

Atelier n°2 : Le renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux
Dirigé par : Laurence BURGORGUE-LARSEN et Joseph PINI

**LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS
FONDAMENTAUX :
REVELATION D'UNE ENTENTE CONCEPTUELLE**

Véra MORALES

Doctorante et chargée de travaux dirigés à l'Université d'Auvergne, Clermont I

Il y a vingt ans Louis FAVOREU constatait : « Le “constitutionnel” est en train de “colorer” progressivement l'ensemble des branches du droit. »¹. C'est en des termes similaires que pourrait être aujourd'hui décrit le « *processus de fondamentalisation du droit* »² tant il est vrai que le « fondamental » fait partie du raisonnement du juge quel qu'il soit : national ou européen. Mais toute médaille a son revers et cette « saisine » généralisée du fondamental « *produit un effet de perte de visibilité* »³, tant et si bien que le juriste, dont le goût pour la systématisation n'est plus à démontrer, ne sait plus très bien à quel saint se vouer. Si la protection effective des droits fondamentaux est une condition inhérente à leur statut⁴, il serait vain de tenter de circonscrire ce rôle à une juridiction unique. De fait, à l'heure d'identifier le juge des droits fondamentaux français, force est de constater que le texte constitutionnel n'est pas d'un grand secours. Seule indication, l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 confie à l'autorité judiciaire la garde de « *la liberté individuelle* ». Dès lors qu'une assimilation entre la liberté individuelle et les droits fondamentaux dans leur ensemble n'est pas envisageable, il faut admettre qu'en droit interne, aucune règle de compétence n'attribue le traitement de la totalité des litiges afférents aux droits fondamentaux à un juge unique. Le souci d'identification du juge des droits fondamentaux est en outre compliqué par l'existence d'une protection supranationale de ces droits. La pluralité des pôles dialogiques peut faire craindre qu'émerge une sorte de fragmentation de la notion de droit fondamental. Cette dernière interrogation traduit, en réalité, une véritable difficulté à fixer une définition monolithique de la notion par un raisonnement de type systématique. Autrement dit, le fait que les relations entre les systèmes soit « *marquées par la différenciation et encore par le désordre* »⁵ ne doit pas surprendre dès lors que l'on admet que la notion de droit fondamental est une notion « *qui traverse la hiérarchie des normes* »⁶ et qu'il n'existe pas un juge des droits fondamentaux mais plusieurs.

Puisque les droits fondamentaux supportent une certaine autonomie dans leur interprétation, rien ne s'oppose à ce que les juridictions ordinaires conservent et préservent une marge de

¹ FAVOREU (L.), « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo HAMON*, Paris, Economica, 1982, p.235, spé. p.244.

² DRAGO (G.), « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens. », *Revue mensuelle du JurisClasseur – Droit administratif*, juin 2004, p.7.

³ *Ibid.*

⁴ Cette exigence est d'ailleurs soulignée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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* ». De la même manière, la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, dans ses articles 5 et 6, exprime la même exigence.

⁵ DRAGO (G.), *op. cit.*, p.7.

⁶ *Ibid.*

liberté dans leur protection des droits considérés. Bien plus, cette autonomie est commandée par la nécessité qui s'impose au juge de tenir compte de la finalité de son contrôle (I).

Pour autant, l'autonomie ainsi observée dans la protection des droits fondamentaux ne doit pas tromper. De fait, l'effective protection des droits fondamentaux ne peut être obtenue que si la mission des juges s'effectue dans le souci de préserver la cohérence générale. Ainsi, s'il est évident que l'interprétation de ces droits dégagée par la juridiction constitutionnelle va imprégner, selon un mouvement descendant, les raisonnements des diverses juridictions, il reste que parfois le mouvement est inversé. C'est donc que l'entente entre les juridictions est « *plus conceptuelle qu'organique* »⁷ et dépasse en cela les limites d'une relation d'autorité. En sorte que c'est dans une « *logique de circularité* »⁸ qu'il faut appréhender les rapports entre les juridictions. Ainsi envisagée, la convergence observée dans la protection s'explique, à notre sens, par la poursuite d'un objectif commun : celui d'en déduire l'effet juridique le plus favorable aux droits considérés (II).

⁷ *Ibid.*

⁸ VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 318 pages, p.270.

I - LA PRESERVATION D'UNE AUTONOMIE DANS LA PROTECTION PERMISE PAR LE CARACTERE TRANSCENDANT DE LA NOTION DE DROIT FONDAMENTAL

La notion de droit fondamental, « *catégorie hors normes* »⁹, fait souffrir le juriste par l'ambiguïté de sa définition. Ainsi, à l'heure de trancher le nœud gordien de la fondamentalité, il faut se garder de « *partir d'une définition préétablie ou présupposée de la notion mais bien au contraire de prendre appui sur les éléments contentieux pour essayer d'identifier la construction par le juge de l'objet juridique* »¹⁰ et ce, d'autant plus que lui-même ne se sent pas « *prisonnier des catégories ou des définitions données ici ou là de tel ou tel droit.* »¹¹

A - La préservation de l'autonomie du juge ordinaire à l'égard des sources des droits fondamentaux

Si la tentation est toujours aussi grande de vouloir pratiquer l'assimilation entre le fondamental et le constitutionnel, un tel raisonnement ne résiste pas à l'analyse. D'abord parce que les juridictions ordinaires utilisaient la notion de droit ou de liberté fondamentale bien avant que celle-ci « émerge » dans la jurisprudence constitutionnelle. En effet, le concept était notamment présent dans la jurisprudence relative à la voie de fait¹². Ensuite parce qu'un bref tour d'horizon de la jurisprudence révèle que le juge ordinaire, aujourd'hui encore, ne pratique pas de manière systématique cette assimilation.

Depuis la loi du 30 juin 2000¹³, le juge administratif des référés peut, on le sait, déclencher un nouveau type de référé. Aux termes de l'article 4 de la loi, codifié à l'article 521-2 du code de justice administrative, « Saisi d'une demande en ce sens justifié par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle 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 de l'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. ». Ce mécanisme suscite, depuis son instauration, l'intérêt de la doctrine puisque, pour la première fois, les justiciables pourront invoquer la garantie de leurs libertés fondamentales devant le juge administratif contre les actions ou abstentions de l'administration. La notion de liberté fondamentale, à l'instar de ce que prévoit la définition de la voie de fait pour le juge judiciaire¹⁴, conditionne la compétence du juge administratif des référés. Or, force est de constater que le législateur n'a donné aucune précision sur ce que

⁹ PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 9.

¹⁰ SALES (E.), « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP*, n°1, 2004, p.211.

¹¹ BACHELIER (G.), « Le référé-liberté », *RFDA*, 2002, p.261 et spé. p.263.

¹² PICARD (E.), *op. cit.*, p.13.

¹³ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives, *JO* du 1^{er} juillet 2000, p.9948. Cette loi organise trois procédures de référé devant les juridictions administratives : le référé suspension, le référé injonction (ou référé-liberté), et le référé conservatoire. Selon l'article 1^{er} de cette loi, le juge des référés est celui qui, sans être saisi du principal, « *statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire [...] dans les meilleurs délais.* »

¹⁴ Pour que la voie de fait soit constituée, il faut que l'action de l'administration ait porté une atteinte grave à la propriété privée ou à une liberté fondamentale. Sur ce point : cf : CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 15^e éd., Paris, 2001, n°1087 et s.

recouvre la notion de « liberté fondamentale » laissant, par là même, le soin au juge administratif de préciser quelles sont les libertés qu'il convient, au sens de l'article 521-2, de considérer comme fondamentales. L'imprécision de l'article 521-2 du code de justice administrative conduit à l'envisager comme une « norme ouverte » en ce qu'il permettrait de réceptionner des libertés fondamentales « non-écrites ». Ainsi envisagée, la mission du juge administratif ne se limite pas à récapituler les droits déjà reconnus comme fondamentaux par le juge constitutionnel mais, au contraire, il est possible de voir émerger, dans la jurisprudence du juge administratif, de nouveaux droits par rapport à ceux traditionnellement reconnus¹⁵.

Selon une conception classique et positiviste, les droits et libertés fondamentaux sont ceux qui d'une part, sont protégés contre les errements des pouvoirs exécutif et législatif¹⁶ et, d'autre part, ceux qui sont garantis non seulement par la loi mais aussi par la Constitution ou par des textes supranationaux¹⁷. Selon une conception « essentialiste » cette fois, un droit serait fondamental chaque fois qu'il peut être considéré comme essentiel quel que soit le niveau de la norme qui le consacre¹⁸. Force est de constater que l'analyse de la jurisprudence développée par la haute juridiction administrative révèle une correspondance entre le catalogue constitutionnel et le catalogue administratif des libertés fondamentales. Tant et si bien qu'il serait parfaitement possible *a priori* d'envisager que le Conseil d'Etat applique la conception classique de la notion¹⁹. Il serait néanmoins abusif de ne pas nuancer le propos. De fait, le Conseil d'Etat, juridiction pragmatique s'il en est, a décidé, semble-t-il, d'être architecte de la notion « *sans doctrine préétablie, et de laisser, par le mouvement naturel des choses, la succession des décisions affiner les contours de la notion* »²⁰. Au fil de la jurisprudence du haut Conseil, il semble qu'une liberté soit « fondamentale » au sens de l'article L.521-2 du code de justice administrative, lorsque, d'une part, elle est prévue par une règle de valeur supraréglementaire invocable et que son objet est suffisamment important pour justifier l'application de la protection juridictionnelle prévue par l'article L.521-2²¹. A cet égard il convient de préciser que les normes devant prévoir la liberté fondamentale « *ne se réduisent pas [...] à la Constitution ou aux conventions internationales même si celles-ci forment un vivier de libertés fondamentales. Qui dit vivier ne dit pas en effet source unique. Il*

¹⁵ Sur la notion de « norme ouverte », à propos de l'article 2 de la Constitution italienne, voir PONTTHOREAU (M.C.), *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994, 289 p.; PONTTHOREAU (M.C.), « L'article 2 de la Constitution italienne et la concrétisation des droits non-écrits », *AJJC*, 1989, p.97-135; PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France*, Coll. « Droit public positif », Economica- PUAM, Paris, 2001, 442 pages, p.337. Sur la possibilité d'envisager que l'article L.521-2 met en place une « liste ouverte » des libertés fondamentales : voir les remarques d'Eric SALES, *op. cit.*, p.222.

¹⁶ C'est en cela que les droits fondamentaux se distinguent, en France, des libertés publiques seulement protégées contre le pouvoir exécutif.

¹⁷ Notamment : LACHAUME (J.- F.), « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA*, 1998, p.93.

¹⁸ PICARD (E.), *op. cit.*, p.6.

¹⁹ En ce sens : V. : FAVOREU (L.), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.*, 2001, chron., p.1739, spé p.1741 : « *Tout d'abord, ainsi qu'il ressort des déclarations précédentes, les libertés fondamentales sont des libertés constitutionnellement garanties* » ; TREMEAU (J.), « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *AJDA*, 2003, p.653, spé. p.654 : « *On voit mal en effet sur quel fondement pourrait être opéré un tri entre les différentes libertés et, partant, quelle serait la légitimité du juge dans cette opération de sélection des libertés, pourtant toutes consacrées par un texte de valeur supra-législative* ». En sens contraire : BACHELIER (G.), *op. cit.*, p.263 : « *Enfin, les libertés en cause ne sont pas nécessairement limitées à celles préservées par des règles de valeur constitutionnelle [...]* ».

²⁰ GLENARD (G.), « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-12 du code de justice administrative », *AJDA*, 2003, p.2008, spé. p.2009.

²¹ Tels sont les critères dégagés par Guillaume GLENARD, *op. cit.*, p.2009, sur la base des conclusions des commissaires de gouvernement Pascale FOMBEUR (conclusions sur l'arrêt *Robert Casanovas*, 28 février 2001, *AJDA* 2001, p.971 ; *RFDA*, 2001, p.399.) et Isabelle DE SILVA (conclusions sur CE, 30 octobre 2001, *Mme Tliba*, *RFDA*, 2002, p.324.).

existe des “ sources complémentaires ” et infraconventionnelles mais supradécétales d’où peut jaillir également une liberté fondamentale »²². Tel est le cas, notamment, de la possibilité d’utiliser les principes généraux du droit ²³ comme source des libertés fondamentales. Cette hypothèse a, manifestement, déjà été appliquée par le Conseil d’Etat ²⁴ et a l’avantage d’une part de permettre au juge administratif de « se différencier des autres juges »²⁵ et, d’autre part, « de tenir compte de l’évolution de la société et de faire en conséquence évoluer le niveau de la protection juridique » puisque « Si la Constitution et les conventions internationales peuvent parfois jouer un rôle précurseur, cela n’est pas toujours le cas. Elles ne font bien souvent que consacrer juridiquement un état de fait qui, en raison de la rigidité des règles d’élaboration ou de révision de ces normes, implique un décalage dans le temps entre la réalité sociale et le droit. »²⁶.

Enfin, l’utilisation des principes généraux du droit lui permet également de demeurer aussi autonome que possible dans sa construction de la notion de « libertés fondamentales » dans le cadre du référé-liberté en restant attaché à son propre système de normes²⁷. Mais, si les principes généraux du droit « marquent la “signature” »²⁸ du Conseil d’Etat, il reste que le contentieux du référé-liberté est un contentieux suffisamment spécifique par lui-même pour permettre au juge administratif de donner à la notion de liberté fondamentale « sa propre empreinte et son propre style »²⁹.

B - La préservation de l’autonomie dans l’interprétation des droits fondamentaux

Une illustration probante de l’autonomie du Conseil d’Etat peut être trouvée dans la décision du 24 février 2001³⁰ par laquelle il érige en liberté fondamentale le principe du caractère pluraliste de l’expression des courants de pensée et d’opinion. Ce faisant, il se différencie de la position adoptée par le Conseil constitutionnel puisque ce dernier n’envisageait ce principe que comme un objectif de valeur constitutionnelle³¹.

Cette attitude ne doit pas surprendre. Elle n’est d’ailleurs pas uniquement imputable au Conseil d’Etat. L’interprétation différente de l’article 68³² de la Constitution faite tour à tour par le Conseil Constitutionnel et par la Cour de cassation est susceptible d’illustrer notre propos. Lorsque le 10 octobre 2001, la Cour de cassation dans son arrêt « Breisacher »³³ a eu à déterminer la compétence de la Haute Cour de justice, elle a déduit de l’article 68 de la

²² GLENARD (G.), *idem*.

²³ Ces principes ont été utilisés pour la première fois dans l’arrêt : CE, 23 novembre 1936, *Abdoulhousen, Rec.*, p.1015. Leur valeur juridique a été consacrée par l’arrêt : CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu, Rec.*, p.213 ; confirmé par : CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire, Rec.*, p.151.

²⁴ V. Pour la possibilité d’assurer de manière effective sa défense devant le juge : CE, 3 avril 2002, *Ministre de l’Intérieur c./ M. Kurtarici*, req., n°244686.

²⁵ SALES (E.), *op. cit.*, p.223.

²⁶ GLENARD (G.), *op. cit.*, p.2009 et 2016.

²⁷ FAVOREU (L.), « Dualité ou unité d’ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d’Etat*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, LGDJ, Paris, 1988, Montchrestien, p.145.

²⁸ SALES (E.), *op. cit.*, p.224.

²⁹ GHEVONTIAN (R.), « Le référé-liberté : une procédure prometteuse », *D.*, 2001, Jur., p.1748.

³⁰ CE (ord.), 24 février 2001, *M. Tiberi*, req., n°230611.

³¹ Conseil constitutionnel, décision n°84-181 DC, des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprise de presse, RJC-I*, p.199.

³² Aux termes de l’article 68 de la Constitution : « Le Président de la République n’est responsable des actes accomplis dans l’exercice de ses fonctions qu’en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de justice ».

³³ Cass, Ass. Plén , 10 octobre 2001, *Breisacher*, [arrêt n°481 P], note FRANCK (C.), *JCP*, II, 2002, 10024, jur., p.300.

Constitution une compétence limitée de cette instance au seul cas de haute trahison. Ce faisant, elle reconnaissait implicitement la compétence des juridictions ordinaires dans tous les autres cas. En cela la position de la Cour de cassation diverge de celle adoptée plus tôt par le haut Conseil puisque ce dernier, dans sa décision « *Cour pénale internationale* » du 22 janvier 1999³⁴, avait considéré qu'aux termes du même article la compétence de la Haute Cour de justice était générale, renonçant par là même au principe d'une lecture « à la suite » de l'article 68. Autrement dit, pour le Conseil constitutionnel, le Président de la République bénéficie d'un privilège absolu de juridiction empêchant qu'il soit traduit devant une juridiction de droit commun sans qu'une distinction puisse être faite entre les actes détachables ou non de ses fonctions. Imputable à l'ambiguïté de l'article 68, la divergence constatée à propos de l'interprétation de l'article 68 de la Constitution n'est sans doute pas dictée par une volonté manifeste de la part de la Cour de cassation de résister à l'interprétation dégagée par le Conseil constitutionnel. Gageons plutôt, à l'instar de Thierry DI MANNO, que le choix opéré par la Cour de cassation de ne pas déduire de l'article 68 une compétence générale de la Haute Cour de justice était, pour l'essentiel, dicté par un « *souci de réalisme* »³⁵. En effet, « *cette interprétation de l'article 68 est certainement la plus satisfaisante possible. La voie de la Haute Cour s'avère très difficile à mettre en œuvre et n'est pas adaptée au type de contentieux qui a les plus grandes chances de se présenter en l'occurrence : celui qui a trait au financement des campagnes électorales ainsi que des partis politiques.* »³⁶.

Ainsi, la volonté qu'éprouve le juge de préserver une marge d'autonomie est essentiellement marquée par le souci de pratiquer un contrôle aussi pragmatique que possible et, partant, de s'écarter de la solution dégagée par le juge constitutionnel lorsque celle-ci lui paraît difficile à mettre en œuvre, mais également par celui de bien différencier les types de procédures. Partant, il n'y a rien d'étonnant à ce que les interprétations constitutionnelle, administrative et judiciaire divergent quelque peu puisque, somme toute, la « *finalité (du) contrôle n'est pas la même* »³⁷. Ainsi, le principe d'autonomie sous-tend également les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire. Il est clair, en effet, que « *Le juge administratif n'est pas tenu par la définition d'un droit fondamental donnée par le juge judiciaire et inversement le juge judiciaire n'a pas à tenir compte de la définition donnée par le juge administratif* »³⁸. La question prend un tour particulier avec la réforme instituée par la loi du 30 juin 2000. De fait, l'objectif de cette réforme n'était pas de sonner le glas de la théorie jurisprudentielle de la voie de fait, mais simplement d'en réduire l'application abusive³⁹. Le Tribunal des conflits est d'ailleurs venu confirmer, si besoin était, cette interprétation de la loi⁴⁰. On voit alors combien le souci de « *démarcation* »⁴¹ du Conseil d'Etat à l'égard du juge judiciaire revêt ici un aspect important. A cet égard, est

³⁴ Conseil constitutionnel, décision n°98-408 DC, du 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*, RJC-I, p.803. V. les observations de FAVOREU (L.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du président de la République », *D.*, 2001, n°42 ; ABLARD (Th.), « Le statut pénal du chef de l'Etat », *RDC*, n°51, 2002, p.637.

³⁵ DI MANNO (Th.), « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes », in P. ANCEL et M.-Cl. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p.197 et suivantes.

³⁶ FRANCK (C.), *op. cit.*, p.301.

³⁷ FLOMBEUR (P.), conclusions sur l'arrêt *Casnovas*, *op. cit.*

³⁸ DRAGO (G.), *op. cit.*, p.9.

³⁹ V. VANDERMEEREN (R.), « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA*, 2000, p.706 ; FAVOREU (L.), *op. cit.*, p.1744.

⁴⁰ TC, 23 octobre 2000, *M. Boussadar c./ Ministre des affaires étrangères*, req., n°3227, *AJDA*, 2001, p.145. Quant aux raisons pour lesquelles le TC a décidé de maintenir la théorie de la voie de fait : WAQUET (Ph.), *D.*, 2002, chron., p.742.

⁴¹ SALES (E.), *op. cit.*, p.226.

particulièrement significatif l'arrêt de la haute juridiction administrative en date du 3 janvier 2003⁴². Par cet arrêt, le Conseil d'Etat a reconnu le droit de propriété comme étant une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du code de justice administrative. Ce faisant, le Conseil d'Etat semble battre en brèche la conception classique⁴³ selon laquelle la garantie du droit de propriété relève du juge judiciaire. Reste que cette compétence reconnue au juge judiciaire ne saurait, aux termes de la décision « *TGV Nord* » du Conseil constitutionnel⁴⁴, être tenue pour exclusive⁴⁵. Mais surtout, par cette décision, le Conseil d'Etat dégage une conception différente du droit de propriété de celle traditionnellement retenue, notamment à l'égard de ses démembrements. L'interprétation faite par le juge administratif de la libre disposition d'un bien « *dépasse le cadre du traditionnel démembrement de propriété que constitue l'abus* »⁴⁶. De tout cela il ressort une volonté de la part du juge administratif de se différencier du juge judiciaire en se dégageant des solutions élaborées en dehors de lui. Cette différenciation est commandée par le souci de préserver la spécificité propre à chaque contrôle. Partant, la protection des libertés fondamentales exercée respectivement par le juge administratif et par le juge judiciaire ne sont pas concurrentes mais complémentaires⁴⁷. Dans le cas du référé- liberté, il est nécessaire qu'une atteinte grave et manifestement illégale soit portée à une liberté fondamentale par l'administration « *dans l'exercice de l'un de ses pouvoirs* ». Au contraire, pour que la voie de fait soit constituée, il doit s'agir d'une action de l'administration à caractère gravement illégal. Autrement dit, il faut que l'administration ait agi en dehors de ses attributions⁴⁸.

Dès lors que la notion de droit fondamental est une notion transcendante, il est normal que chaque juge, en ce qu'il détient une partie bien spécifique du contentieux des droits fondamentaux, construise cette notion en fonction de la finalité de son contrôle. Ainsi donc les différences ne résident que dans les applications contingentes, naturellement conditionnées par les circonstances et n'affectent en rien la cohérence générale de l'ordre juridique puisque elles s'effacent devant le souci de garantir la meilleure protection aux droits considérés.

II - L'UNITE DANS LA PROTECTION COMMANDEE PAR LA NECESSITE D'ASSURER LA PREEMINENCE DES DROITS FONDAMENTAUX

⁴² CE (ord.), 3 janvier 2003, *Ministre de l'intérieur c./ Société Kerry*, req., n°253001, *AJDA*, 2003, note GILLI (J.-P.), p.342..

⁴³ Conception admise par les différentes juridictions : Conseil constitutionnel, décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *TGV Nord*, *RJC-I*, p.355 ; TC, 4 juin 1940, *Société Schneider et compagnie, Lebon*, p.248 ; Cass., civ. I, 24 février 1956, *Bull. civ.*, I, n°95.

⁴⁴ Conseil constitutionnel, décision n°89-256 DC, du 25 juillet 1989, *op. cit.*

⁴⁵ TREMEAU (J.), *op. cit.*, p.653. L'auteur souligne que plusieurs décisions du juge constitutionnel viennent conforter cette thèse: V. notamment : CC, décision n°85-189 DC, du 17 juillet 1985, *Principe d'aménagement*, *RJC-I*, p.224 ; CC, décision n°98-403 DC, du 29 juillet 1998, *Taxe d'habitation*, *RJC-I*, p.765, *AJDA*, 1998, p.739.

⁴⁶ TREMEAU (J.), *op.cit.*, p. 655.

⁴⁷ V. en ce sens : TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 657 ; SALES (E.), *op. cit.*, p.228, BACHELIER (G.), *op. cit.*, p. 261 : « [...] *le champ d'application du référé-liberté et celui de la voie de fait ne se recouvrent pas* ».

⁴⁸ C'est ce que rappelle nettement l'arrêt du Tribunal des conflits : TC, 12 mai 1997, *Préfet de police c./ Ben Salem et Taznaret*, *AJ*, 1997, p. 575, chron. CHAVALUX (D.) et GIRARDOT (T. -X.), *D.*, 1997, p. 567, note LEGRAND (A.).

A l'heure de concevoir la fundamentalité, instinctivement⁴⁹, c'est l'idée de prééminence qui vient à l'esprit. Et, manifestement, les droits « fondamentaux » bénéficient, pour ainsi dire, d'un « traitement de faveur » par rapport aux autres droits. Ainsi, sur le plan de la constitutionnalité, il convient de distinguer les droits constitutionnels sans autre épithète des droits constitutionnels dits « fondamentaux ». Les premiers ne bénéficient que d'une « constitutionnalité que l'on pourrait dire simple », tandis que les seconds jouissent, en quelque sorte, d'une constitutionnalité « renforcée »⁵⁰. Parmi les manifestations significatives de la prééminence des droits fondamentaux, peut être soulignée la technique dite de « l'effet - cliquet ». La finalité de la jurisprudence du « cliquet anti-retour », on le sait, est de conjurer la remise en cause, par une nouvelle loi, de garanties accordées par d'anciennes dispositions législatives. Autrement dit, cette technique développée par le juge constitutionnel au fil de sa jurisprudence⁵¹ n'autorise le législateur à revenir sur des garanties précédemment posées que pour les renforcer ou les maintenir en l'état. Mais il faut bien voir que si cette condition est exigée du législateur, on peut en dire de même s'agissant du contrôle exercé par le juge lui-même. La fundamentalité, dans les prétoires, n'est pas relative. Ainsi, il semble que la question de la convergence recherchée par les diverses juridictions s'explique par la poursuite d'un objectif commun : celui d'assurer la meilleure protection aux droits fondamentaux. Dès lors que l'on envisage les choses sous cet angle, l'abandon par des juridictions suprêmes, sur l'autel des droits fondamentaux, d'une part de leur souveraineté, se comprend mieux.

A - L'unification opérée par le juge constitutionnel

1/ Le rôle de la justice constitutionnelle en matière de droits fondamentaux

L'essor des droits fondamentaux dans l'ordre juridique français s'est opéré sous l'égide du Conseil constitutionnel depuis que l'expression a fait son apparition dans sa jurisprudence. D'emblée, notons que la versatilité de la terminologie utilisée en la matière par le Conseil importe peu⁵² et que l'intérêt est ailleurs : d'une part, la jurisprudence du Haut Conseil produit un effet d'accroissement de visibilité des droits fondamentaux en leur donnant véritablement corps, et d'autre part, l'interprétation dégagée par le Conseil a naturellement vocation à imprégner l'ensemble des raisonnements des diverses juridictions en raison de l'autorité attachée à ses décisions .

Sur le premier point, « *le contrôle de constitutionnalité a permis d'assurer la prééminence des droits fondamentaux. Il est plus vrai encore de reconnaître que, en leur fundamentalité, ils ont déterminé, en droit, ce contrôle. Car ce sont bien eux qui ont justifié, en même temps que l'inclusion dans la Constitution de son Préambule, l'extension du rôle du juge constitutionnel, que la Constitution ne prévoyait pas formellement.* »⁵³. Eparses, les sources des droits fondamentaux ont été, pour ainsi dire, « répertoriées » par la jurisprudence

⁴⁹ PICARD (E.), *op. cit.*, p. 7 : « *Le premier mode d'approche peut être dit intuitif ou impressionniste : il consiste à traiter des divers droits que l'on ressent spontanément comme fondamentaux [...]* ».

⁵⁰ *Ibid.*, p.11.

⁵¹ Le premier usage de cette technique par le Conseil constitutionnel date de 1984 : Conseil constitutionnel, décision n°83-165 DC, 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, *RJC-I*, p.171.

⁵² Le Conseil constitutionnel a en effet recours à des formulations diverses : il a employé les termes de « liberté fondamentale » [décision n°84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprise de presse*, *op. cit.* cons. N°37], de « droit fondamental » [décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration* : *RJC-I*, p.539 cons. n°81], de « droits et libertés constitutionnellement garantis » [décision n°85-198, 13 dec. 1985, *RJC-I*, p. 242, cons. n°11], ou de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » [décision n°89-269 DC, du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, *RJC-I*, p.392, cons. n°33].

⁵³ PICARD (E.), *op.cit.*, p.38.

du Conseil⁵⁴. Le Conseil constitutionnel en assurant le respect du bloc de constitutionnalité assure essentiellement le respect des droits fondamentaux.

Sur le second point, indéniablement l'article 62, alinéa 2, de la Constitution ne définit que l'autorité qui s'attache à ce qui a été jugé par le Conseil. Et cette autorité de chose jugée, étendue en 1962⁵⁵ aux motifs « soutien nécessaire » et « fondement même » du dispositif, ne s'impose au juge ordinaire que dans le cas où il est amené à appliquer le texte qui a fait l'objet de la décision du Conseil constitutionnel. Au total, le juge ordinaire français ne s'estime pas lié par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pour autant, l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne doit pas être sous-estimée dans la mesure où elle est revêtue, en fait, d'une force de persuasion à l'égard des juridictions ordinaires. Et, précisément en matière de droits fondamentaux, l'effet d'attraction s'accroît⁵⁶. Lorsque le Conseil constitutionnel donne une interprétation protectrice des droits fondamentaux, le refus de réception par le juge ordinaire paraîtrait illogique et inconvenant et, partant, risquerait de flétrir sa légitimité.

Ainsi, le Conseil constitutionnel « *réunifie le droit. Il le fait par l'interprétation qu'il donne des droits fondamentaux dont la logique commande qu'elle soit identique dans tout le système juridique* »⁵⁷ puisque l'application uniforme est également une des manifestations de la prééminence desdits droits.

2/ L'unification autour de l'interprétation des droits fondamentaux dégagée par les juridictions ordinaires, gage d'une « *fondamentalité consolidée* »

Il apparaît en effet que le juge des lois se conforme également à sa jurisprudence du « cliquet » en s'interdisant à son tour de revenir sur des solutions qui ont été précédemment dégagées en matière de protection des droits et libertés lorsque ces dernières sont de nature à offrir une protection satisfaisante aux droits fondamentaux. De sorte qu'il y a une sorte d'« effet-cliquet » à usage interne à la jurisprudence⁵⁸. Encore faut-il que ces solutions aient fait l'objet d'une jurisprudence « consolidée » de la part des juridictions ordinaires.

Il est évident que le souci de garantir la meilleure protection possible au droits fondamentaux ne justifie pas pour autant des prises de position totalement aberrantes. Or, il est vrai que certaines juridictions ont adopté des solutions qui engendrent la perplexité. Ainsi en va-t-il par exemple de l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 21 mars 1996⁵⁹ selon lequel la disposition du règlement intérieur d'un magasin exigeant que les salariés devaient conserver, en vue d'un éventuel contrôle, le ticket de caisse des achats effectués dans le magasin, était contraire à la dignité de la personne du salarié. Force est d'admettre que l'interprétation dégagée en l'espèce du principe constitutionnel de dignité de la personne est abusive et totalement incorrecte. Reste que cette solution, bien que ne constituant pas un exemple isolé, ne peut être tenue comme faisant partie d'une jurisprudence « consolidée ».

⁵⁴ En France, les droits fondamentaux doivent être recherchés dans la Constitution de 1958, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans le Préambule de la Constitution de 1946 et enfin dans les « PFRLR » auxquels renvoie le Préambule précité : V. la définition de cette notion donnée par DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), in *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, p. 337-340.

⁵⁵ Conseil constitutionnel, décision n°62-181 DC, du 16 janvier 1962, *Loi d'orientation agricole*, *RJC* -II, p.9.

⁵⁶ FAVOREU (L.), « Dualité ou unité d'ordre juridique [...] », *op. cit.*, p.173 et 174.

⁵⁷ POUILLAIN (B.), Intervention à la table ronde « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions constitutionnelles », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 280.

⁵⁸ MOUZET (P.), « Sur les revirements du Conseil constitutionnel », *RDP*, n°6, 2002, pp.1694-1695.

⁵⁹ CA Orléans, 21 mars 1996, *Juris-Data* n°045426, MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *JCP*, 1997, chron., 4066, n°34.

En effet, selon la définition communément retenue de la notion italienne de « droit vivant », celle-ci ferait référence à l'interprétation dominante issue de la jurisprudence des tribunaux ordinaires. Certes, cette explication est incomplète puisque si la jurisprudence est le rouage essentiel d'émergence du droit vivant, il reste que les juges n'en sont pas l'unique source⁶⁰. Toutefois cette définition *stricto sensu*, pour ainsi dire, est suffisante pour étayer notre propos. Ainsi donc, pour qu'émerge une telle norme, il est nécessaire que se dégage, non pas une acception unanime d'une disposition, mais une « certaine convergence »⁶¹ dans son interprétation. Partant, l'émergence du « droit vivant » n'est pas conditionnée au degré d'importance de la juridiction qui l'énonce mais au degré de cohésion dans son interprétation⁶². Doit donc être écartée l'idée qu'un simple arrêt pourrait engendrer un « droit vivant » susceptible d'être repris par le Conseil constitutionnel. Et quand bien même l'inébranlable constance dans la solution ne serait pas une condition à l'émergence du « droit vivant », une sorte de principe « d'interprétation raisonnable » lui suppléerait certainement.

Toujours est-il que de manière à garantir la meilleure protection possible aux droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à reprendre à son compte la solution dégagée par la jurisprudence ordinaire lorsque celle-ci est de nature à accorder une protection supérieure à un droit ou une liberté constitutionnellement garantis⁶³.

Une illustration de cette attitude peut être donnée avec la célèbre décision « *Liberté d'association* »⁶⁴. De fait, dans cette décision, le juge constitutionnel s'est rallié à la solution dégagée par une jurisprudence constante des juridictions ordinaires en censurant la disposition législative contestée au motif qu'elle créait un contrôle préalable dont dépendrait la validité de l'association. D'autres exemples peuvent être fournis au soutien de cette thèse. Ainsi en est-il, par exemple, avec la décision « *Fouille des véhicules* »⁶⁵ par laquelle le Conseil constitutionnel a censuré la disposition déférée en l'estimant contraire aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle. La même logique imprègne la décision « *Contrôles d'identité* »⁶⁶. On pourrait ainsi multiplier les exemples de décisions⁶⁷ dans lesquelles le Haut Conseil fait preuve d'une sorte d'autolimitation, en reprenant les solutions dégagées par les juridictions ordinaires au motif que celles-ci favorisent la sauvegarde d'un droit ou d'une liberté. En définitive, on pressent bien que la poursuite de cet objectif est le principal facteur susceptible d'animer les juridictions à rechercher une cohésion à l'heure de protéger les droits fondamentaux. En cela, les relations d'autorité s'avèrent insuffisantes puisque « *à la vérité, dès lors que les juridictions ordinaires supérieures restent des juridictions souveraines, aucun mécanisme, aucune procédure, aussi sophistiquée soit-elle, ne peut les contraindre à aligner leur jurisprudence sur celle de la Cour constitutionnelle.* »⁶⁸

B - L'unification opérée par le juge ordinaire

⁶⁰ V. pour une étude approfondie de la notion : SEVERINO (C.), *La doctrine du droit vivant*, Coll. « Droit public positif », Economica - PUAM, 2001, 282 pages; DI MANNO (Th.), « Réserves d'interprétation et "droit vivant" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in : FAVOREU (L.) (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Coll. « Droit public positif », Economica-PUAM, 1998, p.27-54.

⁶¹ DI MANNO (Th.), *ibid*, p.31.

⁶² *Ibid.*, p.32.

⁶³ SEVERINO (C.), p.230 et s.

⁶⁴ Conseil constitutionnel, n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, RJC-I, p.24.

⁶⁵ Conseil constitutionnel, n°76-75 DC, 12 janvier 1977, *Fouilles des véhicules*, RJC-I, p.45.

⁶⁶ Conseil constitutionnel, n°93-323 DC, 5 août 1993, *Contrôles d'identité*, RJC-I, p.535.

⁶⁷ Pour d'autres exemples, V : SEVERINO (C.), *op. cit.*

⁶⁸ DI MANNO (Th.), « Les divergences de jurisprudence [...] », *op. cit.*, p.204.

1/ L'unification autour des droits fondamentaux constitutionnellement garantis comme gage d'une « fondamentalité renforcée »

En considérant que ce qui fonde la fondamentalité d'un droit est son caractère essentiel et non pas sa présence dans une norme supérieure, le Conseil d'Etat, dans la majeure partie des cas, n'éprouve nullement le besoin de faire référence à une norme constitutionnelle pour reconnaître ou refuser le caractère fondamental d'une liberté. La fondamentalité ne se réduisant pas, en effet, à une conception formelle, il se peut fort bien que la liberté existe sans être garantie par une norme et, dans ce cas, on l'a dit, le Conseil d'Etat pourra avoir recours à d'autres sources supradécrationnelles telles que la loi ou les principes généraux du droit. Sous le bénéfice de ces observations liminaires, il est possible de développer l'analyse de la prise en compte des sources constitutionnelles par le juge administratif en matière de droits fondamentaux.

En toute hypothèse, bien que la démarche du Conseil d'Etat soit empreinte de pragmatisme, il apparaît que nombre des libertés fondamentales reconnues par le Conseil d'Etat se rapprochent des libertés constitutionnellement reconnues. Autrement dit, « *la succession des décisions rendues conduit cependant à constater qu'aucune liberté constitutionnellement garantie n'a été à ce jour écartée du champ d'application de l'article L.521-2* »⁶⁹. Est-ce à dire qu'il s'agit là d'une pure coïncidence de laquelle il serait abusif de déduire une volonté de rapprochement de la part du Conseil d'Etat avec les solutions dégagées par le juge constitutionnel ? Dès l'abord, il convient de rappeler que lorsque le Conseil d'Etat se réfère à une liberté constitutionnelle, ce n'est pas parce que de cette référence dépend la reconnaissance du label de fondamentalité, loin s'en faut. Il suffit d'ailleurs, pour s'en convaincre, de relever que dans la plupart des cas le renvoi est implicite puisque le Conseil d'Etat fait rarement référence dans ses visas ou dans ses considérants à un texte constitutionnel⁷⁰. Ceci n'empêchera pas l'observateur averti de rapprocher la liberté d'opinion reconnue comme liberté fondamentale par un arrêt du 28 février 2001⁷¹ de celle énoncée à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷². La démarche du juge administratif n'étant aucunement liée, force est d'admettre que dès lors que le Conseil d'Etat se réfère aux droits constitutionnellement garantis, la démarche, sans rien ôter au caractère pragmatique de l'attitude du juge ordinaire, relève d'avantage de la volonté d'asseoir la prééminence du droit considéré que du cas fortuit. Mieux encore, la fondamentalité ne s'épuisant dans aucune norme formelle, il se peut tout aussi bien que la liberté soit garantie par plusieurs normes. Dans ce cas également l'observation de l'attitude du juge administratif à l'égard de la norme constitutionnelle est tout aussi intéressante.

2/ La place « centrale » du juge ordinaire français, instrument d'unification

« *On ne peut ignorer le rôle joué par les juges ordinaires en dehors du contrôle de constitutionnalité dans la protection des droits fondamentaux* »⁷³. Plus encore, ce souci

⁶⁹ GLENARD (G.), *op. cit.*, p.2014 et V. p. 2013 les développements concernant l'éminence d'une liberté fondamentale

⁷⁰ CHALOYARD (B.), « L'application du droit constitutionnel par le Conseil d'Etat », *Tribune du droit public*, 2003/1, VII, n°13, p.5.

⁷¹ CE, Section, 28 février 2001, *Robert Casanovas*, *op. cit.*. Dans cet arrêt, l'atteinte à cette liberté n'est pas constituée. V. les observations de CHALOYARD (B.), *ibid.*, p.43.

⁷² Cet article énonce : « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.* »

⁷³ RIDEAU (J.), « La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne et ses Etats membres », *AJJC*, 1991, p.12.

s'accroît lorsqu'il s'agit d'observer le système de protection français en raison même de la position centrale que le juge ordinaire se trouve d'occuper en la matière.

Le Conseil constitutionnel, depuis sa décision « *IVG* » du 15 janvier 1975⁷⁴, refuse de vérifier la conformité des lois aux traités au motif que ce contrôle échapperait à sa compétence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Conséquence de cette jurisprudence, en France, la charge du contrôle de l'application du droit conventionnel revient donc aux juridictions ordinaires.

Il s'avère donc que le juge ordinaire français se retrouve à la croisée des chemins nationaux et supranationaux. Sa marge de manœuvre n'est, en somme, pas limitée par une norme de référence. Source de désordre pour certains⁷⁵, sa réception croisée a néanmoins l'avantage de faire du juge ordinaire un maillon d'harmonisation incontournable. De fait, les juridictions ont, en général, le souci de rester fidèles à leur norme de référence : le droit constitutionnel pour l'un ; le droit communautaire pour l'autre.⁷⁶ Les divergences rapportées tiennent au fait que le juge ordinaire est en définitive plus libre dans la détermination et l'application des droits fondamentaux que ne l'est le juge constitutionnel. De fait, ce dernier est « *tenu par une compétence d'attribution et un volume de contentieux plus restreint, utilisant un bloc de constitutionnalité auquel il a certes donné corps mais qui le limite malgré tout.* »⁷⁷. Le juge ordinaire, par la place même qu'il occupe au sein de l'ordre juridique français, n'est pas tenu par une norme de référence exclusive mais, au contraire peut aller puiser dans diverses sources : législatives, constitutionnelles et européennes. Or, plusieurs libertés sont susceptibles d'être rattachées à des fondements tant constitutionnels que conventionnels. Tel est le cas notamment du droit de mener une vie familiale normale susceptible d'être rattaché à la fois à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et à la Constitution selon une interprétation extensive de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946⁷⁸. A la formulation conventionnelle, force est de constater que le juge administratif a préféré celle dégagée à partir de l'alinéa 10 dans son arrêt « *Gisti* » du 8 décembre 1978⁷⁹.

Dans ces hypothèses, le renvoi opéré par le juge administratif au texte constitutionnel, en tant que norme hiérarchiquement la plus haute, lui permet d'une part de résoudre un conflit entre norme constitutionnelle et norme conventionnelle en faisant primer la Constitution⁸⁰ ; d'autre part et essentiellement, de trouver dans la Constitution « *un terrain privilégié de la fondamentalité* »⁸¹. Le juge administratif se sert donc de la Constitution comme indicateur du caractère fondamental d'une liberté. Autrement dit, la reconnaissance constitutionnelle du caractère fondamental d'une liberté renforce en quelque sorte sa fondamentalité. Ainsi en va-t-il également d'une décision du 12 janvier 2001 relative au « *droit d'asile* »⁸². Le fondement de ce droit est pour ainsi dire double puisque il est à la fois garanti au niveau interne par l'article 4 du Préambule de 1946 et l'article 53-2 de la Constitution, et au niveau supranational, par les Conventions de Schengen, Dublin et Genève. Dès lors, le Conseil

⁷⁴ Jurisprudence confirmée depuis : ex : Conseil constitutionnel, décision n°91-298 DC, 24 juillet 1991, *Dispositions fiscales rétroactives*, *RJC-I*, p.465.

⁷⁵ DE BECHILLON (D.), « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (*Malaise dans la Constitution*) », *RFDA*, 14 (2) mars-avril 1998, p.225.

⁷⁶ « Chronique de jurisprudence européenne comparée », BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *RDP*, n°3, 2001, p.709.

⁷⁷ DRAGO (G.), *op. cit.*, p.9.

⁷⁸ « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

⁷⁹ CE, Ass., 8 décembre 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres (G.I.S.T.I.)*, Rec. 493, *GAJA*, p.681, *D.* 1979, IR, 94, note DEVOLVE (P.).

⁸⁰ Sur La prévalence de la Constitution : CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, *GAJA*, p.818, *RFDA*, 1999, obs. Joël Andriantsimbazovina, p.800.

⁸¹ *Ibid.*, p.2015 et 2016.

⁸² CE (ord.), 12 janvier 2001, *Rose-Michèle Hyacinthe*, req. N°229039.

d'Etat, en précisant que se trouve en cause le « droit constitutionnel d'asile », « [...] *fait prévaloir la matière fondamentale incluse dans la règle constitutionnelle sur celle incluse dans la règle conventionnelle* »⁸³. Et lorsque le juge ordinaire écarte la règle interne au profit de la règle conventionnelle, c'est qu'il a de « *bonnes raisons* »⁸⁴ de le faire. Ainsi en va-t-il lorsque le juge ordinaire l'estime plus favorable aux droits et libertés des individus⁸⁵.

Quadrature du cercle ? Faut-il conclure que la cohésion de la protection des droits fondamentaux est sacrifiée sans plus par les juridictions sur l'autel de leur autonomie et que derrière l'arbre des rapprochements se cache la forêt de la différenciation ? Nous ne le pensons pas. Si la possibilité d'interprétation autonome de la part des juridictions ordinaires peut certes conduire à des applications réellement déséquilibrées, l'apparition des droits fondamentaux dans l'ordre juridique français ne résulte pas uniquement de la jurisprudence constitutionnelle, mais bien de leur mise en lumière antérieure, ponctuelle et progressive par les juridictions ordinaires. Dès lors, il serait sans doute dommageable de priver les juridictions ordinaires de leur possibilité d'interprétation autonome⁸⁶. La reconnaissance des droits fondamentaux reste illusoire si n'est pas assurée en aval leur protection effective. Dès lors, l'autonomie d'interprétation est paradoxalement une condition à la cohérence du système puisqu'elle permet aux juges constitutionnel et ordinaire de dialoguer. Ainsi donc, au-delà des différences qui, on l'a dit, ne résident que dans les applications contingentes, naturellement conditionnées par les circonstances, on peut constater une certaine unité de la part des diverses juridictions. Cette unification, commandée par le souci d'assurer la meilleure protection aux droits fondamentaux, est le produit du dialogue de ces juges. Le processus d'harmonisation est un phénomène qui ne peut relever exclusivement du mimétisme ou de l'inféodation. Ce résultat ne peut être atteint que par la conscience des juges d'être, chacun selon la place qu'il occupe, un des maillons d'une œuvre jurisprudentielle commune. A ces derniers traits, on voit sans peine qu'il convient de pratiquer « l'association » lorsqu'il s'agit de définir les rapports entre juridictions. Force est d'admettre que la cohérence ne peut être obtenue que par l'adhésion des juges à une substance normative analogue. La proximité conceptuelle et le « *processus d'imprégnation* »⁸⁷ réciproque des jurisprudences permettent de marginaliser les divergences de solutions. La protection des droits fondamentaux est une protection convergente et complémentaire qui transcende toute limitation « systémique ».

Il faut donc dire que, s'il est des périodes où une juridiction émet, il en est d'autres où elle reçoit, ou bien que, tandis qu'elle émet certaines constructions, elle en reçoit d'autres. En l'occurrence, « *A chaque étage de l'édifice normatif, un juge se fait défenseur de ces droits, lorsque la place est laissée libre. Le juge, comme la nature, a horreur du vide que constitue le déni de justice. Les droits fondamentaux permettent de le combler* »⁸⁸. Ainsi, si « *il n'y a guère de justice sans ordre* », il vaut encore mieux, au nom de la protection des droits fondamentaux, que « *l'ordre absolu* » ne règne pas. « *Laissons les donc, en l'état, poursuivre leur dialogue [...]* »⁸⁹.

⁸³ GLENARD (G.), *op. cit.*, p.2015. V. Également: CHALOYARD (B.), *op. cit.*, p.45.

⁸⁴ DI MANNO (Th.), « Les divergences de jurisprudence [...] », *op. cit.*, p.202.

⁸⁵ *Ibid*, p.203 : L'auteur cite l'exemple de l'arrêt de la Cour de cassation : cass., soc., 25 avril 2001, *Association Etre enfant au Chesnay c./ Terki*, Bull., 2001, p.1055, note FROUIN (J.-Y.) et MATHIEU (B.). Toutefois, l'auteur précise que « *il faut raison garder et ne pas voir là un risque majeur de conflits entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes. Dans la plupart des cas c'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui est, en effet, la plus protectrice des droits et libertés des individus, car, contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, la Constitution, entendue lato sensu, ne garantit pas simplement des standards minimums de protection.* ».

⁸⁶ En ce sens, PICARD (E.), *op. cit.*, p.40.

⁸⁷ DI MANNO (Th.), « Réserves d'interprétation [...] », *op. cit.*, p.53.

⁸⁸ DRAGO (G.), *op. cit.*, p.11.

⁸⁹ PICARD (E.), *op. cit.*, p.42.

