

Kévin Martin, *Regard sur l'énonciation prétorienne des droits fondamentaux*

(Commentaire du texte d'Étienne Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA, 1998, p.6 et suiv.)

« *Nous sommes régis par une constitution, mais cette constitution est ce que les juges disent qu'elle est* » professait Charles Evans Hughes, *Chief Justice* de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans cet aphorisme réaliste pour évoquer le rôle majeur du juge dans la création du droit et l'implicite question du sens idéologique de son contenu normatif. Le Professeur E. Picard propose, une vision particulièrement critique des sources prétoriennes des droits et libertés fondamentaux en ce qu'elles sont fondées sur une approche positiviste. Approche qui implique parfois, dans l'érection des droits fondamentaux, une logique juridique abstruse (E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA, 1998, pp.6 et suiv.).

Les droits fondamentaux renvoient à un ensemble évolutif de droits considérés, en raison de leur importance, comme s'imposant au législateur et au pouvoir réglementaire. Ils englobent actuellement pour l'essentiel les droits de l'homme et des droits sociaux (*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2012). La notion de fundamentalité renvoie à la protection très élevée dans la hiérarchie des normes des libertés. L'appellation « libertés fondamentales » s'est substituée aux « libertés publiques » dès lors que ces libertés ont été garanties au niveau constitutionnel. Le positivisme critiqué par le Professeur E. Picard correspond à une doctrine qui ne reconnaît de valeur qu'aux règles de droit positif et rejette toute idée de droit naturel. Pour les droits fondamentaux, une norme suprême n'est légitimée seulement parce qu'elle est confrontée à toutes les autres normes peu importe son contenu. Le jusnaturalisme renvoie, lui, à des principes immuables et éternels parce qu'inhérents à la nature humaine, découverts par la raison, permettant d'éprouver la valeur des règles de conduite positives admises par le droit objectif (*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2013)

Si l'histoire montre que le législateur s'est méfié des juges dès la Révolution (J.P Costa, *Le juge et les libertés*, Pouvoirs n°84, 1997) par les lois des 16 et 24 août 1790, celui-ci s'est peu à peu émancipé de sa mission d'exécutant « Bouche de la loi » selon l'apophtegme célèbre de Montesquieu pour s'octroyer un rôle de sculpteur du droit. Qu'il s'agisse d'un accroissement de pouvoir obtenu par le politique qui transforme, *de jure*, l'Etat légal en Etat de Droit (Constitution de 1958), ou de facto, (CC, 1971, *Liberté d'association*), obtenu lui-même par audace – décision dans laquelle le Conseil constitutionnel intègre au bloc de constitutionnalité le préambule de la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 – les missions et les prérogatives du juges n'ont cessé d'évoluer. Cette montée en puissance n'est pas que constitutionnelle, les juridictions administratives (CE, Ass, 1945, *Aramu*) – Naissance des principes généraux du droit – et judiciaires (Théorie de la responsabilité civile – XIX^e et XX^e siècles) ont également démontré leurs pouvoirs créateurs dans l'ordonnement juridique.

A ce titre, le texte étudié est intéressant car il ne critique pas politiquement l'avènement prétorien mais plutôt les causes qui l'y amènent. E. Picard place le lecteur, juriste ou profane, dans un état de réflexion sur la mission du juge lorsque celui-ci énonce des droits fondamentaux. Si l'affirmation de ces droits est une conséquence, il dénonce vivement l'absence de cause à cette mise en exergue. A ce titre, une question centrale demeure, celle de savoir de quelle source le juge tire la fundamentalité des droits et libertés qu'il affirme. Si en guise de réponse, des indices sont donnés par l'opposition entre jusnaturalisme et positivisme, seule l'analyse exégétique du texte permet d'entrevoir le postulat développé par Etienne Picard.

La majorité des procès n'ont pas pour enjeu la ou les libertés (J-P Costa, *Le juge et les libertés*, Pouvoirs n°84, 1997) mais lorsque le contentieux se déroule dans ce cadre, le juge affirme régulièrement des droits et libertés fondamentaux. A ce propos, il n'est pas exempt de tout reproche car d'une part l'énonciation même de ces droits fondamentaux est allègrement critiquable, selon l'auteur elle est d'ailleurs très largement artificielle (I) ; diktat d'un sophisme de nature linguistique. D'autre part, celui-ci dénonce la conception positiviste du juge français dans laquelle les droits et libertés fondamentaux affirmés posent de sérieux doutes sur leur réelle fondamentalité (II).

I – Une énonciation artificielle des droits fondamentaux largement critiquée

Le Professeur E. Picard dénonce subrepticement un sophisme linguistique dans la proclamation des droits fondamentaux (A), cette mise en exergue est encore plus surprenante à l'aune du mouvement d'émancipation des sources textuelles concernant les droits et libertés fondamentaux. Cela participe objectivement à la remise en cause du juge comme autorité (B).

A, Une proclamation stratégique des droits fondamentaux dénoncée

« *La qualification par le juge de certains droits comme fondamentaux répond essentiellement à cette fonction argumentative, consistant à justifier les décisions dans lesquelles l'adjectif est employé.* » Est ici souligné le fait que l'utilisation du terme « fondamental » permet d'assurer ou de refuser la prééminence d'une valeur simplement en y octroyant ou non un tel label. En effet seule l'appréciation du juge est à même d'élever ou non par simple justification un droit ou une valeur. Il le fait parfois de manière surprenante et critiquable, notamment lorsqu'il refuse de considérer le droit à un logement décent comme une liberté fondamentale (CE, 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*) alors même que ce droit peut être considéré comme appartenant au droit créance de l'Etat selon la classification de l'école aixoise de droit constitutionnel. L'explication est résumée dans un autre passage du texte lorsque est admis que le juge « *invoque de cette façon une valeur prééminente, à laquelle il entend imputer des conséquences juridiques, celles que précisément il impose dans sa décision* »

Il peut s'agir, en outre, d'«une fonction stratégique cherchant à renforcer la légitimité et le pouvoir de l'institution qui l'utilise » ici, l'utilisation de l'adjectif peut amener à recouvrir l'autorité qui s'en prévaut d'une aura faussement légitime. Cette conception prétorienne renvoie à la définition politique du juge de J-P Costa où celui-ci se préoccupe moins de défendre les libertés que de renforcer l'autorité publique comme les Gardiens de la République (Platon, *La République* in J-P Costa, *Le juge et les libertés*, Pouvoirs n°84, 1997).

« *L'explication est sans doute juste au regard du mode d'approche adopté, mais sa portée est limitée à l'égard du sens même des droits fondamentaux* » Il s'agit ici d'expliquer que si l'approche du juge est juste dans certains domaines, elle ne saurait s'appliquer que de manière limitée aux droits fondamentaux, et ce en raison de la nature intrinsèque de ceux-ci. En effet, si la différence entre l'énoncé linguistique (le texte) et la norme (la signification de l'énoncé) appelle une construction du sens, une interprétation, propre à la fonction juridictionnelle (M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, 4ème édition, p.640), d'un point de vue jusnaturaliste, la création *ex nihilo* de droits ou de libertés fondamentaux relève plus d'une mission de découverte des normes invisibles et ne peuvent être simplement énoncés comme tel pour exister, ils

nécessitent une justification. Ce qui rend difficilement applicable la seule utilisation de l'adjectif fondamental comme justificatif. E. Picard l'énonce clairement en considérant que « *l'explication ne permet nullement de juger du bien-fondé, en droit, de la fundamentalité des droits en cause* ». C'est la raison pour laquelle ce mouvement est si vivement critiqué par l'auteur. Cette simple utilisation justificative de l'adjectif n'est pas la seule donnée à participer à l'énonciation artificielle des droits fondamentaux. Elle est accompagnée par un mouvement qui vise à remettre en cause la position du juge du système juridique si celui-ci s'émancipe des sources textuelles du droit.

B, L'émancipation des sources textuelles : vecteur de la remise en cause du juge autorité

a) L'existence du « juge autorité » logiquement subordonnée à sa rationalité

« *Le juge est précisément, en droit, une autorité, donc la fonction est bien de dire le droit* » Ici, E. Picard illustre parfaitement la formulation de Montesquieu selon laquelle le juge est « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* ». En revanche cette conception est à relativiser car si cette acception de la mission prétorienne découle de l'interprétation faite des révolutionnaires concernant les écrits du magistrat bordelais, elle reste au demeurant soumise à un contexte, décrit par le Professeur Alexandre Viala, comme profondément imprégné de scepticisme subjectiviste. Le rôle d'exécutant du juge ne doit donc pas être vu comme une vérité absolue à laquelle il faut systématiquement se référer pour critiquer la mission prétorienne.

Cependant « *Cette autorité doit être instituée, mais également reconnue.* » L'auteur ici impose deux conditions au respect du juge. D'abord être instituée, sorte d'onction étatique qui confère au juge une légitimité institutionnelle pour lui permettre formellement de remplir sa mission (Art. 64 de la Constitution renvoyant à l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature). Ensuite, cette autorité, pour être respectée doit également réunir au préalable, la condition de reconnaissance. Il est à propos de retenir que ce critère peut renvoyer d'une certaine manière à la conception du contrat social de Locke (J. Locke, *Traité sur le gouvernement civil*, 1960). Celui-ci considère, d'une part, que le pacte social débouche sur un pouvoir limité à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du contrat et d'autre part que les prérogatives de l'individu peuvent aller jusqu'à renverser l'Etat, si lui même ne respecte pas le pacte. Comme le rôle du juge, selon la conception française est de prononcer les paroles de la loi, lorsque ce dernier établit des droits et libertés fondamentaux sans rationalité, d'une certaine manière, il viole le pacte social qui l'institue. En ce sens si la pensée critique d'Etienne Picard est louable, il est aussi possible de croire qu'il n'a pas poussé assez loin son raisonnement sur les conséquences qu'un tel mouvement peut produire.

« *Et quand, en raison même de l'imprécision du texte qu'il invoque, il est tenu de s'éloigner quelques fois de sa lettre, il devrait alors d'autant plus argumenter sur son esprit, c'est-à-dire sur son sens* » Ici est pointée l'idée que si le droit est lacunaire, le juge lorsqu'il s'éloigne de la lettre du droit doit s'évertuer à argumenter sur la légitimité du nouveau droit qu'il énonce. Il est possible de croire à cette vision jusnaturaliste défendue par l'auteur dans laquelle l'énonciation des droits reviendrait à devoir avouer qu'un droit fondamental est une norme invisible préexistante découverte par le juge, car selon ses propres mots, il est quasi-impossible de relier des valeurs au droit objectif.

En outre, le droit est régulièrement lacunaire par nature car il résulte du légicentrisme révolutionnaire que la loi est censée prévoir des situations a priori. A ce titre elle est donc dans une conception *in abstracto*. Il revient alors naturellement au juge d'être une source de droit pour

comblent les lacunes de ces normes juridiques. Cette mission de complémentarité est « une conséquence logique de l'Etat démocratique » (R. Badinter, *Le pouvoir et le contre-pouvoir*, Le Monde, 1993). Toutefois, lorsqu'il agit comme tel, et c'est le point ici soulevé par E. Picard, le juge doit nécessairement justifier la démarche qui anime son raisonnement et argumenter sur l'esprit, sur le sens du « droit complément » qu'il entérine. Cette remarque peut être affirmée à l'aune d'une décision dans laquelle l'émergence du principe général du droit de la dignité humaine est affirmée sans donner d'autres fondements que la simple énonciation du droit fondamental non prévu jusqu'alors par les textes (CE, 1995, *Commune de Morsang sur Orges*). Le juge manque de rationalité dans son énonciation des droits et libertés fondamentaux. Cela nuit indéniablement à la reconnaissance de son travail. L'émancipation des sources textuelles est un second argument qui participe tout autant à sa remise en cause.

b) Le libéralisme prétorien vivement critiqué mais possiblement acceptable

« Avec les droits dits fondamentaux, le juge tend à s'affranchir formellement de la source textuelle sur laquelle est censée se fonder son autorité, la loi, la Constitution.. » Le Professeur E. Picard dénonce le mouvement de libéralisme entrepris par le juge sur les droits fondamentaux. Mais si le juge français s'est parfois donné des sources textuelles supplémentaires pour les droits fondamentaux (CC, 1971, *Liberté d'association*), il n'a pas non plus hésité à sculpter lui-même des droits fondamentaux en s'émancipant des sources textuelles (CE, 1945, *Aramu*) (CE, 1944, *Darmon*) Ce mouvement de libéralisme prétorien décrié est à nuancer car il n'aboutit pas non plus à « un juge qui gouverne » (J. Rivero). Il s'agit d'une « œuvre constructive de la jurisprudence, réalisée pour des motifs supérieurs d'équités afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels du citoyen » (T. Bouffandeau, *GAJA*, N°64, P. 416). Le juge s'inspire de « l'esprit des lois en vigueur et de l'opinion générale » (B. Genevois, *Les principes généraux du droit*, RIDC, 1980, p.278).

L'auteur revient sur une problématique qui flotte subrepticement autour de son postulat : « le droit s'épuise-t-il dans ses sources formelles ou son contenu et ses exigences ne sauraient suppléer à l'insuffisance des sources formelles ? » Autrement dit, est-ce que le positivisme est en mesure de répondre parfaitement à l'organisation de la société ? Il faut répondre à cette interrogation par la négative et ériger le jusnaturalisme comme condition indispensable à cette organisation sociétale lorsque le Professeur E. Picard répond positivement à la question de savoir si le contenu et les exigences du droit ne sauraient suppléer à l'insuffisance des sources formelles. Selon lui l'énonciation des droits fondamentaux est très largement discutable. Toutefois cette affirmation peut-être tempérée par plusieurs contre-arguments lorsque l'auteur remet en cause la prise de position positiviste concernant la fondamentalité des droits et libertés fondamentaux.

II – Une détermination positiviste de la fondamentalité possiblement discutable

La conception positiviste du juge dans l'affirmation des droits et libertés fondamentaux est vivement contestée par E. Picard car ces proclamations ne sont pas justifiées par une logique juridique valable (A). A défaut d'être justifiées, elles ne sont pas non plus justifiables car il s'avère être un défi kafkaïen d'en apporter la preuve eu égard au droit objectif (B).

A, La proclamation injustifiée des droits fondamentaux

« Lorsque le Conseil constitutionnel juge que des droits sont constitutionnels ou fondamentaux, il n'a certainement pas tort. Mais, trop souvent, il ne le démontre pas et ne nous livre pas exactement son raisonnement ». Ici l'auteur ne remet pas en cause les droits fondamentaux affirmés mais plutôt l'absence d'argumentation causale. Pour illustrer négativement ce propos, lorsque le Conseil constitutionnel a à statuer sur la constitutionnalité de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) (CC, n°74-54 du 15 janvier 1975, loi relative à l'IVG), celui-ci se borne seulement à déclarer constitutionnelle la loi relative à l'IVG sans toutefois expliquer les raisons fondamentales qui l'incitent à statuer de telle manière. C'est un procédé pertinemment dénoncé par E. Picard car ce mouvement participe à un appauvrissement de la science juridique des droits fondamentaux et favorise un prosélytisme dogmatique. L'auteur souligne que « *La Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence s'affranchit plus de la lettre du texte de la Convention s'y applique davantage* ». S'il le fait, c'est pour expliquer qu'en dépit du même mouvement d'émancipation des sources textuelles, le juge de Strasbourg précise l'esprit et le raisonnement des droits qu'il affirme. A ce propos, le Professeur François Rigaux parle même de « *ministre du sens* » (F. Rigaux, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 233). Lorsqu'il agit comme tel, il souligne la logique causale qui l'anime, ce fut notamment le cas dans un litige relatif au droit au respect de la vie et à la liberté matrimoniale des transsexuels (CEDH, 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*). A cet aune, si l'émancipation textuelle est avérée, elle peut être rendue acceptable par une plus grande transparence du juge dans l'affirmation de droits fondamentaux.

« Lorsque le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, afin de protéger certains droits, découvrent des principes généraux du droit, en les imputant sinon à la loi, du moins à l'esprit des lois et du droit en général et au principe général de légalité, ils le font encore moins, comme la Cour de cassation ». L'absence de renvoi des juges à cette même logique causale susmentionnée est vivement dénoncée, notamment lorsque les juridictions suprêmes françaises découvrent des principes généraux du droit. Le constat déploré n'est pas basé sur de fallacieuses arguties, car régulièrement des décisions consacrent des droits sans en expliquer les causes, pour le principe de sécurité juridique (CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*), de la non-rétroactivité des actes administratifs (CE Ass. 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*) ou des droits de la défense (CE Sect. 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*). Il est possible de considérer à défaut d'une argumentation valable expliquant le raisonnement prétorien, que le juge « autofonde sa décision », c'est-à-dire qu'il est libre d'exercer sa mission comme il le désire. Si dans la réalité ça n'est pas le cas comme susmentionnée (V. infra T. Bouffandeau ; B. Genevois), il est critiquable de ne compter que sur la sagesse du juge comme garde-fou (J-P Costa, *Le juge et les libertés*, Pouvoirs n°84, 1997).

Si la proclamation des droits fondamentaux n'est pas justifiée et demeure infondée, la question demeure de savoir si ceux-ci sont justifiables. E. Picard considère que ce ne peut pas être le cas dans une conception purement positiviste du droit. Cette prise de position jusnaturaliste n'est pas forcément une vérité absolue. Il convient donc d'apprécier la critique de l'auteur pour établir une réflexion sur ce thème.

B, La fundamentalité injustifiable des droits fondamentaux

Selon E. Picard, « *la justification verbale de la prééminence des droits ne permet par elle-*

même de déterminer si le juge a tort ou raison, de considérer ces droits comme fondamentaux ou non fondamentaux : alors que l'application du mot au droit considéré devrait être le résultat de l'argumentation » Outre la critique de l'auteur déjà étudiée précédemment quant à l'énonciation artificielle des droits fondamentaux, il convient également de traiter la question sous-jacente de l'idée, c'est-à-dire du « *bien fondé de leur prééminence* ». Cette question demeure toujours irrésolue et embrase de manière ininterrompue le débat entre positivistes et jusnaturalistes.

Si E. Picard critique la position positiviste du juge en ce qu'il ne se borne qu'à énoncer des droits fondamentaux sans réellement établir leur fundamentalité, il est également possible de développer une thèse positiviste basée sur le juriste autrichien à l'origine de la hiérarchie normative. Hans Kelsen, lorsqu'il constitue l'ordonnement juridique de manière pyramidale, est confronté à la question de la légitimité de la norme suprême. Quelle est la norme au-dessus de la Constitution qui joue le rôle de norme habilitante ? Il s'agit d'une hypothèse logico-transcendantale, la *gründnorm* est une norme scientifique fondamentale. Son rôle est d'admettre hypothétiquement la validité des normes. Pour pouvoir bâtir une théorie, il faut des bases, parfois qui sont indémonstrables mais qui permettent d'ouvrir le champ d'abstraction (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*). En prenant pour exemple cette théorie, il est possible d'admettre hypothétiquement que la catégorie des droits fondamentaux est une *gründnorm* permettant d'ouvrir l'abstraction et d'énoncer divers droits en découlant. Pour définir les limites de cette idée, il faut s'appuyer sur le raisonnement critique de l'auteur. Celui-ci décrit l'érection du juge en juge de la fundamentalité. C'est-à-dire que la puissance que ce dernier tire de son pouvoir d'énonciation est ardemment mis en exergue par E. Picard. Il est effectivement à déplorer une telle apogée car celle-ci empiète alors sur le domaine législatif et porte atteinte à la séparation des pouvoirs (Montesquieu, *De l'esprit des lois*). En dépit de ce paroxysme prétorien, la question de la limite de cette émergence demeure : *quis custodiet custodem* ? Qui gardera le gardien ? (Denys de Béchillon, *Le gouvernement des juges : une question à dissoudre*, Dalloz, 2002, pp. 973-978)

Les droits fondamentaux ne sont juridiquement autofondés dans leur prééminence. Cela tient à deux difficultés. D'une part, admettre en droit que la fundamentalité exprime des valeurs. C'est-à-dire l'impossibilité d'admettre l'existence d'un droit naturel car la norme ne s'intéresse pas au contenu mais aux modalités procédurales qui la définissent et lui donnent sa légitimité. D'autre part car il est impossible dans un contexte kelsenien, d'articuler les valeurs au droit objectif, c'est-à-dire de relier juridiquement ses valeurs aux normes qui forment l'ordonnement juridique. La prise de position ici réalisée par E. Picard constate l'opposition entre le jusnaturalisme et le positivisme. Si l'auteur estime que l'omniprésence du droit naturel dans la définition des droits fondamentaux demeure comme une évidence, c'est une lettre vaine adressée à un juge qui embrasse le positivisme dogmatique et théorique kelsenien.