du 6 mai 1994, p. 6-13.
- PÉCHILLON (É.), « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *AJDA* 2006, p. 298-305.
- PETTITI (C.), « Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000 », *Rev. trim. dr. h.* 2001, p. 3-13.
- PHILIPPE (X.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *in* Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 6-16.
- PICARD (É.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* n° spécial, 1998, p. 6-42.
- PICARD (É.), « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », *RFDA* 1994, p. 959-992.
- PIMENTEL (C.-M.), « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs* 2002/9, n° 102, p. 119-131.
- PLESSIX (B.), « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *in* Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif, *RFDA* 2007, p. 76-80.
- POIROT-MAZÈRES (I.), « "Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénisation », *Droit administratif*, juillet 2006, p. 6-12.
- PONTIER (J.-M.), « Pourquoi tant de normes ? », *AJDA* 2007, p. 769.
- PONTIER (J.-M.), « Qu'est-ce que le droit administratif ? », *AJDA* 2006, p. 1937-1940.
- PONTIER (J.-M.), « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998, p. 327-333.
- POTTEAU (A.), « L' "effet diagonal" limité de la Convention européenne des droits de l'homme en droit administratif français, (à propos des arrêts *Ville d'Annecy* et *Commune de Champagne-sur-Seine* du 29 janvier 2003) », *RFDA* 2003, p. 961-971.
- RADICA (G.), « Gare aux arts et aux sciences », *in* M. ROVÈRE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », *in Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 72-73.
- RAINAUD (A.), « La liberté de réunion n'a pas, en détention, la même portée qu'à l'extérieur », note sous CE, ord., 27 mai 2005, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, M. Bret, Mme Blandin, n°280866, *AJDA* 2005, p. 1579-1582.
- RICHER (L.), « Droit d'accès et service public », *in* Intérêt général, concurrence et service public, *AJDA* 2006, p. 73-79.
- RICHER (L.), « Le juge économiste ? », *AJDA* 2000, p. 703-705.
- ROBERT (J.), « La manifestation de rue », *RDJ* 2006, p. 829-846.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *in* L'impact de la révision constitutionnelle de 2008 sur le droit administratif, *AJDA* 2008, p. 1866-1871.
- RODRIGUES (S.), « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *in* Intérêt général, concurrence et service public, *AJDA* 2006, p. 84-90.
- ROLIN (F.), SLAMA (S.), « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *AJDA* 2006, p. 975-982.

ROVÈRE (M.), (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 53-88.

SALES (É.), « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP* 2004, p. 207-241.

SARTRE (P.), « Quelle armée française ? », *Pouvoirs* 2008/4, n° 125, p. 5-18.

SAUVÉ (J.-M.), « Entretien avec le Vice-président du Conseil d'État », *AJDA* 2007, p.556-558.

SCHAUS (A.), VIELLE (P.), « La "compétence universelle" sur la sellette », in « Thème : La Belgique, justicier du monde ? », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 8-9.

SCHOETTL (J.-É.), « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *LPA* n° 70 du 8 avril 2003, p. 17-22.

SCHRAMMECK (O.), « Droit administratif et droit constitutionnel », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 34-42.

SERMET (L.), « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 26-31.

SEUBE (J.-B.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 86-92.

SIMON (D.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 17-25.

SIMON (D.), « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus ?" », *Pouvoirs* 2001/1, n° 96, p. 31-49.

SINGLETON (M.), « De l'incompétence universelle », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 33-37.

SLAMA (A.-G.), « L'État sans citoyens », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 89-98.

SPECTOR (C.), « C'est la fête ou la faute à Rousseau », in M. ROVÈRE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 84-85.

STILLMUNKES (P.), « La classification des actes ayant force de loi en droit public français », *RDP* 1964, p. 261-292.

STIRN (B.), « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA* 1998, p. 673-675.

STIRN (B.), « L'état des libertés : bilan critique », *Pouvoirs* 1998/1, n° 84, p. 99-110.

SUR (S.), « Le conseil de sécurité : blocage, renouveau et avenir », *Pouvoirs* 2004/4, n° 109, p. 61-74.

TARTAKOWSKY (D.), « Quand la rue fait l'Histoire », *Pouvoirs* 2006/1, n° 116, p. 19-29.

TERRÉ (F.), « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G.* n° 25, 15 juin 2009, p. 52-57.

TIFINE (P.), « Le visa d'exploitation du film "Ken Park" est annulé en tant qu'il n'est pas assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans », note sous CE, 4 février 2004, *Association Promouvoir*, req. n° 261804, *JCP E* 2004, II-10045, p. 570-573.

TROIANIELLO (A.), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, mars-avril 2003, p. 58-72.

VEDEL (G.), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 79-84.

VENTRE (A.-M.), « Les polices en France », *Pouvoirs* 2002/9, n° 102, p. 31-42.

VERHOEVEN (J.), « Prétentieuse et bricolée », in « Thème : La Belgique, justicier du monde ? », *Politique*, n° 23, février 2002, p. 18-21.

VERSTAPPEN (C.), « Les droits sociaux des militaires », *Pouvoirs* 2008/4, n° 125, p. 109-120.

VILLEVIEILLE (J.-F.), « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *AFDI* 1973, vol. 19, p. 922-927.

WACHSMANN (P.), « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », in Premier bilan de la réforme sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif, *RFDA* 2007, p. 58-63.

WACHSMANN (P.), « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *RUDH* 2004, p. 40-49.

WAHNICH (S.), « Révolutionnaire *a posteriori* », in M. ROVÈRE, (dir.), « Dossier : Le promeneur tricentenaire. Rousseau », in *Le Magazine Littéraire*, n° 514, décembre 2011, p. 82-83.

ZATTARA-GROS (A.-F.), « Le contrôle de la proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du colloque de la Faculté de Droit et d'Économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA* n° spécial du 5 mars 2009, p. 32-39.

ZEGHBIB (H.), « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA* 2008, p. 1997-2002.

ZIMMER (W.), « Le contrôle des lois constitutionnelles », in Jurisprudences du Conseil constitutionnel (1^{er} janvier-31 mars 2003), *RFDA* 2003, p. 374-389.

CONTRIBUTIONS

AKANDJI-KOMBE (J.-F.), « Charte sociale européenne », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 134-137.

ANCEL (J.-P.), « Enfant (La Cour de cassation et la Convention de New York relative aux droits de l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 393-401.

ANCEL (P.), « Abus de droit (Interdiction de l') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 1-3.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Les habitats neufs du juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 11-19.

BARANGER (D.), « Utilitarisme et droit de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 966-969.

BASTID (P.), « Légitimité », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n°13, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 418-421.

BEAUD (O.), « Constitutionnalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 193-195.

BÉCHILLON (D.) DE, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 53-64.

BENOIST (J.), « Aristote. *Éthique à Nicomaque*, livre V », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 1-9.

BENZIMRA-HAZAN (J.), « Droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 319-353.

BIOY (X.), « Avortement », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 98-101.

- BLACHÈRE (P.), « Droits fondamentaux (Classification) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 275-287.
- BON (P.), « Introduction », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 133-134.
- BON (P.), « Amparo (Recours d') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 31-36.
- BORELLA (F.), « La justice de Salomon. Réflexions sur le juste », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Droit public, 1995, p. 51-61.
- BORGETTO (M.), « Préambule de la Constitution de 1946 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 593-601.
- BOUINEAU (J.), « Antiquité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 48-49.
- BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297-306.
- BRIBOSIA (E.), « Classification des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p.159-164.
- BURGORGUE-LARSEN (L.), « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 127-134.
- CARCASSONNE (G.), « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 37-45.
- CAYLA (O.), « Habermas Jürgen. *Droit et démocratie. Entre faits et normes* », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 229-239.
- CAYLA (O.), « Rousseau Jean-Jacques. *Du contrat social, ou Principes du droit politique* », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 495-505.
- CHAGNOLLAUD (D.), « Suffrage (Droit de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 681-685.
- CHAGNOLLAUD (D.), « Sécurité juridique (Droit à la) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 672-681.
- CHAGNOLLAUD (D.), « Élections libres (Droit à des) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 383-386.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Bobbio Norberto. *Essais de théorie du droit* », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 61-67.
- CHARLIER (R.-É.), « Préface », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. VII-X.
- CHÂTELET (F.), « Révolte (Idée de) », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n°19, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 883-884.
- CHÂTELET (F.), « Révolution (Idée de) », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n°19, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 884-887.
- CHEVALLIER (J.), « La mondialisation de l'État de droit », in *Droit et politique la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 325-337.
- CHEVALLIER (J.), « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, C.U.R.A.P.P., PUF, 1978, p. 11-45.

CHEVALLIER (J.), « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, C.U.R.A.P.P., PUF, 1979, p. 3-57.

CLAUSADE (J.) DE, « Méthodes de travail gouvernemental et intérêt général », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 23-29.

COHEN-JONATHAN (G.), « Abus de droit et libertés fondamentales », *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 517-543.

COURRÈGES (A.), ROBINEAU-ISRAËL (A.), VIALETTES (M.), « Le temps de la justice administrative », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 833-846.

DECAUX (E.), « Conventions internationales spéciales », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 108-114.

DEFFAINS (N.), « Autorisation/Déclaration (Régime d' et de) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 83-86.

DELAUNEY (B.), « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 211-229.

DELVOLVÉ (P.), « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 3-19.

DENQUIN (J.-M.), « Démocratie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 262-267.

DERIEUX (E.), « Censure », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 118-120.

DOUCHY-LOUDOT (M.), « Garanties procédurales et encadrement constitutionnel et européen du service public de la justice », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 457-467.

DRAGO (G.), « Laïcité (Principe de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 519-537.

DRAGO (R.), « Liberté d'entreprendre et environnement, la question des installations classées », in *Libertés, Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p.101-110.

DREYER (E.), « Dignité (Droits fondamentaux et) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 249-261.

DREYFUS (F.), « La liberté, produit de l'histoire. Réflexions sur Edmund Burke », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p.103-110.

DRUESNE (G.), SUBRA DE BIEUSSES (P.), WIENER (C.), « Robert-Édouard Charlier », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. XI-XII.

DUBOS (O.), « Droit communautaire », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 261-275.

DUBOS (O.), « Cour de justice des Communautés européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 121-140.

DUBOIS (L.), « Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 293-306.

DUPUY (P.-M.), « Jus cogens », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 566-570.

- DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 315-327.
- EBERHARD (C.), « Dialogue interculturel », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 280-283.
- ÉVEILLARD (G.), « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 97-113.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Dignité humaine », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 285-291.
- FAURE (B.), « Hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 478-490.
- FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25-42.
- FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 33-48.
- FELDMAN (J.-P.), « Sécession (Droit de) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 888-892.
- FERNÁNDEZ (T. R.), « L'importation de la notion de droits publics subjectifs des administrés en Espagne », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 171-185.
- FLAUSS (J.-F.), « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 69-108.
- FONBAUSTIER (L.), « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 196-206.
- FONBAUSTIER (L.), « Antiquité (Apports de l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 13-19.
- FOULQUIER (N.), « Rapport de synthèse », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 231-238, spéc. p.
- FRANGI (M.), « Propriété (Droit de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 617-627.
- FRAYSSE (F.), « Introduction », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 71-72.
- FROMONT (M.), « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 49-64.
- GAUDEMET (Y.), « Autorités administratives indépendantes », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 91-96.
- GAUDEMET (Y.), « Libertés publiques et domaine public », in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p.125-134.
- GAUDIN (H.), « Communauté et Union de droit », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 179-183.
- GLEIZAL (J.-J.), « L'Administration du XXI^{ème} siècle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Droit public, 1995, p. 285-293.

- GREWE (C.), « Cours constitutionnelles européennes », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 182-195.
- GREWE (C.), « Interprétation (Méthodes d') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 540-543.
- GUISNEL (J.), « Un domaine absolument "réserve" : la politique étrangère et la défense », in R. FALIGOT, J. GUISNEL, (dir.), *Histoire secrète de la V^e République*, Paris, Éditions La Découverte, coll. Poche, 2006, p. 299-309.
- HAROUÉL (J.-L.), « Ancien Régime », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 36-38.
- HAUSER (J.), « Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 135-148.
- HERMON-BELOT (R.), « Antisémisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 50-54.
- HERZOG-EVANS (M.), « Détenus (Droits des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 273-277.
- HOURQUEBIE (F.), « Introduction », in X. BIOY, F. HOURQUEBIE, (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, Actes de la journée d'études de Toulouse du 2 octobre 2009, Paris, coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2010, p. 9-24.
- HIGUCHI (Y.), « Allocutions d'ouverture », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, p. 7-9.
- IACUB (M.), MAGNIGLIER (P.), « Legendre Pierre. *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique* », in O. CAYLA, J.-P. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 346-353.
- JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 25-32.
- JOUANJAN (O.), « Allemagne (État des droits fondamentaux en) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 18-24.
- JULIEN-LAFERRIÈRE (F.), « Étrangers (Droit des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 402-409.
- KANAYAMA (N.), « Intérêt général : le pays de Rousseau aujourd'hui », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, p. 53-58.
- KISSANGOULA (J.), « Jusnaturalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 570-573.
- LACHAUME (J.-F.), « Quels droits publics subjectifs pour les usagers des services publics ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 115-129.
- LADRIÈRE (J.), « Concept », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n°6, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 206-208.
- LAMBERT-ABDELGAWAD (É.), « Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 121-124.

- LAQUIÈZE (A.), « Libérales (Les doctrines – classiques et les droits de l'homme, 1789-1914), in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 613-619.
- LAUNAY (S.), « Autoritaire (Régime) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 86-91.
- LEBRETON (G.), « Critiques des droits de l'homme et des droits fondamentaux », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 230-237.
- LEBRETON (G.), « Liberté », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 619-622.
- LEBRETON (G.), « Ordre public », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 717-719.
- LEBRETON (G.), « Le juge administratif face à l'ordre moral », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Droit public, 1995, p. 363-378.
- LECADRE (R.), « Une justice aux ordres, ou la machine à étouffer les scandales », in R. FALIGOT, J. GUISEL, (dir.), *Histoire secrète de la V^e République*, Paris, Éditions La Découverte, coll. Poche, 2006, p. 633-644.
- LÉCUYER (Y.), « Société démocratique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 905-909.
- LE GUYADER (A.), « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 249-265.
- LEMAIRE (F.), « Séparatisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 901-905.
- LENOIR (N.), « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 1-6.
- LESCUYER (G.), « Libertés publiques », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n° 9, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 1980, p. 985-988.
- LEVINET (M.), « Lecture critique du "modèle européen" de protection des droits de l'homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUE, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 13-29.
- LÉVY (D.), « Réflexions sur la notion d'utilité publique », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 195-204.
- LÉVY (D.), « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 81-90.
- LUCHAIRE (F.), « Douze bizarreries constitutionnelles bien françaises », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 151-165.
- MAHIOU (A.), « Charte arabe des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 124-127.
- MAPPA (S.), « Introduction », in S. MAPPA, (dir.) *Essai sur l'intérêt général. Europe, Islam, Afrique coloniale*, Paris, Éditions Karthala, 1997, p. 7-33.
- MASSOT (J.), « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, p. 157-168.
- MATHIEU (B.), « Préface », in X. BIOY, F. HOURQUEBIE, (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, Actes de la journée d'études de Toulouse du 2 octobre 2009, Paris, coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2010, p. 7-8.

- MATHIEU (B.), « Bioéthique », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 103-107.
- MATHIEU (B.), « Propos introductifs », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 5-7.
- MAVILA (J.-C.), « Plaidoyer pour le respect des droits de l'Homme et des peuples pour l'Afrique de l'an 2000 », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 111-126.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « Animal (Droits de l') », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 43-45.
- MAUGENEST (D.), « Ouverture », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 7-10.
- MAZEAUD (D.), « Action en justice et intérêt général en droit privé », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, p. 37-51.
- MAZEAUD (P.), « Propos d'ouverture », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 1-3.
- MELLERAY (F.), « Introduction », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 23-24, spéc. p. 23.
- MERLAND (G.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 35-46.
- MEYER-BISCH (P.), « Indivisibilité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 519-523.
- MEYER-BISCH (P.), « Obligations (Théorie des) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 714-717.
- MILLARD (É.), « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 349-352.
- MORANGE (J.), « La crise de la notion de liberté publique », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 91-117.
- MOUSSOKI (D.), « Quels droits de l'Homme ? », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 57-66.
- MOUTON (S.), « Le pouvoir des juges : matière à constitutions françaises ? Regard sur le rôle des juges dans les Constitutions depuis 1789 », in X. BIOY, F. HOURQUEBIE, (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, Actes de la journée d'études de Toulouse du 2 octobre 2009, Paris, coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2010, p. 27-73.
- NIORT (J.-F.), « Carbonnier Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 77-81.
- Ogien (R.), « Éthique (Grandes doctrines de l'éthique et droits de l'homme) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 398-402.
- PASQUINO (P.), « Sieyès Emmanuel-Joseph. *Discours* », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 551-557.

- PÉCHARMAN (M.), « Droit naturel (Doctrines modernes du) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 313-318.
- PELLUCHON (C.), « Anciens et Modernes », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 39-43.
- PELLUCHON (C.), « Bonheur », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 107-109.
- PELLUCHON (C.), « Sujet (Philosophie du – et droits de l'homme) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 912-915.
- PENA (A.), « Sûreté personnelle (Droit à la) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 685-702.
- PINI (J.), RENOUX (T. S.), « Juge (Droit à un recours juridictionnel) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 503-512.
- PLESSIX (B.), « Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 33-50.
- POIRAT (F.), « Déclaration universelle des droits de l'homme et Pacte de 1966 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 206-216.
- POUGOUÉ (P.-G.), « Lecture de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 31-45.
- PRÉLOT (P.-H.), « Pensée, conscience et opinion (Libertés de) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 557-563.
- PRÉLOT (P.-H.), « Laïcité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 597-601.
- PUBERT (L.), « Cour européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 140-171.
- RAYNAUD (P.), « Mill John Stuart. De la liberté », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 404-409.
- RENARD (G.), « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 485-499.
- RICŒUR (P.), « Liberté », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n° 9, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 1980, p. 979-985.
- RIVERO (J.), « Les limites de la liberté », in *Libertés, Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 189-194.
- RUIZ FABRI (H.), « La légitimité des juridictions internationales », in D. D'AMBRA, (dir.), *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2013, p. 161-174.
- ROMI (R.), « Environnement (Droit à l') », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 451-456.
- ROUX (A.), « Constitution, expérimentation et décentralisation », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, préface de Pierre JOXE, Paris, Economica, 2005, p. 207-218.
- ROUYÈRE (A.), « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 73-96.

- RUFFERT (M.), « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 149-159.
- SABETE (W.), « Limitations aux droits », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 656-662.
- SAINT-BONNET (F.), « Arbitraire », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 58-61.
- SAINT-BONNET (F.), « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 9-21.
- SAINTE-ROSE (J.), « L'intérêt général et le juge », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 1-7.
- SAINT-JAMES (V.), « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 477-481.
- SALAME (G.), « Bonnes mœurs », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 109-111.
- SASSÒLI (M.), PROULX (M.-H.), « Guerre et conflit armé », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 466-471.
- SCHOETTL (J.-É.), « Intérêt général et Constitution », in *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, n°50, coll. EDCE, 1999, p. 375-386.
- SÉGUR (P.), « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2008, p.7-26.
- SEILLER (B.), « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 191-209.
- SEILLER (B.), « Juge administratif (et protection des droits fondamentaux) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 512-518.
- SEILLER (B.), « Conseil d'État », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 61-66.
- SERMET (L.), « Apartheid », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 54-56.
- SERRAND (P.), « Loi », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 664-669.
- SÈVE (R.), « Les libertés et droits fondamentaux et la philosophie », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2008, p. 27-32.
- SÈVE (R.), « Kant Emmanuel. Doctrine du droit », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN, (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 303-312.
- SILVA (I.) DE, « La protection des droits fondamentaux par le juge administratif de l'extradition : progrès et rupture », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 763-782.
- SIMON (D.), « L'intérêt général vu par les droits européens », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX, (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires – Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, p. 47-67.

- SINDJOUN (L.), « Brèves réflexions sur une question sans fin », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 91-98.
- SORDI (B.), « Le rôle de la notion de droits publics subjectifs des administrés en Italie », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 161-170.
- SPIELMANN (D.), « *Drittwirkung* », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 301-303.
- STIRN (B.), « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 795-801.
- SUDRE (F.), « Quel noyau intangible des droits de l'Homme ? », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 267-275.
- SZYMCZAK (D.), « Le droit européen, source de droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, p. 51-68.
- TERRÉ (F.), « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2008, p. 3-6.
- THIERRY (H.), « Esquisse d'une classification fonctionnelle des normes du droit international », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 297-308.
- TIMSIT (G.), « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p.685-713.
- TITINWEL (P.), « L'idée de "droits de l'Homme" en Afrique », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 49-56.
- TORIAIRIA (R.), « Paradoxes des droits de l'Homme », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 67-78.
- TROPER (M.), « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 49-65.
- TROPER (M.), « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 309-323.
- TRUCHET (D.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in *L'intérêt général, Rapport public 1999*, La Documentation française, n°50, coll. EDCE, 1999, p. 361-374.
- TULKENS (F.), « Dérogation », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 267-271.
- TURPIN (D.), « Antinomies », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 45-48.
- TURPIN (D.), « Citoyenneté et nationalité », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 147-151.
- TURPIN (D.), « France (État des droits de l'homme en) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 438-443.
- TUSSEAU (G.), « L'intérêt général en droit constitutionnel », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, p. 131-155.

- VAILHÉ (J.), « Cour de cassation », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 114-121.
- VEDEL (G.), « Introduction », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 1-8.
- VENNESSON (P.), « Armée », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 61-65.
- VEREECKE (L.-G.), « Casuistique », in *Encyclopædia Universalis*, corpus n° 5, Paris, Encyclopædia Universalis France S.A., 2002, p. 41-42.
- VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Notions) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 303-319.
- VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 287-303.
- VIGOUROUX (C.), « L'expression "au sens de" ou le juge linguiste sans être encyclopédiste », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 847-857.
- VIGOUROUX (C.), « Le contrôle de la police », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 743-760.
- VILLIERS (M.) DE, « Principes généraux du droit », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 614-616.
- VILLIERS (M.) DE, « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 611-614.
- VILLIERS (M.) DE, « Constitution de 1958 », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 66-69.
- VILLIERS (M.) DE, « Conseil constitutionnel », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 44-60.
- VIRALLY (M.), « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975 p. 451-467.
- WACHSMANN (P.), « Les conséquences du rééquilibrage devant la justice administrative », in D. D'AMBRA, (dir.), *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2013, p. 145- 157.
- WACHSMANN (P.), « Enseignement des libertés et des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2008, p. 371-372.
- WALINE (M.), « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 519-534.
- WIEDERKEHR (G.), « Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France », in D. D'AMBRA, (dir.), *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2013, p. 5-14.
- WIENER (C.), « Les foulards noirs et la République », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 761-775.
- WILLYBIRO-SAKO (J.), « Des principes et convictions à une véritable protection juridique en Afrique », in D. MAUGENEST, P.-G. POUGOUÉ, (dir.), *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994), Yaoundé-Paris, Éditions UCAC et Karthala, coll. « Hommes et Sociétés », 1996, p. 99-109.
- YAMAMOTO (H.), « L'intérêt général en droit constitutionnel japonais », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, p. 105-129.

RECUEILS DE JURISPRUDENCE

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 15^{ème} éd., 2005, 974 p.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^{ème} éd., 2007, 1058 p.

MÉLANGES/ TRAVAUX COLLECTIFS/ TRAVAUX INSTITUTIONNELS

(Classement chronologique)

Les droits publics subjectifs des administrés, t. 4, Paris, LexisNexis – Litec, coll. Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, 2011, 238 p.

L'intérêt général au Japon et en France, Paris, Dalloz – Société de législation comparée, 2008, 183 p.

Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Paris, Dalloz, 2007, 882 p.

L'office du juge, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, 544 p.

« Rapport de la France établi par le Conseil constitutionnel », in *Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, XIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Nicosie, Chypre (15-19 mai 2005), *RUDH* 2005, p. 186-195.

Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip, préface de Pierre JOXE, Paris, Economica, 2005, 622 p.

Le statut pénal du Président de la République. Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République présidée par le professeur Pierre Avril, Ministère de la justice, La Documentation française, coll. Rapports officiels, 2003, 108 p.

Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Paris, Dalloz, 2002, 901 p.

Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Paris, Economica, 2001, 458 p.

Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant, Paris, L.G.D.J., 1999, 507 p.

L'intérêt général, Rapport public 1999, La Documentation française, n° 50, coll. EDCE, 1999, 442 p.

Libertés, Mélanges Jacques Robert, Paris, Montchrestien, 1998, 608 p.

L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, 817 p.

L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago, Paris, Economica, 1996, 503 p.

Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Droit public, 1995, 552 p.

Décentralisation et ordre juridique, Rapport public 1993, La Documentation française, coll. EDCE, n° 45, 1994, 456 p.

Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, 895 p.

Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Éditions Cujas, 1975, 467 p.

Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline, Paris, L.G.D.J., 1974, 265 p.

Mélanges R. Carré de Malberg, Paris, Sirey, 1933, 536 p.

OUVRAGE SUR SUPPORT NUMÉRIQUE

MANDEVILLE (B.), *La fable des abeilles ou Les vices privés font les vertus publiques*, traduction J. BERTRAND, Paris, 2011, Institut Coppet, www.institutcoppet.org, 28 p.

REVUES CONSULTÉES SUR SUPPORT NUMÉRIQUE

ALLAND (D.), « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'État, *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998 », *RFDA* 1998, p. 1094.

AUBRY (F.-X.), « Réflexion à propos de l'État péréquateur », *LPA* n° 75 du 15 avril 1999, p. 19.

BÉCHILLON DE (D.), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973.

MOLFESSIS (N.), « La loi suspendue », *D.* 2003, p. 139.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « La désobéissance civile : une source du droit ? », *RTD Civ.* 2005, p. 73.

ROBERT (J.), « Un gâchis référendaire (29 mai 2005) », *RDV* 2005, p. 839.

TERRÉ (F.), « Le droit et le bonheur », *D.* 2010, p. 26.

ÉTUDES ET CONTRIBUTIONS SUR SUPPORT NUMÉRIQUE

BEAUD (O.), « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Autour de la notion de Constitution, Jus Politicum Revue de droit politique* n° 3, 2009, <http://www.juspoliticum.com>, p. 1-29.

BÉCHILLON (D.) DE, « Comment légitimer l'office du juge ? », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 470-480.

BEHRENDT (C.), « Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20 – juin 2006, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

BOUDON (J.), « Lorsque le Conseil constitutionnel pré-légifère : les avertissements adressés au législateur dans les décisions QPC de censure », Communication au congrès de l'AFDC – Nancy, 16-18 juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/atelierN7.html>, 7 p.

BROYELLE (C.), « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 273-282.

COHEN-JONATHAN (G.), « Hommage à Jean RIVERO (1910-2001) », *Droits fondamentaux* n°1, juillet-décembre 2001, <http://www.droits-fondamentaux.org>, p. 5-9.

DAUDET (V.), NAVARRE-BRAGER (J.), « Le droit, source de conflits », *Jurisdoctoria* n° 2, 2009, <http://www.jurisdoctoria.net>, p. 21-45.

DEGUERGUE (M.), « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 370-386.

- DESMONS (É.), « Juger les lois. (Commentaires sur le chapitre VI du livre I de « *De la démocratie en Amérique* »), in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 482-488.
- GOHIN (O.), « La Constitution française de 1958 et l'urgence », in *Constitutions et urgences*, atelier n° 2, 12 juin 2007, VII^e Congrès international de droit constitutionnel, Athènes, Zappeion Megaron, 11-15 juin 2007, <http://www.enelsyn.gr> (site de l'Association des constitutionnalistes grecs), p. 1-12.
- GRCIC (J.), « Hobbes and Rawls on Political Power », *Etica & Politica / Ethics & Politics*, IX, 2007, 2, <http://www2.units.it/etica/>, pp. 371-392,
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, Actes du colloque de Strasbourg – 6 mai 2011, www.institutvilley.com, 9 p.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Quels droits reconnaît-elle ? », in *Dossier : La Constitution en vingt questions – Question n° 4*, 2008, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22 – juin 2007, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.
- LE PILLOUER (A.), « "De la révision à l'abrogation de la constitution" : les termes du débat », in *Autour de la notion de Constitution, Jus Politicum Revue de droit politique* n° 3, 2009, <http://www.juspoliticum.com>, p. 1-20.
- LOCHAK (D.), « Dissimuler la violence, canaliser la contestation », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 246-260.
- MAZEAUD (P.), « Vœux du président du Conseil constitutionnel M. Pierre Mazeaud, au Président de la République », 3 janvier 2007, www.conseil-constitutionnel.fr, p. 1-25.
- MERLAND (G.), « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », in *Dossier : Le Conseil constitutionnel et les divers branches du droit, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16 – juin 2004, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.
- PELLET (A.), « "Droits-de-l'Homme" et droit international », *Droits fondamentaux* n°1, juillet-décembre 2002, <http://www.droits-fondamentaux.org>, p.167-179.
- PICARD (É.), « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 42-147.
- RICCI (R.), « La légitimation du juge constitutionnel : un législateur dérivé gardien des valeurs de la démocratie », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 490-527.
- ROLLAND (P.), « La garantie des droits », *Droits fondamentaux* n°3, janvier-décembre 2003, <http://www.droits-fondamentaux.org>, p. 179-218.
- SERRAND (P.), « Feu la jurisprudence *Rekhou*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir* », *Jus Politicum Revue de droit politique* n° 5, 2010, <http://www.juspoliticum.com>, p. 1-10.
- SIMARD (A.), « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », in *Le droit politique, Jus Politicum Revue de droit politique* n° 1, 2008, <http://www.juspoliticum.com>, p. 1-20.
- SIMON (D.), « La légitimité du juge communautaire », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 447-468.
- STIRN (B.), « Le juge administratif et les libertés publiques », in *Les Grands enjeux de l'État de droit. France – Suisse – Grèce*, Premier E-colloque de la Fondation Mémoire Albert Cohen, <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org>.
- SUDRE (F.), « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 224-242.
- TROPER (M.), « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », La liberté de l'interprète », in *Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28 – juillet 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

TROPER (M.), « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9 – février 2001, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

TROPER (M.), « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque du Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, www.senat.fr, p. 28-40.

RESSOURCES ÉLECTRONIQUES

Site Legifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

Site du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr/>

Site de la Cour européenne des droits de l'Homme : <http://www.echr.coe.int/>

Site de la Cour de justice de l'Union européenne : <http://curia.europa.eu/>

Site du Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int/>

Site du Credho : <http://www.credho.org/>

Site de la Présidence de la République : <http://www.elysee.fr>

Site du Gouvernement : <http://www.gouvernement.fr/>

Site de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/>

Site du Sénat : <http://www.senat.fr/>

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	p. V
SOMMAIRE	p. VII
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	p. VIII
 INTRODUCTION	 p. 10
 Section 1 ^{ère} : Liberté du sujet <i>contre</i> liberté de tous : le conflit originel	 p. 13
§1. – Le postulat de la liberté du sujet : la prémisse du conflit originel	p. 14
§2. – La nécessité de la liberté de tous : l'inéluctabilité du conflit originel.....	p. 17
 Section 2 ^{ème} : Liberté du sujet et liberté de tous : l'arbitrage de l'intérêt général	 p. 20
§1. – Refonder la résolution politique du conflit originel par l'intérêt général	p. 21
I. – Une mutualisation du conflit consacrée par une notion administrative et constitutionnelle	p. 23
A. – Une mutualisation des conflits conçue par le droit administratif	p. 24
B. – Une mutualisation des conflits confirmée par le droit constitutionnel	p. 25
II. – Une mutualisation du conflit permise par la notion d'intérêt général	p. 27
A. – L'étroitesse substantielle de la notion d'ordre public	p. 28
B. – L'hétérogénéité excessive des notions complémentaires	p. 29
§2. – Refonder la résolution juridique du conflit originel par l'intérêt général	p. 31
I. – Construire une théorie générale des droits fondamentaux par le truchement de l'intérêt général	p. 31
A. – Rationaliser la genèse des droits fondamentaux : de l'essence à l'existence de la liberté.....	p. 31
1. – Les mutations du conflit de libertés par la juridicisation de la liberté	p. 32
2. – L'élargissement du conflit de libertés par la fondamentalisation de la liberté	p. 36
B. – Homogénéiser la définition de la liberté par les droits fondamentaux.....	p. 37
1. – Les distinctions sans incidence sur la relation intérêt général et droits fondamentaux.....	p. 38
a) – L'indifférence à l'égard des titulaires de droits fondamentaux	p. 38
b) – L'indifférence à l'égard du contenu des droits fondamentaux	p. 39
2. – Les distinctions ignorées dans la relation intérêt général et droits fondamentaux	p. 40

a) – La réunion des générations de droits et libertés	p. 40
b) – La jonction entre la notion de droits et la notion de libertés	p. 41
II. – Caractériser une relation symbiotique entre l'intérêt général et les droits fondamentaux	p. 42
A. – Une question globale : <i>quelle est l'étendue de la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux ?</i>	p. 42
1. – L'intérêt scientifique de la question	p. 43
a) – Intérêt général et droits fondamentaux : des interrogations ciblées	p. 43
b) – Intérêt général et droits fondamentaux : une question de principe	p. 46
2. – Les précautions méthodologiques du questionnement	p. 50
a) – La simplification de la méthode de questionnement	p. 50
α. – La <i>définition</i> de la définition des droits fondamentaux	p. 51
β. – Une confrontation directe entre droits fondamentaux et intérêt général	p. 52
b) – La délimitation du champ conceptuel	p. 55
B. – Une réponse dynamique : <i>de l'intérêt général aux droits fondamentaux à la conciliation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général</i>	p. 58
1. – La politique saisit le droit	p. 60
2. – Le droit saisit la politique	p. 60
 PREMIERE PARTIE DE L'INTERET GENERAL AUX DROITS FONDAMENTAUX	p. 62
 Titre I^{er} : L'intérêt général, source du système de droit libéral	p. 64
 Chapitre I^{er} : La vocation structurante de l'intérêt général	p. 66
 Section 1^{ère} : La justification du système de droit libéral par l'intérêt général	p. 66
§1. – L'hypothèse d'un pacte social libéral fondateur du droit	p. 67
I. – La nécessité de poser l'énoncé politique l'intérêt général	p. 68
II. – La promesse d'un énoncé consensuel de l'intérêt général dans un pacte social libéral	p. 72
A. – La promotion de l'idée de pacte social libéral par l'intérêt général	p. 73
1. – De l'unanimité en faveur d'un accord social	p. 73
a) – L'exigence partagée d'un lien social au fondement de la règle de droit	p. 74
b) – Une croyance suffisante pour valider le processus politico-juridique	p. 79

2. – Aux origines de la liberté contemporaine : <i>un pacte social libéral</i>	p. 81
B. – La contractualisation de l'intérêt général dans le pacte social libéral	p. 83
1. – L'intérêt général, cause fondamentale présidant à la conclusion du pacte social libéral	p. 84
2. – L'intérêt général, objet essentiel de la conclusion du pacte social libéral	p. 86
a) – Le pacte social libéral, expression d'un échange	p. 87
b) – Le pacte social libéral, expression d'une redistribution	p. 89
§2. – Les fondations politiques d'un état juridique libéral	p. 91
I. – Les qualités politiques requises du droit libéral en formation	p. 91
A. – La règle de droit expression de la raison humaine : la nécessité de la règle de droit	p. 92
B. – La confirmation du rôle de l'État : l'extériorité de la règle de droit	p. 95
C. – La réappropriation du concept de souveraineté : la légitimité de la règle de droit.....	p. 96
II. – Les caractères constitutifs de l'état juridique libéral en formation	p. 98
A. – La généralisation de la coercition publique	p. 98
B. – La génération de la liberté politique	p. 101
Section 2^{ème} : L'énonciation de l'intérêt général par le système de droit libéral	p. 104
§1. – L'instauration d'un ordre juridique libéral	p. 106
I. – La fondation matérielle de l'ordre juridique libéral par une norme restrictive	p. 106
II. – La pérennisation structurelle de l'ordre juridique libéral par l'État	p. 110
A. – La nécessité d'une puissance collective : l'État	p. 111
B. – Le maintien de la liaison entre l'État et les sujets de droit	p. 115
§2. – L'objectivation de l'ordre juridique libéral	p. 119
I. – La notion d'intérêt général, justification de l'action du système de droit	p. 120
A. – L'unification de l'intérêt général au profit de l'État	p. 121
B. – La monopolisation de la production de l'intérêt général par l'État	p. 122
II. – La notion d'intérêt général, limitation de l'action du système de droit	p. 123
CONCLUSION INTERMEDIAIRE	p. 128
Chapitre II : La vocation constituante de l'intérêt général	p. 130
Section 1^{ère} : La formalisation législative de l'intérêt général	p. 131

§1. – Le légicentrisme gardien d’une notion d’intérêt général globalement libérale	p. 132
I. – La loi, expression de la volonté générale	p. 133
A. – La volonté générale de Rousseau	p. 133
B. – La liaison démocratique entre la loi et la notion d’intérêt général	p. 136
II. – La loi, expression de l’intérêt général	p. 142
A. – La dépendance des droits et libertés à l’égard des trois pouvoirs	p. 142
B. – Les droits et libertés soumis au règne de la loi	p. 144
§2. – Le légicentrisme conservateur d’une notion d’intérêt général potentiellement liberticide	p. 146
I. – Une double rupture entre la notion d’intérêt général et la loi	p. 146
A. – La rupture du lien fonctionnel entre la notion d’intérêt général et la loi	p. 146
B. – La rupture du lien organique entre la notion d’intérêt général et la loi	p. 148
1. – La confusion des pouvoirs jusqu’en 1958	p. 149
2. – La dénaturation des principes de la souveraineté nationale jusqu’en 1971	p. 150
II. – Les dérives prévisibles de la notion légale d’intérêt général pour les droits et libertés	p. 154
A. – Des dérives prévisibles	p. 154
B. – Des dérives avérées	p. 157
Section 2^{ème} : Les formalisations fondamentales de l’intérêt général	p. 159
§1. – La constitutionnalisation de la notion d’intérêt général	p. 160
A. – L’affirmation de la notion d’intérêt général en droit constitutionnel	p. 161
1. – L’intérêt général affirmé par les normes constitutionnelles	p. 162
2. – L’intérêt général affirmé par le contentieux constitutionnel	p. 164
B. – Les implications de la constitutionnalisation de la notion d’intérêt général ..	p. 168
1. – Le rétablissement du lien fonctionnel entre la loi et la notion d’intérêt général : la suprématie constitutionnelle	p. 168
a) – La constitution, expression juridique du pacte social libéral ?	p. 168
b) – Les conséquences du rétablissement du lien fonctionnel	p. 171
2. – Le rétablissement du lien organique entre la loi et la notion d’intérêt général : l’État de droit	p. 174
a) – De l’État légal à l’État constitutionnel	p. 175
b) – De l’État libéral à l’État de droit	p. 176

§2. – L'internationalisation de la notion d'intérêt général	p. 181
I. – L'européanisation significative de la notion d'intérêt général	p. 187
A. – Le saisissement direct de la notion d'intérêt général dans le droit européen de la Convention	p. 188
B. – Le saisissement progressif de la notion d'intérêt général dans le droit de l'Union européenne	p. 192
II. – L'appréhension limitée de la notion d'intérêt général par le droit international général	p. 201
A. – La notion d'intérêt général, un intérêt international	p. 201
B. – La notion d'intérêt général international dans l'ordre interne	p. 204
 CONCLUSION INTERMEDIAIRE	p. 207
 Titre II : L'intérêt général, origine des droits fondamentaux	p. 209
 Chapitre I^{er} : La définition des droits fondamentaux par l'intérêt général	p. 211
Section 1^{ère} : La vocation exclusive de l'intérêt général	p. 211
§1. – L'intérêt général, une condition expresse dans la définition des droits fondamentaux	p. 212
§2. – L'intérêt général, une condition présumée dans la définition des droits fondamentaux	p. 217
Section 2^{ème} : La vocation inépuisable de l'intérêt général	p. 223
§1. – L'extrême hétérogénéité de l'intérêt général	p. 225
I. – Une hétérogénéité extrême liée à la redéfinition constante des droits fondamentaux	p. 225
II. – Une hétérogénéité extrême liée à la dynamique sociale	p. 227
§2. – Essai de rationalisation des conceptions de l'intérêt général	p. 229
I. – Les conceptions classiques de l'intérêt général : de l'État gendarme à l'État providence	p. 231
A. – La conception utilitariste de la notion d'intérêt général : l'État gendarme	p. 231
1. – Une définition négative de la notion d'intérêt général	p. 232
2. – Une définition insuffisante de la notion d'intérêt général	p. 237
B. – La conception volontariste de la notion d'intérêt général : l'État providence	p. 242
1. – Une définition positive de la notion d'intérêt général	p. 243
2. – Une définition envahissante de la notion d'intérêt général	p. 249
II. – La conception française de la notion d'intérêt général : l'État républicain	p. 255

A. – L’irréductibilité des missions positives de l’État	p. 256
B. – La synthèse française d’une notion d’intérêt général irréductible.....	p. 258
CONCLUSION INTERMEDIAIRE	p. 264
Chapitre II : La légitimation des droits fondamentaux par l’intérêt général	p. 267
Section 1^{ère} : Une légitimation cohérente	p. 269
§1. – La préservation de l’ordre politique	p. 270
I. – Légitimer le maintien de la société politique	p. 271
II. – Légitimer la nature immuable du pouvoir souverain	p. 274
A. – La consolidation accrue du pouvoir souverain	p. 274
B. – Le renforcement délicat du pouvoir souverain	p. 277
§2. – La protection de l’ordre juridique	p. 278
I. – Légitimer les procédures de sauvegarde	p. 279
A. – Une légitimation fonctionnelle des procédures de sauvegarde	p. 280
1. – Une légitimation théorisée	p. 280
2. – Une légitimation actualisée	p. 282
a) – La coloration pénale des atteintes au système de droit	p. 283
b) – Les mécanismes de dérogations aux droits fondamentaux inscrits dans les textes internationaux	p. 284
c) – La confirmation par le juge constitutionnel du caractère suspensif des droits fondamentaux	p. 285
B. – Une légitimation continue des procédures de sauvegarde	p. 288
1. – Une continuité normative reconnue par le Conseil constitutionnel	p. 290
2. – Une continuité normative reconnue par le Conseil d’État	p. 291
II. – Légitimer la contrainte étatique	p. 296
A. – De l’incontestabilité de la normativité à l’inexistence de toute normativité	p. 297
B. – De la préservation finale de l’autorité publique par la légitimité du pacte social libéral	p. 302
1. – Une contestation inopérante de l’autorité publique	p. 302
2. – Une contestation contradictoire de l’autorité publique	p. 306
Section 2^{ème} : Une légitimation ambivalente	p. 310
§1. – Un contrôle social des droits fondamentaux par l’intérêt général	p. 311

I. – Un contrôle matériel des droits fondamentaux	p. 312
A. – L'orientation sociale des droits fondamentaux	p. 312
1. – Une déformation problématique de la règle de droit	p. 312
2. – Le retour à une conception large de la théorie de l'abus de droit	p. 315
B. – L'orientation éthique des droits fondamentaux	p. 316
1. – Une éthique acceptable : « quand nuire à soi-même nuit à la société »	p. 317
2. – Une éthique discutable : « quand nuire à soi-même ne nuit pas à la société »	p. 319
a) – De la dignité dans l'exercice de notre liberté !	p. 320
α. – Le « laisser-faire » du juge de Luxembourg	p. 323
β. – Le « puritanisme » du juge de Strasbourg	p. 324
γ. – Le « rigorisme moral » du Conseil d'État	p. 327
b) – De la moralité publique à l'ordre moral ?	p. 332
c) – La fin de l'adage <i>la liberté est la règle, l'interdiction, l'exception...</i>	p. 336
II. – Le contrôle formel des droits fondamentaux	p. 340
A. – L'érosion des droits fondamentaux par la démocratie ?	p. 342
B. – L'érosion des droits fondamentaux par la Constitution ?	p. 346
C. – Quelle efficience pour le concept de droit fondamental ?	p. 349
§2. – Le contrôle politique de l'intérêt général au nom des droits fondamentaux	p. 355

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

p. 362

SECONDE PARTIE

DE LA CONCILIATION ENTRE LES DROITS FONDAMENTAUX ET L'INTERET GENERAL

p. 366

Titre I^{er} : Une conciliation par les normes

p. 369

Chapitre I^{er} : Les fondements constitutionnels de la conciliation

p. 370

Section 1^{ère} : La constitution du lien normatif entre droits fondamentaux et intérêt général

p. 370

§1. – L'hypothèse d'une norme constituante

p. 371

I. – La recherche socio-historique de la norme constituante

p. 371

A. – L'improbable origine coutumière

p. 372

B. – Les incertitudes de l'histoire constitutionnelle française

p. 374

II. – La proposition de sociologie politique : le retour au peuple souverain

p. 375

§2. – La validité de la norme constituante	p. 377
I. – L’inaptitude du droit pour apprécier la validité de la norme constituante	p. 377
II. – La nécessité de postuler une norme constituante valide	p. 379
Section 2^{ème} : Les implications du cadre constitutionnel de la conciliation	p. 382
§1. – Organiser la compossibilité des droits fondamentaux et de l’intérêt général	p. 384
I. – La compossibilité entre les droits fondamentaux et l’intérêt général	p. 384
A. – Le respect des droits fondamentaux par la puissance publique : une obligation fictivement négative	p. 385
B. – La protection des droits fondamentaux par la puissance publique : une obligation intrinsèquement positive	p. 387
II. – Le caractère compossible des droits fondamentaux grâce à l’intérêt général	p. 390
§2. – Renouveler la définition du concept de droits fondamentaux	p. 392
I. – Un droit fondamental est <i>un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel</i>	p. 393
A. – Un statut unique pour tous les droits fondamentaux	p. 394
B. – Une source formelle exclusive pour tous les droits fondamentaux	p. 396
II. – Un droit fondamental est un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel <i>et restreint</i>	p. 398
A. – Le caractère structurellement restrictif de la Constitution française	p. 399
B. – La praticabilité de la restriction d’un droit ou d’une liberté	p. 400
III. – Un droit fondamental est un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel et restreint <i>au nom d’un intérêt général</i>	p. 403
A. – La signification de l’intégration de l’intérêt général au concept de droits fondamentaux	p. 403
1. – Une restriction d’un droit ou d’une liberté pour résoudre un conflit	p. 403
2. – Un droit fondamental est un droit ou une liberté conceptuellement restreint	p. 405
B. – La portée de l’intégration de l’intérêt général au concept de droits fondamentaux	p. 409
IV. – Un droit fondamental est un droit ou une liberté de rang formellement constitutionnel et restreint au nom d’un intérêt général <i>constitutionnellement valide</i>	p. 411
CONCLUSION INTERMEDIAIRE	p. 413
Chapitre II : Une conciliation conditionnée par la hiérarchie des normes	p. 416
Section 1^{ère} : La conciliation fondée sur le respect de la hiérarchie des normes	p. 417

§1. – Les principes structurants de la hiérarchie des normes	p. 417
I. – L’impératif méthodologique : démocratie, droits fondamentaux et État de droit	p. 418
II. – Les exigences fonctionnelles	p. 421
A. – La nécessité absolue de séparer constitutionnellement les fonctions normative et juridictionnelle	p. 421
1. – Le principe de la distinction fonction normative/fonction juridictionnelle	p. 421
2. – Les limites de la distinction : l’exemple du rapport loi/règlement	p. 423
B. – Le rattachement de l’intérêt général à une fonction constitutionnellement déterminée	p. 425
1. – La délocalisation des foyers d’expression de l’intérêt général	p. 426
a) – Des initiatives publiques dans l’espace étatique	p. 426
α. – Les autorités administratives indépendantes et l’intérêt général ...	p. 427
β. – Les collectivités territoriales et l’intérêt général	p. 428
b) – Des initiatives privées autorisées par l’État	p. 431
2. – La multiplication problématique des acteurs en charge de définir l’intérêt général ?	p. 432
§2. – Les limites structurelles de la hiérarchie des normes	p. 434
I. – Les vicissitudes de la hiérarchie des normes entre la Constitution et la norme internationale	p. 434
A. – La rupture problématique du lien normatif au détriment de la Constitution	p. 435
B. – La rupture logique du lien normatif en faveur de la Constitution	p. 439
II. – La négation paradoxale de la suprématie de la Constitution	p. 444
A. – La suprématie de la Constitution ne s’applique pas, dans l’ordre interne, aux dispositions de forme référendaire	p. 444
B. – L’immunité juridictionnelle des « lois présidentielles » de l’article 16	p. 445
Section 2^{ème} : Une conciliation validée par la garantie des droits	p. 447
§1. – Une conciliation garantie par l’existence de contrôles juridictionnels	p. 448
I. – L’organe juridictionnel suprême : le juge constitutionnel	p. 448
II. – Les organes juridictionnels principaux	p. 453
A. – Le contrôle prééminent des juges ordinaires : le contrôle interne	p. 453
1. – Le contrôle exceptionnel du Tribunal des conflits	p. 453
2. – Le contrôle naturel du juge judiciaire	p. 455

3. – Le contrôle général du juge administratif	p. 460
B. – Le contrôle subsidiaire de juges internationaux : le contrôle externe	p. 464
1. – Le contrôle incident de la Cour européenne des droits de l’Homme	p. 464
2. – Le contrôle spécialisé des juridictions de l’Union européenne	p. 468
§2. – Une conciliation garantie par le droit au juge	p. 471
I. – L’affirmation historique du droit au juge	p. 473
A. – Le rôle majeur du juge pénal dans l’affirmation du droit au juge	p. 474
B. – Le prolongement du droit au juge par le Conseil d’État	p. 476
C. – La confirmation du droit au juge par les droits européens	p. 479
1. – Le droit au juge par la Cour européenne des droits de l’Homme	p. 480
2. – Le droit au juge par la Cour de justice de l’Union européenne	p. 482
D. – La consécration constitutionnelle du droit au juge	p. 484
II. – L’obligation corrélative d’exercer la fonction juridictionnelle	p. 487
A. – L’obligation d’exclure le déni de justice	p. 488
B. – L’obligation de rendre une décision juridictionnelle effective	p. 489
CONCLUSION INTERMEDIAIRE	p. 493
Titre II : Une conciliation par le juge	p. 495
Chapitre I^{er} : Une interprétation téléologique des restrictions d’intérêt général	p. 498
Section 1^{ère} : De la corrélation formelle de la mesure restrictive à l’intérêt général	p. 500
§1. – L’existence présumée de l’intérêt général	p. 501
I. – La décomposition diachronique de l’intérêt général	p. 502
II. – Une structuration dialogique de l’intérêt général	p. 504
§2. – Les exceptions : l’absence totale d’intérêt général	p. 505
I. – L’exception du détournement de pouvoir	p. 505
II. – La répression pénale d’agissements étrangers à l’intérêt général	p. 509
Section 2^{ème} : De la correspondance substantielle de la mesure restrictive à un intérêt général	p. 510
§1. – Une appréciation graduelle fondée sur les trois contrôles, minimum, normal et maximum	p. 511
I. – Une appréciation éminemment factuelle de la correspondance entre mesure restrictive et intérêt général : la qualification juridique des faits	p. 512

II. – Un contrôle variablement minimum, normal ou maximum de la mesure restrictive au regard de l'intérêt général invoqué : l'erreur d'appréciation dans la qualification juridique des faits	p. 513
A. – La différenciation tripartite retenue	p. 514
1. – Le contrôle minimum ou restreint	p. 514
2. – Le contrôle normal	p. 514
3. – Le contrôle maximum	p. 515
B. – Une différenciation tripartite discutée	p. 517
C. – Une différenciation tripartite opératoire : l'analogie avec le principe de proportionnalité	p. 521
§2. – Une appréciation graduelle confirmée par le recours au principe de proportionnalité <i>lato sensu</i>	p. 524
I. – La définition du principe de proportionnalité <i>lato sensu</i>	p. 524
II. – La mise en œuvre variable du principe de proportionnalité <i>lato sensu</i>	p. 526
A. – Le recours assumé au principe de proportionnalité devant les Cours européennes	p. 527
1. – Un recours éprouvé devant la Cour européenne	p. 527
a) – Le contrôle minimum européen : l'adéquation de la mesure nationale au but légitime invoqué	p. 529
b) – Le contrôle normal : la nécessité de la mesure nationale dans une société démocratique	p. 530
c) – Le contrôle maximum : la proportionnalité <i>stricto sensu</i> de la mesure nationale dans une société démocratique	p. 530
2. – Un recours vérifié devant la Cour de justice	p. 532
B. – Le recours conditionnel au principe de proportionnalité devant les juridictions nationales	p. 535
1. – Un principe de proportionnalité amputé devant le Conseil constitutionnel ?	p. 536
a) – L'adéquation de la mesure législative restrictive : un « authentique » contrôle minimum	p. 537
b) – La nécessité de la mesure législative restrictive : un contrôle normal « restreint »	p. 538
c) – La proportionnalité au sens strict : un contrôle maximum « modulable »	p. 540
2. – Un principe de proportionnalité inabouti devant le juge judiciaire ?	p. 545
3. – Un principe de proportionnalité inavoué devant le juge administratif ? ...	p. 546
a) – Un contrôle apparemment limité aux deux composantes du principe de proportionnalité : adéquation et nécessité	p. 547

b) – Un principe de proportionnalité administratif affirmé : vers la proportionnalité <i>stricto sensu</i> ?	p. 550
c) – Un principe de proportionnalité administratif caractérisable : une proportionnalité <i>stricto sensu</i> en réserve ?	p. 551
d) – Un principe de proportionnalité administratif dissuasif : une proportionnalité <i>stricto sensu</i> potentiellement applicable	p. 558
CONCLUSION INTERMEDIAIRE	p. 564
Chapitre II : Une validation <i>a posteriori</i> des restrictions d'intérêt général	p. 568
Section 1^{ère} : Une appréciation casuistique généralisée des restrictions d'intérêt général	p. 569
§1. – Un contrôle circonstanciel de la validité des restrictions d'intérêt général	p. 570
I. – L'adaptabilité constante du contenu de l'intérêt général	p. 570
A. – L'intérêt général, un réceptacle de l'appréhension casuelle des restrictions	p. 571
1. – La relativité du principe de laïcité et de la liberté religieuse par l'intérêt général	p. 572
2. – La relativité de la prohibition des interdictions générales et absolues par l'intérêt général	p. 576
B. – L'intérêt général, une variable d'ajustement des restrictions	p. 579
1. – Une variable d'ajustement dans le temps	p. 581
a) – Le réajustement de l'intérêt général au profit d'un droit fondamental considéré	p. 581
b) – Le réajustement de l'intérêt général au profit d'un intérêt général considéré	p. 585
2. – Une variable d'ajustement dans l'espace	p. 588
3. – Une variable d'ajustement en fonction de la qualité du sujet de droit considéré	p. 589
a) – L'extension de l'intérêt général pour le statut des agents publics	p. 589
b) – L'extension de l'intérêt général pour la situation carcérale du détenu	p. 591
c) – L'extension de l'intérêt général pour le droit des étrangers	p. 594
d) – L'extension de l'intérêt général pour l'état militaire	p. 598
II. – Une démonstration sans fin des nécessités d'intérêt général	p. 603
§2. – L'imprévisibilité structurelle des restrictions d'intérêt général	p. 608
I. – Une altération de la relation entre acte de référence, acte normatif et acte juridictionnel	p. 610
A. – L'interdépendance conjoncturelle de l'acte normatif et de l'acte juridictionnel	p. 610

1. – Une différenciation tripartite des actes juridiques	p. 610
2. – Un rapport juridique tripartite variable	p. 613
B. – L'indétermination structurelle de l'acte de référence	p. 616
II. – Une relation de subordination momentanée des organes normatifs aux organes juridictionnels	p. 618
A. – Le <i>self-restraint</i> des organes juridictionnels proclamé par les organes juridictionnels eux-mêmes	p. 619
1. – « Le Conseil d'État ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées » : une frontière mobile	p. 619
2. – Le Conseil constitutionnel « n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » : une retenue modulable	p. 622
3. – « Les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis » des exigences européennes : une marge nationale d'appréciation européenne à géométrie variable	p. 624
B. – Le caractère axiologique de l'intérêt général manipulé par le juge	p. 626
1. – Des choix de valeurs naturellement ouverts par la notion d'intérêt général	p. 626
2. – Des choix de valeurs formulés incidemment à tous les échelons juridictionnels	p. 628
a) – Des choix de valeurs exprimés par le Conseil constitutionnel	p. 629
b) – Des choix de valeurs exprimés par le juge administratif	p. 632
c) – Des choix de valeurs exprimés par les juges européens	p. 635
Section 2^{ème} : La captation judiciaire des restrictions d'intérêt général	p. 637
§1. – L'intérêt général, paravent de l'extraordinaire compétence d'un pouvoir judiciaire ?	p. 638
I. – La transfiguration du pouvoir juridictionnel	p. 638
A. – Un organe « compétent »	p. 638
B. – Un organe « sachant »	p. 647
C. – Un organe « décomplexé »	p. 648
II. – L'instauration d'un pouvoir judiciaire	p. 650
§2. – L'intérêt général, masque d'un Gouvernement des Juges ?	p. 653
I. – Le gouvernement des juges en réaction à l'inertie des organes normatifs	p. 654
A. – Une réaction juridictionnelle attendue en l'absence de droit	p. 654
B. – Une réaction juridictionnelle attendue face à un droit défectueux	p. 655

II. – L'inévitable gestion par les juges des restrictions d'intérêt général	p. 659
A. – Une autorisation implicite d'édicter des restrictions d'intérêt général	p. 659
1. – Édicter des restrictions : une réponse aux limites de la hiérarchie formelle	p. 659
2. – Édicter des restrictions : une justification à l'existence d'une hiérarchie matérielle	p. 661
B. – Une autorisation précaire d'édicter des restrictions d'intérêt général	p. 666
1. – Un pouvoir d'interprétation « temporaire » du droit	p. 667
2. – Des décisions juridictionnelles « révocables »	p. 670
 CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	p. 673
 CONCLUSION GENERALE	p. 678
 Section 1^{ère} : L'intérêt général, un aiguilleur matériel du Droit	p. 678
§1. – Une contribution à la constitution juridique de la Liberté	p. 679
I. – La constitution d'un régime politique alternatif : la démocratie matérielle	p. 680
II. – La constitution d'une théorie du droit alternative : une théorie matérielle du droit	p. 687
A. – De l'insuffisance des théories classiques du droit (...)	p. 687
B. – (...) vers une théorie matérielle du droit	p. 691
§2. – Une contribution à l'histoire des idées politiques	p. 694
 Section 2^{ème} : Le Droit, un aiguilleur formel de la Liberté	p. 697
§1. – Le droit peut-il échouer ?	p. 697
§2. – Le droit peut-il réussir ?	p. 702
 BIBLIOGRAPHIE	p. 708
 TABLE DES MATIÈRES	p. 735