

***Petite expédition au pays de la « fondamentalité » :
la « QPC » et la notion constitutionnelle de droits
fondamentaux***

Arnaud MÉNARD

2018, pp.1-26

Pour citer cet article :

Arnaud MÉNARD, « Petite expédition au pays de la "fondamentalité" : la "QPC" et la notion constitutionnelle de droits fondamentaux », *Jurisdoctoria*, www.jurisdoctoria.net, 2018, p. 1-26

Pour consulter cet article en ligne :

https://www.jurisdoctoria.net/wp-content/uploads/2018/03/Jd1_MENARD.pdf

Petite expédition au pays de la « fundamentalité » : la « QPC » et la notion constitutionnelle de droits fondamentaux¹

ARNAUD MÉNARD

ATER en droit public – Normandie Université

Si l'on souhaitait entreprendre une petite expédition au pays de la « fundamentalité² » en droit constitutionnel français, on s'apercevrait que tout le droit constitutionnel est fondamental, mais que certains droits et libertés constitutionnels sont plus fondamentaux que d'autres. Préalable indispensable à une thèse menée sur « l'office des juges constitutionnels français des droits fondamentaux », cette recherche porte sur les impacts de la procédure de « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) sur la notion juridique de droits fondamentaux, tant éprouvée par une inlassable « cacophonie » doctrinale et jurisprudentielle³.

2 La question est de savoir si les « droits et libertés que la Constitution garantit » peuvent objectivement être qualifiés de droits fondamentaux en tant qu'objets strictement juridiques, sans

¹ Cet article a fait l'objet d'une communication orale pour le prix de la 6^e Journée de la Jeune Recherche constitutionnelle, à l'Université Paris II Panthéon-Assas, le 15 février 2017. La recherche a été menée au cours d'un stage réalisé au Conseil constitutionnel au premier trimestre 2017. Elle n'aurait jamais pu aboutir sans l'aide précieuse et bienveillante de toute l'équipe du Service Documentation, Bibliothèque et Internet que je remercie très sincèrement.

² E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », in *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, AJDA, 1998, n° 7 (n° spécial), pp. 6-42.

³ Le Conseil constitutionnel se réfère à des « principes et règles à valeur constitutionnelle » (déc. n° 79-107 DC, 13 juill. 1979, Rec. 31), des « objectifs à valeur constitutionnelle » (n° 84-181 DC, 10-11 oct. 1984, Rec. 78), des « droits fondamentaux constitutionnels » (n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, Rec. 299) qui bénéficient d'un « régime de protection renforcée » (Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », CRDF, n° 9, 2011, pp. 12-13). Il n'existe pas de hiérarchie formelle entre ces catégories (Samuel ÉTOA, « La terminologie des « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », CRDF, n° 9, 2011, pp. 23-29).

que l'on ait à se référer à d'autres disciplines des sciences humaines pour les comprendre et les expliquer. Seule une analyse « pleinement et seulement juridique » permettrait de le savoir, si l'on accepte l'idée selon laquelle il existe une science du droit autonome des autres sciences qui ferait du droit un objet de connaissance⁴. Malgré les nombreux travaux menés sur la QPC d'un côté, et les droits fondamentaux de l'autre, aucun auteur n'a encore véritablement démontré que les critères de la catégorie de droits et libertés issue de l'article 61-1 de la Constitution correspondent aux critères des droits fondamentaux. Parce que l'économie de cette démonstration nuirait à la connaissance de l'objet, nous proposons de tester l'une des définitions les plus pertinentes d'un concept, à l'aune de la QPC qui vient d'atteindre l'âge de raison, afin d'apprécier si la catégorie de « droits et libertés que la Constitution garantit » se confond avec la notion juridique de droits fondamentaux⁵.

3 Bien que le thème « intrigue, dérange et divise⁶ » la communauté scientifique depuis les années 1970⁷, gageons que tout n'a pas encore été dit⁸. La plupart des auteurs français estime que les droits fondamentaux sont apparus en Europe au milieu du XX^e siècle, parallèlement au développement du « modèle européen » de justice constitutionnelle⁹. Le Conseil constitutionnel devient l'autorité

⁴ « L'intérêt de cette méthode d'analyse du droit positif réside principalement dans la faculté qu'elle a de rendre compte du fonctionnement et de l'évolution de ce droit, indépendamment de toute influence qui lui serait extérieure » (J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », vol. 144, 2015, p. 4).

⁵ Le concept, représentation abstraite et universelle d'un objet, est un outil d'analyse au service de la connaissance. Il permet d'identifier des notions juridiques qui n'en sont qu'une « mise en œuvre normative » dans un système donné (J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008/4, n° 76, pp. 787-788). V. aussi G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, pp. 5-53.

⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, p. 407.

⁷ M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 49-64. V. aussi E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, 2006, p. 748, § 19 ; C. COUDERT, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, Thèse dactyl., J.-P. MASSIAS (dir.), Univ. Clermont-Ferrand, 2011, p. 11.

⁸ Le travail considérable sur lequel nous nous appuyons n'est encore qu'en phase d'« esquisse » (C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2010, pp. 79-80).

⁹ Au sens organique, la justice constitutionnelle est l'« institution chargée d'assurer la suprématie juridique de la Constitution ». Au sens matériel, il s'agit de l'« activité de contrôle de la conformité à la constitution des actes qui lui sont subordonnées » (G. DRAGO, « Justice constitutionnelle », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, pp. 906-907). Pour une critique de la thèse des modèles « dont on sait le peu de pertinence scientifique », v. G. TUSSEAU, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel », *Jus politicum*, n° 13, 2014, p. 3 ; *id.*, « Sur le métalangage comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus. Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 21, 2013, pp. 91-115 ; *id.*, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Ricerche di diritto

habilitée à délimiter la compétence législative¹⁰. Pour certains auteurs, cette compétence prend son fondement dans les droits fondamentaux¹¹. On a en réalité commencé à mobiliser cette notion en même temps que sont apparues les premières constitutions, et la volonté d'en contrôler le respect¹².

4 C'est aux États-Unis qu'entre en vigueur en 1791 le *Bill of Rights*, une déclaration des droits destinée aux citoyens américains, composée d'amendements ajoutés à la Constitution de Philadelphie. Cependant, ce texte ne contient pas l'expression « droits fondamentaux » qui est issue du langage allemand¹³. Bien qu'ils n'en eussent pas le nom¹⁴, certains droits constitutionnels, opposables à l'ensemble des États fédérés, étaient considérés comme supérieurs¹⁵. Dans les années 1930, la Cour suprême des États-Unis commença à donner plein effet à cette règle, à travers la jurisprudence du juge Benjamin Cardozo. Il développa le concept de « droits supérieurs » dans l'arrêt *Palko v. Connecticut* (1937)¹⁶. Mais c'est surtout sous la présidence du juge Earl Warren qu'elle se développa¹⁷ et finit par atteindre le vieux continent.

5 En Allemagne¹⁸, la « Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne » du 23 mai 1949 dresse en son titre premier (« Les droits fondamentaux ») une liste de droits constitutionnels applicables au peuple allemand et opposables à l'ensemble des pouvoirs publics (fédéraux et fédérés). Les droits fondamentaux pourraient s'élargir à des droits plus généralement opposables à l'ensemble

comparativo, Bononia University Press, Diritto Pubblico, 2009, 87 p. ; C. ROYNIER, « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, n° 26, 2014, pp. 154-171.

¹⁰ J.-C. FARCY, « Juridictions (Évolution du système français) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, p. 876.

¹¹ S. ÉTOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, thèse dactyl., M.-J. REDOR-FICHOT (dir.), J.-M. LARRALDE (co-dir.), Univ. Caen Basse-Normandie, 2010, pp. 2 s.

¹² Certains auteurs remontent jusqu'à la *Magna Carta* de 1215 qui affirme la capacité du droit à encadrer le pouvoir de l'État (C. COUDERT, *op. cit.*, p. 6).

¹³ A. AUER, « Les droits fondamentaux et leur protection », *Pouvoirs*, n° 43, 1987, pp. 87-100 ; P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH*, 2004, p. 40 ; A. VIALA, « Droits fondamentaux (Notion) », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 303.

¹⁴ La première manifestation de l'expression « droits fondamentaux » se trouve dans le préambule de la Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945 : « Nous, peuples des Nations Unies, résolu à (...) proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme ».

¹⁵ M. FOUQUES, « Les droits et libertés fondamentales dans l'ordre juridique américain : notions, mécanismes juridictionnels et portée jurisprudentielle », *MBDE - Libertés et droits fondamentaux*, Les blogs pédagogiques de l'Univ. Paris Ouest (consulté sur blogs.u-paris10.fr le 17/05/2016).

¹⁶ C. POUZOULET, « La Cour Suprême et la question de la représentation politique », in J.-R. ROUGÉ (dir.), *La Cour Suprême des États-Unis 1789-1989, Americana* n° 6, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 1990, p. 136.

¹⁷ E. ZOLLER, « Présentation de la Cour suprême des États-Unis », *CCC* n° 5, 1998, pp. 34-43 ; G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, vol. 50, Dalloz, 2007 (accessible sur www.courdecassation.fr) ; O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Seuil, 3^e éd., 2013, pp. 226-227.

¹⁸ O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *op. cit.*, pp. 263-267.

des autorités publiques d'un État, quelle que soit sa forme¹⁹. Pour autant, toutes les normes juridiques délimitant les compétences de ces autorités ne sauraient revêtir ce qualificatif.

6 En France, le droit constitutionnel français ne connaît pas expressément, sous cette dénomination, de droits fondamentaux²⁰. Il est cependant probable que des droits et libertés puissent être juridiquement identifiés comme tels et regroupés en une catégorie autonome, bien que ni les textes ni les juges ne les aient qualifiés de la sorte.

7 En quête d'une possible systématisation d'une catégorie spécifique à l'ordre juridique français, bon nombre de chercheurs tentent de saisir la substance²¹, la fonction²², ou la forme²³ des droits fondamentaux. Quelques-uns les évitent²⁴, ou les oublient²⁵, d'autres les attaquent²⁶ ou vont même jusqu'à ignorer leur existence²⁷. Certains estiment qu'ils sont au fondement du droit²⁸, ou bien des

¹⁹ La Constitution espagnole prévoit par exemple une forme unitaire (bien que fortement régionalisée) de l'État, alors que le titre 1^{er} prévoit l'existence de « droits et devoirs fondamentaux » opposables à l'ensemble de l'État espagnol. De plus, le titre X (révision) prévoit une procédure plus contraignante pour réviser les « droits fondamentaux et libertés publiques » (1^{ère} sect^o du ch. 2 du titre 1^{er}). C'est cette limite formelle à la révision de la constitution espagnole qui permet d'identifier les droits fondamentaux espagnols. La forme de l'État n'est donc pas un critère des droits fondamentaux (G. ARMAND et M. FOUQUET-ARMAND, « L'uniformité territoriale dans la jouissance et l'exercice des droits et libertés fondamentaux en France », CRDF, n° 2, 2003, pp. 11-32). Sur les droits fondamentaux espagnols, v. O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *op. cit.*, pp. 294-301.

²⁰ Au sein des autres sources du droit « la moisson est bien maigre » (E. DREYER, « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ*, 2006-2, p. 2).

²¹ E. PICARD, « droits fondamentaux », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.* pp. 544-549.

²² V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.*, chron., 1995, pp. 326-329 ; *id.*, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *op. cit.*, pp. 11-22 ; *id.*, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010 ; S. ÉTOA, *op. cit.*, pp. 302 s.

²³ O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2016, pp. 63-114 ; L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 19^e éd., 2016, pp. 907 s.

²⁴ Le rapport du Conseil d'État sur le numérique et les droits fondamentaux n'en propose aucune définition (CONSEIL D'ÉTAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, 2015, 446 p.).

²⁵ C'est le cas de Michel Troper (C. GIRARD, *op. cit.*, pp. 83 s.).

²⁶ G. LEBRETON, « Critique républicaine des « droits fondamentaux » de la personne humaine », in J. FOYER et al. (dir.), *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 359-365. Le professeur Lebreton préfère retenir la notion de « Libertés publiques » qu'il définit comme « les pouvoirs d'autodétermination qui visent à assurer l'autonomie de la personne humaine, sont reconnus par des normes à valeur au moins législatives, et bénéficient d'un régime juridique de protection renforcée, même à l'égard des pouvoirs publics » (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. « Sirey université », 8^e éd., 2009, pp. 15-19).

²⁷ En considérant qu'ils appartiennent à la dimension de « l'être » et qu'ils régissent le droit constitutionnel sans pour autant être « supra-constitutionnels », le Professeur Picard ne leur reconnaît aucune existence positive.

²⁸ A. AUER, *op. cit.*, p. 87.

règles qui régissent les rapports entre systèmes juridiques distincts²⁹. D'autres soutiennent qu'ils ne peuvent exister que s'ils sont limités³⁰, ou qu'ils ne sont rien d'autres que des « libertés publiques » renommées³¹. Il y aurait même de faux et de « véritables droits fondamentaux³² ». Chez les principaux détracteurs, les droits fondamentaux sont à la fois déstructurés et inconsistants. Pire, ils seraient mêmes destructeurs³³.

8 Pour les trouver, il faut savoir les reconnaître. Pour cela, il nous faut un modèle. On dénombre trois principales approches de la définition de la notion juridique de droits fondamentaux³⁴ : le substantialisme, le fonctionnalisme, et le formalisme, dont les principaux défenseurs sont respectivement les professeurs Étienne Picard, Véronique Champeil-Desplats, et Otto Pfersmann.

9 On a tout d'abord choisi de ne pas retenir l'approche du professeur Picard qu'il considère « objectiviste »³⁵. Sa proposition laisse planer le doute quant à l'appréciation de ce qui relève d'un objet fondamental et de ce qui n'en relève pas³⁶. L'approche substantialiste considère les droits fondamentaux comme des données empiriques extra-juridiques qui s'imposent au constituant (les règles du langage, de la raison...). La « trinité fondatrice des droits fondamentaux » (liberté, égalité et

²⁹ E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, pp. 11-35 ; P. GAÏA, « La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Évolution d'une décennie. France », *AJIC*, n° XXIX (2013), *Economica-PUAM*, 2014, pp. 221-290.

³⁰ P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », vol. 143, 2014, 540 p. ; *id.*, « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public », *NCCC*, 2014/4, n° 45, pp. 105-112 ; E. DEBAETS, « La protection des droits fondamentaux et la participation de l'individu aux décisions publiques », *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, pp. 155-176.

³¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *op. cit.* ; S. ÉTOA, *op. cit.*, p. 62.

³² B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chron. p. 211.

³³ La notion serait un outil instrumentalisé pour les besoins de la cohérence d'une théorie, et non un outil propre à décrire des phénomènes juridiques existants. De plus, selon le Professeur Lebreton, les droits fondamentaux seraient anti-démocratiques. C'est pourquoi il faudrait « résister » à leur importation d'Allemagne, car ils seraient « contraires à la tradition républicaine française » porteuse de libertés publiques (« Critique républicaine des « droits fondamentaux » de la personne humaine », *op. cit.*).

³⁴ Il en existe d'autres, au nombre desquels figure le courant positiviste sociologique, notamment défendu par le Professeur Lebreton (G. LEBRETON, « Y a-t-il un progrès du droit ? », *D.*, 1991, pp. 99 s., spéc. I, B, 2).

³⁵ E. PICARD, « Droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 544-545 et pp. 548-549.

³⁶ Le critère de la hiérarchie matérielle des droits fondamentaux n'est pas objectivement déterminé et varie d'un auteur à l'autre. V. par ex. M.-L. PAVIA, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n° 54, p. 13. Pour une critique de l'approche substantielle, v. S. ÉTOA, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux »*, *op. cit.*, pp. 272-290 ; G. ZAGREBELSKY, « Objet et portée des droits fondamentaux », *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Economica, 1982, p. 326 ; F. LUCHAIRE, « Droits fondamentaux », *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 337.

solidarité) qui fonde « l'éminente dignité » des êtres humains tend à se rapprocher des courants idéalistes dont les propositions ont notamment été qualifiées « d'illusoires³⁷ » (parce qu'elles sont indémonstrables). Si l'on souhaite opérer une analyse portant exclusivement sur le droit en vigueur sans prendre en compte un système de valeurs dont l'existence positive est impossible à établir, on ne peut pas retenir cette définition qui semble considérer qu'il existerait des normes opposables au droit positif. Si ces normes existent, elles ne peuvent être de nature juridique. Elles ne seront donc pas utiles à cette étude.

¹⁰ On a ensuite choisi de ne pas adhérer aux conclusions du professeur Champeil-Desplats au regard desquelles le recours aux droits fondamentaux, qui ne correspond pas à l'observation réelle du droit positif, n'a qu'une portée argumentative visant à renforcer la légitimité des acteurs juridiques³⁸. Selon cette approche, la légitimité d'un organe, acquise par une lutte de pouvoirs, est nécessaire à l'existence de sa compétence. Cette légitimité est cependant difficilement saisissable en droit de manière objective, car le droit n'est pas forcément légitime ni juste *a priori*³⁹. Cette approche considère également que ce ne sont pas les normes juridiques qui font les compétences des autorités, mais les autorités qui font les normes juridiques. Comment pourraient-elles être de nature juridique si aucune norme de droit préalable n'a fondé leur existence et leurs compétences ? Ce serait considérer que la norme découle des faits, ce que nous choisissons d'écarter.

¹¹ Afin de proposer un examen rigoureux de notre sujet, indépendamment de toute influence extérieure au droit positif⁴⁰, on a finalement choisi de retenir la définition du professeur Pfersmann⁴¹, parmi les propositions formelles. Par souci de simplicité, on l'appellera « la définition formelle », bien qu'il en existe d'autres. Référence incontournable sur le sujet, la définition qu'il propose est l'une des plus élaborées. Parce qu'elle a été conçue selon une méthode normative et comparative, elle est en principe juridiquement incontestable, vérifiable et applicable dans tous les ordres juridiques. Les critères du concept qu'il développe sont en principe suffisamment opératoires. Ils devraient donc se vérifier pour la QPC qui est un système constitutionnel de garantie des droits et libertés. Pour autant, la confusion entre ces critères conceptuels et ceux de la catégorie issue du droit français n'est pas évidente. Cela n'a pas pour conséquence de remettre en question le caractère

³⁷ G. LEBRETON, *op. cit.*, I, B, 1.

³⁸ Selon l'approche fonctionnaliste, les droits fondamentaux seraient « le produit d'un processus de justification qui conduit à recourir à des arguments de plus en plus généraux pour imposer une décision » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *op. cit.*, II, A).

³⁹ Pour une critique radicale de la théorie réaliste de l'interprétation française, v. E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in G. DARCY, V. LABROT et M. DOAT (org.), *L'office du juge*, Paris, Sénat, coll. « Les Colloques du Sénat », 2006, pp. 42-147.

⁴⁰ Cette approche considère le droit comme un ordre juridique qui est un ensemble de normes juridiques hiérarchiquement organisées (J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*, pp. 5-14).

⁴¹ O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », *op. cit.*, pp. 63-114. Pour une critique externe de la définition formelle, v. S. ÉTOA, *op. cit.*, pp. 253-272 et p. 290.

explicatif de cette théorie générale, mais de constater l'existence d'une incompatibilité entre le concept élaboré *a priori* et une situation constitutionnelle contemporaine.

12 Sans aller jusqu'à emprunter la méthode « la plus simple » selon le professeur Jean Rivero, consistant à « partir des mots eux-mêmes et de ce qu'ils suggèrent »⁴², reconnaissons que toute démarche scientifique part d'une intuition⁴³. La nôtre est la suivante : on ne peut prétendre critiquer objectivement une théorie que si l'on fait l'effort d'adhérer à ses présupposés. Ainsi, parce que nous avons choisi de tester la définition proposée par le professeur Pfersmann, ce n'est qu'en pénétrant sur le terrain normativiste qu'il est possible d'analyser objectivement la définition retenue.

13 Cependant, parce qu'« il n'y a de science que critique »⁴⁴, nous proposons d'apporter une critique réaliste au sujet⁴⁵, tirée de la théorie réaliste de l'interprétation française. Il faudra alors être attentif au conflit susceptible de survenir entre le réalisme et le normativisme qui revendiquent leur opposition⁴⁶. Leurs propositions ne sont toutefois pas si hermétiques les unes des autres que cela⁴⁷. En effet, elles constituent deux branches du courant théorique du positivisme juridique (en tant que science du droit) qui adhèrent à la même base : il n'y a de droit objectivement observable que le droit positif, et la science du droit est une science autonome visant la connaissance (par proposition descriptive) du droit positif tel qu'il est (indépendamment de la science qui le décrit), c'est-à-dire un

⁴² La suggestion relève du domaine de l'inspiration qui mobilise le sentiment personnel. Croire ce qu'une notion suggère n'est pas scientifiquement recevable. On risquerait d'être influencé par une valeur fautive qui a l'aspect d'une vérité objective, alors qu'elle peut très bien résulter d'une croyance intersubjective : tout le monde pense savoir ce qui est fondamental, synonyme de « d'essentiel » dans l'esprit collectif (S. ÉTOA, *op. cit.*, pp. 17-23, et p. 27, citant J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit public », vol. 1, 9^e éd., 2003, p. 5).

⁴³ Cette intuition n'est pas la formulation d'une vérité évidente sur la connaissance de l'objet, mais plutôt une hypothèse à vérifier par l'expérimentation. Parce qu'elle « chasse le doute », l'évidence n'est pas démontrable. Elle n'a donc rien à faire dans un écrit scientifique (C. BROYELLE, « Le juge et l'évidence », in G. DARCY, V. LABROT et M. DOAT (org.), *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 274).

⁴⁴ B. LAHIRE, « Il n'y a de science que critique », *AJJC*, n° XXXI (2015), *Économica-PUAM*, 2016, pp. 27-35. V. aussi R. PONSARD, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AJJC*, n° XXXI (2015), *op. cit.*, pp. 38-64. Pour une application à l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel, v. R. PONSARD, « Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique : l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 65-90.

⁴⁵ Il existe plusieurs théories réalistes de l'interprétation. Nous empruntons celle du professeur Michel Troper. Elle consiste à « décrire le droit tel qu'il est "réellement" » en s'appuyant sur l'interprétation prétorienne (M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *CCC* n° 22, 2007, p. 125).

⁴⁶ O. PFERMSANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002/2, n° 50, pp. 279-334 ; M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002/2, n° 50, pp. 335-353 ; O. PFERMSANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, 2002/4, n° 52, pp. 758-787.

⁴⁷ « La nuance est fine entre un juriste kelsenien et un juriste troperien » (C. GIRARD, *op. cit.*, p. 83). D'un point de vue méthodologique, le professeur Troper adhère aux présupposés normativistes en ce qui concerne la science du droit qui doit être complètement détachée du droit, son objet (*Ibid.*, p. 85).

ordre juridique clos constitué de normes juridiques hiérarchisées. C'est sur la définition d'une norme juridique que les « deux variantes du positivisme⁴⁸ » juridique divergent. Pour les normativistes, une norme juridique n'est pas un objet empirique mais la prescription de ce que devrait être le comportement humain, contrairement à ce que défendent les réalistes, selon lesquels une norme juridique est un ensemble de faits. L'ambition de cette démonstration n'est pas de proposer une lecture combinée du sujet en utilisant simultanément ces deux positions « rivales⁴⁹ ». Ce serait prendre le risque de s'exposer à un problème de méthodologie d'analyse d'un objet qui n'aurait pas la même définition selon la théorie retenue. Bien que nous n'adhérions pas totalement à la théorie réaliste, notre ambition est de montrer en quoi celle-ci propose d'expliquer certains phénomènes du contentieux constitutionnel français que la proposition formelle écarte rapidement.

¹⁴ Parce que les principaux tenants de la théorie réaliste de l'interprétation française ne se sont que très peu prononcés sur la définition des droits fondamentaux⁵⁰, il est intéressant d'imaginer ce qu'aurait pu être la réponse réaliste à la proposition formelle. L'intérêt scientifique de cette recherche n'est pas de tenter de les concilier ou d'en « refaire l'histoire⁵¹ », mais de montrer que face à l'incapacité de la définition formelle à expliquer certains phénomènes du contentieux constitutionnel français, la théorie réaliste apporte des éclairages⁵². Il faudra bien entendu relativiser la portée de ces apports qui n'ont aucune incidence sur la définition formelle qui repose sur une autre théorie. Il s'agit simplement d'observer le contentieux de la QPC sous le prisme de la définition formelle d'un côté et de la théorie réaliste d'un autre, non simultanément mais en parallèle. On se rendra compte que la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit » du droit positif français ne correspond pas à la définition formelle des droits fondamentaux, conçue à partir d'une théorie générale qui peine à s'appliquer à certains objets sectoriels.

¹⁵ La définition du professeur Pfersmann comprend deux ensembles de critères. L'un est relatif à l'existence de la norme qui est le support d'un droit fondamental. L'autre est relatif à l'application de cette norme à un nombre élevé de destinataires (bénéficiaires et titulaires) par un organe

⁴⁸ M. TROPER, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 857, 2005, p. 20.

⁴⁹ M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *op. cit.*, p. 336.

⁵⁰ La théorie réaliste de l'interprétation a délibérément « oublié » les droits fondamentaux (C. GIRARD, *op cit*, pp. 83 s). Pour autant, la réponse réaliste à la question du fondement du droit est développée dans la « théorie des contraintes juridiques » (M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2005, 216 p.); *L'argumentation des juristes et ses contraintes /1 et /2, Droits*, 2012 (n° 54) et 2013 (n° 55)). Pour une critique de la théorie des contraintes au regard des droits fondamentaux, v. C. GIRARD, *op cit*, pp. 95-103.

⁵¹ A. BASSET, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans els jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. « Thèses », n° 113, 2015, p. 14.

⁵² Pour une étude réaliste de contentieux constitutionnels étrangers, v. É. ZOLLER, « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis », CCC, n° 22, 2007, pp. 146-152 ; G. ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », CCC, n° 27, 2007, pp. 153-159 ; C. GIRARD, « Le réalisme du juge constitutionnel britannique », CCC, n° 27, 2007, pp. 172-177.

juridictionnel compétent pour faire cesser les atteintes fautives⁵³. Nous proposons de tester cette définition en éprouvant certains éléments de la théorie normativiste à l'aune des décisions les plus récentes du Conseil constitutionnel. Notre ambition est de prouver que la définition retenue n'est pas suffisamment fonctionnelle pour le système français. A l'inverse, on se rendra compte que la théorie réaliste permet d'expliquer certaines décisions du Conseil constitutionnel qui échappent à la définition formelle.

- 16 Afin de parvenir à cette conclusion, il faut tout d'abord apprécier si les « droits et libertés que la Constitution garantit » consacrent des permissions d'agir au bénéfice d'un nombre suffisamment élevé de bénéficiaires, tout en étant les fondements de censure de normes fautives contraires (I). Il faudra ensuite évaluer si la procédure étudiée fait intervenir un organe juridictionnel, accessible à un nombre suffisamment élevé de titulaires, et dépositaire de prérogatives suffisantes pour faire cesser les atteintes fautives qualifiées (II).

I – LA QPC ET LE SUPPORT NORMATIF DES DROITS FONDAMENTAUX CONSTITUTIONNELS

- 17 Dans un premier temps, on pourra considérer que la QPC permet de garantir des droits fondamentaux si les « droits et libertés que la Constitution garantit » consacrent des permissions au bénéfice d'un nombre suffisant de personnes (1), et si toutes les autres normes de forme inférieure dans la hiérarchie des normes qui abolissent ces permissions sont considérées comme fautives⁵⁴ (2).

1) *Les raisons de la question : le critère des permissions et des bénéficiaires*

- 18 Il convient de savoir si les « droits et libertés que la Constitution garantit » sont bien des « permissions » (a), en ce sens qu'ils confèrent à un nombre suffisamment large de bénéficiaires (b) une autorisation d'action plutôt qu'une contrainte.

a) Des permissions : des normes de référence aux propriétés incertaines

- 19 « Les permissions d'agir du bénéficiaire correspondent à des obligations de l'organe chargé de la concrétisation de la norme constitutionnelle⁵⁵ ». Dans le système français, les « obligés » sont le législateur, l'administration et les juges. Comme l'indique le professeur Pfersmann, « la première difficulté résulte du fait que les textes qui formulent les [droits fondamentaux] sont très souvent vagues et indéterminés⁵⁶ ». Le problème est déplacé au niveau de l'interprétation, entendue comme « l'analyse des significations d'un ensemble de données linguistiques et plus particulièrement, ici, de

⁵³ O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. 2, Paris, Dalloz, 2012, pp. 499-502.

⁵⁴ L. FAVOREU et al., *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., p. 75.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 80.

textes de formulation de normes⁵⁷ ». En cas de conflits de normes prescrivant simultanément deux permissions opposées, l'interprétation permet leur conciliation. Ce conflit est résolu par le Conseil constitutionnel, seul « interprète authentique⁵⁸ » de la Constitution française.

20 L'une des principales oppositions entre normativistes et réalistes porte sur la valeur d'une interprétation juridictionnelle. Les premiers avancent que l'interprétation d'un énoncé, « fonction de la connaissance », ne vise qu'à rétablir la signification du texte qui existe *a priori*. Seule la validité du texte détermine son existence en tant que norme juridique. L'interprétation ne change donc pas la norme. A l'inverse, les seconds considèrent que l'interprétation d'un texte est une « fonction de la volonté⁵⁹ » qui crée la norme⁶⁰. Ainsi, si l'intervention du Conseil constitutionnel est nécessaire à l'identification des droits et libertés que la Constitution garantit, elle n'aura pas la même valeur selon la théorie à laquelle adhère l'observateur⁶¹.

21 Après plus de sept ans de contentieux, on constate qu'en général, et bien que le contenu de la catégorie soit très hétérogène⁶², le mécanisme de la QPC vise autant à limiter le champ d'action du législateur (pour l'obliger à ne pas porter atteinte aux droits et libertés) qu'à l'étendre (pour l'obliger à garantir l'exercice des droits et libertés). Si limiter une limite revient à ouvrir le champ des possibles, alors les décisions du Conseil augmentent les permissions d'agir. En cela les droits et libertés que la Constitution garantit ne devraient pas pouvoir être autre chose que des permissions déterminées. Comme le contrôle du juge porte à la fois sur les ingérences actives et passives, les droits et libertés que la Constitution garantit constituent des permissions qui doivent être garanties par le législateur.

⁵⁷ *Ibid.* Pour une étude récente sur la notion d'interprétation, v. A. BASSET, *Pour en finir avec l'interprétation*, *op. cit.*, pp. 7-25.

⁵⁸ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris PUF, coll. « Léviathan », 1^{ère} éd., 2011, p. 157.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 155.

⁶⁰ Selon le professeur Troper, « [l'acte de volonté du constituant] ne saurait avoir la signification objective d'une norme que si l'ordre juridique attache à sa violation certaines conséquences de droit. Or, c'est précisément (...) l'interprétation qu'en donneront les organes d'application qui permettront de déterminer s'il y a ou non violation et s'il y a lieu par conséquent d'appliquer les actes prévus en pareil cas. C'est donc bien l'interprétation – et donc l'application de la constitution – qui seule peut conférer aux dispositions constitutionnelles la signification objective de normes » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1^{ère} éd., 1994, pp. 305-306).

⁶¹ Pour une critique des théories de l'interprétation appliquée à la QPC, v. D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit public », 11^e éd., 2016, pp. 297-305.

⁶² Les « droits et libertés que la Constitution garantit (...) renvoient, en fait, à un ensemble non seulement hétérogène mais aussi contre-intuitif. On y trouve bien sûr des questions substantielles essentielles à la protection des personnes. Mais on y trouve aussi des questions très éloignées ». S. HENNETTE VAUCHEZ, « « ...les droits et libertés que la Constitution garantit » : qui-proquo sur la QPC ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2016, n° 10, p. 2 (consulté sur revdh.revues.org le 14/10/16).

- 22 On observe cependant que certaines libertés garanties n'entrent pas dans la catégorie des « permission », mais des « libertés d'autodétermination » qui résulte d'un choix libre des individus. C'est par exemple le cas de la liberté d'aller et venir. Il ne peut être porté atteinte à cette liberté que par une mesure justifiée par un motif d'intérêt général et proportionnée à l'objectif poursuivi⁶³. Mis à part ces cas, la liberté d'aller et venir n'est pas soumise à autorisation pour être exercée, sinon par autorisation « accessoire⁶⁴ ».
- 23 Par ailleurs, toutes les normes constitutionnelles ne peuvent faire l'objet d'une QPC. Cependant, ni l'article 61-1, ni la loi organique de 2009, ni la décision du 3 décembre 2009, ne nous renseignent sur ce qu'est un droit ou une liberté garantis par la Constitution. On peut seulement déduire de la formule de l'article 61-1 que la catégorie est plus restreinte que l'ensemble des normes invocables à l'appui d'une procédure issue de l'article 61. Afin de saisir le contenu de la catégorie issue de la QPC, l'interprétation du Conseil constitutionnel est requise. Il est toutefois rare de trouver dans ses décisions des indices permettant de connaître les critères de qualification⁶⁵.
- 24 Il ne peut exister de liste exhaustive des droits et libertés appartenant à cette catégorie car la détermination de son contenu est prétorienne. Cette catégorie est potentiellement inépuisable mais incertaine. On sait que certains droits constitutionnels n'en font pas partie⁶⁶. Au 1^{er} mars 2013, on observe que cent trente et une normes différentes ont été reconnues comme étant le support de droits et libertés au soutien desquelles une QPC peut être soulevée⁶⁷. Cette liste n'est pas exhaustive, car la jurisprudence du Conseil n'est pas figée (ainsi que celle des juges ordinaires statuant sur la recevabilité de la question, et indirectement sur l'invocabilité des droits et libertés soulevés). Si chacune de ces permissions semble bénéficier d'un support normatif concret (principalement issu de la Déclaration de 1789), il convient de noter que ce support n'existerait pas sans l'intervention du Conseil.
- 25 La marge d'appréciation du Conseil constitutionnel est très importante quand il s'agit de déterminer les droits et libertés constitutionnels. L'exemple le plus marquant est celui de la décision de 1971⁶⁸ qui va manifestement à l'encontre de la volonté du constituant de 1958⁶⁹. Avant 1971, la

⁶³ Déc. n° 2017-631 QPC, 24 mai 2017, *Association pour la gratuité du pont de l'île d'Oléron*, cons. 10.

⁶⁴ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 16.

⁶⁵ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 258-263 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 4^e éd., 2016, pp. 532-536.

⁶⁶ Ex. : le principe du consentement à l'impôt (déc. n° 2010-5 QPC), les normes constitutionnelles relatives à la procédure d'adoption de la loi (déc. n° 2010-4/17 QPC), l'obligation constitutionnelle de transposition des directives (déc. n° 2010-12 QPC), etc. V. X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, Paris, Lexis Nexis, 2^e éd., 2013, p. 136.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 137-157. Ex. : le principe d'égalité (art. 1^{er}, 2, 6 DDHC), le droit de propriété (art. 2 et 17), le droit au respect de la vie privée (art. 3), l'égalité devant la justice (art. 6), la liberté d'expression (art. 11), etc. N'en fait pas partie le droit au secret des correspondances (déc. n° 2015-478 QPC, 24 juill. 2015, cons. 16).

⁶⁸ Déc. n° 71-44 DC, 16 juill. 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. 29.

Constitution française ne comprenait quasiment aucun support textuel sur lequel le Conseil aurait pu se référer pour faire peser sur le législateur l'obligation de respecter des droits et libertés. Le Conseil a opéré une interprétation extensive de la notion de « Constitution » inscrite au premier alinéa de l'article 61 qui détermine l'étendue de sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité des lois⁷⁰. Toute la question était de savoir si le préambule était compris dans cette notion.

- 26 Selon la théorie normativiste, l'interprétation d'un juge n'a pas valeur normative en elle-même⁷¹. La notion de « Constitution » des articles 61 et 61-1 serait réputée avoir toujours eu cette signification étendue. Le juge n'aurait fait que rétablir ce sens véritable⁷². Ainsi, aujourd'hui, les droits et libertés au soutien desquels il est possible d'invoquer une QPC ont pour support normatif la « Constitution » au sens large (comprenant le préambule et les textes auxquels il renvoie). Le constituant aurait donc en réalité toujours voulu doter le préambule d'une valeur juridique positive. Le Conseil constitutionnel n'aurait fait que le lui rappeler⁷³. Pourtant, seule l'autorité de révision de la Constitution est compétente pour délimiter le périmètre de la notion juridique de Constitution, entendue comme un ensemble de normes juridiques révisables. Il n'appartenait pas au Conseil constitutionnel d'élargir ce périmètre, en confondant norme de forme constitutionnelle et norme de référence au contrôle de constitutionnalité⁷⁴. Ces deux notions ne se confondent pas forcément⁷⁵. En

⁶⁹ B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, Les Editions S.T.H., 1988, p. 10, citant « Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel », p. 101 ; M. VERPEAUX, P. de MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER et A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de jurisprudence*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 1^{ère} éd., 2011, pp. 237-239. V. aussi D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 31-38. Cette volonté a toutefois évolué (rapports n^{os} 892 et 387, faits au nom de la commission des lois, 15 mai et 11 juin 2008).

⁷⁰ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 173.

⁷¹ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1^{ère} éd. 1996, pp. 139, 197-217, 229, 241 et 253.

⁷² L. FAVOREU et *al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 133-135 ; L. FAVOREU et L. PHILIP (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 16^e éd., 2011, pp. 50-62.

⁷³ Il est intéressant de noter que l'ouvrage collectif dirigé par Favoreu indique que le visa de la décision de 1971 prévoit « Vu la Constitution et son préambule » (Nous soulignons. L. FAVOREU et *al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 134), alors que la véritable formule est : « Vu la Constitution et notamment son préambule » (Nous soulignons. L. FAVOREU (déc. réunies par), *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*, Paris, Litec, 1994, p. 24). Si le visa n'avait pas contenu le mot « notamment », on aurait pu penser que le Conseil sépare la Constitution de son préambule. Dans ce cas, le Conseil n'aurait pas réellement étendu la portée de la notion de « Constitution ». En ajoutant le mot « notamment », le Conseil précise implicitement que le préambule fait partie intégrante de la Constitution. Il est assez étrange que le manuel de droit constitutionnel dirigé par Favoreu ait retenu une formule à la fois fautive et ne prêchant pas en faveur de la théorie qu'il développe. En effet, si l'on reconnaît que la Constitution et son préambule sont bien distincts l'un de l'autre, alors la décision de 1971 n'est pas constitutionnellement fondée, selon l'approche normativiste.

⁷⁴ Sur l'intérêt d'opérer la distinction, v. A. ROBLOT-TROIZIER, « Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi », CCC, n^o 22, 2007, pp. 198 s. ; *id.*, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la constitution française, Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 65, 2007, 712 p.

1971, en visant la « Constitution et notamment son préambule », le Conseil n'a pas eu recours à la notion juridique de Constitution révisable mais à la notion de norme de référence au contrôle de constitutionnalité. Si le préambule de la Constitution de 1958 appartient à la notion de Constitution révisable, la valeur juridique du contenu des textes auxquels il renvoie n'est pas certaine. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de la préciser. Cette analyse a une incidence directe sur la QPC car bon nombre de droits et libertés que la Constitution garantit sont supportées par des normes issues des textes auxquels le préambule renvoie.

27 Pour les réalistes, le choix de 1971 s'explique plus aisément. C'est la décision d'interprétation du Conseil qui a étendu le périmètre des normes constitutionnelles. Appuyée par la thèse institutionnaliste, cette décision renforcerait sa légitimité et son autorité⁷⁶. Contraire à la volonté des constituants, elle serait cependant en elle-même illégitime⁷⁷. Le Conseil a ajouté de la substance à la notion de Constitution qui ne comprenait pas, à l'origine, les textes mentionnés au préambule. Selon cette position, parce qu'il est l'interprète authentique de la Constitution, le Conseil est constituant⁷⁸. Parce que l'article 61-1 de la Constitution ne dresse aucune liste des droits et libertés que la Constitution garantit, cette catégorie n'a de substance que parce que le Conseil est intervenu pour l'alimenter. S'il n'avait pas étendu les fondements de son contrôle, la catégorie issue de l'article 61-1 serait restée vide de substance.

28 On constate que certains droits et libertés que la Constitution garantit reconnus par le Conseil constitutionnel posent problème au regard de la définition des droits fondamentaux du professeur Pfersmann. Par exemple, on peut difficilement ranger le principe de laïcité parmi les permissions d'agir, alors qu'il s'agit d'un moyen, opposable aux agents et parfois aux usagers, de parvenir à l'égalité dans le service public⁷⁹. Par ailleurs, le principe de dignité de la personne humaine⁸⁰, souvent

⁷⁵ Dans le cadre du contentieux *a priori*, le Conseil a parfois eu recours à des lois organiques pour fonder la censure d'une loi ordinaire (F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuel », 38^e éd., 2017, p. 830). V. par ex. : déc. n° 60-8 DC, 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960*, Rec. 25. En outre, selon certains auteurs, le Conseil constitutionnel se fonde parfois sur des références « extra constitutionnelles », c'est-à-dire des normes qui n'ont pas expressément valeur constitutionnelle mais qui sont rattachées, plus ou moins directement, à la Constitution. L'intérêt général et la proportionnalité sont par exemple des « normes implicitement constitutionnelles ». Elles sont utilisées par le Conseil pour fonder ses décisions, mais ne bénéficient d'aucun support constitutionnel explicite (B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Les normes de référence extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, Paris, Economica, 2005, pp. 155-170, et surtout pp. 164-166).

⁷⁶ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 44. Sur la question plus générale de la légitimité de la justice constitutionnelle, v. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, pp. 99 s.

⁷⁷ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 263.

⁷⁸ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 165. Il a également pu être qualifié de « constituant dérivé » (D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 38-45).

⁷⁹ Déc. n° 2012-297 QPC, 21 fév. 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, cons. 5.

⁸⁰ Déc. n° 2010-25 QPC, 16 sept. 2010, *M. Jean-Victor C.*, cons. 7.

considéré comme le premier des droits les plus fondamentaux⁸¹, semble davantage utilisé comme « réserve d'ordre public »⁸² opposable aux individus contre leur volonté, plutôt que comme véritable droit opposable aux excès du législateur. Celui-ci peut fixer des règles spéciales, motivées par la préservation de la dignité humaine, qui portent atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis, si celles-ci sont « nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discrimination injustifiées »⁸³.

29 A l'inverse, alors que le Conseil constitutionnel estime que le « droit » de l'article 14 de la Déclaration de 1789 n'est pas invocable à l'appui d'une QPC⁸⁴, on peut considérer qu'il s'agit d'une permission d'agir contre la nécessité d'une contribution publique excessive.

30 Il est par conséquent difficile d'associer le périmètre des droits et libertés que la Constitution garantit aux critères de la définition des droits fondamentaux proposée par le professeur Pfersmann. Il en est de même de la définition des bénéficiaires de la QPC.

b) *Des bénéficiaires : un objet constitutionnel difficilement identifiable*

31 On entend par « bénéficiaires (...) l'ensemble des personnes auxquelles est attribuée une permission d'agir constitutive » d'un droit fondamental⁸⁵. On ne sait cependant pas combien de personnes doivent bénéficier de ces permissions pour qu'elles soient considérées comme fondamentales. Il est difficile de déterminer le seuil à partir duquel suffisamment de personnes en bénéficient. La définition n'est pas claire, et l'article 61-1 de la Constitution reste silencieux à ce sujet⁸⁶.

32 On pourrait avancer que les droits et libertés que la Constitution garantit bénéficient à toute personne sujette aux lois, normes générales et abstraites. L'abrogation d'une norme générale est

⁸¹ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.* ; *id.*, « Droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 549. Sur les définitions de la notion de dignité, v. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La Dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, coll. « Droit & Justice », 2005, pp. 17 s. Pour une synthèse critique des définitions de la notion de dignité, v. S. VEIL (prés.), *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport du Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution, Paris, La documentation française, 2008, pp. 92-95.

⁸² G. LEBRETON, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », *Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 53-63 ; *id.*, « Le juge administratif face à l'ordre moral », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp. 363-378, spéc. p. 378.

⁸³ Déc. n° 2010-25 QPC précitée, cons. 11.

⁸⁴ Déc. n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK, cons. 4.

⁸⁵ L. FAVOREU et *al.*, *Droits des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 98.

⁸⁶ La définition ne requiert pas de savoir si toutes les personnes posent effectivement une QPC, mais si tout justiciable peut poser une QPC. On ne fera pas d'analyse de ce que les justiciables font ou ne font pas, mais bien de ce que la norme permet de faire ou de ne pas faire. Pour savoir qui demande effectivement la protection des « droits et libertés que la Constitution garantit », v. S. HENNETTE VAUCHEZ, *op. cit.*

opposable à tous les bénéficiaires de la nouvelle prescription conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit, c'est-à-dire tous les sujets d'un ordre juridique. Ils ne peuvent cependant pas s'en prévaloir horizontalement à l'encontre d'autres personnes, contrairement à ce que prévoit le droit allemand par exemple⁸⁷. Les effets de la procédure sont verticaux⁸⁸. Ainsi, la portée de la catégorie est relative car elle ne permet pas de provoquer d'effets horizontaux directs entre individus.

33 On remarque cependant que même à l'égard des personnes publiques, certains droits et libertés que la Constitution garantit ne bénéficient pas à tous les sujets de droit destinataires de droits fondamentaux. Par exemple, le principe de laïcité n'est pas opposable sur certaines parties du territoire et ne bénéficient donc pas à tous les sujets du droit français⁸⁹.

34 De plus, selon l'article 62 de la Constitution, les décisions d'inconstitutionnalité s'imposent à toute autorité publique. Cependant, si l'administration a l'obligation de faire droit à une demande d'abrogation d'un acte administratif devenu illégal⁹⁰ (notamment depuis l'abrogation de sa base légale suite à une décision du Conseil constitutionnel), les juges ordinaires ne vont pas forcément tirer toutes les conséquences de cette abrogation. Il est en effet constant qu'elle n'entraîne pas automatiquement la disparition des actes (de droit public ou privé) pris sur le fondement d'une norme (implicitement ou non) abrogée⁹¹. Il ne fait aucun doute que l'abrogation d'une loi est opposable à toute autorité publique, même juridictionnelle. L'article 62 est clair : les décisions du Conseil sont obligatoires. Elles doivent être respectées. Les normativistes ne s'intéresseraient pas à la question de savoir si elles sont effectivement respectées. Les réalistes constateraient à l'inverse que l'absence d'uniformité d'interprétation, résultat d'une ineffectivité de l'article 62, est néfaste à l'autorité du Conseil⁹². Le problème des effets de l'abrogation est cependant déplacé aux niveaux inférieurs de la hiérarchie : bien qu'obligatoires, les conséquences de l'abrogation d'une loi sur les actes pris sur son fondement ne sont pas automatiquement exécutoires de plein droit. Ainsi, les bénéfices réels d'une décision ne pourraient être qu'indirects pour les individus qui souhaitent s'en prévaloir, ce qui a pour effet de limiter la garantie des droits et libertés. Cela ne facilite pas leur qualification de droits fondamentaux selon la définition retenue.

⁸⁷ Déc. BVerfGE 7, 198-230, 15 janv. 1958, Lüth.

⁸⁸ L. FAVOREU et al., *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 105-106.

⁸⁹ Déc. n° 2012-297 QPC précitée, cons. 6.

⁹⁰ CE, Ass., 3 fév. 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052, Rec. 44.

⁹¹ CE, Ass., 16 avr. 1943, *Lanquetot*, Rec. 100. Le juge administratif pourrait être amené à relativiser les effets de l'abrogation d'une disposition législative qui fondait la validité d'un acte administratif. Même privé de base légale, l'acte pourra être « sauvegardé » par le juge, privant d'effet concret la décision QPC. Ex : CE, 23 déc. 2014, n° 364138, *M. Tobaly* (S. FERRARI, « L'exécution par le juge administratif des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel », *RD publ.*, 2015, n° 6, p. 1495). De plus, les juges ordinaires peuvent être amenés à interpréter les motifs d'une décision QPC (D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 394, spé. note n° 127 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., pp. 756-773).

⁹² G. TUSSEAU, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel », op. cit., p. 6.

- 35 Par ailleurs, parce que la QPC n'est pas forcément déterminante pour l'issue du litige au fond, la décision ne bénéficie pas forcément aux personnes ayant formulé la question. En effet, si l'instance est frappée d'extinction au fond, la procédure constitutionnelle ne serait pas éteinte pour autant⁹³. De plus, quand bien même le litige au fond serait irrecevable, si la question de constitutionnalité posée par un justiciable est fondée, elle pourra être transmise⁹⁴. La catégorie des bénéficiaires des droits et libertés garantis par la Constitution est donc plus large que les seuls requérants.
- 36 On peut avancer que les droits et libertés garantis par la Constitution bénéficient à toute personne (physique ou morale⁹⁵) sujette à l'ordre juridique français. Cependant, si une disposition frappée d'inconstitutionnalité disparaît, les actes pris sur son fondement ne disparaîtront pas automatiquement. Ce n'est que dans le cadre d'un recours (administratif ou contentieux) postérieur, que les conséquences de l'abrogation prendront véritablement effets. Par conséquent, tous les « droits et libertés que la Constitution garantit » ne correspondent pas forcément à des permissions d'agir au bénéfice direct d'un vaste nombre de bénéficiaires.
- 37 Sans l'intervention du Conseil, on ne saurait finalement pas quels sont les droits et libertés au soutien desquels il est possible de former une question prioritaire de constitutionnalité. Son intervention s'arrête cependant à l'identification des normes de référence au contrôle. Il n'est pas compétent pour déterminer le périmètre des normes de forme constitutionnelle. La définition du professeur Pfersmann précise par ailleurs que chaque fois qu'une norme de forme inférieure est contraire aux permissions déterminées, elle devra être déclarée fautive.

2) *L'objet élargi de la question : la qualification de la norme fautive*

- 38 Les droits fondamentaux visent à délimiter la compétence du législateur⁹⁶. La QPC semble répondre à ce critère dans la mesure où la question porte sur une « disposition législative », selon l'article 61-1. Le Conseil constitutionnel ajoute que la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition contestée peut être soumise à son appréciation⁹⁷. Il précise que seules des dispositions de « nature » législative peuvent faire l'objet d'une QPC⁹⁸. En

⁹³ Art. 23-9 de l'ordo. du 7 nov. 1958 modifiée : « Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question ». Cependant, si l'instance s'est éteinte avant la transmission de la question, le Conseil rejette la demande comme irrecevable (déc. n° 2015-491 QPC, 14 oct. 2015, M. Pierre G.).

⁹⁴ CE, 21 nov. 2014, *Mutuelles des Transports Assurances*, n° 384353.

⁹⁵ L. FAVOREU et al., *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 97-98.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 83.

⁹⁷ Déc. n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 2 ; n° 2015-500 QPC, 27 nov. 2015, *Société Foot Locker France SAS*, cons. 5.

⁹⁸ Déc. n° 2013-331 QPC, 5 juill. 2013, *Société Numéricable SAS et autre*.

associant l'interprétation d'une disposition à la nature de la disposition elle-même, le Conseil semble conforter l'idée réaliste selon laquelle c'est l'interprétation d'un texte qui façonne le sens de la norme⁹⁹. On pourrait considérer que cette interprétation est contraire à l'article 61-1. Justifiées par sa finalité (protéger les droits fondamentaux) plutôt que par des moyens (respecter la procédure prévue par la Constitution)¹⁰⁰, certaines décisions semblent dépasser le strict cadre imposé par les textes.

39 Afin de répondre au critère de définition, il faudrait que les normes contrôlées soient considérées comme fautives si elles sont contraires aux permissions déterminées, autrement dit si elles limitent les permissions d'agir découlant des droits fondamentaux. Le premier alinéa de l'article 61-1 prévoit le rapport entre les « droits et libertés que la Constitution garantit » et la « disposition législative » faisant l'objet de la question. La procédure est amorcée lorsqu'il est soutenu par un requérant que la disposition est contraire aux droits et libertés. C'est la déclaration d'inconstitutionnalité qui reconnaît la faute. Cependant, seul le Conseil constitutionnel est habilité à qualifier une disposition législative de norme fautive. La transmission d'une question par les juges *a quo* ne vaut pas déclaration préalable de faute. Ces juges ne contrôlent pas la disposition litigieuse mais la recevabilité de la question. Le deuxième alinéa de l'article 62 prévoit qu'en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, la norme fautive est abrogée. L'abrogation est la conséquence de la déclaration expresse de non-conformité. Il existe donc bien un mécanisme permettant de caractériser les violations des droits et libertés.

40 Finalement, mise à part cette dernière observation, on constate que la définition du professeur Pfersmann ne suffit pas à expliquer certaines décisions du Conseil constitutionnel, tant à l'égard de la sélection des droits et libertés invocables à l'appui de la demande de contrôle, qu'à l'égard des destinataires de ces droits, ainsi que de la norme contrôlée. En faisant l'effort d'appliquer une lecture réaliste à l'analyse, on constate qu'il est plus facile de les comprendre. Il convient de confirmer cette présomption en vérifiant s'il existe, dans le cadre de cette procédure, un organe juridictionnel bénéficiant de compétences suffisantes pour qualifier la faute et pour y mettre fin. Cet organe doit pouvoir être saisi par les destinataires des droits et libertés garantis.

⁹⁹ Cette théorie « conduit à affirmer que la Constitution n'a pas d'autre sens que celui qui est déterminé par le juge » (M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op. cit.*).

¹⁰⁰ « Traditionnellement, le juge constitutionnel français n'est pas censé s'intéresser aux effets de ses décisions. Mais l'étude montre que le conséquentialisme, entendu comme un jugement fondé sur les conséquences et non sur les principes qui soutiennent la décision, est omniprésent dans la jurisprudence constitutionnelle depuis les débuts du contrôle de constitutionnalité. Avec l'entrée en vigueur de la QPC en mars 2010, la prise en compte des conséquences s'est désormais banalisée. » (S. SALLES, « Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 53, octobre 2016, pp. 75-82 ; *id.*, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Thèses », vol. 147, 780 p.

II – LA QPC ET L’OFFICE DE JUGE DES DROITS FONDAMENTAUX CONSTITUTIONNELS

41 Dans un second temps, il sera possible de considérer que la procédure étudiée permet de garantir des droits fondamentaux si elle fait intervenir un ou plusieurs organes juridictionnels habilités à faire cesser les effets des normes inférieures fautives (1), et s’il existe des titulaires qui, capables de saisir ces juridictions, correspondent aux bénéficiaires de ces droits¹⁰¹ (2).

1) *Le fondement du contrôle : le critère de compétence de la juridiction*

42 L’objet de la fonction juridictionnelle¹⁰² est le critère de la juridiction au sens organique¹⁰³. Cette fonction correspond à la compétence de « trancher des litiges » en utilisant des arguments juridiques, et de « dire le droit ». Cela se traduit par la force juridique des décisions rendues. Plus qu’obligatoire, elles revêtent une force exécutoire. Selon le professeur Pfersmann, « le juge n’est autre chose qu’une compétence juridique spécifique et variable »¹⁰⁴. La juridiction se manifeste par l’acte juridictionnel¹⁰⁵. Elle a ensuite pris le sens plus restreint de « juge organique ». Les juridictions ont en commun l’obligation de produire des normes particulières qui concrétisent des normes générales, par le biais de décisions juridiquement justifiées¹⁰⁶.

43 En France, l’organe chargé de garantir le respect des droits et libertés constitutionnels à l’encontre des actes du législateur est le Conseil constitutionnel.

44 Contrairement à ce qu’avancent certains auteurs, celui-ci n’est pas en phase de « mutation juridictionnelle¹⁰⁷ » marquée par une « juridictionnalisation progressive¹⁰⁸ ». La question de savoir

¹⁰¹ L. FAVOREU et al., *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., p. 75.

¹⁰² Reconnaissant qu’il n’existe pas un « véritable pouvoir judiciaire » en France, le professeur Troper parlerait plutôt d’« activité juridictionnelle » qu’il qualifie d’« activité politique » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l’État*, op. cit., pp. 95-105).

¹⁰³ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 2002, p. 3.

¹⁰⁴ O. PFERSMANN, « A quoi bon un « pouvoir judiciaire » ? », in O. CAYLA, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ (dir.), *L’office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2001, p. 184.

¹⁰⁵ Marcel Waline déplorait « l’impossibilité de trouver un critère rigoureux de l’acte juridictionnel » qu’il qualifie de « fausse idée claire » (M. WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *RDP*, 1933, p. 572). Plus tard, Raymond Carré de Malberg écrivait que « Le signe distinctif auquel se reconnaît l’acte juridictionnel, c’est, d’une part, son origine, en tant qu’il est l’œuvre d’une autorité organisée spécialement pour l’exercice de la juridiction, et d’autre part, sa procédure, en tant qu’il a été accompli selon les règles propres à la fonction qui consiste à juger. Tout cela est d’ordre formel » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État*, Paris, Sirey, 1920, vol. 1, p. 788, cité par R. COLSON, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Thèse dactyl., L. CADIET (dir.), Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne, 2009, notes n° 1 et 2 p. 87).

¹⁰⁶ O. PFERSMANN, « A quoi bon un « pouvoir judiciaire » ? », op. cit., p. 190.

¹⁰⁷ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 67 s.

s'il est une juridiction de « qualité » n'est pas nécessaire à la qualification¹⁰⁹, bien que l'indépendance des membres dans le cadre de la procédure de contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois soit renforcée¹¹⁰.

45 Finalement, l'intérêt n'est pas tant de savoir s'il peut être qualifié de juridiction¹¹¹ (qualité qu'on lui refuse notamment à cause des modalités de désignation de ses membres¹¹²), mais de savoir de quelles compétences il bénéficie dans le cadre du contrôle qu'il opère. Afin de tester le concept mobilisé, il convient de vérifier que le Conseil constitutionnel est un organe habilité à faire cesser les effets de toute norme portée devant lui qu'il déclare fautive.

46 Au regard des articles 61-1 et 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel effectue le contrôle de constitutionnalité des lois en vigueur, après transmission des questions par les hautes juridictions de l'ordre administratif et judiciaire. Il délimite le périmètre de la catégorie de « droits et libertés que la Constitution garantit » et applique ses effets à l'égard de la disposition législative déclarée fautive.

47 L'article 62 prévoit qu'en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, la disposition législative est abrogée. Il ne s'agit pas d'une injonction faite au législateur d'abroger la disposition déclarée non-conforme¹¹³, mais directement d'une suppression de ses effets pour l'avenir. Cette abrogation peut être différée afin de permettre au législateur de voter une nouvelle disposition conforme à la

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 90-94.

¹⁰⁹ Pour une thèse inverse, v. O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, pp. 796-798, spé. p. 797.

¹¹⁰ L'indépendance et l'impartialité des membres est notamment assurée par la mise en place d'une procédure de récusation, prévue par l'article 4 du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Mise à part la récusation spontanée de plusieurs membres depuis 2010, la récusation provoquée n'a été utilisée pour la première fois qu'en mai 2011, à l'encontre de six des onze membres. Elle n'a finalement été retenue par le Conseil qu'en ce qui concerne Jacques Chirac (qui ne siégeait déjà plus), Jacques Barrot et Michel Charasse.

¹¹¹ C.-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Thèses », vol. 145, 2015, pp. 13-16 et 18-20. S'il fallait entrer dans le débat sur le sujet, on distinguerait entre ses fonctions assurées avant l'entrée en vigueur de la norme contrôlée (art. 54 et 61) et sa fonction juridictionnelle portant sur une norme en vigueur (art. 61-1), pour conclure que le Conseil constitutionnel n'est une juridiction que dans le cadre de la procédure de QPC. Comme la question s'est également posée pour les organes de règlement des différends internationaux, on utiliserait les critères développés par la doctrine en droit international public qui peuvent être transposés en droit constitutionnel (H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », *S.F.D.I., La juridictionnalisation du droit international : colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, pp. 163-202 ; C. SANTULLI, « Les juridictions de droit international : essai d'identification », *AFDI*, 2001, vol. 47 ; *id.*, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *AFDI*, 2000, vol. 46, pp. 58-81).

¹¹² V. par ex. : L. FONTAINE, « Pour une réforme du Conseil constitutionnel », *D.*, 2017, p. 1416 ; L. FONTAINE et A. SUPIOT, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit social*, 2017, p. 754.

¹¹³ V. à ce sujet : M. CHARITÉ, « Étrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *AJDA*, 2015, p. 2253.

Constitution¹¹⁴. Bien souvent, le recours à l'abrogation différée n'est pas justifié¹¹⁵. Le deuxième alinéa de l'article 62 permet au Conseil constitutionnel de prévoir un régime transitoire entre la publication de la décision et la date effective de l'abrogation¹¹⁶.

48 Parfois, le législateur n'intervient pas dans le délai prévu par la décision d'abrogation à effet différé¹¹⁷. Le caractère exécutoire des décisions QPC est parfois relativisé par la pratique¹¹⁸. Cependant, ce n'est pas parce qu'une autorité décide de ne pas appliquer une décision que celle-ci ne lui était pas opposable. En procédant de la sorte, elle méconnaîtrait l'article 62, mais l'obligation qui en découle perdurerait.

49 Rien n'oblige le législateur d'intervenir pour remédier à une déclaration d'inconstitutionnalité. Comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans certaines de ses décisions, seul le législateur peut « apprécier les suites qu'il convient de donner à [une] déclaration d'inconstitutionnalité¹¹⁹ ». Cela est justifié par le fait que le Conseil ne dispose pas d'un « pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement ». Celui-ci ne va d'ailleurs pas toujours intervenir pour remplacer une disposition abrogée, même si l'abrogation est différée¹²⁰, alors même que le Conseil lui a demandé de « remédier à cette

¹¹⁴ Suite à la décision n° 2015-500 QPC (précitée) qui a déclaré l'abrogation différée d'une disposition du code du travail, tout en incitant le législateur à « remédier à l'inconstitutionnalité constatée », le Parlement prévu à l'article 31 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels) la suppression des mêmes dispositions déclarées contraires à la Constitution. Si la décision du Conseil constitutionnel vaut abrogation de la disposition censurée, était-il nécessaire de prévoir sa suppression par la voie législative ? On pourrait avancer que le législateur a souhaité anticiper l'effet différé de l'abrogation en intervenant avant la date prévue. C'est pourtant inutile car l'abrogation contentieuse d'une disposition revêt les mêmes effets que la suppression parlementaire d'une même disposition, d'autant plus lorsque l'on sait tout le mal que le gouvernement s'est donné pour faire passer le texte par la voie de l'article 49 al. 3.

¹¹⁵ Ex. : Déc. n°s 2011-192 QPC, 2012-282 QPC, 2014-388 QPC, ou 2016-588 QPC.

¹¹⁶ Art. 62 al. 2 : « Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

¹¹⁷ Par exemple, par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013), le législateur a dépassé de huit mois la date d'abrogation de la disposition (déc. n° 2012-262 QPC, 13 juill. 2012, *Association France Nature Environnement*). De plus, l'article 9 de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, est entré en vigueur près de neuf mois après la date d'abrogation de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime (déc. n° 2013-343 QPC, 27 sept. 2013, *Époux L.*).

¹¹⁸ L'obligation qui découle de ces décisions n'est pas assortie de sanction. Pour certains auteurs, les décisions du Conseil n'ont alors pas de force exécutoire (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., pp. 728-730 ; A. BASSET, *Pour en finir avec l'interprétation*, op. cit., pp. 437-444).

¹¹⁹ Déc. n° 2015-492 QPC, 16 oct. 2015, *Association Communauté rwandaise de France*, cons. 9.

¹²⁰ Suite à la déc. n° 2014-395 QPC, 7 mai 2014, *Fédération environnement durable et autre*, le législateur n'est pas intervenu pour modifier la disposition abrogée (la première phrase du 1^{er} al. de l'art. L. 222-2 du code de l'environnement) à compter du 1^{er} janvier 2015.

inconstitutionnalité¹²¹ ». En effet, le Conseil constitutionnel va parfois obliger le législateur à intervenir en prévoyant des obligations d'action requises à son encontre, afin de « mettre fin à l'inconstitutionnalité¹²² ». Il est cependant surprenant que le Conseil précise dans une même décision qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement, tout en le sommant de remédier à l'inconstitutionnalité constatée¹²³, et en lui imposant parfois des consignes permettant de remédier à cette inconstitutionnalité¹²⁴.

50 Selon l'approche réaliste, on constate que le Conseil s'avère être, plus que sanctionneur, un véritable « perfecteur¹²⁵ » des dispositions contraires aux droits fondamentaux, se substituant alors au législateur, et répondant à une certaine « politique jurisprudentielle » parfois contraire à la lettre du texte¹²⁶. Même contraire à la Constitution, cette pratique ne change pour autant pas les compétences juridiquement établies du Conseil constitutionnel, si on s'en tient à l'approche normativiste. A l'inverse, les réalistes avanceraient que la modification systématique de son office a permis au Conseil d'étendre ses compétences au-delà de ce que prévoit la Constitution. La thèse normativiste considérerait ce dépassement de compétence comme une violation de la Constitution. Parce qu'il n'existe pas de recours à l'encontre de ses décisions, qui pourrait le lui reprocher ?

51 Souvent, le Conseil constitutionnel va même jusqu'à modifier la formulation d'une question qui lui est posée par des requérants qui n'ont pas précisé la version de la disposition qu'ils contestent¹²⁷. La disposition contestée, applicable au litige, peut avoir été modifiée plusieurs fois depuis son entrée en vigueur. Cela renforce l'isolement du contentieux constitutionnel français vis-à-vis des bénéficiaires réels des droits et libertés, accentué par le recours à la technique de la

¹²¹ Déc. n° 2014-387 QPC, 4 avr. 2014, M. Jacques J., cons. 9.

¹²² Déc. n° 2012-226 QPC, 6 avr. 2012, Consorts T., cons. 7.

¹²³ Déc. n° 2016-571 QPC, 30 sept. 2016, Société Layher SAS, cons. 12.

¹²⁴ Déc. n° 2016-588 QPC, 21 oct. 2016, Communauté de communes des sources du lac d'Annecy et autre, cons. 12.

¹²⁵ C. FARDET, « Auteur, coauteur, perfecteur », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, pp. 109-111.

¹²⁶ V. J. ASPIRO SEDKY, R. BRETT, A. MICHEL et N. THIEBAUT (dir.), *Les politiques jurisprudentielles*, éd. Mare & Martin, Coll. « Presses Universitaires de Sceaux », 2016, 200 p. La marque de cette politique du juge peut être également identifiable par la « retenue judiciaire », conséquence d'un manque d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique (R. ESPINOSA, « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question », *Les cahiers de la justice*, n°4, 2015, pp. 558-560 ; J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. « Thèses », n° 38, 2011, 454 p.).

¹²⁷ Déc. n° 2016-606/607 QPC, 24 janv. 2017, M. Ahmed M. et autre.

déclaration de conformité sous réserve. Cette pratique, non textuellement prévue¹²⁸, va au-delà de l'office du juge de la constitutionnalité de la loi¹²⁹.

52 Le dispositif n'est pas l'unique élément contraignant d'une décision¹³⁰. L'article 62 al. 2 de la Constitution prévoit cependant que seule « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée ». Si la disposition est déclarée conforme à la Constitution dans le dispositif, alors elle ne sera pas abrogée. La réserve fait pourtant partie du dispositif qui effectue un renvoi aux motifs. Cette pratique pose donc une ambiguïté qui n'est pas directement résolue par l'article 62 : si la disposition n'est pas interprétée ou appliquée selon les observations du Conseil, elle est réputée contraire à la Constitution. Elle n'est pour autant pas abrogée.

53 C'est à l'alinéa 3 qu'on trouvera les effets de la réserve : parce que les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », les motifs ayant conduit à la réserve, sur renvoi à partir du dispositif, s'imposent aux organes de concrétisation de la loi. Ainsi, ce n'est pas véritablement sur le législateur que pèse la réserve, mais plutôt sur l'administration et les juges qui doivent se conformer aux interprétations du Conseil constitutionnel. Cependant, étant donné qu'il existe deux ordres de juridictions autonomes en charge de censurer les normes infra-législatives fautives sur le fondement de droits et libertés constitutionnellement garantis, l'absence d'obligation d'harmonisation de l'interprétation constitutionnelle pourrait poser un problème de garantie égale des droits et libertés¹³¹. Un recours

¹²⁸ Selon le Professeur Troper, « même si, par leur pouvoir d'interprétation, les organes d'application posent eux-mêmes les normes constitutionnelles, encore faut-il que ce pouvoir d'interprétation leur ait été conféré et seule la constitution peut l'avoir fait. Même s'ils déterminent leur propre compétence, ils ne s'instituent pas eux-mêmes, il faut qu'une volonté extérieure les ait créés » (M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 305).

¹²⁹ G. DRAGO, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 6, 2011. De manière générale, constatant l'existence d'« interférences du juge constitutionnel dans l'activité normative du législateur » sous forme de « lignes directrices » (sans force obligatoire) et d'« injonctions » (obligatoires) dans ses décisions, le Conseil a pu être comparé à un « législateur-cadre positif » (C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit française, belge et allemand*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2006, 537 p., pp. 245-246 et 429-430), voire un « législateur juridictionnel correctif » (O. PFERSMANN, « Préface », in *ibid.*, p. XXXII).

¹³⁰ Depuis la déc. n° 62-18 L du 16 janv. 1962, le Conseil constitutionnel, interprétant l'art. 62 de la Constitution, considère que les motifs font partie intégrante de la décision : « 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 ». Cette affirmation est encore plus flagrante lorsque l'énoncé du dispositif effectue un renvoi direct aux motifs, comme dans les décisions de conformité « sous réserve ». L'idée selon laquelle les motifs font partie intégrante de la décision ne va pas de soi dans la mesure où seul le dispositif est l'énoncé qui tranche le litige. Les motifs ne seraient que l'énoncé décrivant le raisonnement du juge. Cette confusion fait l'objet de critiques (O. PFERSMANN, « Contre la confusion logonomique », in J.-P. DEROSIER et G. SACRISTE (coord.), *L'État, le Droit, le Politique, Mélanges Jean-Claude Colliard*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 32-43).

¹³¹ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 372-374.

constitutionnel contre les décisions de justice permettrait d'imposer une uniformité jurisprudentielle.

54 Finalement, la garantie effective des droits fondamentaux semble passer après la volonté d'éviter les « conséquences manifestement excessives » d'une abrogation. Pour que le Conseil constitutionnel soit considéré comme gardien des droits fondamentaux, il faut également que les titulaires de la saisine correspondent aux bénéficiaires des permissions d'agir.

2) *L'accès limité au contrôle : l'identification des titulaires de la saisine*

55 Afin que la catégorie étudiée soit confondue avec la notion de droits fondamentaux en France, il faut que la catégorie des « bénéficiaires » (telle qu'elle a été analysée¹³²) soit confondue avec celle des titulaires¹³³. Les titulaires sont « l'ensemble des organes habilités à saisir l'instance juridictionnelle chargée du contrôle des normes de concrétisation des [droits fondamentaux]¹³⁴ ». Ainsi, la QPC pourra être considérée comme porteuse de droits fondamentaux, si « l'ensemble des personnes auxquelles est attribuée une permission d'agir constitutive¹³⁵ » d'un droit et une liberté que la Constitution garantit correspond à l'ensemble des personnes habilités à saisir le Conseil constitutionnel d'une QPC.

56 Une question de constitutionnalité ne peut être soulevée d'office par les juges du fond. Ce n'est que dans le cadre d'une instance en cours devant une juridiction ordinaire que « tout justiciable¹³⁶ » peut demander à cette juridiction de transmettre la question.

57 La notion de justiciable est très large et peu éclairante. Alors que l'article 61-1 reste silencieux sur cette question, les articles 23-3 et 23-11 de la loi organique prévoient que les saisissants sont des « personnes (...) parties » à l'instance¹³⁷. Il ne s'agirait donc pas forcément que des seuls requérants, mais aussi des tiers intervenants. Le critère de compétence pour poser une QPC serait alors confondu avec celui de la qualité pour agir au fond¹³⁸. Parce qu'ils jugent la recevabilité de la question, les juges du fond ont eu à préciser cette condition.

¹³² *Supra*, I.A.2.

¹³³ « L'union stricte [entre ces deux catégories] est constitutive d'un DF [droit fondamental] à titre propre » (L. FAVOREU et al., *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., p. 98).

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Déc. n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, Rec. 206, cons. 3.

¹³⁷ Sur la question de savoir ce qu'est une « partie » au sens du Conseil, v. D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 175-176.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 176.

- 58 Pour le Conseil d'État toute « personne qui a été invitée par la juridiction à présenter des observations » peut poser une QPC devant elle¹³⁹. La définition de la Cour de cassation est plus restreinte¹⁴⁰. Ses chambres ne sont toutefois pas d'accord entre elles. Alors que la chambre criminelle refuse de transmettre des questions posées par des intervenants tiers à la procédure¹⁴¹, la chambre sociale les accepte¹⁴². Cette divergence, justifiée par des spécificités contentieuses, nuit à l'identification précise et égalitaire des titulaires ayant qualité à poser une QPC.
- 59 Néanmoins, on peut considérer qu'en l'état du droit positif, les justiciables entrent bien dans la catégorie des bénéficiaires des droits et libertés que la Constitution garantit, même si la catégorie des bénéficiaires est plus large que les seuls justiciables ayant formulé la question, quelle que soit leur qualité lors de l'instance au fond.
- 60 Cependant, les justiciables ne correspondent pas aux entités habilitées à saisir directement la juridiction de contrôle. Seuls le Conseil d'État et la Cour de cassation sont compétents pour saisir le Conseil constitutionnel. Pour autant, la définition conceptuelle inclut dans les « titulaires » les bénéficiaires habilités à saisir un organe compétent pour saisir la juridiction de contrôle *in fine*. Ces bénéficiaires ne sont alors que des « titulaires indirects¹⁴³ ». La définition est suffisamment précise pour que l'on considère l'accès à la QPC comme étant ouvert à l'ensemble des bénéficiaires des droits et libertés que la Constitution garantit. Cet accès n'est cependant pas direct. La confusion entre les « titulaires » et les « bénéficiaires » n'est donc pas totale, ce qui tempère la correspondance entre la définition formelle des droits fondamentaux et les droits et libertés garantis par la Constitution issus de l'article 61-1.
- 61 Pour autant, la garantie des droits fondamentaux n'a pas seulement lieu à partir du moment où le Conseil constitutionnel est saisi. Les juges ordinaires statuant sur les demandes de renvoi de la question, exerçant un « contrôle d'inconstitutionnalité supposée », sont amenés à rejeter ou accueillir des demandes au regard de la pertinence des droits et libertés invoqués. Ainsi, juges de la recevabilité de la question, les « juridictions de l'inconstitutionnalité potentielle de la loi¹⁴⁴ » sont

¹³⁹ CE, 30 mars 2015, *Kosciusko-Morizet*, n° 387322. Cela exclut le rapporteur public qui ne peut proposer de poser une QPC dans ses conclusions.

¹⁴⁰ La chambre criminelle a considéré « que le bâtonnier de l'ordre des avocats n'est pas, au sens de l'article R. 49-21 du code de procédure pénale, une partie lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 dudit code à l'occasion d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, dès lors qu'il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense » (Cass., crim., 8 janv. 2013, QPC, n° 12-90.063).

¹⁴¹ Cass., crim., 5 fév. 2013, QPC, n° 12-90.069.

¹⁴² Cass., soc., 20 mars 2013, QPC, n° 12-40.104.

¹⁴³ L. FAVOREU et al., *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., p. 98.

¹⁴⁴ J.-P. DEROSIER, M. GREN et A. MACAYA, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel ? Étude du rôle d'une juge de l'inconstitutionnalité potentielle de la loi », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011, pp. 35 et 45.

aussi juges de la qualification de ce qui relève des droits et libertés que la Constitution garantit. Elles sont aussi et surtout juges de ce qui n'en relève pas¹⁴⁵.

- 62 De plus, le traitement de la recevabilité de la question est attaché à l'évaluation de son caractère sérieux, et non directement de la question de la violation d'un droit ou une liberté que la Constitution garantit¹⁴⁶. L'accès au prétoire constitutionnel, dont la limitation est motivée par la volonté de ne pas trop « l'encombrer », est par conséquent rendu exceptionnel¹⁴⁷.

*

- 63 Compte tenu de tout ce qui précède, reconnaissons qu'il est difficile d'associer les « droits et libertés que la Constitution garantit » à la définition formelle des droits fondamentaux, sans adopter une posture réaliste. Il est possible de tirer deux conclusions de cette proposition de démonstration.

- 64 On peut tout d'abord reconnaître qu'une lecture combinée (mais non simultanée) de deux théories parallèles (à première vue incompatibles, mais reposant sur les mêmes bases théoriques) permet de mieux expliquer certains phénomènes du droit positif. Cette lecture combinée est utile si l'on considère que la proposition normativiste, bien qu'étant « la plus élaborée, et donc la plus séduisante, (...) [et] la plus facile à saisir », est aussi « la plus intrinsèquement fautive lorsqu'elle entend demeurer fidèle à elle-même ou la plus gravement démentie lorsqu'elle tend à reconnaître et à intégrer une part de réalité, qui la condamne¹⁴⁸ ». On constate que les éléments du droit positif français qui permettraient de vérifier la théorie mobilisée ne sont pas visibles par le concept développé. Étant le résultat de la jurisprudence, ces éléments n'apparaissent qu'au regard de l'approche réaliste. C'est donc reconnaître que le réalisme peut servir une définition normativiste. C'est cependant prendre le risque de se perdre dans des non-sens méthodologiques car, bien que reposant sur les mêmes bases, ces deux théories se contredisent quand il s'agit d'expliquer le fondement du droit. C'est pourquoi une autre conclusion s'impose.

¹⁴⁵ A plusieurs reprises, sans forcément que le Conseil constitutionnel se soit prononcé, les cours suprêmes ont refusé de transmettre une question sous prétexte que le droit ou la liberté invoqué n'était pas garanti par la Constitution. Le Conseil d'État a ainsi par ex. refusé d'attribuer cette qualité au principe d'annualité budgétaire (CE, 25 juin 2010, *Région Lorraine*, n° 339842), au principe de sincérité budgétaire (CE, 25 juill. 2010, *Région Lorraine*, n° 340492), ainsi qu'au principe selon lequel l'organisation de la République est décentralisée (CE, 15 sept. 2010, *Thalineau*, n° 330734). Pour un ex. du côté de la Cour de cassation, v. C. cass., AP, 20 mai 2011, n° 11-90042, Bull. crim., n° 7 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », NCCC, n° 40, 2013, pp. 49-61, spéc. II-A, note n° 36 ; S.-J. LIEBER, D. BOTTEHI et V. DAUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », CCC, n° 29, 2010, pp. 101-120.

¹⁴⁶ L. FAVOREU et al., *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., p. 99.

¹⁴⁷ Dans un laps de temps quasiment équivalent, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a rendu près de 180 000 décisions de plus que le Conseil constitutionnel, tout domaine confondu.

¹⁴⁸ É. PICARD, « Droits fondamentaux », op. cit., p. 546.

- 65 On peut à l'inverse se résigner à accepter l'opposition entre le réalisme et le normativisme qui se révèlent inconciliables. En effet, la marge de liberté laissée au Conseil constitutionnel qui dépasse le strict cadre imposé par le texte (que ce soit pour fonder ses décisions ou pour délimiter l'étendue de sa compétence) ne peut se comprendre que si l'on fait le choix d'adhérer à l'une ou l'autre des théories positivistes. Si l'on adhère à la posture réaliste, cette compétence au-delà des textes se comprend par le fait que le Conseil participe lui-même à la délimitation de sa propre compétence. Si l'on adhère à la posture normativiste, le dépassement du cadre textuel peut être qualifié de violation du droit par le Conseil constitutionnel qui ne dispose pas de la compétence de délimiter le périmètre de sa compétence (cette compétence étant dévolue à l'autorité de révision). Cela nous amènerait à considérer que la proposition du professeur Pfersmann n'est pas suffisamment explicative pour l'objet que nous avons choisi d'observer. Cela renforce l'idée selon laquelle la théorie normativiste des droits fondamentaux comme objets juridiques s'inscrit dans une théorie générale qui peine à analyser des objets sectoriels. S'il faut « des concepts suffisamment fins et suffisamment généraux en vue d'appréhender une multitude de structures possibles¹⁴⁹ », alors on peut avancer que cette définition n'est pas encore suffisamment affinée¹⁵⁰. Au regard des « recommandations méthodologiques fondamentales¹⁵¹ » proposées par le professeur Tusseau, il semblerait que le concept formel manque « d'universalisme ». Il suffirait simplement de l'ajuster selon le système étudié.
- 66 Finalement, l'approche théorique comparée d'un même objet a permis de révéler les failles d'un concept, tout en précisant la description d'une notion constitutionnelle qu'on pensait bien connue. Si la recherche portant sur la QPC permet de décroisonner le droit¹⁵², celle relative aux droits fondamentaux incite à décroisonner la science du droit.

¹⁴⁹ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de Droit comparé*, 2001, n° 53, pp. 285-287.

¹⁵⁰ G. TUSSEAU, « Sur le métalangage comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *op. cit.*, pp. 91-115.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 98-104, spé. pp. 102-104.

¹⁵² B. MATHIEU et autres, « La QPC devant les juridictions lyonnaises », *Constitutions*, n° 3, 2014, p. 313.

RÉSUMÉ :

Cette recherche vise à démontrer que si l'on passe la situation constitutionnelle française contemporaine au crible de la théorie des droits fondamentaux élaborée par le professeur Otto Pfersmann, on se rendrait compte que la catégorie de « droits et libertés que la Constitution garantit » ne remplit pas les critères établis a priori au regard de la théorie normativiste.

Faut-il en conclure que la définition s'insère dans une théorie générale qui peine à expliquer cet objet, ou faut-il se tourner vers une autre définition plus explicative ? Face à l'incapacité de la proposition formelle d'expliquer certaines décisions du Conseil constitutionnel rendues dans le cadre de la procédure de « QPC », on a imaginé comment la théorie réaliste de l'interprétation française aurait contribué à comprendre certains phénomènes du contentieux constitutionnel français issus de l'article 61-1 de la Constitution.

SUMMARY:

This article compares the current French constitutional situation with Professor Otto Pfersmann's theory of fundamental rights. The category of "rights and freedoms guaranteed by the Constitution" doesn't correspond to the criteria of the formal definition.

Do we have to conclude that the theory used cannot explain this object? Should we change to another more explanatory definition? Confronted to the inability of the formal definition to explain some decisions of the Constitutional Council, we have imagined how the French realistic theory of interpretation would have helped to understand them.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit “fondamental” et le droit constitutionnel français », *D.*, chron., 1995, pp. 326-329 ;
- DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 4^e éd., 2016, 824 p. ;
- ÉTOA (S.), *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, thèse dactyl., M.-J. REDOR-FICHOT (dir.), J.-M. LARRALDE (co-dir.), Univ. Caen Basse-Normandie, 2010, 460 p. (à paraître aux éditions Mare & Martin) ;
- GERVIÉ (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Thèses », vol. 143, 2014, 540 p. ;
- GIRARD (C.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2010, 414 p. ;
- PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2016, pp. 63-114 ;
- PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », in *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA*, 1998, n° 7 (n° spécial), pp. 6-42 ;
- ROBLLOT-TROIZIER (A.), *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la constitution française*, Recherches sur la constitutionnalité par renvoi, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de Thèses », vol. 65, 2007, 712 p. ;
- ROUSSEAU (D.), Pierre-Yves GAHDOUN et Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Domat droit public », 11^e éd., 2016, 870 p. ;
- SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Thèses », vol. 147, 780 p. ;
- SÉNAC (C.-E.), *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Thèses », vol. 145, 2015, 640 p.